



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Alberto Villa

La graduazione delle questioni di merito

Ammissibilità e profili dinamici



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Loredana Garlati

Comitato editoriale:

Maurizio Arcari

Chiara Buzzacchi

Paolo Casella

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Filippo Danovi

Monica Delsignore

Giovanni Guglielmetti

Costanza Honorati

Giovanni Iorio

Gioacchino La Rocca

Natascia Marchei

Alfredo Marra

Claudio Martinelli

Oliviero Mazza

Stefania Ninatti

Claudia Pecorella

Andrea Rossetti

Carlo Ruga Riva

Nicola Sartori

Franco Scarpelli

Antonello Tancredi

Giulio Vigevani

Alberto Villa

La graduazione delle questioni di merito

Ammissibilità e profili dinamici



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0337-3

ISBN/EAN 979-12-211-7927-9 (ebook - pdf)

Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

L'opera ha ottenuto la valutazione positiva di due revisori anonimi, secondo il procedimento previsto dal Regolamento della Collana, consultabile sul sito del Dipartimento di Giurisprudenza.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

CAPITOLO I

QUESTIONI DI MERITO E GRADUAZIONE

1. Premessa. La graduazione dell'entità processuale «questione di merito» 2
2. Definizione dell'oggetto dell'indagine. Le questioni, in contrapposizione alle nozioni di «punto» e «causa» pregiudiziale. Il problema della formalizzazione della questione e della decisione implicita: preliminare esclusione della sua rilevanza ai fini dell'indagine 9
3. Questioni di rito e questioni di merito. Relatività delle categorie. Esclusione dall'analisi delle questioni di rito. In particolare, esclusione dall'analisi delle questioni relative alla validità formale degli atti del processo e, inoltre, ai c.d. presupposti processuali 18
4. Il condizionamento delle questioni processuali (cenni). Le questioni che possono venire in rilievo in punto di graduazione. Inesistenza di una gerarchia *ex lege*. L'equipollenza delle questioni processuali, salve le ipotesi di «pregiudizialità strutturale». La priorità delle questioni afferenti all'integrità del contraddittorio 28
5. *Segue*. Condizionamento delle questioni processuali e poteri delle parti. Le tesi che escludono ovvero all'opposto ammettono in via generalizzata il potere di graduazione della parte. Il richiamo del principio dispositivo in senso processuale: critica. La disomogeneità dei motivi di rigetto in rito, in relazione alla sanabilità del vizio: possibile sussistenza di un potere di graduazione in relazione alla portata preclusiva della decisione 39
6. Le questioni di merito. Esclusione dall'indagine del condizionamento di istanze istruttorie. Il vincolo impresso dal graduante, riferendosi alla fase decisoria, non concerne quella istruttoria. Focalizzazione dell'indagine sui fatti di causa e, in particolare, su quelli c.d. principali. Esclusione dall'indagine dei fatti c.d. secondari 45

	<i>pag.</i>
7. <i>Segue</i> . Il ruolo dei fatti nell'identificazione della domanda. La prospettazione fattuale impone un profilo giudico sceveratore. Peraltro, il giudice non è vincolato alla qualificazione giuridica dedotta dalla parte interessata e l'effetto giuridico invocato introduce tutte le fattispecie idonee a sorreggerlo. Compatibilità dell'assunto con il potere di graduazione	52
8. <i>Segue</i> . Graduazione e allegazione. Allegazione «normativa» e allegazione «informativa». Esclusione, rispetto ai fatti principali integranti possibile oggetto di graduazione, della necessità di un'allegazione «normativamente» intesa. La graduazione delle questioni di merito può riferirsi anche al fatto emergente <i>ex actis</i> , fermo il divieto di utilizzo della scienza privata del giudice	61
9. <i>Segue</i> . Graduazione e rilievo officioso del fatto. La tesi che esclude il potere di condizionamento a causa della rilevabilità <i>ex officio</i> della questione: critica. Il fondamentale distinguo tra rilevazione e decisione. Il potere giudiziale di rilevazione non vale a obliterare quello di graduazione della parte. Sintesi dei risultati raggiunti	70
10. I fatti costitutivi. Il fatto da cui dipende il diritto azionato e la sua graduazione. Riferibilità della graduazione alla fattispecie giuridica rilevante e/o al fatto storico. Possibile casistica. Il fatto costitutivo che rileva rispetto al condizionamento può anche emergere <i>ex actis</i>	79
11. Le eccezioni. L'eccezione in senso stretto. Riferibilità della graduazione all'eccezione-istanza e/o al relativo fatto storico. L'eccezione in senso lato. Riferibilità della graduazione all'atto introduttivo del fatto (già rilevante in forza della domanda attorea) e/o alla (peraltro non necessaria) istanza-eccezione. Possibile casistica. Il fatto impeditivo, modificativo, estintivo che rileva rispetto al condizionamento può anche emergere <i>ex actis</i>	85
12. Le mere difese. Collocazione della mera difesa nella fattispecie costitutiva e sua conseguente inidoneità al condizionamento. Graduabilità dell'eccezione, anche rispetto alla mera difesa	94
13. La nozione di «graduazione». Il cumulo di domande giudiziali. Cumulo semplice e cumulo condizionato. Il cumulo successivo, eventuale e alternativo. Il problema dell'orientamento dell'attività del giudice in caso di cumulo alternativo. Primato della ragione più liquida e cumulo alternativo	100
14. La graduazione delle questioni di merito. Rilevanza, rispetto a essa, del processo argomentativo del giudice, in luogo dell'oggetto del giudizio. Il principio del primato della ragione più liquida e la sua generale valenza. L'assorbimento delle questioni, non necessitante di specifica dichiaratoria. La graduazione integra un cumulo condizionale eventuale di questioni, delle quali l'una è proposta per l'evento che l'altra sia respinta. Il problema dell'ammissibilità del cumulo: rinvio	112

- | | |
|---|-----|
| 15. <i>Segue</i> . Esclusione di una graduazione «giudiziale». L'istanza di graduazione e il vincolo da essa imposto. Graduazione narrativa e graduazione precettiva: esclusiva rilevanza di quest'ultima. Il riferimento del vincolo alla fase decisoria | 121 |
| 16. Rilievi di sintesi. Il problema dell'ammissibilità della graduazione e del fondamento del relativo potere. Necessità di distinguere le posizioni dell'attore e del convenuto. Transizione | 130 |

CAPITOLO II

L'AMMISSIBILITÀ DELLA GRADUAZIONE

- | | |
|--|-----|
| 1. La posizione dell'attore. Graduazione delle questioni di merito e <i>Dispositionsmaxime</i> . Inidoneità del principio dispositivo sostanziale a fondare il potere di graduazione delle questioni. Il rapporto di complementarietà tra le ipotesi di cumulo condizionale di domande e di cumulo condizionale di questioni | 134 |
| 2. Le domande autodeterminate. Le domande aventi a oggetto il diritto di proprietà, diritti reali di godimento e diritti assoluti. Le domande aventi a oggetto diritti reali di garanzia. Le domande aventi a oggetto diritti di credito a una prestazione specifica. Le domande aventi a oggetto diritti di credito a una prestazione generica e la loro qualificazione in termini di domanda eterodeterminata | 146 |
| 3. <i>Segue</i> . Le domande eterodeterminate. Le teoriche per cui la domanda è in ogni caso identificata dal <i>petitum</i> . La possibile riconduzione delle domande aventi a oggetto il diritto a una prestazione generica al <i>genus</i> delle domande autodeterminate. Concorrenza, e quindi ipotetica graduabilità, di fattispecie costitutive anche rispetto alle domande (generalmente ritenute) eterodeterminate | 151 |
| 4. Graduazione delle questioni di merito e <i>Verhandlungsmaxime</i> . Inidoneità del principio dispositivo processuale a fondare il potere di graduazione delle questioni. Conferma alla luce del condizionamento di impugnazioni e di domande giudiziali | 166 |
| 5. L'interesse alla graduazione. Interesse meramente soggettivo: esclusione. Necessaria sussistenza di un interesse oggettivo e giuridicamente rilevante. Assume centralità la portata effettuale della sentenza | 177 |
| 6. L'efficacia dichiarativa della pronuncia giudiziale. Esclusione della sua rilevanza ai fini dell'indagine. La portata oggettiva del giudicato e la sua latitudine effettuale. L'incidenza del motivo portante | 180 |

	<i>pag.</i>
7. Le assunzioni degli interpreti circa l'attore graduante. Le posizioni della dottrina tedesca e italiana. La tendenziale esclusione di un condizionamento attoreo. Il limitato riconoscimento di una possibile utilità rinveniente all'attore graduante, in particolare rispetto ai diritti dipendenti da quello <i>sub judice</i>	190
8. Il principio della legittimazione alla graduazione. Il necessario riferimento della graduazione attorea alla pronuncia di accoglimento della domanda giudiziale. Inaccettabilità delle tesi che prospettano un condizionamento delle questioni da parte dell'attore in vista del rigetto della domanda giudiziale. Focalizzazione dell'indagine sull'attore graduante fatti costitutivi in vista della pronuncia di accoglimento della domanda; l'attore graduante eccezioni: rinvio. Sussistenza di un interesse attoreo alla graduazione dei fatti costitutivi, in relazione alla portata precettiva manifestata dalla sentenza rispetto al contegno futuro delle parti funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata	202
9. <i>Segue.</i> Graduazione attorea e oggetto del processo. La portata precettiva della pronuncia di accoglimento, rispetto alla quale si manifesta un interesse attoreo alla graduazione, è riferibile allo stesso diritto dedotto nel processo	232
10. <i>Segue.</i> Graduazione attorea e fatto costitutivo. Il fatto esula dall'oggetto del giudizio, ma è idoneo a venire in rilievo rispetto alla portata della sentenza ed è quindi suscettibile di condizionamento	238
11. La posizione del convenuto. La graduazione delle eccezioni. Il convenuto graduante fatti costitutivi: rinvio	244
12. Graduazione del convenuto ed eccezioni in senso stretto. La caratteristica qualificante dell'eccezione riservata, rinvenibile nella strutturale disponibilità degli effetti oggetto di eccezione, non rileva rispetto all'ammissibilità della graduazione. Il carattere riservato dell'eccezione non vale di per sé a giustificare un potere di condizionamento del convenuto	245
13. Applicazione al convenuto del principio della legittimazione alla graduazione. Il necessario riferimento della graduazione del convenuto alla pronuncia di rigetto della domanda giudiziale. La pronuncia di rigetto è priva dell'efficacia precettiva riscontrata rispetto a quella di accoglimento	253
14. L'efficacia processuale della pronuncia di rigetto. Equipollenza, in tale limitata prospettiva, delle eccezioni del convenuto e assenza di interesse alla graduazione	256
15. La portata sostanziale della pronuncia di rigetto, in relazione al medesimo diritto oggetto di causa. Il giudicato <i>zur Zeit</i> e le relative eccezioni. Graduabilità	260

	<i>pag.</i>
16. <i>Segue</i> . La portata sostanziale della pronuncia di rigetto, in relazione a diritti diversi da quello oggetto di causa. Le eccezioni che implicano attuazione del diritto <i>sub judice</i> . Adempimento e novazione: graduabilità soltanto qualora sia proposta domanda riconvenzionale. Compensazione: graduabilità	267
17. <i>Segue</i> . Le altre eccezioni. La necessaria «immissione» nel processo del diritto al quale si riferisce l'interesse del convenuto alla graduazione. La necessaria proposizione di domanda riconvenzionale. Applicazione dei risultati raggiunti	284
18. L'attore graduante eccezioni e il convenuto graduante fatti costitutivi. Le azioni di accertamento negativo e le azioni impugnatorie. L'oggetto dell'azione di accertamento negativo: diritto o questioni. L'interesse al condizionamento del convenuto graduante fatti costitutivi e dell'attore che impugni l'atto di esercizio di un potere sostanziale	290
19. Rilievi di sintesi	309

CAPITOLO III

PROFILI DINAMICI

1. Piano dell'indagine. La riforma del 2022	316
2. L'istanza di graduazione dei fatti costitutivi nella dinamica del giudizio di cognizione. Necessità di distinguere allegazione e istanza di graduazione. L'istanza, diversamente dall'allegazione (da proporsi entro la prima memoria successiva agli atti introduttivi), può essere proposta fino alla precisazione delle conclusioni	318
3. L'istanza di graduazione delle eccezioni nella dinamica del giudizio di cognizione. Necessità di distinguere istanza-eccezione, allegazione e istanza di graduazione. L'istanza, diversamente dall'istanza-eccezione (da proporsi, in caso di eccezione riservata, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata) e dall'allegazione (da proporsi entro la prima memoria successiva agli atti introduttivi), può essere proposta fino alla precisazione delle conclusioni. Possibile graduazione dell'eccezione in senso lato dedotta in appello	333
4. Le impugnazioni. Il giudice che violi l'ordine di decisione ammissibilmente impresso dall'istanza di graduazione incorre in un <i>error in procedendo</i> , censurabile in sede impugnatoria. Richiamo del principio della legittimazione alla graduazione. Esclusione, alla luce di tale principio, dell'ammissibilità dell'impugnazione della parte che ha visto respinta la propria domanda, in caso di attore graduante, ovvero accolta quella altrui, in caso di convenuto graduante. L'impugnazione è da ascriversi alla sola parte vincitrice. Inutilità di una nozione di soccombenza meramente formale	341

	<i>pag.</i>
5. L'interesse a impugnare. Autonomia della nozione rispetto a quella dell'interesse ad agire. Il criterio della soccombenza formale e il suo superamento. Il nucleo minimo ed essenziale dell'interesse a impugnare si concreta nel vantaggio marginale che l'impugnante può acquisire attraverso la contestazione della sentenza	348
6. L'impugnazione in caso di proposizione delle questioni in forma concorrente. Assenza di interesse a impugnare. Mera riproposizione, in appello e in sede di rinvio, delle questioni non assurte a motivo portante della pronuncia. Onere di impugnazione (incidentale) in caso di rigetto <i>ad abundantiam</i>	356
7. L'impugnazione in caso di proposizione di questioni graduate. Laddove il giudice rispetti il condizionamento, non sussiste l'interesse a impugnare. Mera riproposizione, in appello e in sede di rinvio, delle questioni subordinate. Onere di impugnazione (incidentale) in caso di rigetto <i>ad abundantiam</i>	365
8. <i>Segue</i> . Laddove il giudice violi il condizionamento, sussiste l'interesse a impugnare in capo alla parte graduante (ancorché vincitrice della causa). Nel caso del convenuto graduante, quest'ultimo deve considerare anche l'impugnazione della correlata domanda riconvenzionale eventualmente proposta	373
9. <i>Segue</i> . Le iniziative esperibili dalla parte graduante. Impugnazione principale e incidentale. Mera riproposizione, in appello e in sede di rinvio, della questione spesa in principalità	380
10. <i>Segue</i> . Impugnazione della sentenza il cui motivo fondante è l'allegazione dedotta dalla parte in via subordinata e decisione sull'allegazione spesa in principalità. Se quest'ultima è respinta, la parte ha l'onere di impugnare il rigetto. Se quest'ultima non è esaminata, non è possibile inferirne un rigetto implicito	383
11. Rilievi di sintesi	390
 CONCLUSIONI	 393
 BIBLIOGRAFIA	 421

CAPITOLO I

QUESTIONI DI MERITO E GRADUAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. La graduazione dell'entità processuale «questione di merito». – 2. Definizione dell'oggetto dell'indagine. Le questioni, in contrapposizione alle nozioni di «punto» e «causa» pregiudiziale. Il problema della formalizzazione della questione e della decisione implicita: preliminarmente esclusione della sua rilevanza ai fini dell'indagine. – 3. Questioni di rito e questioni di merito. Relatività delle categorie. Esclusione dall'analisi delle questioni di rito. In particolare, esclusione dall'analisi delle questioni relative alla validità formale degli atti del processo e, inoltre, ai c.d. presupposti processuali. – 4. Il condizionamento delle questioni processuali (cenni). Le questioni che possono venire in rilievo in punto di graduazione. Inesistenza di una gerarchia *ex lege*. L'equipollenza delle questioni processuali, salve le ipotesi di «pregiudizialità strutturale». La priorità delle questioni afferenti all'integrità del contraddittorio. – 5. *Segue*. Condizionamento delle questioni processuali e poteri delle parti. Le tesi che escludono ovvero all'opposto ammettono in via generalizzata il potere di graduazione della parte. Il richiamo del principio dispositivo in senso processuale: critica. La disomogeneità dei motivi di rigetto in rito, in relazione alla sanabilità del vizio: possibile sussistenza di un potere di graduazione in relazione alla portata preclusiva della decisione. – 6. Le questioni di merito. Esclusione dall'indagine del condizionamento di istanze istruttorie. Il vincolo impresso dal graduante, riferendosi alla fase decisoria, non concerne quella istruttoria. Focalizzazione dell'indagine sui fatti di causa e, in particolare, su quelli c.d. principali. Esclusione dall'indagine dei fatti c.d. secondari. – 7. *Segue*. Il ruolo dei fatti nell'identificazione della domanda. La prospettazione fattuale impone un profilo giudico sceveratore. Peraltro, il giudice non è vincolato alla qualificazione giuridica dedotta dalla parte interessata e l'effetto giuridico invocato introduce tutte le fattispecie idonee a sorreggerlo. Compatibilità dell'assunto con il potere di graduazione. – 8. *Segue*. Graduazione e allegazione. Allegazione «normativa» e allegazione «informativa». Esclusione, rispetto ai fatti principali integranti possibile oggetto di graduazione, della necessità di un'allegazione «normativamente» intesa. La graduazione delle questioni di merito può riferirsi anche al fatto emergente *ex actis*, fermo il divieto di utilizzo della scienza privata del giudice. – 9. *Segue*. Graduazione e rilievo officioso del fatto. La tesi che esclude il potere di condizionamento a causa della rilevabilità *ex officio* della questione: critica. Il fondamentale distinguo tra rilevazione e decisione. Il potere giudiziale di rilevazione non vale a obliterare quello di graduazione della parte. Sintesi dei risultati raggiunti. – 10. I fatti costitutivi. Il fatto da cui dipende il diritto azionato e la sua graduazione. Riferibilità della graduazione alla fattispecie giuridica rilevante e/o al fatto storico. Possibile casistica. Il fatto costitutivo che rileva rispetto al condizionamento può anche emergere *ex actis*. – 11. Le eccezioni. L'eccezione in senso stretto. Riferibili-

tà della graduazione all'eccezione-istanza e/o al relativo fatto storico. L'eccezione in senso lato. Riferibilità della graduazione all'atto introduttivo del fatto (già rilevante in forza della domanda attorea) e/o alla (peraltro non necessaria) istanza-eccezione. Possibile casistica. Il fatto impeditivo, modificativo, estintivo che rileva rispetto al condizionamento può anche emergere *ex actis*. – 12. Le mere difese. Collocazione della mera difesa nella fattispecie costitutiva e sua conseguente inidoneità al condizionamento. Graduabilità dell'eccezione, anche rispetto alla mera difesa. – 13. La nozione di «graduazione». Il cumulo di domande giudiziali. Cumulo semplice e cumulo condizionato. Il cumulo successivo, eventuale e alternativo. Il problema dell'orientamento dell'attività del giudice in caso di cumulo alternativo. Primato della ragione più liquida e cumulo alternativo. – 14. La graduazione delle questioni di merito. Rilevanza, rispetto a essa, del processo argomentativo del giudice, in luogo dell'oggetto del giudizio. Il principio del primato della ragione più liquida e la sua generale valenza. L'assorbimento delle questioni, non necessitante di specifica declaratoria. La graduazione integra un cumulo condizionale eventuale di questioni, delle quali l'una è proposta per l'evento che l'altra sia respinta. Il problema dell'ammissibilità del cumulo: rinvio. – 15. *Segue*. Esclusione di una graduazione «giudiziale». L'istanza di graduazione e il vincolo da essa imposto. Graduazione narrativa e graduazione precettiva: esclusiva rilevanza di quest'ultima. Il riferimento del vincolo alla fase decisoria. – 16. Rilievi di sintesi. Il problema dell'ammissibilità della graduazione e del fondamento del relativo potere. Necessità di distinguere le posizioni dell'attore e del convenuto. Transizione.

1. Premessa. La graduazione dell'entità processuale «questione di merito»

Il giudizio civile può essere attraversato da vincoli di condizionamento afferenti a plurime «entità processuali»¹.

In particolare, oltre agli istituti delle domande condizionate e delle impugnazioni condizionate, assurge all'attenzione dell'interprete il fenomeno delle «deduzioni ed allegazioni – così attrici come difensive – svolte in via graduata nell'ambito della stessa causa»².

Oggetto del presente studio è appunto l'ipotesi in cui le «questioni di merito»³, invece di essere spese in un regime di concorrenza fungibile, siano sollevate dalla parte interessata in via graduata e condizionale; il tutto

¹ Mutuando l'espressione di C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, Padova, 1985, p. 463. Cfr. anche E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967, p. 265, ove il rilievo per cui è possibile assumere, quale contenuto della domanda, da una parte, e dell'eccezione, dall'altra parte, «proprie e distinte entità fattuali-normative».

² C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 464.

³ Nell'accezione che sarà chiarita in questo capitolo.

avuto riguardo, in particolare, all'*ammissibilità* del fenomeno⁴ e, inoltre, alla sua disciplina *dinamica*, relativa cioè allo sviluppo del giudizio, in particolare di impugnazione⁵.

Si tratta di argomento evidentemente connesso a molteplici, basilari, principi del processo civile, da quello dispositivo (nelle sue articolate manifestazioni) fino a quelli di economia processuale e del primato della ragione più liquida, e denso di implicazioni sistemiche, in relazione, in particolare, al rapporto tra i poteri delle parti e i poteri del giudice nella conduzione del giudizio – e quindi, in definitiva, alla possibilità di discettare di un *Konventionalprozess* rispetto all'ordine delle questioni⁶ –, all'oggetto del processo e alla latitudine della tutela ascrivibile alla cosa giudicata, in rapporto col motivo portante della decisione⁷. Inoltre, l'esame della fattispecie sul fronte delle possibili impugnazioni della parte graduante in prime cure postula il confronto con una serie di istituti cardine della dinamica impugnatoria, tra i quali *in primis* quelli della soccombenza (formale, materiale, virtuale) e dell'interesse a impugnare, fino all'impugnazione incidentale e alla riproposizione delle questioni⁸.

⁴Il tema sarà oggetto del secondo capitolo.

⁵Il tema sarà oggetto del terzo capitolo. Non è inutile precisare fin da ora che tali regole dinamiche saranno esaminate considerando, oltre al sistema anteriore all'ultima riforma, anche la nuova disciplina contenuta nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, «Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata». Ai sensi dell'art. 35, comma 1, d.lgs. n. 149/2022, come sostituito dall'art. 1, comma 380, l. 29 dicembre 2022, n. 197, «le disposizioni del presente decreto, salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti».

⁶Sul tema, v. A. CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 45 ss., spec. 58 s.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018, p. 321 ss. Per il rilievo che «la questione centrale e ancor viva del processo attiene alla definizione del rapporto tra poteri delle parti e poteri del giudice nella conduzione della trattazione», v. ID., *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino, 2013, p. 139.

⁷Emergeranno nel corso della trattazione i rapporti tra i temi affacciati nel testo e l'oggetto dell'indagine.

⁸Non è inutile evidenziare fin da ora che quello impugnatorio è un profilo di estrema rilevanza rispetto allo studio della materia che ci occupa, anche per quanto concerne la stessa ammissibilità del fenomeno del condizionamento delle questioni di merito. Cfr., in

Si tratta, ancora, di tema che, in dialogo con alcuni assunti della dottrina tedesca della seconda metà del secolo scorso⁹, è stato oggetto di plurimi contributi della nostra dottrina¹⁰, i quali peraltro non sono dedicati *ex pro-*

particolare, i rilievi di W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, in *Festschrift für Ekkehard Schumann*, Tübingen, 2001, p. 159 ss.

⁹Cfr. H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, Berlin, 1971, p. 107 ss.; W. GRUNSKY, *Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer*, in *Zeit f. Zivilp.*, 1963, p. 165 ss.; ID., *Grundlagen des Verfahrensrechts. Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG*, 2^a ed., Bielefeld, 1974, p. 530; F. STEIN, M. JONAS, R. POHLE, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 19^a ed., Tübingen, 1964, vor § 128, XI, g), p. 673 ss.; A. NIKISCH, *Zivilprozeßrecht*, 2^a ed., Tübingen, 1952, p. 215. Per rilievi sul tema in contributi più recenti, cfr. fin da ora W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, in *Festschrift für Ekkehard Schumann*, cit., p. 159 ss.; C. KERN, *Verfahren*, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., 23^a ed., Tübingen, 2016, vor § 128, 4, pp. 914-915; L. ROSEMBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17^a ed., München, 2010, p. 338 ss.

¹⁰Si richiamano C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 461 ss.; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 215 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, pp. 505, nota 16, 509 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, 2, Torino, 1980, p. 137 ss.; ID., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 491, nota 165; E. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, pp. 261, testo e nota 9, 262, nota 11, 277; E.T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 539 ss.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, cit., p. 46 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano, 1962, p. 48 ss.; G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989, p. 167 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano, 1994, p. 141 ss.; ID., *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, pp. 17, nota 36, 88, nota 172, 90, nota 176, 109, nota 203, 336, nota 245, 449 ss.; L. SALVANESCHI, *L'interesse a impugnare*, Milano, 1989, p. 127 ss.; S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *OneLegale*, p. 29, nota 135; R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 305-306; L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, pp. 183 ss., 215 ss.; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino 1996, pp. 75 ss., 168 ss. Tra gli scritti più recenti, cfr., per rilievi sul tema del condizionamento di questioni, A. CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, cit., pp. 58-59; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., pp. 87 s., 333 ss., 663 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, 12^a ed., Torino, 2019, pp. 508 ss., 606 s.; A. CARRATTA, *sub art. 112*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, Bologna, 2011, pp. 32, testo e nota 8, 128, testo e nota 2, 174 ss.; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 975 ss.; ID., in S. MENCHINI,

fesso alla problematica della graduazione delle questioni di merito, che appare quindi suscettibile di approfondimento.

Non da ultimo, la tematica oggetto dello studio che qui si apre sembra presentare ulteriori profili di interesse in seguito ad alcuni arresti delle Sezioni Unite¹¹, che, nel trattare una serie di aspetti della disciplina del giudizio di appello, avuto particolare riguardo al rapporto tra gravame incidentale e riproposizione di domande ed eccezioni¹², hanno dato atto di un

A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2016, pp. 55, 108, nota 244; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Torino, 2022, p. 85 ss.; L.P. COMOGLIO, *Allegazione*, in *Pluris, Digesto online*, § 5; M. MONTANARI, *sub art. 112*, in *Codice di procedura civile. Commentario*, diretto da C. Consolo, Milano, 2018, pp. 1268-1269; D. DALFINO, *Case management e ordine delle questioni*, in *Studi Acone*, Napoli 2010, III, pp. 847 ss., spec. 870-871; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, pp. 2, 56, 255 ss.; C. CONSOLO, F. GODIO, *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345 (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità meritale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1406 ss.; A. MOTTO, *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed «accertamento in prosecuzione» nei giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, pp. 151 ss., spec. 158 ss.; ID., *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 617 ss.; ID., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 182, nota 225, 344, testo e nota 306; ID., *Note in tema di limiti oggettivi e soggettivi di efficacia della sentenza nei giudizi di impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 557 ss.; G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, Pisa, 2020, p. 204 ss.; EAD., *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1569 ss.

¹¹ Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 19 aprile 2016, n. 7700, in *Corr. giur.*, 2016, p. 968 ss., con nota di C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*; Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1400 ss., con nota di C. CONSOLO, F. GODIO, *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345 (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità meritale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio*. Su tali pronunce, v. anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 505 ss.

¹² In particolare, Cass., Sez. Un., 19 aprile 2016, n. 7700, cit., si è occupata della tematica della devoluzione in appello della domanda di garanzia, in relazione alla quale, mutuando la motivazione della sentenza, era insorto un contrasto di orientamenti rispetto alla «questione sul se, al fine di ottenere la devoluzione in appello della domanda di manleva avanzata in primo grado nei confronti del terzo chiamato in garanzia c.d. impropria, il convenuto totalmente vittorioso in primo grado sulla domanda principale nei suoi confronti proposta per essere stata essa integralmente rigettata senza che vi sia stata in conseguenza necessità di esaminare la domanda di garanzia ed essendo rimasta essa assorbita, di fronte alla proposizione dell'appello in via principale da parte dell'attore soccombente sul-

– potenzialmente esteso – potere di graduazione delle questioni in capo alle parti del giudizio (e, in particolare, in capo al convenuto)¹³. Il tutto in

la domanda principale, abbia l'onere di proporre un appello incidentale, sebbene condizionato all'eventuale accoglimento dell'appello principale, ovvero possa limitarsi a meramente riproporre la domanda di garanzia, ai sensi dell'art. 346 c.p.c.», e ha affermato il seguente principio di diritto: «Nel caso di chiamata in garanzia, qualora il giudice di primo grado abbia rigettato la domanda principale e non abbia deciso sulla domanda di chiamata in garanzia e sulle sue implicazioni (rivalsa), in quanto la decisione su di essa era stata condizionata all'accoglimento della domanda principale e non era stata chiesta né dal convenuto preteso garantito né dal preteso garante indipendentemente dal tenore della decisione sulla domanda principale, ove l'attore appelli la decisione di rigetto della domanda principale (impugnazione da rivolgersi necessariamente contro il convenuto ed il terzo), ai fini della devoluzione al giudice d'appello della cognizione della domanda di garanzia per il caso di accoglimento dell'appello e di riconoscimento della fondatezza della domanda principale, non è necessaria la proposizione da parte del convenuto appellato di un appello incidentale, ma è sufficiente la mera riproposizione della domanda di garanzia ai sensi dell'art. 346 c.p.c.». Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit., si è invece occupata della devoluzione in appello dell'eccezione respinta, rispetto alla quale, mutuando la motivazione della sentenza, era insorto un contrasto di orientamenti circa la questione se, «a fronte non già del semplice assorbimento o della mancata disamina, ma dell'espresso rigetto dell'eccezione», la parte, «per il resto totalmente vittoriosa ed interessata ad una sua nuova disamina da parte del giudice di appello, dovesse a tal fine proporre appello incidentale ovvero potesse limitarsi alla mera riproposizione della questione *ex art. 346 c.p.c.*», e ha affermato il seguente principio di diritto: «Qualora un'eccezione di merito sia stata ritenuta infondata nella motivazione della sentenza del giudice di primo grado o attraverso un'enunciazione in modo esplicito, o attraverso un'enunciazione indiretta, ma che sottenda in modo chiaro ed inequivoco la valutazione di infondatezza, la devoluzione al giudice d'appello della sua cognizione, da parte del convenuto rimasto vittorioso quanto all'esito finale della lite, esige la proposizione da parte sua dell'appello incidentale, che è regolato dall'art. 342 c.p.c., non essendo sufficiente la mera riproposizione di cui all'art. 346 c.p.c. Qualora l'eccezione sia a regime di rilevazione affidato anche al giudice, la mancanza dell'appello incidentale preclude, per il giudicato interno formatasi *ex art. 329 c.p.c.*, comma 2, anche il potere del giudice d'appello di rilevazione d'ufficio, di cui all'art. 345 c.p.c., comma 2. Viceversa, l'art. 346 c.p.c., con l'espressione eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, nell'ammettere la mera riproposizione dell'eccezione di merito da parte del convenuto rimasto vittorioso con riguardo all'esito finale della lite, intende riferirsi all'ipotesi in cui l'eccezione non sia stata dal primo giudice ritenuta infondata nella motivazione né attraverso un'enunciazione in modo esplicito, né attraverso un'enunciazione indiretta, ma chiara ed inequivoca. Quando la mera riproposizione (che dev'essere esplicita) è possibile, la sua mancanza rende irrilevante in appello l'eccezione, se il potere di rilevazione riguardo ad essa è riservato alla parte, mentre, se il potere di rilevazione compete anche al giudice, non impedisce – ferma la preclusione del potere del convenuto – che il giudice d'appello eserciti detto potere a norma dell'art. 345 c.p.c., comma 2».

¹³ Si tornerà su questo profilo nel corso dell'indagine. Si segnala fin d'ora che Cass., Sez. Un., 19 aprile 2016, n. 7700, cit. – dopo una serie di rilievi sul «discrimine fra gli am-

un quadro giurisprudenziale in cui diverse altre pronunce, sempre delle Sezioni Unite, hanno incidentalmente trattato variegati aspetti connessi al

biti di applicazione» dell'«appello incidentale di cui all'art. 343 c.p.c.» e della «riproposizione ai sensi dell'art. 346 c.p.c.», e prima di procedere all'applicazione dell'individuato principio di diritto al caso di specie – ha ritenuto «opportuno verificare la conclusione raggiunta» rispetto alla dicotomia tra appello incidentale e riproposizione in relazione a diverse ipotesi, tra le quali, per quanto qui rileva, anche quella dell'«impugnazione con l'appello riguardo alla decisione sull'eccezione» (oltre che, ovviamente, riguardo alla decisione su domanda), considerando tra l'altro il caso in cui «il convenuto, nel difendersi contro la domanda proponga eccezioni indicando un nesso di gradata subordinazione fra di esse». Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit., ha considerato, in motivazione, anche il caso in cui «il convenuto, nell'articolare il suo atteggiamento difensivo, abbia espressamente indicato al giudice un ordine di preferenza dell'esame delle sue difese e, quindi, anche rispetto alle sue eccezioni di merito, se ne ha proposte più di una». I riferiti arresti di Cass., Sez. Un., n. 7700/2016 e n. 11799/2017 sono richiamati da Cass., Sez. Un., 21 marzo 2019, n. 7940, in *Foro it.*, 2019, 10, I, c. 3308, che ha statuito che «nel processo ordinario di cognizione risultante dalla novella di cui alla l. n. 353 del 1990, e dalle successive modifiche, le parti del processo di impugnazione – che costituisce pur sempre una *revisio prioris instantiae* – nel rispetto dell'autoresponsabilità e dell'affidamento processuale, sono tenute, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia (al di fuori delle ipotesi di domande e di eccezioni esaminate e rigettate, anche implicitamente, dal primo giudice, per le quali è necessario proporre appello incidentale: art. 343 c.p.c.), a riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, in quanto rimaste assorbite, con il primo atto difensivo e comunque non oltre la prima udienza, trattandosi di fatti rientranti già nel *thema probandum* e nel *thema decidendum* del giudizio di primo grado». L'arresto di Cass., Sez. Un., n. 11799/2017 è stato considerato anche da parte di Cass. 29 ottobre 2020, n. 23834, in *Dejure*, in relazione al tema del *prospective overruling*: «Né ricorrono i presupposti della c.d. *prospective overruling* pure invocato dalla controricorrente in relazione ai principi espressi da Cass. S.U. n. 11799/2017 che avrebbe, nella prospettiva della controricorrente, innovato i principi espressi da questa Corte a proposito delle forme necessarie per riproporre in fase di gravame un'eccezione rigettata espressamente in primo grado nei confronti della parte comunque vittoriosa, richiedendo la proposizione dell'appello incidentale e non già la mera riproposizione in appello dell'eccezione disattesa. Orbene, v'è da rilevare che questa Corte è ferma nel ritenere nel mutamento, ad opera della stessa Corte di Cassazione, di un'interpretazione consolidata, a proposito delle norme regolatrici del processo (dunque, imprevedibile e idonea a precludere il diritto di azione prima ammesso), la necessità di tutelare la parte che si è conformata alla precedente giurisprudenza della stessa Corte, successivamente travolta dall'*overruling* in forza del principio costituzionale del "giusto processo" [...]. Tuttavia, la giurisprudenza richiamata in tema di *overruling* presuppone che il successivo indirizzo di segno contrario a quello precedentemente fissato fosse dotato del carattere dell'imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso). [...] Ora, tali caratteristiche di imprevedibilità non risultano in alcun modo sussistenti, anzi emergendo dall'ordinanza interlocutoria n. 4058/2016 che ha originato la decisione delle Sezioni Unite civili n. 11799/2017 l'esistenza di evidenti contrasti giurisprudenziali sulla materia che furono composti con l'intervento dalle già evocate Sezioni Unite civili». Sull'*overruling* in materia processuale, e sui relativi presupposti, v., *si vis*, A. VILLA, *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2018, ove anche ulteriori riferimenti.

condizionamento delle questioni di merito, tra i quali quello dei suoi rapporti con il potere giudiziale di rilievo officioso del fatto¹⁴, ovvero anche, di nuovo sul versante delle impugnazioni, del potere dell'attore, soccombente nel merito, di gravare la sentenza per motivi di rito¹⁵, tema non privo di addentellati con il condizionamento meritale, avuto riguardo, in particolare, alla legittimazione a graduare una determinata questione al fine di ottenere una «modulazione» della propria *sconfitta*.

Veniamo anzitutto a tratteggiare gli istituti che, come risulta dal titolo dell'indagine, sono oggetto del presente studio: le questioni di merito, da un lato, e la loro graduazione su iniziativa della parte interessata al condizionamento di tali «entità» processuali, dall'altro lato¹⁶.

¹⁴ Il punto è trattato in un passaggio (segnatamente, il § 5.14.9) dell'articolato percorso argomentativo svolto dalla notissima Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, 3, I, c. 862 (e dalla pronuncia «gemella» n. 26243). Al riguardo, cfr. A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., p. 658, testo e nota 116.

¹⁵ Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2016, n. 21260, in *Giur. it.*, 2017, p. 457 ss., che ha ritenuto che «l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto». La pronuncia è commentata da F. AULETTA, *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 986 ss.; C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 267 ss.; L. SALVANESCHI, *Le impugnazioni in generale*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019, p. 2560 ss.; R. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le sezioni unite dall'abuso del processo al difetto di interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 977 ss.; A. TRAVI, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, *ivi*, c. 983 ss.

¹⁶ Mutuando la terminologia utilizzata da S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 978, il quale, nel chiedersi se il primato della liquidità della questione possa subire deroghe – «nel senso che, a volte, al giudice sia imposto: a) di esaminare e risolvere necessariamente *tutte* le questioni rilevanti, prima di emettere la sentenza finale, evitando di ricorrere al fenomeno dell'assorbimento, ancorché una soltanto di quelle scrutinate sia, di per sé, sufficiente al fine di rendere la pronuncia di merito; b) di trattare e decidere le più questioni sulla base di un *ordine predeterminato*» – rileva che, se, «con riguardo al primo problema, si ricorre al concetto di *vincolo di completezza* circa l'attività decisionale del giudice», invece, «con riferimento al secondo aspetto, si parla di *vincolo di subordinazione*, di difese *subordinate o condizionate*, di *graduazione delle questioni*».

2. *Definizione dell'oggetto dell'indagine. Le questioni, in contrapposizione alle nozioni di «punto» e «causa» pregiudiziale. Il problema della formalizzazione della questione e della decisione implicita: preliminarmente esclusione della sua rilevanza ai fini dell'indagine*

È sufficiente scorrere il codice di rito per avvedersi che il termine «questione» è un termine *polisenso*. Il codice lo adotta per riferirsi a molteplici «entità» che assumono rilevanza nel corso processo, di merito e processuali, di fatto e di diritto¹⁷.

In questo scenario, la nozione di «questione di merito» da utilizzarsi nel corso dell'indagine non può, né deve, aspirare ad assurgere a nozione assoluta. È per contro sufficiente adottare una nozione conferente rispetto all'analisi prefissataci.

In via preliminare, va rilevato che, sulla scorta di un tracciato, esplicativo e ricostruttivo, prospettato in dottrina fin dagli albori del secolo scorso,

¹⁷Spigolando le disposizioni del codice, si rinvengono norme che si riferiscono alle questioni afferenti al processo e ai relativi presupposti (tra le quali, per esempio, l'art. 38, comma 4, c.p.c., che prevede che le «questioni» concernenti il presupposto della competenza del giudice adito «sono decise, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e, quando sia reso necessario dall'eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice, assunte sommarie informazioni»; l'art. 41, comma 1, c.p.c., che si riferisce alle «questioni di giurisdizione»; gli artt. 187, comma 3, e 279, comma 2, n. 2, c.p.c., sulle «questioni pregiudiziali attinenti al processo»); norme che si riferiscono alle questioni concernenti il merito della lite (quali in particolare – in diversa prospettiva e con diverso oggetto – l'art. 34 c.p.c., che menziona la «questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore», riferendosi alle questioni di merito idonee a integrare autonomo oggetto di giudizio; e gli artt. 187, comma 2, e 279, comma 2, n. 2, c.p.c., sulle «questioni preliminari di merito»; nonché, ancora, plurime previsioni che, a vario titolo, si riferiscono all'«entità» questione (quali, a titolo esemplificativo, e limitando la rassegna al libro primo: l'art. 51, comma 1, n. 1, c.p.c., che prevede l'obbligo di astensione del giudice «se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto»; l'art. 92, comma 2, c.p.c., che prevede la compensazione delle spese tra le parti «nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti»; l'art. 101, comma 1, c.p.c., sull'obbligo di attivazione del contraddittorio da parte del giudice che «ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio»; l'art. 103, comma 1, c.p.c., sul litisconsorzio facoltativo improprio, «quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni»; l'art. 131, comma 3, c.p.c., per cui, in caso di provvedimento collegiale, può essere «compilato sommario processo verbale, il quale deve contenere la menzione della unanimità della decisione o del dissenso, succintamente motivato, che qualcuno dei componenti del collegio, da indicarsi nominativamente, abbia eventualmente espresso su ciascuna delle questioni decise»).

ma tuttora invalso, l'*iter* che il giudice è chiamato ad affrontare per giungere alla sentenza finale postula plurimi passaggi, rispetto ai quali può discettersi, insieme alle nozioni di «punto» pregiudiziale e di (vera e propria) «causa», anche di *questione*.

Da un lato, il «punto pregiudiziale è [...] il precedente logico su cui le parti non sollevano una controversia – sia che non possano sollevarla, sia che non vogliano – o su cui la controversia è già risolta»¹⁸. Siamo quindi di fronte a un antecedente logico-giuridico della decisione che non è oggetto di contestazione tra le parti del giudizio, e dunque non assurge a tema del dibattito processuale.

Dall'altro lato, si discetta di vera e propria «causa» nell'ipotesi in cui un determinato punto pregiudiziale sia disputato *hinc et inde* e, inoltre, sia suscettibile di essere deciso «*principaliter* in un autonomo giudizio»¹⁹. L'antecedente della decisione, laddove sia, per un verso, in contestazione tra le parti, e, per altro verso, oggetto idoneo dell'azione – e, dunque, fondamentale, un diritto soggettivo, oltre che una situazione giuridica comunque suscettibile di accertamento giudiziale²⁰ – può «evolversi» a vera e

¹⁸ Questa la classica definizione di F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904, p. 123, il quale annota che «il processo che si svolge nella forma più piana, senza contestazione da parte del convenuto, non offre che *punti* pregiudiziali. Ciò vuol dire che i precedenti logici delle decisioni figurano, nella linea che conduce diritta alla sentenza, come altrettanti punti che il giudice accetta quali fatti compiuti, anche se la ricerca del modo in cui si sono formati lo potrebbe indurre a correggerli o ad eliminarli» (*ivi*, p. 121). La ricostruzione di Menestrina è mutuata anche da A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, p. 38.

¹⁹ A. ROMANO, *op. loc. cit.*

²⁰ In tema, v., per tutti, E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., I*, Torino, 1987, p. 20: «Per quanto concerne le situazioni accertabili [...], limitato per ora lo sguardo alle situazioni sostanziali, vige nel nostro sistema il generale principio della accertabilità dei diritti soggettivi. Questa regola, già preesistente alla entrata in vigore della Costituzione, ha assunto con la Costituzione stessa il ruolo di garanzia fondamentale non derogabile neppure dalla legge (art. 24, 1° co., Cost.). Ciò significa che un mezzo per l'accertamento è in ogni caso presente; e nell'ipotesi di mancanza di un procedimento *ad hoc* è disponibile l'ordinario processo di cognizione come canone di chiusura»; il tutto con la precisazione che, a parte i casi della querela di falso e della verifica di scrittura privata (nei quali eccezionalmente si è in presenza di un accertamento di meri fatti, giuridicamente rilevanti), la legge prevede anche «l'accertamento di situazioni giuridiche, che – senza poter essere qualificate in sé come diritti soggettivi – sono rilevanti al fine di sapere se certi diritti esistano o non esistano. Come esempio può essere ricordato l'accertamento della nullità di un contratto (previsto dall'art. 1421 c.c.); e sono altrettanti casi di questo gruppo anche le ipotesi, nelle quali si prevede l'accertamento di uno “*status*”» (casi rispetto ai qua-

propria causa, risolta con pronuncia suscettibile di passare in giudicato.

Idealmente in posizione intermedia, tra punto e causa pregiudiziale, si colloca la *questione*, identificabile in termini di antecedente della decisione che, da un lato, è oggetto di contestazione tra le parti (e quindi non è riguardabile quale mero punto pregiudiziale), ma, dall'altro lato, è risolto «*incidenter tantum*, cioè soltanto come passaggio obbligato dell'*iter* logico della decisione vera e propria»²¹ (e dunque non integra una vera e propria causa). Il tutto con la precisazione che il punto pregiudiziale assurge a questione, oltre che in caso di contestazione *inter partes*, anche nell'ipotesi di rilievo ufficioso da parte del giudice, laddove ammissibile²².

Le divise categorie appaiono consolidate e trovano riscontro nelle attuali ricostruzioni della parabola processuale. Si osserva così che, «rappresentandosi l'*iter* del giudizio come una semiretta che muove dalla domanda giudiziale, si può immaginare che, per giungere alla decisione, il giudice debba svolgere più attraversamenti; come ogni retta si compone in tanti

li l'Autore propende peraltro per la tassatività: «Ci pare che la configurazione dell'accertamento come tutela generale possa essere accolta solo con riferimento ai diritti soggettivi, e che l'accertamento delle situazioni non configurabili come diritti debba essere limitato ai casi tipici previsti dal legislatore. Prima di giungere a questa conclusione, abbiamo non poco esitato. Le classiche pagine chiovendiane sulla tutela di accertamento come tutela generale potrebbero infatti (se intese in tutte le loro possibili implicazioni) avvalorare l'idea di una attitudine all'accertamento come predicato di qualsiasi situazione giuridica [...]. Ma in realtà l'intera esposizione chiovendiana è centrata sull'accertamento dei rapporti tra soggetti, e quindi dell'esistenza o inesistenza dei diritti: tanto che l'estensione del discorso oltre tale ambito è forse ingiustificata [...]. Il fatto è che, se non si parla di diritti soggettivi, l'ammissibilità dell'accertamento non dipende da una esigenza di tutela, ma da un più mutevole apprezzamento di opportunità e convenienza; e pensare che i casi consentiti siano solo quelli previsti risponde alla più prudente visione delle cose. In ogni caso, su questo tema l'accertamento non è garantito dall'art. 24, 1° co., Cost.». Per la medesima ricostruzione, v. anche E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 8ª ed., Milano, 2012, p. 144 ss.

²¹ E.T. LIEBMAN, *op. cit.*, p. 164. Cfr. anche E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 18: «Come detto, l'accertamento va tenuto separato e distinto dalla *mera cognizione*. Per sapere se la situazione controversa esista o non esista (ovvero, quale ne sia la disciplina), può esser necessario risolvere in funzione preparatoria altri quesiti, la cui valutazione dà vita al complesso dei così detti antecedenti logici della decisione; e v'è un certo dibattito sul problema, se i giudizi formulati su questi antecedenti logici (punti e questioni pregiudiziali) abbiano al di fuori del processo l'efficacia vincolante cui si è fatto cenno. L'opinione tradizionale, a nostro parere fondata, è sempre per la negativa (salva l'ipotesi di accertamento incidentale [...]).».

²² Cfr. A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., pp. 39-40: «Perché un punto pregiudiziale non si trasformi in questione, non è solo necessaria la mancanza di una contestazione sollevata dalle parti, ma è anche indispensabile che essa non debba (o possa) essere posta d'ufficio dal giudice».

punti, il giudice *deve* attraversare i punti anteposti rispetto alla meta dell'aggiudicazione o negazione del diritto soggettivo, perché essi rappresentano l'antecedente necessario del percorso»²³. Tale essendo il punto pregiudiziale, esso assurge a *questione* allorché sia stato «sottoposto a dibattito con le parti e divenuto oggetto di posizioni antagoniste tra di loro»²⁴: questione è quindi, «in breve, un antecedente logico-giuridico della decisione disputato tra le parti»²⁵. Ancora, e in senso analogo, si rileva che le questioni «costituiscono punti dubbi [...] che il giudice deve conoscere e sui quali generalmente pronuncia “*incidenter tantum*”, ossia soltanto ai fini della decisione della causa: le decisioni su di esse, quindi, non vengono coperte dal giudicato»²⁶.

È appena il caso di aggiungere che, ai nostri fini, non appare decisivo (allo stato dell'indagine, e ferme le precisazioni che dovranno essere via via effettuate) il ruolo da ascrivere alla «formalizzazione» della questione, e cioè, nella sostanza, il profilo della necessaria esplicitazione e discussione della stessa, in contrapposizione, in particolare, alle prospettazioni secondo le quali sarebbe configurabile una decisione implicita sul tema dubbio.

È vero che, su diversi fronti, il problema potrebbe presentare profili di rilevanza. Tra di essi, in primo luogo, quello dell'attivazione del contraddittorio sulla fattispecie; profilo rispetto al quale vale richiamare la recisa osservazione per cui «sostenere che non vi è necessità di sottoporre a contraddittorio ciò che appartiene potenzialmente al processo significa implicitamente ma necessariamente sostenere che una questione ha le stesse probabilità di essere ben risolta vuoi quando è previamente sottoposta al contraddittorio delle parti vuoi quando, invece, essa è solitariamente affrontata dal giudice, senza che egli disponga dei contrapposti argomenti che le parti gli hanno fornito»²⁷, ancorché «tale affermazione contrasta radicalmente con la *ratio* che ispira gli artt. 24 e 111 della Costituzione, i quali invece – nel proclamare “involabile” il diritto di difesa e nel prescrivere che ogni processo si debba svolgere nel contraddittorio delle parti – evidentemente partono dall'opposta convinzione»²⁸.

²³ F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria)*, Bologna, 2020, p. 122.

²⁴ F. AULETTA, *op. cit.*, p. 123.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ G. TARZIA, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 6^a ed., Milano, 2021, p. 153.

²⁷ LUISO F.P., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Judicium*, 1° giugno 2010.

²⁸ *Ibidem*.

Come è altresì vero che il tema della «formalizzazione» assume una peculiare pregnanza sul versante delle questioni *processuali*, rispetto al problema di eventuali «temi di indagine non formalizzati sui quali, però, si siano formate decisioni implicite»²⁹. Al riguardo, può richiamarsi la prospettazione secondo la quale, in seguito alla proposizione della domanda giudiziale, si pongono al giudicante due oggetti di indagine, uno di rito e l'altro meriteale³⁰, con la conseguenza che sarebbe possibile discettare, a

²⁹ Così, nell'analisi dell'ordine delle questioni di rito, G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 40.

³⁰ La prospettazione di un prodromico oggetto processuale, che si pone accanto all'oggetto di merito (integrando un tema di decisione predeterminato e unitariamente considerabile), fa capo nella nostra dottrina (sulla scorta degli approdi della letteratura giuridica tedesca sul punto) *in primis* a C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 127 ss., 231 ss.; ID., *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, cit., p. 267 ss. In tema, si richiamano, anche per riferimenti alle diverse posizioni dottrinali al riguardo, R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 380 ss.; ID., *La rilevabilità del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida*, in *Foroplus*; A. RONCO, *Giudicato implicito sull'integrità del contraddittorio?*, in *Giur. it.*, 2019, p. 93 ss.; D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, pp. 123 ss., 159 ss.; D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino, 2008, p. 31 ss. In argomento, cfr. anche i rilievi di L. DITTRICH, *Il principio della domanda e l'oggetto del processo*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019, p. 1430 s.: «Il processo, per concludersi con una decisione di merito, necessita peraltro dell'esistenza di determinati presupposti, la cui assenza costringe il giudice ad una decisione in rito. Dalla constatazione dunque che il processo, che pure nasce da una domanda che ha per definizione sempre e solo ad oggetto una decisione di merito (di regola su diritti o *status*), possa invece porre capo ad una decisione ad oggetto meramente processuale, sorge la constatazione della duplicità dell'oggetto del processo («prozessualer» o «sachliches Streitgegenstand») [...]. Che il processo civile conosca tale potenziale duplicità risiede nella piana constatazione che la definizione in rito del processo è uno degli esiti normativamente previsti del processo di cognizione (cfr. p. es. l'art. 279, comma 1, nn. 1 e 2, c.p.c.). Ciò non significa però (e qui aderiamo all'opinione della dottrina maggioritaria [...]) che la domanda giudiziale sia scomponibile in due componenti correlate ma autonome, ovvero una domanda di merito e una domanda (per lo più implicita) di accertamento dell'esistenza dei presupposti per la decisione di merito. Vero è invece che la domanda di tutela di merito include in sé, implicitamente, l'affermazione dell'esistenza dei presupposti processuali, sui quali il giudice poi, d'ufficio o anche su sollecitazione di una delle parti, provvederà, qualora la questione si ponga con caratteristiche d'attualità, a decidere, sia con autonomo provvedimento sia, qualora ne accerti l'esistenza, unitamente con la decisione di merito [...]. L'accertamento della idoneità del processo alla

fronte della pronuncia meritale, di una (inespressa) soluzione affermativa circa la sussistenza del potere-dovere processuale del giudice adito di decidere il merito della causa. Si tratta, come noto, di ricostruzione non pacifica³¹, la quale peraltro può risultare di non trascurabile utilità, soprattutto

decisione sul merito si pone come condizione, o più esattamente, come presupposto, per la decisione di merito, ed è dunque ad essa logicamente anteriore. Tale anteriorità non si manifesta necessariamente in termini temporali: basti pensare al fenomeno in cui il giudice decide di alcune eccezioni processuali, negandone in fondamento, e procede quindi nell'ambito della medesima decisione alla decisione della causa nel merito: qui abbiamo una sentenza che cumulerà una decisione sul singolo presupposto processuale e, nell'ambito della medesima fase decisoria, la decisione sul merito della causa».

³¹V. in particolare F.P. LUISO, *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium*, 2019, 2, p. 184, ove la negazione di una decisione implicita delle questioni processuali sulla base, tra l'altro, dell'inesistenza di un duplice oggetto del processo: «Un duplice oggetto del processo non può esistere, per la ovvia ragione che le norme processuali (quelle che disciplinano il c.d. oggetto di rito) svolgono un ruolo del tutto diverso da quello che svolgono le norme sostanziali (quelle che disciplinano l'unico e vero oggetto del processo, quello di merito). Queste ultime sono metro di giudizio per il decidente (sia esso giudice o arbitro), il quale quindi si viene a trovare, in questa sua attività, in una posizione specifica ed unica nell'ambito dell'ordinamento. Le prime sono regole di condotta per il decidente (sia esso giudice od arbitro), il quale quindi si viene a trovare, in questa sua attività, nella stessa posizione in cui si trova qualunque destinatario di una regola di condotta»; A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., p. 628 s.; : «La disciplina esaminata e i principi da essa ricavabili – alla cui stregua oggetto della decisione del giudice è una «questione pregiudiziale – escludono che sia configurabile una decisione implicita sull'esistenza di un presupposto processuale, in ordine al quale non sia sorta una questione nel corso del giudizio, per non esserne stato rilevato il difetto ad istanza di parte o d'ufficio. Pur convenendo che il giudice investito della domanda abbia non solo il potere, bensì il dovere di sincerarsi dell'esistenza delle condizioni per emettere la decisione di merito [...] non è meno vero che non opera un generico dovere di esercizio dei poteri officiosi, bensì un dovere specifico di rilievo del difetto processuale, in quanto la pronuncia di merito emessa in assenza di un presupposto risulterebbe viziata [...]. Pertanto, da un lato, il magistrato è tenuto a sollevare la questione, solo se ritenga che la norma processuale sia stata violata (cioè, che sussista l'impedimento [...]), e, da un altro lato, è soltanto a seguito del rilievo, che il presupposto processuale può divenire oggetto di trattazione e di decisione. Ne consegue che, se la rilevazione sia mancata (perché il giudice abbia omesso di svolgere la verifica dovuta o, avendola compiuta, abbia ritenuto esistente il requisito processuale), non sorge una “questione pregiudiziale” e manca il *quid* che può costituire oggetto della decisione del magistrato [...]. La sentenza emessa è soggetta a una qualificazione in termini di validità o invalidità (è viziata la pronuncia di merito, rispetto a cui sia mancato il doveroso rilievo del difetto processuale); ma è certo, a nostro avviso, che essa non contiene una statuizione implicita sull'esistenza del presupposto processuale». Cfr. anche G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 40: «Non nascondiamo di prestare adesione ad una costruzione che bada più alla “forma” che al “contenuto”, nel senso che discorreremo di “questione”

in relazione alla risoluzione di una serie di questioni interpretative (tra cui quella, già citata, relativa all'impugnazione in punto di giurisdizione dell'attore soccombente nel merito³², ovvero quella dell'irrelevanza delle ipotetiche argomentazioni meritali rese a valle del riscontro del difetto del potere-dovere di decidere il merito della causa³³).

In ogni caso, resta fondamentale sottolineare come, anche applicando la teorica del doppio oggetto del processo, deve di regola *negarsi* (salvo eccezioni, come quella della questione di giurisdizione³⁴) che un'inespressa so-

unicamente in riferimento ai temi, appunto, *formalizzati*, indipendentemente dalla valutazione circa il loro effettivo carattere controverso. In altre parole, un tema viene formalizzato, *ex officio* o ad opera delle parti, quando è ritenuto rilevante ai fini della decisione [...]. Quando il tema non diventa questione (mediante eccezione o rilievo d'ufficio), e assai probabile che le parti non hanno avuto interesse a provocare una decisione del giudice in tale senso e che il giudice, a sua volta, non ha considerato di dover indagare su tale profilo (ci si riferisce soprattutto a quelli relativi alla validità del procedimento o al rispetto delle regole processuali) al fine di emettere una decisione corretta».

³² Risolta da Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2016, n. 21260, cit. (sulla quale v. *supra*, nota 15, nonché *infra*, cap. III, § 4; per il recepimento legislativo della soluzione delle Sezioni Unite, cfr. anche *infra*, nota 34). Valorizza, rispetto a tale pronuncia, «l'ancora attuale valenza solutoria del rapporto giuridico processuale (e dell'emergere, in esso, di un doppio oggetto di giudizio)», considerato «strumento cui guardare – in vece dell'inutile ed anodina figura dell'abuso del processo (tanto cara a molti, purtroppo) – al fine di risolvere problemi vecchi e nuovi», C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, cit., p. 267.

³³ In proposito v. Cass., Sez. Un., 20 febbraio 2007, n. 3840, in *Giust. civ.*, 2007, 6, I, p. 1328: «Relativamente alle argomentazioni sul merito, ipotetiche e virtuali, che il giudice – impropriamente – abbia inserito in sentenza, subordinatamente ad una statuizione di inammissibilità (o declinatoria di sua giurisdizione o competenza), la parte soccombente non ha l'onere, né ovviamente l'interesse ad impugnare, con la conseguenza che è ammissibile l'impugnazione che si rivolga alla sola statuizione pregiudiziale ed è viceversa inammissibile l'impugnazione nella parte in cui pretenda un sindacato anche in ordine alla motivazione sul merito svolta *ad abundantiam* nella sentenza gravata». Su tale pronuncia, cfr., sempre nell'ottica della valorizzazione della teorica del doppio oggetto processuale, C. CONSOLO, «Inutiliter data» e non *bisognosa di gravame la decisione di merito resa dopo (e nonostante) una statuizione assorbente in rito: le Sezioni unite tornano a ispirarsi al duplice oggetto del giudizio*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 377 ss.; ID., *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, cit., p. 268, nota 3.

³⁴ Sulla quale si consideri, oltre alla nota presa di posizione della Suprema Corte a partire da Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, I, c. 806 ss., il nuovo art.

luzione di una questione di rito possa integrare un *capo autonomo* di decisione, suscettibile di passare in giudicato *ex art. 329, comma 2, c.p.c.* E invero, la stessa ricerca di unità elementari in grado di passare in giudicato in difetto di impugnazione «non ha senso per le statuizioni sugli impedimenti processuali implicite nella pronuncia di merito, perché *ex positivo jure* si deve ammettere *come premessa* il riesame d'ufficio ad opera del giudice dell'impugnazione, sin quando non emergano in contrario regole tipiche delle

37 c.p.c., che, come sostituito dall'art. 3, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 149/2022, così prevede: «Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o dei giudici speciali è rilevato anche d'ufficio nel giudizio di primo grado. Nei giudizi di impugnazione può essere rilevato solo se oggetto di specifico motivo, ma l'attore non può impugnare la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui adito». La Relazione al d.lgs. n. 149/2022 così annota rispetto a tale norma: «Come già evidenziato nella relazione della Commissione ministeriale di studio durante i lavori preparatori del disegno di legge delega, l'articolo 37 c.p.c. ha assunto, per effetto degli interventi della Corte regolatrice della giurisdizione, un significato nuovo, improntato ai principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo. Da un lato, la possibilità di sollevare l'eccezione di difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo è stata interpretata dalle Sezioni Unite nel senso che il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, con la conseguenza che, nei giudizi di impugnazione, il difetto di giurisdizione è rilevabile se dedotto con specifico motivo di gravame avverso il capo della pronuncia che, anche in modo implicito, ha statuito sulla giurisdizione. Dall'altro, il diritto vivente esclude che l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi al giudice ordinario e sia rimasto soccombente nel merito, possa esercitare uno *ius poenitendi* sulla giurisdizione, sollevando con l'impugnazione l'auto-eccezione di difetto di giurisdizione. Dando attuazione al principio indicato nella lettera c) del comma 22 della legge delega, l'intervento di modifica intende adeguare la lettera della disposizione del codice alla sua reale portata. Per un verso, la riscrittura della disposizione modifica il primo comma dell'articolo 37, espungendo le parole “*o dei giudici speciali*”. Si è così inteso restringere ai casi di difetto assoluto di giurisdizione la rilevabilità anche d'ufficio in qualunque stato e grado del processo del difetto di giurisdizione. Per altro verso, alle questioni di riparto di giurisdizione tra il giudice ordinario e i giudici speciali è dedicato il secondo comma. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo e dei giudici speciali è rilevato in primo grado anche d'ufficio. In sede di impugnazione, la discussione sulla giurisdizione è lasciata aperta quando vi sia un'eccezione in tal senso proposta con l'appello principale o con quello incidentale, con la conseguenza che il dibattito sulla relativa questione non può riaprirsi quando, dopo due gradi di giudizio, l'eccezione sia sollevata per la prima volta in sede di legittimità. Allo stesso tempo, si prevede espressamente che il difetto di giurisdizione non è proponibile dall'attore per contestare la giurisdizione del giudice che ha adito: valendo il principio di autoresponsabilità, l'attore non ha il potere di sollevare, con l'atto di appello, il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto».

single fasi di gravame; e non v'è richiamo del concetto di “capo” di sentenza – per quanto legittimo dal punto di vista del suo contenuto – che possa sovvertire questa disciplina. Quel richiamo in tanto è lecito, in quanto si sia vigili nel non oltrepassare mai il confine tra il piano classificatorio e quello interpretativo, e si impieghi la nozione come puro schema mentale invece che come veicolo di applicazione di un regime giuridico»³⁵; conseguentemente, «in terra di impedimenti processuali coperti dalla decisione di merito si può parlare di statuizioni, ma non di unità decisorie capaci di passare in giudicato in difetto di gravame»³⁶.

Ciò detto sul tema della formalizzazione della questione, anche in rapporto alla soluzione implicita della stessa, va peraltro osservato che, per quanto rileva nel presente studio, la questione è oggetto del condizionamento *espressamente formulato* in giudizio (con le modalità che saranno in seguito scrutinate) dalla parte interessata. Ne discende che la formalizzazione della questione, appunto su iniziativa di tale parte, è, per così dire, *in*

³⁵E.F. RICCI, *L'esame d'ufficio degli impedimenti processuali nel giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 428.

³⁶*Ibidem*. Nello stesso senso, e riprendendo la lezione di Edoardo Ricci, C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inertiale richiamo della figura dell'abuso del processo*, cit., pp. 270-271: «Non è per noi possibile discorrere di giudicato interno *ex art. 329 cpv* (ossia per mancata impugnazione), sul “macro-capo” omnicomprensivo di rito, o sul “micro-capo” relativo alla singola questione pregiudiziale di rito espressamente risolta [...]. L'oggetto “processuale” del giudizio si ripropone infatti al giudice dell'impugnazione sempre, a prescindere dalle censure svolte dall'appellante»; e ciò in quanto, per un verso, «il riconoscimento della non unitarietà del *thema decidendum* non implica necessariamente la presenza di più capi della sentenza che accoglie la domanda ritenendola ammissibile e fondata (ma lo stesso vale per la sentenza che la rigetta nel merito, perché infondata). La sentenza definisce infatti un'unica domanda (pur attraverso il duplice giudizio sollecitato al giudice quando la definizione debba avvenire nel merito), e risolve quindi un'unica “causa”, prendendo posizione in ordine ad una sola richiesta di tutela», e, per altro verso, per quanto concerne la «soluzione data dal giudice del grado precedente a singole questioni pregiudiziali di rito, anche qui la impossibilità di rimettere in discussione il “micro-capo” in assenza di (ammissibile) iniziativa impugnatoria di parte non discende dall'operare dell'art. 329 cpv. Si conferma infatti per noi ancora attuale la tesi di Illustre Autore ed Amico [...], per cui la nozione di “capo di sentenza”, ai fini dell'art. 329 cpv (e pure 336, comma 1, c.p.c.) acquisisce lo specifico significato di individuare le pronunce passibili di passare in giudicato e divenire intangibili ove non impugunate *solo nelle ipotesi di decisioni di merito*» (il tutto, peraltro, con la precisazione che quanto precede vale salva «espressa indicazione positiva che limiti il potere di rilievo officioso del giudice del gravame», «come è avvenuto per la questione di giurisdizione»).

re ipsa. Si vedrà a suo tempo³⁷ che anche la graduazione potrebbe essere generativa di un problema di decisione implicita, in particolare allorché il giudice accolga la prospettazione spesa dalla parte *in via gradata*, potendosi in tal caso discettare se un simile esito del giudizio possa essere riguardato in termini di rigetto implicito della prospettazione dedotta in via principale. Anche in tale ipotesi, però, resta fermo che, in caso di graduazione di questioni, queste ultime sono *comunque* formalizzate, e cioè introdotte dalla parte interessata quale tema di discussione (e, quindi, di cognizione giudiziale).

Possiamo quindi assumere quale dato di partenza dell'indagine, sufficientemente saldo nel percorso argomentativo degli interpreti, la nozione di questione quale antecedente della decisione, controverso e conosciuto dal giudice *incidenter tantum* al fine di decidere la causa; come anche possiamo escludere un'ipotetica rilevanza della decisione implicita su questioni, atteso che l'analisi sarà focalizzata sul condizionamento di questioni meritali introdotto nel processo su iniziativa della parte interessata.

Ciò posto, occorre venire a considerare, sempre al fine di definire l'ambito dell'indagine, il possibile *oggetto* della questione.

3. *Questioni di rito e questioni di merito. Relatività delle categorie. Esclusione dall'analisi delle questioni di rito. In particolare, esclusione dall'analisi delle questioni relative alla validità formale degli atti del processo e, inoltre, ai c.d. presupposti processuali*

Atteso che, come si è visto, la questione integra un punto controverso, conosciuto dal giudice ai fini della decisione, è immediatamente evidente come lo stesso non possa che risultare, in prima battuta, di latitudine tale da abbracciare ogni possibile tema che si ponga quale antecedente logico-giuridico dell'emananda pronuncia giurisdizionale. Si comprende quindi come, in termini di inquadramento generale, si affermi che le questioni integrino «punti dubbi attinenti al processo o al merito, di fatto o di diritto»³⁸.

Volendo approfondire, *quoad obiectum*, l'ambito della nostra analisi, essa si riferisce (già dal titolo dell'indagine) alle questioni *di merito*, con esclusione dell'area, che ne costituisce il naturale contraltare, del «rito».

³⁷ Nel terzo capitolo, nell'ambito dello studio dei profili dinamici della graduazione delle questioni di merito.

³⁸ G. TARZIA, F. DANOVI, L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., p. 153.

Per un verso, è evidente la semplificazione insita in tale categorizzazione, e la sua natura per certi aspetti convenzionale. Anzi, al di là della generale osservazione per cui è inevitabile riscontrare «una certa ambiguità e polivalenza del termine “merito”»³⁹, i contorni cangianti delle categorie di cui trattasi potrebbero essere valorizzati rispetto alla collocazione di determinati istituti nell’ambito dell’una, o dell’altra, di esse. Si tratterebbe del resto di operazione suscettibile di essere svolta non soltanto a fini astratti e meramente classificatori, ma anche avuto riguardo alle concrete conseguenze dell’adottata opzione ricostruttiva. Si consideri per esempio il tema del gravame in rito della parte vittoriosa nel merito, e quindi soccombente virtuale, avuto riguardo alla natura condizionata del motivo di impugnazione dalla stessa proposto. Sul punto, la posizione maggioritaria, soprattutto nella giurisprudenza, è nel senso che l’impugnazione del soccombente virtuale debba ritenersi *ex se* subordinata rispetto all’esame e al giudizio di fondatezza del gravame principale del soccombente reale, e ciò in quanto, anteriormente all’accoglimento dell’impugnazione proposta in via principale, l’altra parte non è ancora soccombente (e quindi è priva di interesse a impugnare)⁴⁰. Sennonché, parte degli studiosi ha cura di rilevare, in senso critico, come «per questa via venga alterato, a giovamento di una sola parte, l’ordine naturale delle questioni e financo al punto di invertire la se-

³⁹La notazione è di G. FANELLI, *L’ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., pp. 41-42.

⁴⁰Cfr., da ultimo, Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2022, n. 3935, in *Guida al dir.*, 2022, 8: «In tema di giudizio di cassazione, il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito, che investa questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito (quale, nella specie, improponibilità dell’appello, comunque rigettato, in relazione all’intervenuta rinuncia preventiva all’impugnazione, disattesa nella sentenza gravata sul presupposto della nullità di detta rinuncia) ha natura di ricorso condizionato all’accoglimento del ricorso principale, indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, sicché, laddove le medesime questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito siano state oggetto di decisione esplicita o implicita da parte del giudice di merito, tale ricorso incidentale va esaminato dalla Corte solo in presenza dell’attualità dell’interesse, ovvero unicamente nell’ipotesi della fondatezza del ricorso principale». Rispetto al giudizio di appello, cfr. App. Milano, 14 ottobre 2021, n. 2968, in *Dejure* (peraltro relativa a un gravame proposto in via principale): «È inammissibile l’appello che verta solo su questioni pregiudiziali di rito, proposto in via principale dalla parte che sia integralmente vittoriosa nel merito. Tale doglianza diventa invece ammissibile qualora sia proposta con appello incidentale condizionato essendo evidente che, se all’esito dell’appello principale il collegio ritenga di riformare nel merito la decisione in favore della parte inizialmente soccombente, diventa attuale l’interesse del vincitore a sottoporre all’esame della corte una nullità che, in mancanza di impugnazione, sarebbe sanata».

quenza rito-merito»⁴¹. In tale prospettiva, e considerando in particolare il ricorso per cassazione, si ritiene «inaccettabile che la Cassazione debba decidere del ricorso principale sul merito, e magari lasciare in vita la sentenza, pur in presenza di un ricorso incidentale che avanza fondate censure di rito, tali da minare così alla radice la tenuta di quella sentenza di merito (e così di ricorso incidentale su questioni davvero “fondanti” l’equo e giusto processo, come quella dell’integrità del contraddittorio, *ex art.* 102, o della sussistenza di un precedente giudicato, che se non ben risolte compromettono alla radice la funzionalità del processo)»⁴². Si invoca, sempre in quest’ottica, il profilo dell’autoresponsabilità del soccombente virtuale: «Il resistente deve fare una scelta di autoresponsabilità: proporre ricorso incidentale sulla questione di rito sapendo che, se la Corte gli dà ragione, l’accoglimento della censura sul rito travolge la decisione sul merito; oppure far passare in giudicato la sentenza relativamente alla questione di rito, su cui ha avuto torto, e giocare il tutto per tutto sul merito»⁴³. In disparte la soluzione di tale specifica questione, si interseca col tema in discorso quello della natura da ascrivere a una determinata questione, nel senso che, se la stessa fosse considerata di merito, e non già di rito, ben sarebbe possibile – anche per i critici dell’automatico condizionamento – ammettere una postergazione della stessa. Così, anche per chi evidenzia che «la natura “sempre” condizionata, anche a prescindere dall’iniziativa della parte praticamente vittoriosa, del motivo di gravame avverso la soluzione per essa negativa di questioni pregiudiziali di rito, desta interrogativi non di poco momento»⁴⁴, soprattutto «sotto il profilo della parità delle *chances* processuali tra i contendenti, corollario della parità delle armi (*ex art.* 111, comma 2, Cost., e 6 Cedu)»⁴⁵, e

⁴¹ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 607. Nello stesso senso, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, 9^a ed., Milano, 2017, p. 451 ss., le cui prospettazioni sono richiamate da Consolo.

⁴² C. CONSOLO, *op. loc. ult. cit.* Cfr. anche ID., *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l’inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell’inerziale richiamo della figura dell’abuso del processo*, cit., pp. 272-273.

⁴³ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, cit., pp. 452-453.

⁴⁴ C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l’inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell’inerziale richiamo della figura dell’abuso del processo*, cit., p. 272.

⁴⁵ *Ibidem.*

che, quindi, soprattutto in caso di questioni pregiudiziali di rito fondanti l'equo e giusto processo, «quando vi sia un motivo di gravame su di esso il giudicante dovrà decidere in via prioritaria rispetto all'esame dei motivi di parte indirizzati alla soluzione del merito della lite (a prescindere da eventuali vincoli di condizionamento imposti dall'impugnante vittorioso nel merito)»⁴⁶; anche per chi si collochi in tale posizione «rimane sempre possibile, con una analisi non solo e tanto di economia processuale ma del dato normativo, negare ad una data questione il ruolo di questione pregiudiziale di rito»⁴⁷, come per esempio potrebbe essere sostenuto rispetto all'interesse ad agire⁴⁸. Al di là del caso specifico, si tratta di un esempio di traslazione da rito a merito in relazione all'inquadramento di una determinata questione (nella specie, quella relativa alla sussistenza dell'interesse ad agire), con ogni conseguenza rispetto alla relativa disciplina (nella specie, quella del suo condizionamento impugnatorio).

Per altro verso, a prescindere da eventuali «modulazioni» tra le nozioni di rito e merito, rimane senz'altro enucleabile, quantomeno agli specifici fini della presente indagine, quali siano le questioni meritali che saranno oggetto di studio.

Può farsi riferimento, per tracciare un quadro delle questioni potenzialmente rilevanti nell'ambito del processo, e quindi individuare, tra di esse, quelle «di merito», allo studio di Fabbrini sui poteri del giudice⁴⁹. L'Autore osserva che tali poteri sono esercitati «nelle seguenti direzioni: a) controllo dei presupposti che consentono o escludono la prospettiva della emanazione di una sentenza di merito; b) controllo della validità dei singoli atti attraverso i quali si svolge la vicenda processuale; c) determinazione dei temi di fatto dall'accertamento e qualificazione giuridica dei quali far dipendere il contenuto della decisione; d) determinazione degli strumenti probatori attraverso i quali fissare il modo di essere dei fatti rilevanti ai fini del decidere; e) determinazione del contenuto della sentenza sotto il profilo della valutazione delle prove raccolte»⁵⁰.

⁴⁶ C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, p. 273.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Ferma, peraltro, la precisazione che lo stesso interesse ad agire «nella idea restrittiva che Allorio, Garbagnati e soprattutto Attardi ci additano ... rarissimamente difetta» (così ancora C. CONSOLO, *op. loc. ult. cit.*).

⁴⁹ Si allude a G. FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 721 ss.

⁵⁰ G. FABBRINI, *op. cit.*, p. 723.

In questo quadro, sono anzitutto da escludere dal nostro scrutinio le questioni relative alla «validità dei singoli atti attraverso i quali si svolge la vicenda processuale»⁵¹, e quindi alla nullità formale. Si tratta di area che, afferendo agli atti del processo e ai relativi requisiti, avuto riguardo sia alla c.d. forma in senso stretto (ossia alle «modalità esterne di manifestazione, di espressione di un atto»⁵², comprensive della determinazione del «luogo» e del «tempo» in cui l'atto dev'essere compiuto⁵³), sia al c.d. contenuto-forma (e quindi agli elementi di cui l'atto si compone secondo il «preordinato modulo legale tipico di ogni atto processuale»⁵⁴), è senz'altro da ricondursi alle questioni di natura processuale.

Vanno, ancora, espunte, perché afferenti al rito, le questioni relative ai «presupposti che consentono o escludono la prospettiva della emanazione di una sentenza di merito»⁵⁵, e quindi ai c.d. presupposti processuali, o, più propriamente, alle condizioni di decidibilità della causa nel merito⁵⁶.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² R. ORIANI, *Atti processuali, I Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 4. Sulla nozione di forma degli atti processuali, v., per tutti, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1942, p. 296 ss.; E. REDENTI, *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 112 ss.

⁵³ Cfr. F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p. 130, ove il rilievo per cui i «requisiti formali» sono «tali perché vocati a prendere forma esorbitando dal soggetto e dal suo foro interno per toccare la realtà storica, cioè il modo, il luogo [...], il tempo [...] della espressione o della comunicazione»; R. ORIANI, *op. cit.*, p. 5 s., il quale osserva che «appartengono, altresì, alla forma in senso stretto degli atti il luogo e il tempo in cui vanno compiuti»; ID., *Nullità degli atti processuali, I Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXI, 1990, p. 11. Cfr. anche, *si vis*, A. VILLA, *sub art.* 121, in AA.VV., *Codice di procedura civile. Commentario*, diretto da C. Consolo, Milano, 2018, p. 1426.

⁵⁴ V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 470. Cfr. anche R. ORIANI, *Atti processuali, I Diritto processuale civile*, cit., p. 4: «Il concetto di forma nel processo civile [...] comprende non solo il modo, ma anche il contenuto dell'atto [...]. Il legislatore predispose, cioè, modelli, paradigmi, schemi, indicando quali elementi vi debbono essere inseriti, come debbono essere costruiti e strutturati; svolgendo questa attività di predisposizione di sembianze, adempie pur sempre al compito di disegnare la forma dell'atto»; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, 12^a ed., Torino, 2019, p. 653, ove la nozione in esame è ricondotta agli «elementi che le norme prevedono affinché un concreto atto processuale possa venire ricondotto ad una certa specifica tipologia, individuata da un *nomen*».

⁵⁵ G. FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., p. 723.

⁵⁶ Si tratta quindi di condizioni per la decisione di merito, e non già per la mera tratta-

Per definizione, l'insieme dei presupposti processuali⁵⁷ si colloca in una relazione di *pregiudizialità* rispetto alla decisione sul merito del giudizio. Vale al riguardo il, pur laconico, disposto dell'art. 276, comma 2, c.p.c., secondo il quale il giudice «decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa», in una col rilievo per cui, nel processo moderno, e nel nostro sistema giusta la

zione del merito della causa. Su tale distinguo, cfr., anche per rilievi circa la necessità di tenere comunque in considerazione – ancorché dal punto di vista logico-giuridico, non già cronologico – la distinzione tra rito e merito, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 336 ss. L'Autore osserva, in particolare, come siano da condividersi le critiche rivolte alla «tesi che vorrebbe, ancor oggi, il processo costantemente diviso in due fasi anche temporalmente impermeabili», e ciò alla luce del «convincimento che al giudice non sia precluso avviare l'esame del merito contestualmente al giudizio sulla ammissibilità, pur se, beninteso, il rilievo di tale attività di trattazione riposa tuttora su basi ipotetiche, condizionato come strettamente è alla conclusione positiva dell'esame dell'ammissibilità della domanda: in concreto questo significa che la validità dell'esame del merito è subordinata solo dalla sussistenza dei presupposti processuali, non anche dal previamente già conclusosi accertamento di tale sussistenza (benché la trattazione del merito debba ovviamente subito interrompersi quando tale accertamento si concluda invece negativamente)» (*ivi*, p. 345). Cfr. anche ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 355: «Il processo è un procedimento che si svolge con la partecipazione e il contraddittorio delle parti, il cui esito fisiologico è la decisione con cui si esercita la funzione giurisdizionale di cognizione del merito della causa, definendo così la lite. Ogni processo, tuttavia, ha uno stadio logicamente preliminare, nel quale il giudice è chiamato a verificare l'esistenza dei c.d. presupposti processuali, ovvero la sussistenza delle circostanze necessarie in vista della nascita, per il giudice adito, del dovere di decidere il merito della causa. La carenza dei presupposti processuali obbliga il giudice a chiudere il processo già in questa fase preliminare. Merita peraltro rimarcare che il provvedimento con il quale il giudice così decide non è emesso prima del processo o a monte del processo: si tratta di un provvedimento decisorio, anch'esso – come la sentenza di merito – esercizio motivato del potere giurisdizionale (tanto che potrà essere impugnato dalle parti). Ciò che distingue questa *species* di sentenza da quella di merito è l'oggetto sul quale essa si pronuncia. Più precisamente, l'accertamento che contiene una sentenza di rito non riguarda l'esistenza o inesistenza del diritto fatto valere con la domanda, ma il dovere per il giudice adito di non esercitare il potere di dire se la domanda è fondata o meno»; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 53: «La conclusione del processo con una sentenza di rito, tradizionalmente detta anche di "*absolutio ab instantia*", può essere dovuta, oltre che alla mancanza delle condizioni dell'azione, alla carenza di altri specifici requisiti cui la legge condiziona il potere del giudice di decidere nel merito. Si tratta di regole attinenti all'ordinato e funzionale svolgimento dei processi, rispondenti per lo più a esigenze pubblicistiche, costituenti nel loro complesso i c.d. *presupposti processuali* o, più precisamente, le condizioni di "decidibilità della causa nel merito"».

⁵⁷ A prescindere dagli elementi che si ritenga concorrano a costituire lo stesso.

norma appena riportata, vige un ordine decisorio «all'interno delle macro categorie rito-merito»⁵⁸. Tutti gli istituti che siano considerati presupposti processuali si collocano «a monte» della pronuncia meritale e, conseguentemente, esulano dalla graduazione delle questioni di merito⁵⁹.

È ben vero che, nel novero dei presupposti processuali (comprendendosi in tale categoria anche quelle che, secondo altra impostazione, sono le c.d. condizioni dell'azione⁶⁰), sono individuabili questioni che, almeno in

⁵⁸ A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 664. Cfr. anche E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., pp. 88-89: «Le questioni “di rito” (relative alle condizioni dell'azione e ai presupposti processuali) [...] hanno stretta “pregiudizialità giuridica” rispetto alle questioni di merito [...]. Una volta insorte, le questioni processuali impedienti vanno necessariamente decise prima di quelle rilevanti per il merito anche se proprio queste ultime si presentino “più liquide”, tanto che se il giudice non osservasse tale ordine cogente la sua pronuncia sarebbe invalida». Oltre a quanto previsto nel richiamato art. 276 c.p.c., va aggiunto che, nella sistematica del codice, le questioni relative ai presupposti processuali sono appunto le questioni «pregiudiziali» di cui all'art. 187, comma 3, c.p.c. (in forza del quale il giudice, che può rimettere la causa in decisione affinché sia decisa separatamente una questione di merito avente carattere preliminare, quando la decisione di essa può definire il giudizio, «provvede analogamente se sorgono questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza o ad altre pregiudiziali, ma può anche disporre che siano decise unitamente al merito»); al riguardo, cfr. A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., p. 620.

⁵⁹ Appare del resto significativo che anche le ricostruzioni (minoritarie) che, in relazione al rigetto della domanda, considerano operante *esclusivamente* il principio della ragione più liquida (cfr. M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, cit., p. 39 ss.), a prescindere dalla natura (di rito o di merito) della questione, ammettano poi in termini senz'altro angusti la configurabilità di un ordine merito-rito, vieppiù su iniziativa del convenuto («Una ulteriore obiezione che si potrebbe muovere, è che, aderendo alla soluzione proposta, il convenuto potrebbe addirittura imporre un ordine di esame merito-rito. Anche tale obiezione va però respinta. In primo luogo deve intanto ricordarsi che, come si vide a suo tempo [...], ciò risulta possibile, in genere [...], solo a condizione che le non definitive di merito diano luogo soltanto ad una preclusione endo-processuale e solo con riferimento a presupposti processuali, il difetto dei quali sia insanabile: in caso contrario, *l'ordine merito-rito deve essere senz'altro escluso* in generale, per cui la volontà del convenuto non potrebbe essere assecondata»: M. FORNACIARI, *op. cit.*, p. 171, nota 365, mio il corsivo). Sulla posizione di Fornaciari, cfr. anche G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 214 ss.

⁶⁰ Sulle quali v., per tutti, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, cit., p. 146 ss.; F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, Milano, 2021, p. 83 ss. Cfr. anche E. MERLIN, *op. cit.*, p. 53: «I presupposti processuali hanno [...] una portata simile a quella delle condizioni dell'azione perché, se risultano mancanti, impediscono di emettere una sentenza di merito, tanto che, se fosse egualmente pronunciata,

linea teorica, potrebbero essere ricondotte anche all'area del «merito». Si discetta infatti di «questioni “a cavallo” tra rito e merito»⁶¹, e quindi di «questioni la cui concreta riconduzione ad una categoria piuttosto che all'altra è stata nel tempo, o è tuttora, controversa»⁶², in relazione, oltre che all'interesse ad agire (come si è accennato), alle questioni di giurisdizione, di competenza, di legittimazione ad agire⁶³.

Va peraltro considerato che, anche per quanto concerne le citate questioni che si collocano «sul confine», rimane maggioritaria la tradizionale collocazione nell'area dei presupposti processuali⁶⁴. A titolo esemplificativo, la giurisdizione, «seppur sistematicamente *capitis deminuta*, non può per ora atteggiarsi secondo questo *free style*»⁶⁵, ossia esser espunta dall'area delle tipiche questioni processuali, «e rimane nonostante tutto e nei termini trasformati [...] autentica pregiudiziale di rito»⁶⁶. In relazione al presupposto della competenza del giudice, si osserva che «più che un vero e proprio problema definitorio si ritiene che vi sia un'interferenza – se non addirittura una contaminazione – difficilmente eliminabile tra profili di rito e profili di merito»⁶⁷, soprattutto in relazione al disposto dell'art. 38 c.p.c.⁶⁸. Ancora, rispetto alla legittimazione e all'interesse ad agire, tema focale è più che altro quello del distinguo tra mera affermazione, della titolarità del diritto o della lesione subita, ovvero effettiva sussistenza di queste

essa sarebbe viziata ed invalida e perciò destinata ad essere annullata in sede di impugnazione».

⁶¹ G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 45.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Cfr. G. FANELLI, *op. cit.*, pp. 45-46.

⁶⁴ Ovvero, secondo sovrapponibile impostazione, in quella delle condizioni dell'azione.

⁶⁵ Così C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, cit., p. 273.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., pp. 48-49.

⁶⁸ Il cui ultimo comma prevede che «le questioni di cui ai commi precedenti», e quindi le questioni scaturenti dalla proposizione dell'eccezione di incompetenza o dal rilievo *ex officio* del difetto di competenza, «sono decise, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e, quando sia reso necessario dall'eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice, assunte sommarie informazioni».

ultime e, con particolare riferimento all'interesse ad agire, della stessa utilità dell'istituto (secondo i noti rilievi critici di autorevole filone dottrinale)⁶⁹. Le questioni «dubbe» fin qui richiamate possono quindi continuare a integrare, almeno secondo la lettura invalsa, altrettanti presupposti processuali, e come tali possono essere espunte dall'indagine.

A ciò va aggiunto che, in ogni caso, anche nell'ipotesi in cui un determinato presupposto processuale fosse ipoteticamente annoverato tra le questioni meritali, lo stesso dovrebbe allora essere ricondotto alle difese (o eccezioni) del convenuto, e quindi rispetto a esso non potrebbero che essere applicati i rilievi che saranno svolti, nel prosieguo dell'indagine, in relazione al condizionamento di tali entità processuali su iniziativa della parte chiamata in giudizio. A titolo esemplificativo, laddove – peraltro impropriamente – la legittimazione ad agire sia intesa in termini di effettiva titolarità del diritto azionato⁷⁰, allora il profilo dovrebbe essere ricondotto alle

⁶⁹Facente capo, in particolare, alle riflessioni di Attardi. In tema, cfr., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., pp. 559 ss., 591 ss. Cfr. anche *supra*, nota 48.

⁷⁰Cfr. ancora C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 563 s.: «Legittimazione attiva e passiva sono nozioni che [...] si riducono in sostanza a garantire – come condizioni di decidibilità della causa nel merito – che l'attore sia *colui in capo al quale si afferma* la titolarità del diritto sostanziale, e il convenuto colui in capo al quale l'attore afferma gravare la corrispondente obbligazione (o altra situazione giuridica passiva). [...] Tuttavia, la medesima espressione può essere utilizzata per indicare anche altri concetti e situazioni. Così, nel linguaggio pratico processuale, riferirsi al difetto di legittimazione ad agire significa specificare che l'attore non è titolare del diritto che fa valere e per questa ragione ha torto *nel merito*. Richiamando un esempio, si può configurare l'ipotesi in cui Tizio agisce giudizialmente contro Caio ritenendolo suo debitore a fronte di un contratto sorto tra Caio e Sempronio, e da quest'ultimo ceduto a Tizio. Pertanto, l'attore, essendo il cessionario del contratto e così del credito di Sempronio verso Caio, agisce giudizialmente. Tuttavia, Tizio non produce in giudizio quel contratto di cessione del credito, né emerge che lo abbia notificato al convenuto, cosicché Caio può eccepire ciò che impropriamente chiamerà il difetto di legittimazione ad agire, nei propri confronti, in capo a Tizio. Orbene, questa espressione, dal punto di vista "scientifico", risulta inappropriata. Infatti, in un caso siffatto, ci si sarebbe dovuti esprimere sostenendo *tout court* l'infondatezza della domanda, poiché Tizio non ha provato il fatto costitutivo dell'esistenza di quel credito, beninteso in capo a se stesso. Infatti il convenuto Caio ammette di essere debitore sulla base di quel contratto, ma non nei confronti di Tizio, bensì di colui con il quale ha stipulato il contratto la cui valida cessione non appare dimostrata. Così argomentando, però, il convenuto mira ad ottenere una sentenza di *rigetto nel merito* della domanda».

mere difese del convenuto⁷¹ (e, conseguentemente, dovrebbero essere applicate le considerazioni che saranno svolte rispetto alla graduabilità di tale entità processuale⁷²).

Possiamo quindi concludere è questione di rito, non rilevante ai nostri fini, ogni questione che concerne la validità formale degli atti del processo e, inoltre, i presupposti processuali (da intendersi come insieme delle condizioni che debbono sussistere affinché si concreti il potere decisorio di merito del giudice adito).

Per contro, le altre questioni già rassegnate (e cioè quelle relative ai «temi di fatto dall'accertamento e qualificazione giuridica dei quali far dipendere il contenuto della decisione», nonché alla «determinazione degli strumenti probatori attraverso i quali fissare il modo di essere dei fatti rilevanti» e alla «valutazione delle prove raccolte»⁷³) sono potenzialmente ascrivibili al «merito», fermo il rilievo che, anche rispetto a esse, saranno a breve effettuati ulteriori distinguo.

Ciò detto, non è inutile dar conto che anche le questioni processuali, come fin qui individuate, possono sollevare un problema di condizionamento, rispetto al quale le soluzioni prospettate dagli interpreti potrebbero, almeno in determinati aspetti, tornare utili anche per quanto concerne lo studio della graduazione delle questioni di merito. Veniamo a richiamare sinteticamente tali soluzioni.

⁷¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2016, n. 2951, in *Foro it.*, 2016, 10, I, c. 3212: «Le contestazioni, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso dedotte dall'attore hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori, ferme le eventuali preclusioni maturate per l'allegazione e la prova di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto non rilevabili dagli atti». In senso analogo, C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, p. 565: «Il difetto di legittimazione in senso proprio dà luogo a una questione di rito rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado, mentre le questioni di effettiva titolarità del rapporto controverso danno luogo a mere difese di merito».

⁷² Considerazioni, si anticipa fin da ora, tese peraltro a escluderne la condizionabilità su iniziativa del convenuto. Cfr. *infra*, § 12.

⁷³ Le espressioni tra virgolette sono sempre quelle di G. FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., p. 723.

4. *Il condizionamento delle questioni processuali (cenni). Le questioni che possono venire in rilievo in punto di graduazione. Inesistenza di una gerarchia ex lege. L'equipollenza delle questioni processuali, salve le ipotesi di «pregiudizialità strutturale». La priorità delle questioni afferenti all'integrità del contraddittorio*

L'analisi del tema della graduazione delle questioni processuali postula una serie di premesse.

In primo luogo, va osservato come, nelle riflessioni degli studiosi, tale problematica sia riferita, tra le plurime questioni afferenti al rito, a quelle concernenti i presupposti processuali. Si rileva in questo senso che, *in subjecta materia*, l'attenzione può essere focalizzata «sulle questioni di rito attinenti a un presupposto processuale o, più correttamente, a una condizione per la decisione nel merito della domanda»⁷⁴, tralasciando quindi le «questioni che riguardano la nullità formale di un atto del processo»⁷⁵, e ciò in quanto, tra le une e le altre, «vi è una differenza, che assume rilievo ai fini del discorso [...]: soltanto le prime, incidendo sulla possibilità di emettere una decisione di merito sul diritto controverso, sono astrattamente in grado di determinare la chiusura del processo con una pronuncia di rito»⁷⁶.

Si tratta di distinguo che, per vero, potrebbe non andare esente da perplessità.

⁷⁴ A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., p. 618.

⁷⁵ A. MOTTO, *op. cit.*, p. 619.

⁷⁶ *Ibidem*. Con la precisazione che è considerato dall'Autore anche il rapporto tra le questioni relative ai presupposti processuali e l'estinzione del processo: «Anche questo istituto rileva nella nostra indagine, poiché, realizzando un'ipotesi di impossibilità di pronunciare nel merito, è assimilabile alla carenza (sopravvenuta) di un presupposto processuale [...]. Il quesito che si pone, dunque, è se vi sia un ordine di decisione tra la questione inerente l'estinzione del processo (sorta a seguito di rilievo di parte o d'ufficio: art. 307, comma 4, c.p.c.) e quella concernente il difetto di un'altra condizione della decisione di merito» (A. MOTTO, *op. cit.*, p. 660). Per la limitazione della latitudine dell'indagine relativa alla graduazione delle questioni pregiudiziali, cfr. anche G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 74: «È evidente che non sarebbe possibile ragionare su tutti i profili di rito: si rischierebbe di presentare un'analisi incompleta (perché l'approfondimento sarebbe impedito dall'economia dell'opera), centrifuga (perché saremmo spinti ad abbandonare troppo spesso il filo del nostro discorso per addentrarci in complesse digressioni), e non proficua (poiché il tentativo che qui si compie è quello di individuare dei criteri sempre validi, a prescindere dalla questione di rito considerata)».

In primo luogo, non si esclude, seppur in limitati casi, che anche un vizio formale possa condurre alla definizione del giudizio con una pronuncia processuale⁷⁷.

Inoltre, la stessa dottrina che prospetta la limitazione della latitudine dell'indagine all'area dei presupposti processuali sembra poi riferirsi, nelle sue argomentazioni, e nelle soluzioni proposte in punto di condizionamento delle questioni di rito, anche a fattispecie riconducibili non già alle condizioni della decisione di merito, bensì proprio alle nullità di tipo formale. Si osserva per esempio che – posto che, se «un presupposto è rilevante, oltre che quale requisito per la decisione nel merito, anche all'interno della fattispecie di un altro presupposto processuale, la cui esistenza (o inesistenza) dipende dall'esistenza (o inesistenza) del primo»⁷⁸, allora «il giudice non può pronunciare in ordine all'elemento condizionato, se non abbia prima risolto la questione concernente l'altro, di carattere pregiudiziale»⁷⁹ – viene in quest'ottica in rilievo «il rapporto tra la questione di validità della domanda giudiziale, nella parte concernente l'*editio actionis*, e le questioni attinenti a presupposti processuali, la cui determinazione dipende dall'oggetto del giudizio»⁸⁰, dovendo il giudice «innanzitutto risolvere la questione concernente la validità della domanda e, ove la ritenga viziata, dare le disposizioni affinché sia sanata (artt. 164, comma 5, e 183, comma 1, c.p.c.), senza poterne assorbire l'esame, a favore della decisione degli altri presupposti processuali, che da essa dipendono»⁸¹. Ancora, si annoverano tra le questioni relative alla regolare instaurazione del contraddittorio,

⁷⁷ Cfr. D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, cit., pp. 71-72: «Per altro verso, le pregiudiziali di rito spaziano su un terreno più ampio di quello dei presupposti processuali: talora la questione pregiudiziale attinente al processo verte sul requisito formale del singolo atto [...]. È il caso ad es. degli artt. 365, 366 e 398 c.p.c., che configurano come causa di inammissibilità della impugnazione il difetto nell'atto introduttivo di alcuni requisiti appositamente prescritti dalla legge. Di solito ciò non accade perché soccorre il regime degli artt. 156 ss. c.p.c. Se, però, il vizio non è rimediato o non è rimediabile, allora il difetto assurge a pregiudiziale di rito, disciplinata dagli artt. 187, terzo comma, e 279, cpv., n. 2, c.p.c.».

⁷⁸ A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., p. 643.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ «Quali, ad esempio, la giurisdizione, nei rapporti tra giudici ordinari e speciali, e, in talune fattispecie, con i giudici stranieri, la competenza, la capacità, la legittimazione, la litispendenza, il giudicato, la convenzione di arbitrato, e così via» (*ibidem*).

⁸¹ *Ibidem*.

ritenute prioritarie rispetto a qualsiasi altra questione⁸², e quindi «condizione non solo per la decisione di merito sul diritto oggetto della domanda giudiziale, ma anche per l'adozione di una decisione di mero rito»⁸³, anche quelle relative «alla nullità e inesistenza della notificazione dell'atto di citazione e ai vizi dello stesso»⁸⁴. Anche la questione di nullità, e in particolare quella dell'atto introduttivo del giudizio, rientra quindi tra i «presupposti» che possono venire in questione rispetto a una discettazione sull'ordine di decisione delle questioni di rito.

Ciò detto, ai limitati fini della presente indagine è sufficiente prendere atto di tale (dichiarata) scelta di campo (a favore dell'area dei presupposti processuali) negli studi afferenti all'*ordo decisionis* delle questioni di rito, ferme le perplessità testé adombrate.

Va, inoltre, premesso che le indagini *in subiecta materia* trovano quale primario ambito di riflessione quello concernente l'individuazione di un eventuale ordine di decisione già ai sensi di *legge*, e quindi a prescindere dal contegno delle parti. *Et pour cause*: non soltanto le questioni pregiudiziali di rito soggiacciono, in loro cospicua parte, a un regime di rilevabilità *ex officio*⁸⁵, con la conseguenza che il giudice si può trovare a dover scrutinare plurime pregiudiziali (anche in assenza di eventuali richieste avanzate sul punto dalle parti)⁸⁶, ma, soprattutto, l'area afferente al processo, in

⁸² Si tornerà a breve su tale profilo.

⁸³ G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 189.

⁸⁴ G. FANELLI, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁵ V., per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, 9ª ed., p. 428, nell'ambito della distinzione tra nullità formali e nullità extraformali (e quindi relative ai presupposti processuali): «Le nullità extraformali si distinguono da quelle formali perché le nullità formali sono rilevabili eccezionalmente d'ufficio e, normalmente, soltanto ad istanza della parte interessata (art. 157 c.p.c.); al contrario, per la rilevabilità dei vizi dei presupposti processuali vale la regola opposta: essi sono normalmente rilevabili d'ufficio, tranne quelli che eccezionalmente sono riservati all'iniziativa di parte (come, ad es., il difetto di giurisdizione nei confronti del convenuto costituito, l'incompetenza territoriale semplice, l'eccezione di patto compromissorio)». Nello stesso senso, da ultimo, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., p. 401: «Le nullità che scaturiscono da vizi extraformali, quali sono quelle relative alla mancanza o ai vizi dei presupposti processuali non sono soggette alle medesime regole, ma a una disciplina diversa, ad esempio quanto al loro rilievo che è normalmente officioso, a differenza di quanto accade [...] con riferimento ai vizi formali, nonché ad altre specificità».

⁸⁶ Si tornerà nel prosieguo dell'indagine (v. *infra*, § 9) sul rapporto tra rilevabilità *ex officio* della questione (sia di merito, sia anche di rito) e potere della parte di accedere al condizionamento della stessa.

quanto tale, postula la verifica se, a prescindere da un'eventuale graduazione espressa dalla parte, un determinato *ordo decisionis* si imponga ugualmente al giudice *ex lege*.

Orbene, rispetto all'individuazione dei criteri che dovrebbero guidare l'operato del giudice, mentre in relazione alle questioni meritali è immediato il richiamo, quale canone orientatore del comportamento giudiziale, al principio del primato della ragione più liquida (si tornerà ampiamente sul punto), piuttosto magmatico, e financo contraddittorio, è il panorama relativo ai presupposti processuali. Soltanto a titolo esemplificativo, si sono prospettati risultati opposti, in termini di individuazione della questione prioritaria, avuto riguardo ai presupposti della giurisdizione e della competenza (fino a scomodare il noto paradosso, *ovumne prius exiterit an gallina?*)⁸⁷, ovvero, ancora, della competenza rispetto all'assenza di convenzioni di arbitrato⁸⁸ (presupposto processuale *negativo*⁸⁹).

In questo quadro, vale il rilievo secondo il quale, dalle – affermate, ma evidentemente inidonee ad assurgere a criterio dirimente – «relazioni di priorità logica (e, se si vuole, logico-giuridica) che si ritenga di individuare [...] tra i presupposti processuali»⁹⁰, in realtà non discende *ex necesse* «un ordine di decisione delle questioni che li concernono»⁹¹. Al contrario, il dato di legge legittima una conclusione opposta. In particolare, dal plesso normativo di cui agli artt. 187, commi 2 e 3, e 279, comma 2, c.p.c., risulta che il giudice può pervenire a una pronuncia di rito in presenza di una

⁸⁷ C. GLENDI, *Viene prima la competenza o la giurisdizione? Ovumne prius exiterit an gallina?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 852 ss.

⁸⁸ In tema, v. A. BRIGUGLIO, *Le sezioni unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 41 ss. Cfr. anche G. FANELLI, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, cit., p. 1569 ss., a commento di Cass., 25 ottobre 2017, n. 25254, in *Riv. arb.*, 2018, 4, p. 678, che ha statuito che, tra «le eccezioni pregiudiziali di rito di clausola compromissoria per arbitrato rituale e di incompetenza territoriale», il giudice dovrebbe considerare le stesse in tale ordine (oltre che in ragione del condizionamento posto dalla parte) anche alla luce del «criterio di progressione logico-giuridica dell'esame delle questioni in rito ricavabile, relativamente alle questioni di competenza, da una interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 38, comma 1 e 3, e 819-ter, comma 1, c.p.c., secondo i principi del "giusto processo" ex art. 111 Cost. e di effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost.».

⁸⁹ Per tutti, E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 54.

⁹⁰ A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., p. 637.

⁹¹ *Ibidem*.

questione pregiudiziale idonea a essere decisa, *a prescindere* dalla preventiva risoluzione di altre pregiudiziali, e ciò anche nel caso in cui le stesse si pongano, sul piano logico, «a monte» della questione definita. Il canone operativo che merita di essere accreditato è allora *negativo*, e cioè quello dell'*inesistenza*, per il giudice, di un ordine vincolante rispetto alle decisioni delle questioni di rito: «Tra le questioni pregiudiziali di rito *litis ingresum impediens* non è dato istituire alcuna rigorosa e vincolante gerarchia, della quale invano si cercherebbe l'unitario criterio ordinante»⁹².

Diventa poi interessante, e foriera anche in questo caso di diverse soluzioni, la verifica in merito all'esistenza di eventuali eccezioni al principio *de quo*. Esse sono rinvenute, in particolare, nella sussistenza di un «nesso qualificato», ascrivibile non già alla mera priorità logica, bensì alla sussistenza di una «pregiudizialità-dipendenza strutturale», a sua volta riscontrata allorché un determinato presupposto processuale sia rilevante per la stessa esistenza di altro presupposto processuale, ovvero comunque condizioni indefettibilmente il potere del giudice di accertare un altro presupposto.

Limitandoci all'esempio più significativo, invalso nella recente dottrina e giurisprudenza, si considerino le «questioni relative all'integrità del contraddittorio»⁹³, ritenute – complessivamente intese (v. subito *infra*) – prioritarie sia avendo a mente la complessiva architettura ordinamentale (in ragione delle norme cardine di cui agli artt. 24, comma 2, e 111, comma 2, Cost., oltre che dell'art. 101 c.p.c.⁹⁴), sia in relazione alla cadenza operativa ricavabile, *in primis*, dall'art. 183, comma 1, c.p.c.⁹⁵, oltre che dagli artt.

⁹² In questi termini, da ultimo, M. NEGRI, *Filtro in appello: integrità del contraddittorio, ordine delle questioni ed economia dei giudizi*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 667-668, ove anche (in nota 11) una serie di ulteriori riferimenti. Nello stesso senso si pongono i principali contributi dottrinali sul tema, ancorché prendendo le mosse da non sovrapponibili premesse concettuali. Cfr., in particolare, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, pp. 452 ss., 463, nota 2; A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., p. 630 ss.; G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 189 ss.

⁹³ G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 197.

⁹⁴ Sul quale si tornerà nel corso dell'indagine, anche in relazione alla sua valenza sistemica (cfr. *infra*, spec. § 7).

⁹⁵ Il quale prevede che «all'udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità del contraddittorio e, quando occorre, pronuncia i provvedimenti previsti dall'articolo 102, secondo comma, dall'articolo 164, secondo, terzo e quinto comma, dall'articolo 167, secondo e terzo comma, dall'articolo 182 e dall'articolo 291, primo comma». Al riguardo, cfr. A. MOTTO, *L'ordine di deci-*

sione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado, cit., p. 645: «Una conferma della correttezza di questa ricostruzione può essere desunta, se non ci inganniamo, dall'art. 183, comma 1, c.p.c.: questa disposizione, nello stabilire che il giudice, alla prima udienza, deve preliminarmente verificare, d'ufficio, la regolarità del contraddittorio e, quando occorre, pronunciare i provvedimenti necessari per attuarne la sanatoria, sta ad indicare che, per il legislatore, le questioni attinenti alla regolarità del contraddittorio hanno carattere assolutamente pregiudiziale, e debbono essere esaminate e risolte con precedenza rispetto a (e financo alla trattazione di) ogni altra, sia essa di merito o di rito». È appena il caso di aggiungere che la riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022 prevede una «trasposizione» delle previsioni di cui al primo comma dell'art. 183 c.p.c., in relazione all'anticipazione di una serie di adempimenti prima dell'udienza di cui a quest'ultimo articolo. Segnatamente, il nuovo art. 171-*bis* c.p.c., introdotto dall'art. 3, comma 12, lett. *i*), d.lgs. n. 149/2022 e rubricato «verifiche preliminari», così recita: «Scaduto il termine di cui all'articolo 166, il giudice istruttore, entro i successivi quindici giorni, verificata d'ufficio la regolarità del contraddittorio, pronuncia, quando occorre, i provvedimenti previsti dagli articoli 102, secondo comma, 107, 164, secondo, terzo, quinto e sesto comma, 167, secondo e terzo comma, 171, terzo comma, 182, 269, secondo comma, 291 e 292, e indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, anche con riguardo alle condizioni di procedibilità della domanda e alla sussistenza dei presupposti per procedere con rito semplificato. Tali questioni sono trattate dalle parti nelle memorie integrative di cui all'articolo 171-*ter*. Quando pronuncia i provvedimenti di cui al primo comma, il giudice, se necessario, fissa la nuova udienza per la comparizione delle parti, rispetto alla quale decorrono i termini indicati dall'articolo 171-*ter*. Se non provvede ai sensi del secondo comma, conferma o differisce, fino ad un massimo di quarantacinque giorni, la data della prima udienza rispetto alla quale decorrono i termini indicati dall'articolo 171-*ter*. Il decreto è comunicato alle parti costituite a cura della cancelleria». La Relazione al d.lgs. 149/2022 così annota rispetto a tale norma: «L'articolo 171-*bis* c.p.c. rappresenta una norma quadro nel quadro della nuova fase introduttiva, e disciplina le verifiche preliminari che il giudice è chiamato a fare prima dell'udienza. Invero, in un sistema che aspira a realizzare il canone della concentrazione, e per il quale dunque, salvi i rari casi di chiamata del terzo da parte dell'attore, all'udienza la causa deve tendenzialmente sempre giungere con il perimetro del *thema decidendum* e del *thema probandum* già definito, così da consentire al giudice di poter valutare al meglio quale direzione imprimere al processo (effettuare il tentativo di conciliazione, disporre il mutamento nel rito semplificato, ammettere le prove e procedere alla relativa assunzione), non era possibile immaginare che il giudice fosse chiamato a compiere tutte le verifiche preliminari di sua competenza all'udienza stessa. Nel rispetto della finalità perseguita dalla delega si è pertanto ritenuto che, scaduto il termine di cui all'art. 166 per la costituzione del convenuto, il giudice istruttore abbia comunque a procedere entro un termine ravvicinato (i successivi quindici giorni) a tutte le verifiche d'ufficio che, nel loro insieme, sono funzionali ad assicurare la regolarità del contraddittorio. [...] Nel caso in cui il giudice abbia a effettuare rilievi e ad assumere provvedimenti in ordine a tali profili, gli stessi sono poi trattati dalle parti nelle memorie integrative di cui all'articolo 171-*ter* c.p.c. È poi stabilito che quando pronuncia i provvedimenti sopra indicati il giudice, se necessario, fissa la nuova udienza per la comparizione delle parti, rispetto alla quale decorrono i termini indicati all'art. 171-*ter* c.p.c. per le memorie integrative e di completamento della trattazione. È in ogni caso previsto che il giudice, an-

354 e 383, comma 3, c.p.c.⁹⁶. Si evidenzia in questa prospettiva che, «se il

che se non provvede ai sensi del secondo comma, possa confermare o anche differire, fino ad un massimo di quarantacinque giorni, la data della prima udienza (con previsione, dunque, non dissimile a quella dell'attuale articolo 168-*bis*, quinto comma, c.p.c., e per consentire di meglio organizzare il proprio ruolo). Naturalmente, in tal caso i termini indicati per le memorie di cui all'articolo 171-*ter* c.p.c. decorrono dalla data della nuova udienza. È infine previsto che il decreto del giudice debba essere comunicato alle parti costituite a cura della cancelleria».

⁹⁶ Cfr. G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 190 s.: «In base all'art. 354 c.p.c. (e all'art. 383, 3° comma, c.p.c.), alcuni particolari vizi del contraddittorio, elencati in maniera che si ritiene tradizionalmente tassativa [...], non soggiacciono alla regola dell'art. 161, 1° comma, c.p.c., con la conseguenza che la sentenza emessa senza che siano rispettati i presupposti minimi del contraddittorio è *inutiliter data* o comunque “radicalmente” nulla [...]. Queste nullità devono essere fatte valere “sempre e comunque, a prescindere dall'esistenza di un mezzo di impugnazione” [...] perché comportano una grave lesione al diritto di difesa della parte. Dall'art. 354 c.p.c., inoltre, si ricava un argomento persuasivo [...] che permette di affermare che la radicalità del vizio del contraddittorio si misura sulla conoscenza effettiva che la parte (giusta e necessaria) ha avuto dell'instaurazione del processo». È appena il caso di aggiungere che la riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022 prevede – oltre all'abrogazione dell'art. 353 c.p.c. – una riformulazione dell'art. 354 c.p.c., riducendo le ipotesi di rimessione al primo giudice. Segnatamente, il nuovo art. 354 c.p.c., introdotto dall'art. 3, comma 26, lett. n), d.lgs. n. 149/2022 e rubricato «rimessione al primo giudice», così recita: «Il giudice d'appello, se dichiara la nullità della notificazione dell'atto introduttivo, riconosce che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte, oppure dichiara la nullità della sentenza di primo grado a norma dell'articolo 161 secondo comma, pronuncia sentenza con cui rimette la causa al primo giudice. Nei casi di rimessione al primo giudice, le parti devono riassumere il processo nel termine perentorio di tre mesi dalla notificazione della sentenza. Se contro la sentenza d'appello è proposto ricorso per cassazione, il termine è interrotto. Se il giudice d'appello riconosce sussistente la giurisdizione negata dal primo giudice o dichiara la nullità di altri atti compiuti in primo grado, ammette le parti a compiere le attività che sarebbero precluse e ordina, in quanto possibile, la rinnovazione degli atti a norma dell'articolo 356». La Relazione al d.lgs. n. 149/2022 così annota rispetto a tali disposizioni: «La lettera o) della delega incaricava il legislatore delegato di “riformulare gli articoli 353 e 354 del codice di procedura civile, riducendo le fattispecie di rimessione della causa in primo grado ai casi di violazione del contraddittorio”. Si è quindi abrogato l'articolo 353 c.p.c. e con esso l'ipotesi di rimessione al primo giudice per motivi di giurisdizione, e considerati i ritardi nella decisione che la rimessione in primo grado comporta, si è scelto di limitarla alle ipotesi più gravi di violazione del contraddittorio, confermando quelle oggi previste dal primo comma dell'articolo 354 c.p.c. (nullità della notificazione della citazione introduttiva, mancata integrazione del contraddittorio, erronea estromissione di una parte, nullità della sentenza di primo grado a norma dell'articolo 161 secondo comma) e sopprimendo l'attuale secondo comma dell'articolo 354 per l'ipotesi di riforma della sentenza di primo grado che ha dichiarato l'estinzione del processo. A seguito della soppressione dell'articolo 353, il giudice di appello che riconosca la giu-

contraddittorio è elemento costitutivo indefettibile del processo (artt. 24, comma 2, 111, comma 2, Cost., art. 101 c.p.c.); se, d'altro canto, le questioni di rito sono decise all'interno del giudizio, con le forme e secondo le modalità seguite per le questioni di merito; allora la regolarità del contraddittorio è requisito essenziale per risolvere anche le questioni di rito, e non le sole questioni di merito»⁹⁷, e ciò «sotto tutti i plurimi profili rilevanti (validità della *vocatio in ius* e della notificazione dell'atto introduttivo, capacità processuale delle parti, integrità del contraddittorio *ex art. 102 c.p.c.*)»⁹⁸. Nei medesimi termini, si osserva che «la regolare instaurazione del rapporto processuale (nel senso che nel processo devono essere presenti ed essere state ritualmente evocate le parti necessarie e che siano sussistenti tutti i presupposti processuali relativi alla parte) è condizione non solo per la decisione di merito sul diritto oggetto della domanda giudiziale, ma anche per l'adozione di una decisione di mero rito. Solo in queste ipotesi il potere del giudice di risolvere una questione (di rito o di merito) che emerge nel processo è condizionato dalla prioritaria verifica di un presupposto processuale»⁹⁹.

Si tratta di orientamento, oltre che fatto proprio da una serie di pronunce susseguitesesi negli ultimi cinquant'anni¹⁰⁰, confermato anche dalla

risdizione negata dal primo giudice non potrà più rimettere a questo gli atti ma dovrà decidere la causa nel merito, se del caso svolgendo le attività che non si siano svolte in primo grado. Si è perciò modificato l'ultimo periodo dell'articolo 354, prevedendo che tanto in questo caso, quanto nel caso in cui dichiari la nullità di altri atti (e cioè atti diversi da quelli contemplati nei commi precedenti, la cui nullità determina la rimessione al primo giudice), il giudice di appello ammetta le parti al compimento di attività che sarebbero loro precluse, quando questa esigenza discenda dalla necessità di ripristinare il contraddittorio (ad esempio, a seguito della mancata concessione di termini nel giudizio di primo grado) e proceda alla rinnovazione degli atti nulli. Dalle disposizioni di cui all'articolo 356, non modificato in questa parte, si ricava poi che il giudice di appello procederà all'assunzione delle prove che non siano state assunte nel giudizio di primo grado. Sono state poi riprodotte le disposizioni degli ultimi due commi [...] dell'abrogato art. 353, al quale l'articolo 354 rimandava».

⁹⁷ A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., p. 644.

⁹⁸ *Ibidem*. Cfr. anche G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 191 ss., ove una rassegna delle questioni relative all'integrità del contraddittorio, individuate in quelle relative all'invalidità della notificazione dell'atto introduttivo e dell'atto stesso, alla legittimazione ad agire e alla capacità delle parti, alla rappresentanza tecnica e al litisconsorzio necessario.

⁹⁹ G. FANELLI, *op. cit.*, p. 189.

¹⁰⁰ Cfr., in particolare, Cass., 11 maggio 1968, n. 1446, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1804, se-

condo la quale «la questione di giurisdizione ha sempre e necessariamente carattere preliminare rispetto ad ogni altra questione di rito e di merito ad eccezione di quelle relative alla regolarità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio ed alla dedotta sanatoria delle eccepitive nullità relative alla notificazione medesima» (la pronuncia è richiamata in questi termini da Cass., 12 marzo 2020, n. 7055, in *Foro it. News*, 30 marzo 2020, con nota di D. DALFINO, *Ordine delle questioni e regolamento di competenza*, sulla quale si tornerà a breve); Cass., Sez. Un., 14 febbraio 1980, n. 1056, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 1176: «L'esame della questione di giurisdizione, ancorché pregiudiziale ad ogni altra questione di rito o di merito, presuppone pur sempre l'instaurazione di un contraddittorio effettivo, e non meramente apparente, per essere stato il rapporto processuale costituito fra soggetti investiti della qualità di parte, in relazione alla natura del rapporto sostanziale. Pertanto, con riguardo alla domanda diretta all'accertamento della nullità di un matrimonio contratto all'estero, e dell'illegittimità della relativa trascrizione nei registri dello stato civile, che risulti avanzata nei soli confronti di un Comune e di amministrazioni pubbliche (nella specie, Ministero degli Esteri, della Difesa e del Tesoro, in relazione ai riflessi di detti accertamenti su autonoma controversia in materia di pensione di reversibilità), ogni indagine sulla giurisdizione resta preclusa dal preliminare riscontro dell'improponibilità della domanda stessa, per non essere stato chiamato in giudizio alcuno dei legittimi contraddittori»; Cass., Sez. Un., 13 aprile 2012, n. 5873, in *DeJure*: «Ai fini del regolamento di giurisdizione d'ufficio, l'art. 59, comma 3, della legge n. 69 del 2009, a norma del quale il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio la questione di giurisdizione davanti alle Sezioni Unite "fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito", dev'essere interpretato nel senso che il limite oltre il quale il secondo giudice non può sollevare il conflitto di giurisdizione, nel processo davanti al giudice ordinario, non è costituito dal compimento della prima udienza, se nell'udienza prevista dall'art. 183, comma 1, c.p.c. il giudice adotta i provvedimenti indicati nello stesso comma 1, ma dal fatto che il giudice non si sia limitato all'adozione di provvedimenti ordinatori ed eventualmente decisori su questioni impedienti di ordine processuale, logicamente precedenti quella di giurisdizione; in tal caso, quel limite si sposta all'udienza che il giudice fissa in base al comma 2 del medesimo articolo»; Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2012, n. 22776, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1157 ss., con nota di A. PANZAROLA, *Le Sezioni Unite, l'ordine delle questioni di rito e la domanda «automatica»*, la quale, nel ribadire che «l'esame della questione di giurisdizione, ancorché pregiudiziale a quello di ogni altra questione di rito o di merito, presuppone pur sempre l'instaurazione di un contraddittorio effettivo, e non meramente apparente, per essere stato il rapporto processuale costituito fra soggetti investiti della qualità di parte, in relazione alla natura del rapporto sostanziale», ha statuito che, «ove in appello sia riscontrata la mancata partecipazione nel processo di primo grado di un litisconsorte necessario, la questione di giurisdizione deve essere esaminata nel giudizio di prime cure, una volta che vi si sia ricostituita l'integrità del contraddittorio, ai sensi dell'art. 354 c.p.c.». Diversamente, nel senso della priorità della questione di giurisdizione (e a conferma della non univocità degli approdi *in subiecta materia*), cfr. Cass., Sez. Un. 23 aprile 2008, n. 10462, in *DeJure*: «Nell'ipotesi in cui il giudice di appello debba rimettere, ex art. 354 c.p.c., la causa al giudice di primo grado per l'integrazione del contraddittorio, è comunque tenuto a pronunciarsi preliminarmente sulla questione di giurisdizione, procedendo alla rimessione solo in caso di esito positivo, atteso che, nonostante la pregiudizialità del vizio che impone la rimessione, il giudizio sull'integrità del contraddittorio non può che competere al giudice

recente giurisprudenza di legittimità. In particolare, degna di menzione appare la decisione¹⁰¹ con la quale la Suprema Corte ha censurato la pronuncia declinatoria della competenza resa da parte del giudice del merito previa affermazione che l'eccezione di incompetenza avrebbe dovuto ritenersi «assolutamente preliminare rispetto a tutte le altre pur sollevate dalle [...] parti convenute, nonché alle ulteriori istanze avanzate dalla stessa parte attrice»¹⁰². Avendo quest'ultima proposto regolamento di competenza avverso tale statuizione, deducendo (oltre all'erroneità della pronuncia in punto di individuazione del giudice competente) che la questione, parimenti insorta in sede di merito, della regolare instaurazione del contraddittorio avrebbe rivestito carattere prioritario rispetto a qualsivoglia altra questione processuale, ivi inclusa quella concernente la competenza, la Suprema Corte – dopo un non breve *excursus* rispetto a pregresse pronunce relative, in particolare, al rapporto tra la questione di giurisdizione e quella afferente alla compiuta costituzione del contraddittorio¹⁰³ – ha ritenuto ammissibile il regolamento di competenza¹⁰⁴ e ha quindi affermato che «ha

munito di giurisdizione, alla luce del rito applicabile, mentre sarebbe inutile richiederne la decisione da parte del giudice che ne è carente».

¹⁰¹ Emessa nell'ambito di una controversia concernente l'avvenuta sospensione, a danno degli attori, di alcuni canali digitali, riassunta nei termini che seguono dalla Cassazione (12 marzo 2020, n. 7055, cit.) che ha definito la lite. Gli attori «convenivano davanti al Tribunale di Napoli Nord in composizione monocratica le società Google Inc. Irpt., YouTube LLC. Irpt. e Google Italy S.r.l. – le prime due con sede negli Stati Uniti d'America e la terza con sede in Milano –, adducendo di essere titolari di determinati canali sul sito Internet YouTube, sospesi senza motivo e senza preavviso, e altresì senza comunicare la durata delle sospensioni; pertanto chiedevano che le due società statunitensi fossero dichiarate esclusive responsabili dell'illegittima sospensione dei canali e dei conseguenti danni, che ne fosse ordinata immediata e piena riattivazione, prevedendo una penale per l'ipotesi di ritardo, che Google Inc. Irpt. fosse condannata al pagamento di quanto maturato nella frazione di mese anteriore alla sospensione da ciascuno degli attori, e che YouTube LLC. Irpt. fosse condannata al risarcimento degli ulteriori danni».

¹⁰² Cass., 12 marzo 2020, n. 7055, cit.

¹⁰³ Per alcune di tali pronunce, v. *supra*, nota 100.

¹⁰⁴ Sulla base del seguente percorso argomentativo: «Il canone del contraddittorio non è formale, bensì elastico perché plasmato sulla vicenda processuale concreta mediante un implicito atto dispositivo di rinuncia al pieno esercizio del diritto, riconosciuto invece nella misura valutata sufficiente dalla parte interessata [...]. L'elasticità del contraddittorio risiede, comunque, in una fase della vicenda processuale successiva ad una originaria integrità del contraddittorio stesso. Esso, infatti, costituisce il pilastro del processo [...]: e il fenomeno giuridico del processo si verifica se giuridicamente lo compongono – in modalità effettiva o in modalità potenziale – le parti. Invero, il potere del giudice, in un processo a

errato il giudice nel ritenere che l'eccezione di incompetenza fosse “assolutamente preliminare rispetto a tutte le altre” e nel non avere pertanto pregiudizialmente esaminato e risolto le questioni di integrazione/modificazione del contraddittorio suscitate dalle parti»¹⁰⁵, caducando il provvedimento impugnato e rimettendo le parti davanti al giudice *a quo* affinché «si proceda, appunto, ad esaminare la questione relativa alla corretta costituzione del contraddittorio e a provvedere in conseguenza»¹⁰⁶.

piena cognizione, insorge legittimamente soltanto quando nel processo si siano “incastonati” i *litigatores*. Il giudice è chiamato infatti a dirimere una lite; la sua potestà giurisdizionale contenziosa scatta quando la lite concretamente sussiste, ovvero quando sussistono parti che si contrappongono, pur nei limiti di potenzialità propri della contumacia. È solo allora, quindi, che il giudice è abilitato a prender cognizione di tale sua potestà, accertando la sussistenza della giurisdizione e della competenza. Il che discende dal fatto che l'oggetto del processo, che su ciò incide, deve essere “fabbricato” dai *litigatores*, mediante il loro duplice strumento difensivo/dispositivo. La parte che promuove il giudizio non può, pertanto, mettere immediatamente il giudice nelle condizioni di “funzionare”; occorre che sia stata data alla controparte la possibilità di apportare il suo. E questo, quanto alla competenza, essendo essa in buona parte oggetto di eccezione in senso stretto, incide davvero *ictu oculi*. [...] Ma se così è, la questione della completa costituzione del contraddittorio, *id est* della completa strutturazione della funzionalità del processo entro cui il giudice deve esercitare la sua *potestas iudicandi*, non può qualificarsi come astratta, estranea e scindibile rispetto al vaglio della competenza da parte del giudice – esattamente come la giurisprudenza di questa Suprema Corte ha escluso per il parametro legittimante la *potestas iudicandi* ancor più a monte che è rappresentato dalla giurisdizione (sulla pregiudizialità della questione della giurisdizione rispetto a quella della competenza nonché sui rigorosi limiti imposti alla pregiudizialità stessa cfr. S.U. 5 gennaio 2016 n. 29). Non è dunque sostenibile che la questione del contraddittorio integro non rientri in quel che attiene “*in modo diretto e necessario alla competenza*”, ovvero che non debba ritenersi essere oggetto di censura veicolabile con il regolamento necessario di competenza». Su tali passaggi della pronuncia, cfr. D. DALFINO, *Ordine delle questioni e regolamento di competenza*, cit.: «La Corte si affida all'orientamento secondo cui in sede di regolamento di competenza possono essere sollevate soltanto questioni relative alla competenza, con esclusione di quelle che, riguardando la decisione della controversia, non attengono in modo diretto e necessario alla competenza, sia che si tratti di questioni processuali, sia che riflettano il rapporto sostanziale dedotto in giudizio [...], a meno che la violazione delle norme sul procedimento abbia avuto per effetto di impedire alla parte di apportare al giudice elementi utili al fine di statuire sulla propria competenza [...]; con specifico riguardo alla emissione della decisione senza previa instaurazione del contraddittorio, la questione – precisa la Corte – può assumere rilevanza non quale violazione in sé considerata, ma solo ove la parte ricorrente evidenzi e dimostri che detta violazione abbia avuto effetto di impedirle di apportare al giudice elementi utili al fine di statuire sulla propria competenza, tali da condurre a diversa decisione».

¹⁰⁵ Cass., 12 marzo 2020, n. 7055, cit.

¹⁰⁶ Cass., 12 marzo 2020, n. 7055, cit.

In sintesi, le questioni processuali possono essere ritenute, di regola, equipollenti, nel senso dell'*inesistenza*, in capo all'organo giudicante, di un ordine vincolante rispetto alle decisioni delle stesse. Quanto precede vale peraltro salva l'individuazione di peculiari ipotesi di «pregiudizialità strutturale», nelle quali una determinata questione processuale condizioni il potere del giudice di risolverne un'altra. Nel novero di tali ipotesi possono essere ricondotte, in particolare, le questioni afferenti alla regolare instaurazione del contraddittorio¹⁰⁷.

5. *Segue. Condizionamento delle questioni processuali e poteri delle parti. Le tesi che escludono ovvero all'opposto ammettono in via generalizzata il potere di graduazione della parte. Il richiamo del principio dispositivo in senso processuale: critica. La disomogeneità dei motivi di rigetto in rito, in relazione alla sanabilità del vizio: possibile sussistenza di un potere di graduazione in relazione alla portata preclusiva della decisione*

Ciò detto rispetto all'eventuale ordine di decisione delle questioni pregiudiziali ricavabile dalla legge, e quindi idoneo a imporsi al giudicante a

¹⁰⁷ Fermo quanto osservato nel testo, è infine appena il caso di precisare che le questioni concernenti la regolare instaurazione del contraddittorio non sono peraltro le uniche rispetto alle quali è prospettata una priorità nell'*ordo decisionis*. In particolare, si fa riferimento anche all'ipotesi in cui «un presupposto è rilevante, oltre che quale requisito per la decisione nel merito, anche all'interno della fattispecie di un altro presupposto processuale, la cui esistenza (o inesistenza) dipende dall'esistenza (o inesistenza) del primo; in tal caso, il giudice non può pronunciare in ordine all'elemento condizionato, se non abbia prima risolto la questione concernente l'altro, di carattere pregiudiziale», adducendosi quale esempio quello – già richiamato in apertura del presente paragrafo – del «rapporto tra la questione di validità della domanda giudiziale, nella parte concernente l'*editio actionis*, e le questioni attinenti a presupposti processuali, la cui determinazione dipende dall'oggetto del giudizio» (quali, a titolo esemplificativo, i presupposti della giurisdizione, della competenza, della capacità, della legittimazione, della litispendenza, della cosa giudicata, della devoluzione della controversa ad arbitri), rispetto al quale «non è possibile per il giudice decidere in ordine a presupposti processuali, la cui esistenza o inesistenza sono condizionate dalla situazione sostanziale dedotta in giudizio, tutte le volte che questa, per carenze dell'atto introduttivo, non sia individuata [...]. Pertanto, il magistrato deve innanzitutto risolvere la questione concernente la validità della domanda e, ove la ritenga viziata, dare le disposizioni affinché sia sanata», senza poter procedere senz'altro alla decisione sugli altri presupposti processuali, che da tale questione dipendono (A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., p. 642 s.).

prescindere da eventuali iniziative di parte, veniamo a considerare (ancorché sempre nei limiti di una ricognizione generale) se sia prospettabile, sempre avuto riguardo alle questioni di rito, un ordine di decisione imposto *dalle parti*. Si tratta, all'evidenza, di tema «parallelo» a quello oggetto del presente studio, relativo alla graduazione, su iniziativa di parte, delle questioni di merito.

Anche in questo caso, emerge una significativa difformità tra le soluzioni degli interpreti.

Da un lato, si osserva come i poteri delle parti siano, *in subiecta materia*, significativamente limitati. In questo senso è evidenziato che, se si prende le mosse dalla «compiuta equivalenza delle varie condizioni di trattabilità del merito, intesa almeno quale conclusione tendenziale suscettibile solo di tassative e sporadiche eccezioni»¹⁰⁸, allora «in linea di massima difetterà l'interesse, e così il presupposto, per una tale iniziativa vista la [...] equipollenza delle varie sentenze di rigetto in rito della domanda, a prescindere dal loro motivo “portante”»¹⁰⁹.

Dall'altro lato, si affaccia la sussistenza di un ampio potere di graduazione, e ciò in ragione del fatto che il tema sarebbe governato dal principio dispositivo (in senso processuale¹¹⁰). In particolare, la Suprema Corte, adita con istanza di regolamento di competenza in una controversia nella quale il convenuto aveva eccepito il difetto di competenza del tribunale in ragione dell'esistenza di una convenzione di arbitrato rituale e, in via gradata, l'incompetenza per territorio del medesimo giudice, e il tribunale – premesso di voler limitare la sua decisione alla sola eccezione di incompetenza per territorio (ritenuta prioritaria rispetto a quella di patto arbitrale, sull'assunto che quest'ultima avrebbe dovuto essere decisa dal tribunale competente a conoscere la domanda) – si era dichiarato territorialmente

¹⁰⁸ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 456-457.

¹⁰⁹ C. CONSOLO, *op. cit.*, pp. 463, nota 2. Sempre nel quadro dei possibili motivi ostativi a una graduazione delle questioni su iniziativa di parte, sarà considerato nel prosieguo dell'indagine (nell'ambito del condizionamento delle questioni di merito) il diverso problema della possibilità, o meno, di ammettere una graduazione di parte in relazione a questioni che siano *rilevabili d'ufficio* dal giudice (v. *infra*, § 9).

¹¹⁰ Si tornerà ampiamente, nel secondo capitolo, sul rapporto tra il potere di condizionamento e il principio dispositivo (inteso, quest'ultimo, sia in senso sostanziale, che in senso processuale). Sul rapporto tra il principio *de quo* e la graduazione delle questioni processuali, cfr. G. FANELLI, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, cit., p. 1590 ss.

incompetente, ha statuito che «proposte cumulativamente dalla parte convenuta le eccezioni pregiudiziali in rito di clausola per arbitrato rituale e di incompetenza territoriale del giudice adito, e specificata la graduazione dell'esame delle due questioni nel senso sopra indicato, il giudice di merito è *vincolato* all'osservanza dell'ordine predetto, che trova fondamento [...] nel *potere dispositivo* della parte, libera di regolare le scelte processuali secondo i propri interessi»¹¹¹. Secondo la Cassazione, «il criterio tassonomico da utilizzare nella gradazione dell'esame delle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito deve tener conto [...] dell'interesse manifestato dalla parte nella scelta preferenziale accordata alle diverse eccezioni formulate (che è espressione del potere dispositivo che informa il processo civile)»¹¹².

Nello stesso senso, ampliativa è anche la posizione per cui, salvi i casi in cui sarebbe individuabile già *ex lege* un ordine precostituito (e non suscettibile di essere inciso dalla parte), in ogni altra ipotesi la parte interessata sarebbe libera di prospettare un *ordo decisionis* delle questioni pregiudiziali. Si ritiene in quest'ottica che «il convenuto sia libero di definire ordine di trattazione e decisione delle eccezioni di rito, con esclusione delle questioni processuali relative all'integrità del contraddittorio, il cui esame non potrà essere subordinato a nessun'altra questione, poiché [...] tali questioni sono strutturalmente pregiudiziali nel senso che, solo all'esito della verifica della regolare costituzione del rapporto processuale, le parti potranno istruire e discutere tutti gli altri profili della controversia»¹¹³; fermo ciò, sarebbe sempre «da preferire il condizionamento volontario dato dalla parte rispetto alle esigenze di economia meramente endoprocessuale confliggenti»¹¹⁴.

In questo quadro, sembra che qualsiasi ipotesi ricostruttiva debba fondarsi, piuttosto che su aprioristiche adesioni a determinati principi – quali, *in primis*, quello dispositivo in senso processuale (il cui richiamo, per vero, non sembra dirimente rispetto all'ammissibilità del potere delle parti di ac-

¹¹¹ Cass., 25 ottobre 2017, n. 25254, cit. (miei i corsivi).

¹¹² Cass., 25 ottobre 2017, n. 25254, cit. (con la precisazione che, per la Corte, insieme all'interesse privato di cui al testo, rileverebbero anche le «esigenze connesse all'interesse pubblico ad una valida instaurazione del rapporto processuale tra le parti e tra queste ed il giudice adito, in quanto l'organo giudicante adito risulti effettivamente titolare della *potestas judicandi* ed idoneo a soddisfare alle garanzie richieste dall'art. 25 Cost.»).

¹¹³ Così G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 235.

¹¹⁴ *Ibidem*.

cedere al condizionamento delle questioni, come si vedrà anche, e soprattutto, rispetto a quelle meritali¹¹⁵) –, sull'esame della singola fattispecie e sulla possibilità di riscontrare un'eventuale «modulazione» dell'utilità traibile dalla parte eccipiente in caso di fondatezza della sollevata questione di rito. La strada è quella già a suo tempo tracciata dalla dottrina che aveva manifestato una, tendenziale, opinione restrittiva, osservando peraltro nel contempo che una «puntuale eccezione dovrà logicamente farsi in ordine alla eccezione di incompetenza che, dando luogo ad una sentenza che non definisce il giudizio, ma vale ad avviare il meccanismo sanante della *translatio*, potrà essere sollevata in via specificamente subordinata alla ritenuta sussistenza delle condizioni di trattabilità del merito implicanti rigetto in rito della domanda siccome inammissibile»¹¹⁶. Si comprende quindi come, prendendo spunto da tali rilievi, si dia atto che «il convenuto potrebbe graduare le difese sulla base del criterio [...] della maggior tutela, seppur in rito»¹¹⁷, e ciò in quanto «alcuni requisiti processuali, lungi dal collegare all'accertamento della loro carenza la continuazione del processo in altra sede, comportano la chiusura del processo»¹¹⁸.

In effetti, il punto di caduta del ragionamento potrebbe essere rinvenuto nella non omogeneità dei motivi di rigetto in rito, sotto il profilo della possibilità, o meno, di essere sanati (per iniziativa di parte o d'ufficio). Rappresenta invero nozione istituzionale quella secondo la quale «la carenza di un presupposto processuale e quindi l'impossibilità di pronunciare nel merito può derivare da una situazione in cui non è possibile rimediare al vizio, oppure da una situazione in cui è possibile acquisire al processo il requisito mancante, e sanare il presupposto viziato»¹¹⁹. Il tutto con la di-

¹¹⁵ V. *infra*, cap. II, § 4.

¹¹⁶ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 463, nota 2 (ove peraltro anche la precisazione secondo la quale il potere di graduazione, ascritto alla parte rispetto all'eccezione di incompetenza, dovrebbe comunque scontare il limite dell'ordine eventualmente previsto dalla legge: «Ciò, beninteso, solo quando non si ritenesse pregiudiziale ad ogni altra decisione di rito proprio l'accertamento della competenza o meno del giudice adito»).

¹¹⁷ G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, cit., p. 234.

¹¹⁸ «Impedendo che un diverso processo possa aprirsi sino alla sopravvenienza del requisito carente» (G. FANELLI, *op. cit.*, pp. 234-235). L'Autrice formula al riguardo il seguente esempio: «Tra l'eccezione del *ne bis in idem* e quella di incompetenza per materia o anche, stante l'applicazione dell'istituto della *translatio iudicii*, di difetto relativo di giurisdizione [...], ben si comprende che il convenuto abbia interesse ad ottenere una declinatoria di rigetto basata sull'esistenza di un precedente giudicato tra le parti» (*op. cit.*, p. 235).

¹¹⁹ Così F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 129.

rimente precisazione che, allorché un determinato vizio sia definito sanabile, perché è possibile acquisire nel processo il *quid* la cui carenza determina il vizio stesso, «l'acquisizione deve poter avvenire attraverso l'attività di colui che ha proposto la domanda (o eventualmente anche d'ufficio)»¹²⁰, con la conseguenza che «non sono sanabili i vizi dei presupposti processuali, quando il requisito carente può venire ad esistenza solo in virtù dell'attività di un soggetto diverso da colui che ha proposto la domanda (o eventualmente anche d'ufficio)»¹²¹. Possono essere ricondotti alla categoria dei vizi processuali insanabili il difetto assoluto di giurisdizione¹²², o l'esistenza di un pregresso giudicato; possono per contro essere ascritti nel novero di quelli sanabili il difetto relativo di giurisdizione, l'incompetenza, la pretermissione di un litisconsorte necessario.

Orbene, tale distinguo potrebbe essere riguardato come elemento rilevante rispetto al tema della graduazione delle questioni pregiudiziali su istanza di parte.

Se, tenuto conto della sanabilità o meno della carenza rilevata, si ritiene che «il provvedimento di *absolutio ab instantia*, a seconda del motivo che lo sorregge, pregiudica con differenti gradi di intensità la possibilità per l'attore di riproporre validamente la domanda e, correlativamente, conferisce al convenuto vincitore una tutela di grado diverso»¹²³, atteso che laddove il requisito processuale carente sia insuscettibile di sanatoria – nel senso testé chiarito – il convenuto è posto al riparo dalla prosecuzione ovvero dalla reiterazione dell'azione (salve, ovviamente, eventuali sopravvenienze, in fatto o in diritto), il che invece non accade in caso di difetto di presupposto sanabile *illico et immediate*, anche attraverso la generale provvidenza della *translatio*; se ci si colloca in tale prospettiva, i motivi di rigetto in rito, ancorché equipollenti rispetto alla pronuncia di *absolutio ab instantia*, «non lo sono riguardo all'efficacia extraprocessuale della decisione, poiché, in dipendenza di essi, varia il grado di preclusività della pronuncia e, quindi, l'utilità assicurata al convenuto vincitore del giudizio»¹²⁴. La par-

¹²⁰ F.P. LUISO, *op. cit.*, p. 130.

¹²¹ F.P. LUISO, *op. loc. cit.*

¹²² Cfr., al riguardo, l'esemplificazione dello stesso F.P. LUISO, *op. loc. cit.*

¹²³ A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., p. 655.

¹²⁴ A. MOTTO, *op. cit.*, p. 656. Al riguardo l'Autore prospetta la seguente esemplificazione: «Il convenuto ritrae una maggiore tutela dal rigetto per precedente giudicato, rispetto a quello fondato sull'eccezione di compromesso, poiché, nel primo caso, la reitera-

te – segnatamente, il convenuto eccipiente¹²⁵ – sarebbe quindi portatore di un rilevante interesse alla graduazione, in relazione alla portata preclusiva della decisione.

Al di là dei rilievi che potrebbero essere svolti in relazione a tale ordine di ragionamento (avuto riguardo, in particolare, al rapporto con il principio di economia processuale, evidentemente suscettibile di subire un *vulnus* per effetto dell'ordine ammissibilmente impresso dalla parte), si tratta di un'ipotesi ricostruttiva che contiene *in nuce* elementi che, come si confida che emergerà nel corso dell'indagine, appaiono di estremo rilievo rispetto alla tematica della graduazione delle questioni, anche di merito, su iniziativa di parte. Ci si riferisce ai profili dell'efficacia della pronuncia e dell'eventuale rilevanza, rispetto a essa, del motivo che si collochi a fondamento della decisione. In altri termini, la posizione che ammette (secondo le linee fin qui richiamate) la possibilità di rintracciare nel sistema un potere di parte di graduazione delle questioni di rito trova linfa, e potenziale fondamento, alla luce del motivo portante della decisione di *absolutio*

zione della domanda è impedita (salvo sopravvenienze), tanto dinanzi ai giudici dello Stato quanto di fronte agli arbitri (arg. *ex art.* 829, comma 1, n. 8), c.p.c.), mentre, nel secondo, essa può essere validamente proposta in sede arbitrale» (*ibidem*).

¹²⁵ In linea astratta, rispetto al condizionamento delle questioni di rito potrebbero essere considerate le posizioni di entrambe le parti (attore e convenuto) e, quindi, i contrapposti criteri della *maggiore tutela del convenuto* (che porta a riguardare come prioritaria la pronuncia più preclusiva, secondo l'ipotesi ricostruttiva testé riferita nel testo), ovvero del *minor pregiudizio dell'attore* (in applicazione del quale, all'opposto, sarebbe da privilegiare il rigetto per il motivo meno preclusivo). Su tali diversi criteri, cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 459-460; L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982, pp. 292 ss.; A. MOTTO, *op. cit.*, p. 656 ss., testo e note 109, 111, 115. Parrebbe peraltro preferibile escludere che, in relazione alla graduazione delle questioni di rito, sia ammissibile un condizionamento su iniziativa dell'attore. Sembra infatti corretto negare che «l'attore abbia il potere di graduare la decisione delle questioni, in modo da privilegiare il rigetto per la ragione meno preclusiva, poiché il suo interesse per una pronuncia che gli arrechi minor pregiudizio non è meritevole di tutela: a) l'attore ha proposto la domanda e rispetto a tale istanza l'unico interesse giuridicamente rilevante è quello connesso al suo accoglimento; b) egli, avendo dato causa al vizio processuale, non ha il potere di rilevarlo (arg. *ex artt.* 157, comma 3, e 829, comma 2, c.p.c.) e, quindi, neppure di istituire un ordine di decisione a carico del giudice; c) l'interesse (privato) per il rigetto meno preclusivo contrasta con l'interesse generale a una pronuncia il più definitiva possibile» (A. MOTTO, *op. cit.*, p. 657, nota 115). È qui appena il caso di anticipare che il profilo della *legittimazione alla graduazione* (e, quindi, dell'individuazione del soggetto che possa ammissibilmente accedere al condizionamento di una determinata entità processuale) sarà uno dei punti qualificanti dell'indagine che sarà effettuata rispetto alla graduazione delle questioni di merito.

ab instantia. Il motivo che si colloca alla base della pronuncia può infatti incidere sulla sua efficacia preclusiva, palesandosi così un interesse del convenuto a spendere in via prioritaria una delle – di regola equipollenti – questioni di rito. Il profilo tornerà utile anche in relazione al condizionamento meritale (avuto particolare riguardo a quello immesso nel contenitore processuale dalla parte *convenuta*¹²⁶).

6. *Le questioni di merito. Esclusione dall'indagine del condizionamento di istanze istruttorie. Il vincolo impresso dal graduante, riferendosi alla fase decisoria, non concerne quella istruttoria. Focalizzazione dell'indagine sui fatti di causa e, in particolare, su quelli c.d. principali. Esclusione dall'indagine dei fatti c.d. secondari*

Chiuso l'*excursus* sul condizionamento delle questioni processuali, torniamo a quelle oggetto dell'indagine.

Secondo il quadro che si è ritenuto di assumere quale riferimento¹²⁷, sono potenzialmente ascrivibili al «merito» le questioni relative ai «temi di fatto dall'accertamento e qualificazione giuridica dei quali far dipendere il contenuto della decisione», nonché alla «determinazione degli strumenti probatori attraverso i quali fissare il modo di essere dei fatti rilevanti» e alla «valutazione delle prove raccolte»¹²⁸.

Ciò posto, possono essere espunte dal nostro studio le ultime due categorie di questioni, afferenti all'istruzione probatoria. E invero, non sembra che il potere del giudice possa subire limitazioni sotto il profilo dell'*ordo decisionis* tanto nella selezione degli strumenti di prova, quanto nella valutazione delle prove raccolte.

Il che appare evidente in relazione alla valutazione delle risultanze istruttorie emerse nel corso del giudizio, attività rispetto alla quale sarebbe un non senso anche solo prospettare un «ordine di valutazione». Una volta che la prova abbia fatto ingresso nel contenitore processuale, il giudice può effettuare la valutazione senza essere vincolato a un ipotetico ordine di scrutinio.

¹²⁶ Come si vedrà nel prosieguo, saranno senz'altro distinte, rispetto all'ammissibilità della graduazione delle questioni di merito, le posizioni di attore e convenuto.

¹²⁷ Cfr. *supra*, § 3.

¹²⁸ Le espressioni tra virgolette sono sempre quelle, già riportate, di G. FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., p. 723.

Sembra che, peraltro, si possa pervenire ad analoga conclusione anche rispetto alla determinazione dei mezzi di prova da assumere nel giudizio. È ben vero che, nel nostro sistema, vige la regola che la rubrica dell'art. 115 c.p.c. chiama della «disponibilità delle prove». Sennonché – e prescindendo in questa sede dalle note dispute sollevate dalla previsione *de qua*¹²⁹ – il fatto che le parti siano, in determinate ipotesi, le uniche legittimate a chiedere l'ingresso di un determinato mezzo istruttorio¹³⁰ non vale a obliterare la circostanza che, per contro, il giudice resti libero di assumere in un determinato ordine i mezzi di prova richiesti dalla parte.

Non è invero escluso che, anche sul piano probatorio, le parti optino per la spendita di deduzioni gradate¹³¹.

Sennonché, in primo luogo, quanto precede è ipotizzabile soltanto rispetto alle prove costituende, dovendo ritenersi, rispetto a quelle precostituite, «immediatamente» operativo il principio di acquisizione¹³²: il docu-

¹²⁹ Sulla quale si vedano, per tutti, B. CAVALLONE, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 289 ss.; E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 380 ss.; M. TARUFFO, *sub art. 115*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, Bologna, 2011, p. 447 ss.

¹³⁰ Secondo la lettura tradizionale (ma ampiamente dibattuta: cfr. ancora, anche per riferimenti, M. TARUFFO, *op. loc. cit.*) della previsione di cui all'art. 115, comma 1, c.p.c. Cfr., da ultimo, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., pp. 93-94: «Il giudice non è un investigatore, salvo che la legge, in determinate aree in cui si ravvisa la necessità di una indagine più penetrante ovvero in relazione a singoli mezzi istruttori, gli attribuisca determinati poteri d'impulso, dando così vita a un processo caratterizzato da più o meno ampi poteri di stampo inquisitorio. Nelle linee generali, tuttavia, si tratta di situazioni non ordinarie, che fanno sì che il processo civile rimanga a tutti gli effetti un processo di stampo non inquisitorio, retto da un fondamentale canone denominato principio dispositivo. Questo trova formale consacrazione nell'art. 115 c.p.c. [...] In realtà, tuttavia, il principio appena individuato si presenta nel nostro sistema come attenuato, poiché come la stessa norma riconosce ad esso possono essere apportate deroghe».

¹³¹ Per un esempio (sul quale si tornerà a breve, anche nel testo), cfr. A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991, p. 76.

¹³² Cfr., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 313: «In sede di decisione della causa è del tutto irrilevante la provenienza della prova: il giudice può desumere il proprio convincimento sulla verità dei fatti posti a base della domanda o delle eccezioni dagli elementi probatori acquisiti al processo da chiunque forniti. Questo significa che è consentito a ciascuna parte di utilizzare a proprio favore anche le prove fornite dall'avversario: si tratta del c.d. *principio di acquisizione* processuale, che comporta in via ulteriore la conseguenza che la parte che ha prodotto in giudizio una prova non può decidere di ritirarla senza il con-

mento, una volta versato in atti dalla parte interessata alla produzione, è senz'altro utilizzabile dal giudice (oltre che dalla controparte), senza che possa discettarsi di un ipotetico condizionamento.

Ma anche rispetto alle prove costituenti non parrebbe che l'eventuale graduazione dell'istanza istruttorie sia *ex necesse* vincolante per il giudice che, in relazione al *thema probandum*, ritenga di dover dare ingresso al mezzo istruttorio oggetto dell'istanza medesima. Le previsioni di cui agli artt. 187, comma 1, e 188 c.p.c., ai sensi dei quali il giudice può valutare se rimettere la causa in decisione «senza bisogno di assunzione di mezzi di prova», ovvero, di converso, procedere «all'assunzione di mezzi di prova»¹³³, nonché dell'art. 209 c.p.c., per cui il giudice dichiara chiusa l'assunzione non soltanto «quando sono eseguiti i mezzi ammessi o quando, dichiarata la decadenza di cui all'articolo precedente, non vi sono altri mezzi da assumere»¹³⁴, ma anche se «ravvisa superflua, per i risultati già raggiunti, la ulteriore assunzione», sembra possano costituirne conferma.

Va aggiunto che, in ogni caso, un'istanza di graduazione potrebbe in ipotesi essere ritenuta idonea a vincolare il giudice rispetto all'ordine dei mezzi da assumere soltanto se riferita a una domanda (ovvero anche una questione) a sua volta ammissibilmente subordinata¹³⁵, con la conseguenza

senso del giudice e delle altre parti (v. artt. 208 e 245 c.p.c.); G. TARZIA, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., pp. 60-61: «In virtù del principio di acquisizione [...] la prova può essere utilizzata dal giudice a prescindere da quale parte abbia introdotto il mezzo istruttorio in giudizio. In altri termini, non è necessaria l'identità tra il soggetto che introduce la prova e il soggetto che beneficia dell'efficacia dimostrativa della prova».

¹³³ È appena il caso di aggiungere che, ai sensi dell'art. 3, comma 13, lett. i), d.lgs. n. 149/2022, l'art. 188 c.p.c. è così sostituito: «Il giudice istruttore, nel rispetto del calendario del processo, provvede all'assunzione dei mezzi di prova e, esaurita l'istruzione, rimette le parti al collegio per la decisione a norma dell'articolo 189 o dell'articolo 275-bis». La Relazione al d.lgs. n. 149/2022 così annota rispetto a tale norma: «L'articolo 188 c.p.c. reca modifiche dettate da esigenze di coordinamento sia rispetto al criterio di cui al n. 2 della lettera i) del comma 5, in ossequio al quale è stato ribadito che anche le modalità di assunzione dei mezzi di prova devono rispettare il calendario del processo, sia rispetto al generale obiettivo di operare il dovuto coordinamento fra le norme imposto dal comma 22 della legge delega, inserendo quindi gli opportuni riferimenti all'articolo 189 (scambio di scritti conclusivi) e all'articolo 275 bis (discussione orale davanti al collegio)».

¹³⁴ Con la precisazione che il precedente art. 208, comma 1, c.p.c. prevede che, «se non si presenta la parte su istanza della quale deve iniziarsi o proseguirsi la prova, il giudice istruttore la dichiara decaduta dal diritto di farla assumere, salvo che l'altra parte presente non ne chiedi l'assunzione».

¹³⁵ Per un riferimento a tale ipotesi, cfr. A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo*

che il tema resterebbe comunque «dipendente» da quello del condizionamento di domane (o questioni). In caso contrario – banalmente, qualora la parte abbia proposto una sola domanda e svolto plurime istanze istruttorie rispetto a essa – parrebbe da escludersi che il giudice, dovendo appunto decidere su quella domanda, debba anzitutto pretermettere l'assunzione di un mezzo istruttorio, considerato ammissibile e rilevante, soltanto perché la parte, nelle sue istanze, abbia indicato lo stesso in via subordinata. La valutazione di ammissibilità e rilevanza compiuta dal giudice, in una con il suo potere di stabilire se la causa proposta sia o meno matura per la decisione e, ancora, di ritenere superflua l'assunzione di un determinato mezzo istruttorio, parrebbero insuscettibili di subire un condizionamento su iniziativa di parte.

Il tutto con l'ulteriore precisazione che, per vero, *anche in caso di condizionamento di domande* (ovvero anche di questioni) non parrebbe possibile escludere che il giudice istruttore, alla luce della sua discrezionale valutazione del caso sottopostogli, opti per istruire anche la domanda subordinata, e quindi per ammettere anche il mezzo di prova la cui assunzione sia stata, in ipotesi, chiesta dalla parte soltanto in subordine. E invero, «nel caso in cui l'istruttore preveda, sulla base dei dati emergenti dall'istruzione e

civile e il progetto del Senato sul giudice di pace, cit., p. 76: «Ma, per finire, occorre aggiungere che il giudice istruttore potrà facilmente trovarsi a dover ripronunciare sull'ammissione di mezzi di prova, richiesti dalle parti entro i termini di cui all'art. 184 e ritenuti irrilevanti, quando la loro rilevanza emerga o in fase di decisione o a seguito dell'assunzione di altri mezzi di prova che sempre il giudice istruttore abbia ritenuto di dover ammettere all'udienza dell'art. 184. Qui, mi riferisco, in particolare, a quanto avviene se le parti si trovino – per evitare le preclusioni previste negli artt. 163, 167, 183 e 184 – a dover svolgere, nei loro atti difensivi, una serie di deduzioni di merito e istruttorie in via subordinata, per l'eventualità che la domanda e le eccezioni non risultino fondate. In tal caso, il giudice istruttore – all'udienza dell'art. 184 – potrà ammettere, di regola, solo i mezzi di prova che siano attualmente rilevanti per la decisione della controversia. Di modo che – se ritenga rilevanti i mezzi di prova dedotti in relazione alle domande che le parti abbiano proposto in via principale – egli dovrà respingere le richieste istruttorie relative alle domande subordinate: volendo esemplificare, se l'attore chiede l'annullamento del contratto per errore e, in subordine, la sua risoluzione per inadempimento, il giudice istruttore, se ritenga che le circostanze dedotte dall'attore siano idonee a integrare la figura dell'errore quale vizio del volere, dovrebbe ritenere rilevanti ed ammettere solo le prove che riguardino la controversia sulla validità del contratto medesimo. Se, poi, svolta l'istruttoria, il giudice istruttore si convincesse che, in effetti, l'annullabilità in gioco tra le parti non esiste, egli dovrebbe finalmente ammettere i mezzi di prova riguardanti il prospettato inadempimento. La soluzione qui accolta evita la necessità di un'istruttoria che riguardi contemporaneamente *tutte* le deduzioni di merito delle parti, siano esse proposte in via principale o in via subordinata».

trattazione della domanda principale, un esito di essa tale da potere dischiudere la via all'esame del merito della subordinata può apparire più congrua proprio la scelta della contestuale istruzione anche di quest'ultima, al fine di consentire una rimessione totale al collegio sulla base di un'istruttoria completa su entrambe le cause e, con ciò, *comunque* la definizione immediata del giudizio con un'unica decisione»¹³⁶ (il che, in caso di giudice monocratico, dovrebbe poter valere anche per la rimessione della causa in decisione).

La verità è che, come si chiarirà ulteriormente nel prosieguo dell'indagine, in relazione a diversi concorrenti aspetti che saranno via via scrutinati¹³⁷, il vincolo impresso dalla parte graduante è da riferirsi precipuamente alla *fase decisoria* della causa. Tutto ciò che si pone «a monte» di essa – ivi inclusa la fase istruttoria – resta, di regola, impermeabile rispetto all'impressione di un determinato *ordo procedendi* su iniziativa della parte interessata. In definitiva, quindi, se da un lato la parte potrebbe senz'altro proporre un'istanza istruttoria in via subordinata (viepiù se relativa a domanda, o questione, anch'essa spesa in seconda battuta), dall'altro lato sembra però da escludersi che il giudice debba ritenersi vincolato da tale ottativa indicazione.

Esclusa (pur con le precisazioni di cui sopra) la rilevanza della graduazione in materia istruttoria, l'attenzione può essere focalizzata sui «temi di fatto», dal cui accertamento e qualificazione giuridica dipende il contenuto della decisione del merito della controversia.

Ciò posto, nella congerie degli enunciati fattuali immessi *hinc et inde* nel contenitore processuale occorre operare un'ulteriore, fondamentale, distinzione, e cioè quella tra i fatti c.d. *principali*, o *primari*, o *giuridici*, e quelli c.d. *secondari*, o *semplici*, o *accessori*.

Sono «principali» i fatti che valgono a integrare in via diretta la fattispecie legale dedotta dalla parte interessata. Il baricentro è appunto la «fattispecie sostanziale applicabile»¹³⁸, che permette di «individuare i fatti giu-

¹³⁶ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 351 (ove peraltro anche la precisazione che «l'opposta via della rimessione al collegio sulla base dell'istruzione della sola causa principale [...] si palesa preferibile nelle ipotesi in cui all'istruttore constino elementi nel senso della verosimiglianza di una decisione sulla domanda principale di tale contenuto da giustificare, alla stregua del tipo di nesso condizionale adottato dall'attore, l'assorbimento dell'istanza di tutela subordinata»).

¹³⁷ V. *infra*, soprattutto §§ 9 e 15.

¹³⁸ Così M. TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in ID., *Sui confini*.

ridicamente rilevanti che si tratta di accertare nel singolo caso»¹³⁹. A titolo meramente esemplificativo, sul versante dell'attore che agisca per la «restituzione del danaro dato in prestito»¹⁴⁰, è fatto principale il relativo «contratto di mutuo»¹⁴¹; ovvero, qualora lo stesso agisca per il risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale, assume a fatto principale «la concreta affermazione della condotta lesiva tenuta in violazione di norme giuridiche o dei comuni canoni di diligenza»¹⁴², che «integra la fattispecie legale delineata dall'art. 2043 c.c.»¹⁴³; di converso, rispetto alla posizione del convenuto è fatto principale, per esempio, l'intervenuta prescrizione del diritto, che produce «l'estinzione di un effetto giuridico»¹⁴⁴. Appare, dunque, dirimente «la qualificazione giuridica dei fatti, ossia la loro rilevanza giuridica, determinata in relazione al modo in cui i fatti vengono individuati dalle norme che regolano la fattispecie»¹⁴⁵.

Per contro, i fatti «secondari» sono quelli «dai quali direttamente o in-

Scritti sulla giustizia civile, Bologna, 2002, p. 238, ove anche i rilievi secondo i quali, se è corretto «supporre che l'oggetto del giudizio di fatto sia costituito da enunciati analitici e particolari ognuno dei quali verte su una circostanza specifica», e «la definizione di ciò che è un *fatto* o una *circostanza* può essere assai complessa ed è comunque relativa, convenzionale e *context-laden*», «l'oggetto principale [...] del giudizio di fatto è costituito dai *fatti giuridicamente rilevanti* [...], sicché la loro determinazione dipende sostanzialmente dalla *Tatbestand* normativa che si ipotizza attinente al caso particolare».

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Cfr. F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., p. 96.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 66.

¹⁴³ E. MERLIN, *op. loc. cit.*, ove anche la seguente ulteriore esemplificazione: «Richiesta la risoluzione del contratto di compravendita per vizi della cosa, la concreta affermazione della presenza di un vizio che la renda inidonea all'uso cui è destinata è fatto principale perché integra la fattispecie legale applicabile (art. 1490 c.c.)».

¹⁴⁴ F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., p. 95.

¹⁴⁵ M. TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 68. Sulla nozione di fatto principale, cfr. anche S. PATTI, *Le prove, Parte generale*, Milano, 2010, p. 2, e, per un'analisi di insieme della nozione di fatto giuridico, R. SACCO, *Fatto giuridico (effetto del)*, in *OneLegale, passim*, ove tra l'altro i rilievi per cui «logicamente è fatto giuridico ogni avvenimento che incida in qualsiasi modo su una qualsiasi situazione giuridica, non solo creandola, modificandola, estinguendola, o annullando una precedente vicenda, ma anche concretandola o dandole determinatezza. [...] I fatti possono cioè produrre effetto: – costituendo, trasferendo, estinguendo situazioni giuridiche (diritti, poteri, obblighi, ecc.); – modificandole, cioè, se del caso, concretandole, determinandole, alleggerendole» (*op. cit.*, p. 5). Cfr. altresì la dottrina menzionata nella nota che segue (in relazione ai fatti secondari).

direttamente possa desumersi l'esistenza o l'inesistenza o comunque un modo di essere dei fatti giuridici»¹⁴⁶. A titolo esemplificativo, se il fatto principale è dato dall'acquisto per usucapione, potrebbe trattarsi della circostanza, «indirettamente dimostrativa dell'*animus possidendi*, che il possessore abbia offerto in vendita il bene a terzi»¹⁴⁷; o, ancora, se il fatto principale è dato dall'incapacità naturale, potrebbero integrare fatti secondari le «singole circostanze che rivelino, secondo regole di comune esperienza, la non padronanza delle facoltà intellettive o percettive del soggetto»¹⁴⁸.

Orbene, mentre i fatti giuridici principali, in quanto tali, sono suscettibili di essere scrutinati come *potenziale* oggetto di graduazione su iniziativa della parte interessata (diverso è il profilo, da valutare, dell'effettiva ammissibilità del condizionamento), possono per contro essere espunti dall'indagine che ci occupa quelli meramente secondari. L'esclusione dall'am-

¹⁴⁶ Così M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, cit., p. 340. In tema, si richiamano G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, rist. Napoli, 1980, p. 266 (ove il riferimento, accanto ai «fatti giuridici», ai «fatti semplici o motivi, i quali hanno importanza per il diritto solo in quanto possono servire a provare l'esistenza d'un fatto giuridico»); B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 99 ss.; M. TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, cit., p. 235 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, III, 2, I, Milano, 1992, p. 97 ss.; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, cit., p. 98 ss.; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, cit., p. 120 ss.

¹⁴⁷ E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 66.

¹⁴⁸ E. MERLIN, *op. cit.*, pp. 66-67. Cfr. anche F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., pp. 95-96, ove i rilievi per cui i fatti secondari, «pur non avendo immediata valenza integrativa di fattispecie, vengono sovente allegati dalle parti in causa al fine di più incisivamente sostenere le proprie posizioni, in quanto idonei nel loro complesso a meglio delineare i fatti principali. Volendo esemplificare: Tizio e Caio stipulano tra loro un contratto di mutuo, ma il mutuante (Tizio) si accorge di avere perso il documento cartaceo attestante l'intervenuto accordo con il mutuatario (Caio) e di detenere nella propria disponibilità unicamente una corrispondenza con cui Caio chiede un aiuto in danaro. Tale scambio di messaggi costituisce un fatto secondario, in quanto – pur non integrando direttamente la fattispecie principale – può coadiuvare Tizio, nell'assenza del contratto di mutuo (c.d. fatto principale costitutivo), a dimostrare il suo diritto alla restituzione del danaro dato in prestito a Caio, qualora questo si rivelasse inadempiente». Sulla rivelabilità dei fatti secondari, e in particolare sulla possibilità che lo stesso giudice valorizzi il fatto secondario emergente dagli atti di causa, cfr. *infra*, § 8.

bito di scrutinio di quest'ultima categoria di fatti può, per il momento, essere assunta in termini di postulato preliminare, che scaturisce *in re ipsa* dall'obiettiva natura dei fatti secondari: trattandosi di enunciati che rilevano soltanto in via indiretta, per desumere l'esistenza, o anche solo per specificare i contorni, del fatto principale, un ipotetico condizionamento degli stessi non avrebbe nemmeno ragion d'essere, e comunque rappresenterebbe *ictu oculi* un irragionevole *vulnus* rispetto al dipanarsi del giudizio in punto di fatto. Si confida che sarà confermato nel corso dell'indagine che la graduazione delle questioni di merito, afferendo, per quanto concerne la sussistenza di un interesse al condizionamento suscettibile di tutela, agli stessi effetti ascrivibili alla sentenza conclusiva del giudizio, non può che concernere i (soli) fatti giuridici principali.

7. Segue. *Il ruolo dei fatti nell'identificazione della domanda. La prospettazione fattuale impone un profilo giudico sceveratore. Peraltro, il giudice non è vincolato alla qualificazione giuridica dedotta dalla parte interessata e l'effetto giuridico invocato introduce tutte le fattispecie idonee a sorreggerlo. Compatibilità dell'assunto con il potere di graduazione*

Una volta focalizzato l'oggetto dell'indagine, e quindi la nozione di «questione di merito» rilevante ai nostri fini, nei *fatti giuridici principali* (dedotti dalle parti oppure anche – sul punto saranno svolti diffusi approfondimenti – emergenti dagli atti di causa), sono necessarie una serie di ulteriori precisazioni.

In particolare, la natura del fatto principale, idoneo a integrare in via diretta la fattispecie legale invocata dalla parte interessata, è correlato alla tematica, evidentemente centrale, del ruolo da ascrivere al fatto rispetto all'identificazione della domanda e dell'oggetto del processo, secondo note contrapposizioni (*in primis*, tra le tradizionali posizioni della «sostanziazione» e dell'«individuazione»¹⁴⁹), il cui confronto ha permesso l'emer-

¹⁴⁹ Sulle quali v., per tutti, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 44 ss.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 65, 70-71, 103 nota 302; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., pp. 189-190; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., pp. 363 ss., 392 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 197 ss.; E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione. Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale*, To-

rino, 2016, pp. 28 ss., 68 ss. In estrema sintesi, e semplificando un discorso evidentemente denso e pregno di articolazioni, nell'ottica della «sostanziazione» la *causa petendi* è integrata dai fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio; per contro, nell'ottica della «individuazione» la *causa petendi* si incentra sul diritto fatto valere in giudizio (cfr. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, p. 189). Al riguardo, se, per un verso, è innegabile la centralità del diritto soggettivo dedotto nel processo (per il rilievo che «la teoria dell'«*individuazione*» ha comunque vinto la sua battaglia, poiché l'interrogativo che resta ancora aperto – in quale misura i fatti influiscono sulla determinazione del diritto? – ha pur sempre il suo centro di gravitazione nel diritto», v. già A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 48), per altro verso mantiene un margine di problematicità il ruolo dell'indicazione della fattispecie giuridica costitutiva. Per Cerino Canova – in contrapposizione con le teoriche di Lent ed Heinitz, tra i principali sostenitori della *Individualisierungstheorie* – l'indicazione della fattispecie legale, in cui i fatti devono essere sussunti, non rileva, atteso che «il compito dell'attore è di indicare il diritto fatto valere ed i fatti storici che servono all'individuazione; non consiste invece nel determinare il paradigma normativo che deve essere applicato» (A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 188). Tale ricostruzione è stata oggetto dei rilievi di Menchini. Quest'ultimo – premesso che, per Cerino Canova, «l'effetto giuridico assume, in danno del titolo di acquisto, un ruolo dominante», con la conseguenza che l'identità del fatto dipende «dall'unità del diritto, eventualmente sussistente nel mondo sostanziale, in un dato momento storico» – osserva che, secondo tale impostazione, «i più fatti, che, in base alla valutazione normativa, generano un solo effetto, sono riuniti in un fondamento costitutivo unitario»; ma aggiunge che, così ragionando, «è instaurato un pericoloso circolo vizioso: la identità dell'effetto è data da quella del fatto, ma, d'altro canto, la identità del secondo deriva dall'unità del primo; la fattispecie, che è necessaria per l'individuazione del diritto, abbisogna, a propria volta, di questo, per la sua determinazione», con la conseguenza che «il ruolo del fatto è allora solo apparente, poiché non è questa l'entità, che, autonomamente fissata, provoca l'unità dell'effetto; l'unità o la pluralità dei crediti dipendono, in realtà, dalla circostanza che, nel caso concreto, in base alla normativa sostanziale, possano oppure no sorgere, dall'unico o dai più accadimenti storici, più diritti di uguale contenuto, potenzialmente coesistenti» (S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 230 s.). Per Menchini, invece, la *causa petendi* va identificata nella fattispecie giuridica costitutiva del diritto dedotto in giudizio. «Il metro di aggregazione non può [...] essere rappresentato dall'effetto o, tanto meno, dalla prestazione, sì che ad un unico effetto o ad un'unica prestazione corrisponda un solo fatto costitutivo; quest'ultimo perderebbe, infatti, carattere di elemento identificatore e si instaurerebbe un pericoloso circolo vizioso: la individualità del fatto, determinante per quella dell'effetto, sarebbe data proprio dall'unità di quest'ultimo [...]. Escluso l'effetto giuridico resta – come possibile elemento identificatore – la fattispecie», peraltro con le fondamentali precisazioni che, «lavorando con il metro della fattispecie, oltre alla ovvia constatazione che si ha un fatto costitutivo unico quando una *vicenda di vita* è presa in esame da una sola norma di legge, si arriva anche a concludere che il fatto costitutivo resta unico, pur se considerato da più fattispecie astratte, a condizione che tra le diverse norme che sussumono la stessa *vicenda di vita*, per produrre lo stesso effetto, corrano i nessi di *esclusione*, o di *sussidiarietà*, o di *assorbimento*, o di *coincidenza cronologica*» (*op. cit.*, pp. 248 s., 273 s.). Ripercorre il dibattito E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 82 ss. (ove anche i seguenti rilievi, in adesione alla posizione di Menchini: «Come persuasivamente dimostrato da colui che l'ha elaborata, questa ricostruzione ha due pregi. Il primo consiste nel superare le difficoltà concernenti la

sione del postulato, largamente condiviso, secondo il quale «il processo è fatto per accertare l'esistenza o inesistenza del diritto ed ha appunto in tale diritto il suo oggetto»¹⁵⁰, con conseguente abbandono dell'idea del «processo come giudizio su una serie di fatti»¹⁵¹; e, inoltre, ha consentito di focalizzare, in una con il superamento delle posizioni più estreme, e quindi attraverso il sostanziale avvicinamento tra le diverse letture prospettate dagli interpreti, il «dato insuperabile che la stessa prospettazione di parte dei fatti impone un profilo giuridico idoneo a sceverare i singoli episodi nell'insieme indistinto dell'esperienza storica»¹⁵².

È sulla base di tali presupposti che va considerato, anzitutto, il profilo della «giuridicità» del fatto principale, avuto particolare riguardo al rapporto tra poteri delle parti e potere del giudice. Segnatamente, posto che,

delimitazione del concetto di *res in iudicium deducta* in cui si incorre ponendo ad oggetto del processo la situazione giuridica soggettiva ed identificando la *causa petendi* con l'evento in senso naturalistico; difficoltà, che, lo abbiamo visto, caratterizzano anche il sistema tedesco, la cui giurisprudenza si ispira a questa tecnica. Il secondo consiste nel centrare un obiettivo di economia processuale, il quale è realizzato proprio perché non si valorizza il ruolo dell'evento in senso naturalistico e, quindi, si ammette che la *causa petendi* rimanga la stessa, e con essa l'oggetto del processo, nell'ipotesi di passaggio, nel corso del giudizio, da una fattispecie giuridica costitutiva ad un'altra – a fronte di casi di concorso astratto di norme sostanziali –, anche se ciò determina un mutamento parziale dei fatti rilevanti ai fini dell'accoglimento nel merito della domanda»).

¹⁵⁰ A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 70, nell'ambito di una serie di rilievi concernenti, appunto, il rapporto tra domanda giudiziale e allegazione dei fatti; ivi anche le notazioni per cui si tratta di profili che «si ricollegano alla nota contrapposizione teorica [...] tra sostanziazione e individuazione, che si è riflessa sulle posizioni della dottrina italiana soprattutto in tema di identificazione della nozione di *causa petendi* [...]. Certo la radicalizzazione di certe posizioni è ora venuta meno, in quanto si tratta solo di vedere il ruolo da assegnarsi alla indicazione da parte dell'attore della fattispecie legale [...]: può solo sottolinearsi in questa sede come vi sia una condivisibile convergenza di opinioni con riferimento da un lato alla libertà del giudice nella applicazione delle norme alla stregua dell'antico insegnamento secondo cui *jura novit Curia*; dall'altro al dato insuperabile che la stessa prospettazione di parte dei fatti impone un profilo giuridico idoneo a sceverare i singoli episodi». Nello stesso senso, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 384: «Appare sicuro come la prospettazione di colui il quale afferma il proprio diritto debba ricollegarsi, al di là dello spazio riconosciuto al principio *jura novit curia* [...], comunque a un profilo giuridico idoneo a sceverare i singoli episodi della vita e ad astrarli dall'insieme indistinto dell'esperienza storica, in modo tale che appaiano determinanti quei soli fatti i quali producono l'effetto giuridico che si assume nel diritto affermato, in base alla prospettazione di parte».

come si è detto, è concludente la qualificazione giuridica dei fatti, la loro rilevanza in punto di diritto, sorge l'interrogativo se il giudice possa essere *vincolato* a tale qualificazione e, quale quesito correlato, se il processo possa essere limitato a *una* delle potenziali qualificazioni del fatto, quella appunto dedotta dalla parte¹⁵³.

Tali interrogativi sono connessi al non discutibile dato sistemico per cui – a prescindere dalla circostanza che la stessa distinzione tra fatto e diritto potrebbe apparire fatalmente labile, in una con la semplicistica ricostruzione dell'attività del giudice in termini sillogistici¹⁵⁴ – l'organo giudicante, per quanto concerne la *quaestio juris*, «non incontra condizionamento di sorta in ragione di qualsivoglia possibile attività delle parti»¹⁵⁵, convergendo gli interpreti sulla «libertà del giudice nella applicazione delle norme alla stregua dell'antico insegnamento secondo cui *jura novit Curia*»¹⁵⁶. Il tutto con l'unico (ma sistematicamente assai rilevante¹⁵⁷) limite, al quale il giudice resta per contro soggetto, «dato dal dovere di provvedere comun-

¹⁵³ Cfr. A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 414 ss.

¹⁵⁴ Cfr., da ultimo, A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in AA.VV., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, in *Quaderni dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile*, Atti del XXXII Convegno Nazionale, Bologna, 2020, p. 7: «L'accertamento del fatto costituisce, come è fin troppo noto, insieme all'applicazione della norma, una delle due operazioni, di cui consta l'attività del giudice [...]: si tratta di due operazioni strettamente correlate e interrelate, i cui rispettivi confini non sono nettamente percepibili immediatezza»; «per rifarsi a una concezione di stampo illuministico, la quale confinava il giudice nel ruolo di bocca della legge – concezione che forse non è più attualissima, ma resta densa di significato per i nostri studi – l'accertamento del fatto può essere ricondotto alla premessa minore di quel sillogismo in cui consiste l'operazione chiesta al giudice, e che vede la norma come premessa maggiore», ancorché ormai si dubiti «circa la persistente validità di questa idea». In tema, cfr. anche, per tutti, M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, *passim*.

¹⁵⁵ G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, p. 252. In senso analogo, F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 239, ove il rilievo per cui la *quaestio iuris* «spetta esclusivamente al giudice; e quindi le parti non possono [...] vincolare il giudice alla applicazione di una certa norma»; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 65: «Il giudice può procedere d'ufficio a individuare la norma concretamente applicabile e a stabilirne la più corretta interpretazione, non essendo vincolato alle norme e alle argomentazioni in diritto invocate dalla parte interessata. A tale principio dà espressione, seppure solo indirettamente, l'art. 113 c.p.c. ove enuncia che “nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto”».

¹⁵⁶ C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 70.

¹⁵⁷ Cfr. quanto si rileverà a breve nel testo.

que a segnalare alle parti le norme su cui ritiene di fondare la decisione e di sollecitarne il contraddittorio (art. 101, 2° comma, e 183, 4° comma, c.p.c.)»¹⁵⁸.

¹⁵⁸E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 66. Sul tema della decisione c.d. «della terza via», che come noto ha suscitato vivaci dibattiti, soprattutto in dottrina, v. E.F. RICCI, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 750 ss.; G. TARZIA, *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989, p. 311 ss.; F.P. LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria?»*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1612 ss.; S. CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, I, p. 1363 ss.; L.P. COMOGGIO, *«Terza via» e processo «giusto»*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 755 ss. In argomento, e sulla previsione dell'art. 101, comma 2, c.p.c., v. anche A. CHIZZINI, *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, cit., p. 241 ss.; G. BALENA, *sub art. 101*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 29 ss.; B. SASSANI, R. TISCINI, *sub art. 101*, in AA.VV., *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Milano, 2009, p. 58 ss. Come si evince dal testo, non pare possa accedersi all'orientamento secondo il quale occorrerebbe distinguere tra questioni di fatto, questioni di diritto e questioni miste (di fatto e diritto), inferendone un diverso regime della sentenza della «terza via» e, in particolare, ritenendosi viziata soltanto la decisione solipsistica su questione di fatto o mista, poiché la decisione «a sorpresa» su una questione di puro diritto si risolverebbe in un *error in iudicando*, come tale rilevato come l'art. 101, comma 2, c.p.c. non contempli simili distinguo, ma si riferisca a ogni «questione rilevata d'ufficio» *tout court*. Inoltre, anche a voler prescindere dal disposto normativo, non paiono sussistere validi motivi per accedere a una lettura restrittiva della tipologia di questioni rispetto alle quali è imprescindibile la previa sollecitazione del contraddittorio. Cfr. al riguardo G. TARZIA, *op. ult. cit.*, p. 317; L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 931; nonché A. CHIZZINI, *op. ult. cit.*, pp. 245-246, ove in particolare i seguenti rilievi (citando la giurisprudenza restrittiva): «Si deve notare come sia erroneo affermare che quel vizio “per questioni di puro diritto non sembra seriamente ipotizzabile”, con la conseguenza che “la denuncia in sede di legittimità consentirebbe la cassazione della sentenza se (e solo se) tale *error iuris* risulti in concreto predicabile perché in concreto consumatosi” [...]. Detta tesi, del resto, è all'evidenza assai pericolosa non solo perché, senza alcun sicuro riferimento nella legge, non condivisibile nel merito [...]; ma in quanto con il maneggiare *distinctiones* si può giungere con facilità a cauterizzare la portata innovativa dell'art. 101, 2° comma, c.p.c.». È infine appena il caso di aggiungere che, ai sensi dell'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 149/2022, il secondo comma dell'art. 101 c.p.c. è così sostituito: «Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione». La Relazione al d.lgs. n. 149/2022 così annota rispetto a tale previsione: «L'articolo 101 c.p.c. è stato mo-

In questo quadro, la risposta ai divisati interrogativi non può che essere negativa.

In primo luogo, il giudice non è vincolato alla qualificazione giuridica dedotta dalla parte interessata; come si osserva rispetto ai fatti costitutivi del diritto azionato, l'organo giudicante resta libero «dalle asserzioni in diritto prospettate dall'attore o, se vuoi, dalla qualificazione giuridica dei fatti, che l'attore medesimo gli prospetta»¹⁵⁹; «determinanti sono i fatti costitutivi come produttivi di un effetto giuridico in base ad una prospettazione di parte che non vincola il giudice e funge solo quale ipotesi di qualificazione giuridica»¹⁶⁰. Se, nell'affermare il proprio diritto, la parte «astrae i singoli fatti dal fluire della vita e li afferma, imputandoli ad una determinata fattispecie normativa, come idonei alla produzione dell'effetto affermato»¹⁶¹, del tutto «diversa è la questione quando si passa al merito»¹⁶², e quindi alla decisione sul diritto azionato a seguito della prova dei fatti allegati e della determinazione della fattispecie rilevante: in tale sede, «alla stregua delle deduzioni svolte in corso di causa, delle questioni risolte e delle qualificazioni conseguenti, il giudice verrà ad emettere la decisione, in ragione di quella che si è definita la struttura dialogica del processo»¹⁶³ e «potrà riqualificare il fatto, in ragione di quei poteri che gli riconosce la

dificato, in virtù della necessità di operare il dovuto coordinamento, come disposto dal comma 22 della legge delega, fra le disposizioni vigenti anche non direttamente oggetto di specifico intervento delegato, per rafforzare le garanzie processuali delle parti nel nuovo "modulo" del rito ordinario (a trattazione scritta anticipata rispetto alla prima udienza di comparizione delle parti davanti al giudice), così come – laddove occorra – se vi sia necessità di ripristinare "la parità delle armi" nel nuovo rito semplificato. È stato quindi inserito un nuovo periodo nel secondo comma che ribadisce il dovere del giudice di assicurare il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adottare i provvedimenti opportuni». Va ancora aggiunto che il nuovo, e già richiamato, art. 171-*bis*, rubricato «verifiche preliminari», prevede l'anticipazione, *inter alia*, delle attività di cui all'art. 183, comma 4, c.p.c. e, segnatamente, che il giudice, nell'ambito di tali verifiche, indichi «alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, anche con riguardo alle condizioni di procedibilità della domanda e alla sussistenza dei presupposti per procedere con rito semplificato».

¹⁵⁹ V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 325.

¹⁶⁰ C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 70-71.

¹⁶¹ A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Art. 2907, cit., p. 390.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ A. CHIZZINI, *op. loc. cit.* Dello stesso Autore la notazione per cui, in tale dinamica, «si realizza effettivamente la struttura dialogica del processo, l'essere il contraddittorio davvero elemento strutturale della decisione, non vuoto simulacro» (*ivi*, p. 418).

legge, al fine di consentirgli d'accertare l'esistenza o l'inesistenza della situazione giuridica affermata»¹⁶⁴. Non è quindi revocabile in dubbio la sussistenza, in capo al giudice, del potere di accedere a una diversa qualificazione del fatto.

In secondo luogo, se si concorda che, come si è già rilevato, il processo si incentra sull'accertamento di una posizione giuridica soggettiva (segnatamente, sulla questione circa l'esistenza o l'inesistenza della stessa), e non già sulla «mera valutazione di corrispondenza tra un parametro normativo e un'astratta affermazione compiuta dall'attore»¹⁶⁵, non può che ricavarne che «l'effetto giuridico invocato [...] introduce tutte le fattispecie idonee a sorreggerlo»¹⁶⁶, alla luce delle quali dovranno «essere apprezzati i fatti per essere inquadrati in quella più adatta»¹⁶⁷. Il processo prende le mosse da una preliminare (e necessaria) prospettazione di parte, la quale afferma il diritto soggettivo oggetto del giudizio, ma tale prospettazione rimane un *progetto* di provvedimento¹⁶⁸.

Ciò detto, rileva aggiungere, focalizzandoci sull'oggetto della presente indagine, che quanto evidenziato – e cioè il potere del giudice di rettificare una determinata prospettazione giuridica della parte in punto di qualificazione del fatto principale, come pure di assumerne una diversa – non sembra possa incidere sulla possibilità di riconoscere un potere di graduazione in capo alla parte interessata. La circostanza che, per esempio, il giudice possa escludere l'ipotesi di qualificazione giuridica «compravendita», prospettata dalla parte rispetto all'accertamento del suo diritto di proprietà, non oblitera di per sé (beninteso laddove, sotto ogni altro profilo rilevante, si ammetta il condizionamento) che tale fatto giuridico sia suscettibile di graduazione su iniziativa della parte stessa. Altro è che il giudice possa espungere una determinata prospettazione giuridica, altro è che la parte interessata possa indicare, tra due fatti giuridici dalla stessa dedotti, un determinato *ordo decisionis*. Si vedrà del resto come la richiesta di condizionamento sia riferibile, di regola, a distinti fatti materiali (escluso un condi-

¹⁶⁴ A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 390.

¹⁶⁵ A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 416.

¹⁶⁶ A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 189, ove anche il rilievo che «alla stregua di queste fattispecie devono essere apprezzati i fatti per essere inquadrati in quella più adatta». Nello stesso senso, A. CHIZZINI, *op. loc. cit.*

¹⁶⁷ A. CERINO CANOVA, *op. loc. cit.*

¹⁶⁸ In questo senso, cfr. ancora A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Art. 2907, cit., pp. 416-417.

zionamento di mere qualificazioni giuridiche)¹⁶⁹, con la conseguenza che, quand'anche uno di essi fosse riqualificato dal giudice, la graduazione non ne dovrebbe restare di per sé inficiata¹⁷⁰.

D'altra parte, il complessivo impianto ordinamentale, e la stessa «nuova» previsione di cui all'art. 101, comma 2, c.p.c.¹⁷¹, valgono a confermare, insieme con la centralità del profilo giuridico rispetto all'identificazione della domanda, il dato per cui anche la prospettazione in punto di diritto è, quantomeno indirettamente, comunque riconducibile alle parti del giudizio. E invero, «appare fondato ritenere che la novella [con l'introduzione dell'art. 101, comma 2, c.p.c., n.d.r.] viene a confermare come nel nostro ordinamento sia stata accolta la teoria della individuazione, in quanto non basta narrare al giudice il fatto, sicché questi dovrà muoversi all'interno di prospettazioni assunte dalle parti o almeno, se rilevate d'ufficio, da queste ultime vagliate e discusse; il che significa, sul piano concreto, che la situazione sostanziale, anche per il profilo della sussunzione alla fattispecie, è – in via diretta o indiretta – sempre riconducibile alle affermazioni delle parti»¹⁷². Pertanto, anche la nuova qualificazione giuridica del fatto dovrebbe essere «restituita» alla parte interessata¹⁷³. In questo scenario, sarebbe incoerente inferire dal

¹⁶⁹ Cfr. *infra*, § 10.

¹⁷⁰ Salva la possibilità che, in seguito alla riqualificazione della fattispecie, e quindi dei relativi effetti, si ritenga che venga meno l'interesse della parte al subordine. Ma la tematica dovrà essere considerata nell'ambito dello studio dell'ammissibilità della graduazione (che sarà svolto nel secondo capitolo).

¹⁷¹ *Rectius*, relativamente nuova (introdotta nel 2009), rispetto al secolare dibattito sull'oggetto del processo e sull'identificazione della domanda giudiziale. Per il nuovo testo dell'art. 101, comma 2, c.p.c., come riformato dal d.lgs. n. 149/2022, v. *supra*, nota 158.

¹⁷² A. CHIZZINI, *Pensiero e azione nella storia del processo civile*. Studi, cit., p. 257.

¹⁷³ Cfr. ancora A. CHIZZINI, *op. cit.*, pp. 257-258. Cfr. anche C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Corr. giur.*, 2019, pp. 273-274, ove il rilievo per cui «la diversa qualificazione giuridica dei fatti, purché allegati, potrebbe essere valorizzata anche d'ufficio dal giudice in vista dell'accoglimento della domanda alla luce della diversa fattispecie giuridica rilevata d'ufficio, secondo il principio *iura novit curia* (e previa attivazione del contraddittorio, arg. ex art. 101, comma 2, c.p.c.)». Il rilievo è speso dall'Autore rispetto al tema delle domande «complanari», in senso critico rispetto alle tesi che, da un lato, assumono che tali domande comporterebbero la deduzione in giudizio del medesimo diritto, ma, dall'altro lato, e non coerentemente, escludono il potere del giudice di qualificare diversamente i fatti narrati. Così, in particolare, Consolo, rispetto alla posizione di Motto (espressa da quest'ultimo in A. MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emen-*

potere ufficioso di accedere a una diversa qualificazione giuridica del fatto una limitazione del potere di graduazione della parte, il quale (laddove il condizionamento sia ritenuto ammissibile) si risolve in una «valorizzazione» del fatto stesso su iniziativa del soggetto al quale il fatto medesimo, anche rispetto alla sua sussunzione nella fattispecie, dovrebbe essere ricondotto.

Ciò chiarito, un ulteriore supplemento di riflessione attiene al rapporto tra fatto principale e *allegazione*. Se è vero che, come si è detto, l'enunciato fattuale postula, comunque, un profilo giuridico sceveratore, indispensabile per la focalizzazione del fatto principale o, appunto, «giuridico», resta da indagare quale sia, in tale scenario, il ruolo della *positio* del fatto. Seppur per l'integrazione di una determinata fattispecie giuridica, la questione meritale, oggetto del nostro studio, è riferibile all'affermazione di un fatto (principale) e, quindi, secondo invalse categorie, appunto all'allegazione, intendendo la stessa, almeno in prima battuta, quale «asserzione del fatto ai fini della realizzazione di una determinata fattispecie giuridica con la richiesta che se ne tenga conto ai fini del giudizio»¹⁷⁴. Non a caso, nelle trattazioni relative al condizionamento delle questioni meritali è invalso il riferimento, indifferentemente, alla graduazione delle «questioni di merito» ovvero delle «allegazioni»¹⁷⁵.

datio libelli?, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 1028 ss.): «L'A. si occupa del passaggio da domanda *ex art.* 2932 c.c. a domanda di accertamento della proprietà in base a preliminare improprio, e lo qualifica in termini non di formulazione di domanda complanare, ma di mera modificazione dell'unica domanda, che lascia invariato il bene della vita ricercato dall'attore (proprietà dell'immobile). Pur accolta dall'A. questa, per noi non condivisibile, premessa [...] l'A. esclude che il giudice possa, d'ufficio, diversamente qualificare il titolo della domanda (preliminare proprio/improprio) e per tale via giungere ad erogare la tutela appropriata al diritto dedotto in giudizio (costitutiva/di accertamento), se l'attore non abbia espressamente richiesto l'erogazione di tale tutela. La conclusione così raggiunta non ci persuade sino in fondo: se il diritto dedotto in giudizio è unico, perché i fatti narrati dall'attore possono essere sussunti in due alternative fattispecie legali tra le quali non intercorre una diversa utilità a favore dell'attore [...], allora non si potrà negare il potere del giudice di qualificare diversamente i fatti narrati, in vista dell'accoglimento della domanda. Il rilievo per cui il principio *iura novit curia* trova un limite nel tipo di tutela la cui erogazione è richiesta dalla parte, non consente quindi di escludere il potere del giudice di qualificare diversamente i fatti in vista del riconoscimento dell'unico diritto dedotto in giudizio (come, in ultimo, pare sostenere l'A. con cui qui dialoghiamo), ma deve portare ad escludere, a monte, che possa dirsi unico il diritto, e così l'oggetto del giudizio, ove al mutare della qualificazione giuridica dei fatti muti altresì la tutela erogabile» (*ivi*, p. 274, nota 16). Sul tema delle domande complanari, cfr. anche *infra*, cap. II, nota 87.

¹⁷⁴ E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 66.

¹⁷⁵ Cfr., per esempio, S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., *passim*; A. CARRATTA, *sub art.* 112, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 174 ss.

Il profilo impone peraltro una serie di puntualizzazioni, che veniamo di seguito a tratteggiare.

8. Segue. *Graduazione e allegazione. Allegazione «normativa» e allegazione «informativa». Esclusione, rispetto ai fatti principali integranti possibile oggetto di graduazione, della necessità di un'allegazione «normativamente» intesa. La graduazione delle questioni di merito può riferirsi anche al fatto emergente ex actis, fermo il divieto di utilizzo della scienza privata del giudice*

In termini generali, «l'allegazione, a sé considerata, rappresenta [...] l'atto processuale con cui chi agisce (o resiste) in giudizio *afferma* (oppure *nega*) la sussistenza di determinati *fatti* concreti, prospettati od esposti a fondamento di una domanda o di un'eccezione, quali elementi genetici dell'effetto giuridico invocato»¹⁷⁶. Viene quindi in rilievo l'attività di «indicazione dei fatti ai quali è attribuito valore determinante» rispetto alla produzione degli effetti giuridici richiesti dalla parte¹⁷⁷.

¹⁷⁶ L.P. COMOGLIO, *Allegazione*, cit., § 2. L'Autore prende le mosse da una serie di chiarimenti circa il termine «allegazione» – «una differente etimologia autorizza a tener distinta, nel medesimo vocabolo, una duplice accezione. In senso traslato, il verbo latino *allegare* significa propriamente “far valere” o “addurre” un motivo, un fatto, una circostanza (ad es., come scusa oppure come prova); e tale era il corrispondente contenuto del sostantivo *allegatio*, che da quel verbo derivava. A sua volta, però, il verbo *alligare* significava, fra l'altro, “collegare”, “vincolare”, “impegnare”; ed il sostantivo *alligatio* (o *alligamentum*), che pur è di conio postclassico, ne era la conseguente proiezione [...]. Era, perciò, naturale che nel linguaggio giuridico [...] dovesse prevalere, sul secondo [...], il primo ordine di espressioni, in quanto più adatto a descrivere, almeno genericamente, l'attività assertoria di chi in giudizio agisce, domanda e conclude» – per poi focalizzare, attraverso un percorso che passa dall'«evoluzione del diritto probatorio, sotto gli influssi della stessa procedura romano-canonistica» e dal «delinearsi di quei principi (di poi divenuti tratteggi) che, vincolando il giudice al rispetto del *petitum* e delle *positiones* (o allegazioni) di parte», il «ruolo specifico dell'allegazione nella sola *positio* del fatto controverso», che viene «a modellarsi in coerenza con l'oggetto della prova, identificato dall'insieme delle proposizioni descrittive, le quali assumono come vera (oppure contestano come falsa) la dichiarazione di esistenza dei fatti da provare» (*ivi*, §§ 1-2). In tema, cfr. anche A. CARRATTA, *sub art.* 112, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 26 ss.

¹⁷⁷ Cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, p. 47 s., ove il virgolettato nel testo e il rilievo per cui, posto che la parte «tende al riconoscimento di effetti concreti aventi origine» dai fatti dalla stessa dedotti, «non è raro che essa operi poi una scelta indicando quali fra gli avvenimenti esposti reputi utilizzabili dal giudice a quel fine.

Ciò detto, noto è il dibattito insorto circa la nozione di allegazione, incentratosi sull'attribuzione alla stessa della natura di *Willenserklärung*, e quindi di dichiarazione di volontà di carattere «imperativo» (o, mutuando la terminologia di Allorio, «normativo»), ovvero di *Wissenserklärung*, e quindi di atto meramente «narrativo-rappresentativo». Il discrimine si incentra, nella sostanza, sulla differenza tra il dichiarare in giudizio che un determinato fatto «*deve essere preso in considerazione* dal giudice agli effetti della pronuncia»¹⁷⁸, ovvero che, semplicemente, «*è accaduto*»¹⁷⁹.

Il tema potrebbe essere pregno di ricadute anche rispetto alla materia che ci occupa. E invero, qualora ci si collochi in un'ottica «normativa», nella quale l'allegazione non avrebbe la mera funzione di «*informare* il giudice rispetto ai fatti allegati, e di promuoverne quindi il convincimento o comunque di partecipargli un sapere del soggetto allegante (giudizio storico su di un accadimento), quanto, primariamente, di porre in essere il dovere del giudice di decidere *juxta allegata*, ossia di *determinare vincolativamente* quella che dovrà essere la base di fatto della pronuncia»¹⁸⁰, nel solco di un parallelismo tra il potere esclusivo della parte di formulare la domanda e il potere di determinarne il contenuto attraverso l'allegazione¹⁸¹,

L'indicazione dei fatti ai quali è attribuito valore determinante può convenzionalmente qualificarsi *allegazione*».

¹⁷⁸ Si mutua l'espressione della nostra dottrina (M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, cit., p. 56) che ha più compiutamente esplicitato, e accreditato, la teoria «normativa» dell'allegazione. In tema, v. B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 99 ss.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 70, 79, nota 170; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 379 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., pp. 220 ss., 335 ss.; ID., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 308 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 237.

¹⁷⁹ M. CAPPELLETTI, *op. loc. cit.*

¹⁸⁰ M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸¹ Secondo linee argomentative autorevolmente teorizzate e tuttora invalse. Cfr. M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, cit., pp. 303 ss., 317 ss. (sulle cui tesi si tornerà subito nel testo), in dialogo con la posizione espressa da T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, p. 695 ss.; e cfr. altresì E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, cit., p. 65 ss., nonché, anche per ulteriori riferimenti, A. CARRATTA, *sub art. 112*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 26 ss.; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, cit., p. 31 ss.

se ne potrebbero ricavare non trascurabili conseguenze ricostruttive e, quindi, applicative.

In particolare, si è sostenuto, a conferma della teorica che ascrive all'allegazione la natura di atto normativo, che «solo accettando quella tesi può agevolmente intendersi perché sempre l'allegazione possa, diversamente dalle dichiarazioni informative (*asseverazioni* o *deposizioni* o come le si preferisca chiamare), essere resa anziché dalla parte personalmente dal suo rappresentante o difensore [...]; e perché siano ammissibili ancor oggi, pur dopo la scomparsa della *Eventualmaxime*, tesi in fatto contrastanti poste dalla parte a fondamento delle proprie domande giudiziali [...]; e ancora perché l'allegazione, per lo meno quella negativa (contestazione), perfino in un sistema poggiato sulla effettiva esistenza di un obbligo di lealtà e di verità possa essere fatta legittimamente da persona del tutto all'oscuro dei fatti *ex adverso* allegati [...]. Inspiegabile resterebbe infine, per chi vedesse nell'allegazione un mero atto informativo, il fatto che il giudice deve pronunciarsi in ogni caso sulla allegazione, anche quando verta su fatti naturalmente impossibili»¹⁸².

Orbene, tra i divisati rilievi applicativi va posto l'accento, ai fini che ci occupano, su quello concernente l'introduzione in giudizio di fatti «contrastanti». Proprio tale rilievo è stato infatti valorizzato, *inter alia*, rispetto alla possibilità di accedere al condizionamento delle deduzioni fattuali, osservando che, se l'allegazione è considerata «espressione del principio dispositivo sostanziale»¹⁸³, e quindi sia a essa ascritta la finalità di «porre in essere il dovere del giudice di decidere *justa allegata*, ossia di *determinare vincolativamente* quella che dovrà essere la base di fatto della pronuncia»¹⁸⁴, allora «sarebbero ammesse allegazioni “subordinate” o “condizionate”»¹⁸⁵. In tale prospettiva, l'allegazione, se e in quanto riguardata come

¹⁸² «Ossia [...] smentiti da sicure massime di esperienza, oppure su fatti impossibili giuridicamente, oppure ancora su fatti in contrasto con fatti notorii»: così M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 54-55.

¹⁸³ A. CARRATTA, *sub art.* 112, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 31, riportando la citata posizione di Cappelletti.

¹⁸⁴ A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 30, sempre richiamando Cappelletti.

¹⁸⁵ A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 32. Per la riconduzione della deduzione di fatti incompatibili alla signoria delle parti rispetto all'oggetto del processo, cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, cit., p. 47, nota 10, ove il rilievo per cui la posizione di circostanze fattuali incompatibili «non solo non contrasta con il carattere dispositivo del processo ma è una tipica espressione della libertà della parte nell'esercizio della tutela giurisdizionale dei suoi diritti». Per rilievi sul tema dell'allegazione «imperativa», e sull'am-

atto imperativo-normativo, porterebbe con sé anche l'idoneità al condizionamento.

Non solo. Il profilo appare rilevante anche per quanto concerne il rapporto tra la graduazione delle questioni di merito e il potere dispositivo delle parti. E invero, la tesi normativa dell'allegazione è correlata alla posizione per cui il riconoscimento, in ossequio al principio della domanda, del potere di iniziativa processuale in capo alla parte interessata dovrebbe comportare che quest'ultima sia anche titolare del potere di individuare e dedurre nel processo i relativi fatti. In tale prospettiva, «l'allegazione dei fatti giuridici costituisce un elemento necessario ed essenziale della domanda giudiziale»¹⁸⁶, da collocarsi «dunque nella categoria degli atti processuali soggetti, per necessaria conseguenza del carattere privato litigioso, al potere dispositivo delle parti (*"Dispositionsmaxime"*)»¹⁸⁷. E non vi è chi non veda che, se l'allegazione fosse ricondotta alla domanda giudiziale, quale entità a essa coesistente, allora l'allegazione stessa dovrebbe essere considerata un atto, di regola, condizionabile, *ad instar* delle stesse domande giudiziali.

Rispetto a tali discettazioni, va premesso che il tema del rapporto tra potere di condizionamento delle questioni meritali e principio dispositivo in senso sostanziale (c.d. *Dispositionsmaxime*) sarà oggetto di analisi nel prosieguo dell'indagine¹⁸⁸, afferendo tale profilo anche, e soprattutto, alla stessa *ammissibilità* di un potere di graduazione in capo alla parte interessata.

Ciò premesso, e limitandoci dunque a considerare il problema della natura dell'allegazione, la ricostruzione preferibile parrebbe, invero, quella

missibilità della deduzione di fatti incompatibili, nell'ambito dello studio del condizionamento di questioni, cfr. anche C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 467 ss., testo e note 7 e 15, ove la notazione che la «definizione della allegazione quale dichiarazione di volontà e quale atto a carattere "imperativo"», piuttosto che mera «dichiarazione di verità utile al dichiarante», rileva «soprattutto in vista della importante questione pratica, che toccherà la nostra indagine, della ammissibilità di allegazioni incompatibili, del tutto accettabile dunque per G. [Goldschmidt, n.d.r.] non diversamente che per i fautori della tesi "volontaristica", ed a differenza invece di quanto avvenne per Hellwig o dovrebbe dirsi per gli attuali sostenitori della tesi della dichiarazione di verità».

¹⁸⁶ M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, cit., p. 329.

¹⁸⁷ M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 330.

¹⁸⁸ V. *infra*, cap. II, § 1.

«relativistica», secondo la quale non è affatto indispensabile assumere una posizione univoca rispetto all'istituto di cui trattasi. La scelta di ascrivere una determinata natura all'atto di allegazione di parte, infatti, «dipende essenzialmente dal punto di vista dell'osservatore»¹⁸⁹, venendo in rilievo non già un esercizio di inquadramento in via astratta dell'allegazione nel quadro degli atti del processo («quel che importa, infatti, non è individuare la più corretta collocazione dell'allegazione nel sistema degli atti giuridici processuali»¹⁹⁰), bensì la valutazione, in termini concreti, di quale sia la fattispecie giuridica oggetto dell'allegazione, e, in particolare, se essa venga a delimitare l'oggetto del giudizio, ovvero concorra soltanto alla formazione del *thema probandum*¹⁹¹.

Sulla scorta di tali osservazioni, diventa rilevante richiamare che oggetto dello studio che ci occupa è il condizionamento tra questioni di merito (individuate nei fatti giuridici principali), e non già tra domande giudiziali, con la conseguenza che saranno indagati fatti che, quand'anche costitutivi, e *a fortiori* se impeditivi, modificativi o estintivi, *non* valgono, di regola, a individuare l'oggetto del giudizio: in caso contrario, se si discettasse della graduazione di fatti provvisti di funzione individualizzante, e dunque si versasse in una situazione in cui ciascuno dei fatti graduati valesse a identificare una diversa domanda, si cadrebbe nella fattispecie del condizionamento di *domande*, e non già di *questioni*.

Ma, se così è, va considerato che «quando si parla dell'«allegazione» come atto di formazione del *thema probandum*, e non di individuazione dell'oggetto del giudizio, è impropria la stessa contrapposizione fra allegazione «normativa-imperativa» e allegazione «informativa»»¹⁹²; e che rispetto ai fatti principali «non dotati di rilievo individuatore della *res in iudicium deducta* [...] è lecito prescindere dall'allegazione «imperativa» della parte interessata»¹⁹³, vigendo soltanto il divieto di utilizzo della scienza

¹⁸⁹ B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 113.

¹⁹⁰ B. CAVALLONE, *op. cit.*, pp. 113-114.

¹⁹¹ Nello stesso senso, cfr. E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 310, nota 47, ove, richiamando la prospettazione di Cavallone, si fa riferimento alla «persuasiva argomentazione della «relatività» della natura dell'allegazione, a seconda che essa abbia – solo – funzione di formazione del *thema probandum* oppure anche di fissazione dell'oggetto del giudizio».

¹⁹² E. MERLIN, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹³ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 336, nota 245.

privata da parte del giudice¹⁹⁴, il quale, per contro, ben può servirsi per l'emananda decisione del «fatto emergente *ex actis* o dalle prove raccolte o comunque affermato da una qualunque parte e fatto notorio»¹⁹⁵, ferma l'imprescindibile garanzia dello «svolgimento del contraddittorio al riguardo»¹⁹⁶. Viene quindi in questione un'area processuale nella quale il giudice può «tener conto anche di fatti principali diversi da quelli espressamente allegati dalla parte, se essi non fondano un diritto diverso da quello azionato ed integrano la medesima fattispecie legale fatta valere, sempre alla condizione che tali fatti risultino dagli atti del processo»¹⁹⁷.

Si tratta di rilievi che, per un verso, appaiono senz'altro acconci alle fattispecie impeditive, modificative ed estintive, anche se sottoposte al regime dell'eccezione riservata¹⁹⁸. E invero, anche in relazione a quest'ultima «non v'è difficoltà ad ammettere che il fatto oggetto di eccezione non necessariamente deve essere introdotto in giudizio ad opera del convenuto, ben potendo essere affermato dall'attore o per altra via risultare legittimamente acquisito al processo e, in specie, risultare dagli atti di parte o dalle risultanze istruttorie»¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Ricavabile, oltre che dalla complessiva architettura del sistema, dallo stesso art. 115, comma 2, c.p.c. (per cui il giudice, senza bisogno di prova, può «porre a fondamento della decisione» solo «le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza»), nonché dall'art. 97 disp. att. c.p.c. (secondo il quale «il giudice non può ricevere private informazioni sulle cause pendenti davanti a sé»). Cfr. E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 67: «Il principio secondo cui il giudice può tener conto d'ufficio solo di fatti che risultano dagli atti del processo non vale solo ad escludere che egli possa di sua iniziativa attivarsi per acquisire fatti rilevanti per il giudizio, ma anche che egli possa far uso della propria diretta conoscenza dei fatti di causa, tratta da fonti estranee al processo (c.d. *divieto di utilizzazione della scienza privata*). Di tale divieto vi è traccia, oltre che nell'art. 115, 2° comma, nell'art. 97 delle disposizioni di attuazione del c.p.c. che lo enuncia in termini di divieto per il giudice di «ricevere private informazioni sulle cause pendenti avanti a sé»».

¹⁹⁵ C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 70.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 67.

¹⁹⁸ Sulla quale v. anche *infra*, § 11.

¹⁹⁹ A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 300, nota 216, ove anche i seguenti rilievi, espressi rispetto all'eccezione in senso stretto: «La concezione adottata consente di tenere distinta l'eccezione dall'allegazione: mentre questa è l'attività di parte volta ad acquisire al processo il fatto, consistente nella formulazione di una dichiarazione assertoria della sua esistenza, quella è l'attività diretta ad attribuire rilevanza nel processo al fatto, consistente nella qualificazione giuridica del fatto e nell'istanza di applicazione dei suoi effetti alla situazione giuridica sottoposta a giudizio. Ciò posto sul piano sistematico e

Ma i medesimi assunti sembra possano essere svolti anche in relazione ai fatti costitutivi che non concorrono all'individuazione della *res in iudicium deducta*. Le connotazioni usualmente ritenute ascrivibili alle eccezioni (viepiù in senso lato), oltre che ai fatti secondari, sono infatti suscettibili di essere predicate anche rispetto ai fatti costitutivi, ovviamente a condizione che pur essi difettino di rilevanza rispetto all'identificazione della domanda. E invero, una volta riconosciuta l'esistenza di «fatti, anche costitutivi, che non rilevano ai fini della determinazione del “chiesto”»²⁰⁰, e ammesso che «anche per questi fatti debba comunque valere, dal punto di vista dell'accertabilità giudiziale, il limite derivante dal divieto di utilizzazione della scienza privata»²⁰¹, «non si vede proprio perché si debbano indicare, quali fatti accertabili anche se non affermati dalla parte interessata (purché emergenti dagli atti), i soli fatti c.d. secondari e i fatti e.i.m. oggetto di eccezione in senso lato»²⁰². A titolo esemplificativo, nei giudizi relativi all'accertamento dei diritti reali, la domanda è identificata «con i diritti stessi e non con il relativo titolo – contratto, successione ereditaria, usucapione, ecc. – che ne costituisce la fonte»²⁰³, con la conseguenza che il titolo rimane soggetto al «rilievo *ex officio iudicis*»²⁰⁴.

dogmatico, non ci nascondiamo che, dal punto di vista pratico, l'eccezione può senz'altro ritenersi proposta con l'allegazione del fatto da parte del convenuto [...]. Il che, però, non impedisce di riconoscere il rilievo pratico della distinzione tratteggiata» (e cioè quella tra eccezione e allegazione, con la conseguenza che, per l'introduzione in giudizio della circostanza fattuale oggetto di eccezione, non è imprescindibile l'iniziativa del convenuto).

²⁰⁰ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 336, nota 245.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Ibidem*. L'Autrice svolge anche i seguenti rilievi, in dialogo con la dottrina sul tema: «In altre parole, alla consapevolezza acquisita dalla dottrina in ordine al solo parziale collegamento tra principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e principio c.d. dell'allegazione (nonché in ordine alla presenza di fatti principali costitutivi non dotati di rilievo individuatore della *res in iudicium deducta*), ci pare non sia corrisposta una realistica ed aperta considerazione anche di questo tipo di fatti come rientranti nella categoria di quelli per cui è lecito prescindere dall'allegazione “imperativa” della parte interessata. Tale categoria continua infatti, come si diceva, ad essere diffusamente prospettata come composta dai soli fatti secondari e dai fatti e.i.m.-eccezioni in senso lato (né si può peraltro pensare che per “fatti secondari” si intendano anche i fatti costitutivi privi di rilievo individuatore, posto che tale, negativa caratteristica non può comunque valere a trasformarli da “principali” a “secondari”» (*ibidem*).

²⁰³ Cass., 23 settembre 2019, n. 23565, in *DeJure*.

²⁰⁴ Cass., 23 settembre 2019, n. 23565, cit. (con la precisazione che, nella specie, la pronuncia ha ammesso un rilievo *ex officio* anche in appello, il che, come si vedrà nel terzo capitolo, nel corso dell'esame delle regole dinamiche che presiedono alla graduazione, non

Si tornerà, nell'ambito dello specifico esame dei fatti costitutivi, da un lato, e dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, dall'altro lato, sul rilevante profilo per cui, nell'indagine che ci occupa, vengono in questione fatti che *non valgono a individuare l'oggetto del giudizio*²⁰⁵. Allo stato, è sufficiente ribadire che, rispetto a tali circostanze fattuali, dovrebbe potersi prescindere da un'allegazione in senso «normativo». Pertanto, in concreto, se da un lato la graduazione ben potrà essere riferita a un'allegazione introdotta dalla parte interessata affinché si tenga conto dell'allegazione stessa ai fini del giudizio (e quindi a un'allegazione «normativamente» intesa), dall'altro lato ai fini del condizionamento non appare imprescindibile un'allegazione di tale natura, con due rilevanti conseguenze.

In primo luogo, anche il fatto emergente dagli atti di causa, affermato da una qualunque delle parti, ovvero notorio, può integrare *oggetto idoneo di condizionamento*, ancorché non sia contenuto in un atto di allegazione proveniente dalla parte interessata.

In secondo luogo, ammesso e non concesso che si ritenga possibile qualificare un'asserzione proveniente dalla parte interessata in termini di mera narrazione del fatto, e quindi si ritenga di poter individuare ipotesi in cui la parte si limiti alla *positio* dell'evento storico, senza chiedere anche l'applicazione del relativo effetto giuridico ai fini della decisione – il punto è espresso in termini dubitativi poiché, nella maggior parte dei casi, la *positio* del fatto comporta, anche in via implicita, la *positio* dell'effetto; per esempio, in caso di eccezione di pagamento, può ritenersi che «l'allegazione del fatto (qui, nell'esempio, dell'atto solutorio) non può che avvenire in vista della formazione del *thema probandum* e dunque non può non implicare anche il richiamo (il “proporre”), per quanto implicito, all'effetto giuridico-eccezione»²⁰⁶ –; ammesso ciò,

parrebbe condivisibile). Per ulteriori esemplificazioni di rilievo officioso dei fatti costitutivi, ancorché principali, cfr. anche E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 67: «Il giudice deve poter tener conto che il vizio del bene acquistato, pur non rendendo la cosa inidonea all'uso (come asserito dall'attore), ne diminuisce in modo apprezzabile il valore (fatto integrante comunque la fattispecie di un vizio redibitorio della compravendita ex art. 1490, 1° comma, c.c.), se ciò risulta da una consulenza tecnica esperita in corso di causa; ed altrettanto può tener conto d'ufficio del fatto che l'infortunio sul lavoro posto a fondamento di un'azione risarcitoria è stato provocato da una insufficiente dotazione di sicurezza del macchinario impiegato, anziché, come allegato dall'attore, da un difetto di manutenzione».

²⁰⁵ V. *infra*, § 10, in relazione al fatto costitutivo, e § 11, in relazione alle eccezioni, in senso stretto e in senso lato.

²⁰⁶ E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 312.

la graduazione sarà in tale ipotesi riferibile anche al «mero fatto», così introdotto nel contenitore processuale.

Il tutto, beninteso, a prescindere dalla circostanza che, come si illustrerà nel prosieguo²⁰⁷, venendo nella specie in questione il potere della parte di subordinare le questioni proposte, con la precipua finalità di «vincolare in modo specifico il giudice nell'ordine di considerazione e/o di decisione [...] delle questioni controverse»²⁰⁸, la graduazione – questa sì – sarà per contro necessariamente espressa in un'istanza della parte interessata, avente a oggetto la richiesta che l'effetto proprio del fatto dedotto in giudizio sia applicato dal giudice soltanto in via graduata, e quindi in un atto (laddove si voglia utilizzare le categorie richiamate rispetto all'allegazione) di tipo «normativo».

Sintetizzando il discorso fin qui svolto, se per un verso il fatto principale potrà essere oggetto di un atto di allegazione proveniente dalla parte interessata, potrebbero però venire in rilievo, in relazione all'istanza di condizionamento, anche fatti altrimenti introdotti nel materiale di causa, fermo il divieto di utilizzo della scienza privata da parte del giudice.

Per questo motivo, e quale finale notazione terminologica, nondimeno rilevante per la chiarezza dell'esposizione, il riferimento al condizionamento tra «allegazioni», pur invalso nelle trattazioni sul tema²⁰⁹, non appare peraltro esaustivo del fenomeno. Nella prospettiva che qui rileva, viene in questione, oltre che ovviamente l'ipotesi in cui la stessa parte interessata condizioni le proprie allegazioni, anche la diversa ipotesi in cui l'istanza di graduazione sia riferita a un fatto emergente dagli atti causa. Per questo motivo, si ritiene preferibile (già dal titolo del presente lavoro) l'espressione graduazione di «questioni» (integrate, come fin qui emerso, dai fatti giuridici principali); e, sempre per questo motivo, laddove nell'esposizione si acceda all'espressione graduazione di «allegazioni», la stessa sarà da intendersi comprensiva dell'istanza tesa a valorizzare, condizionandolo sotto il profilo dell'*ordo decisionis*, un fatto presente nel materiale di causa (presupposto, quest'ultimo, ovviamente indefettibile), ma non necessariamente riconducibile alle deduzioni provenienti dalla parte interessata.

Il discorso non può dirsi ancora concluso, in quanto gli elementi fin qui emersi postulano un'ulteriore, non irrilevante, precisazione, che si viene a esplicitare.

²⁰⁷ Cfr. *infra*, § 15.

²⁰⁸ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 474.

²⁰⁹ Cfr. quanto richiamato in chiusura del precedente paragrafo.

9. Segue. *Graduazione e rilievo officioso del fatto. La tesi che esclude il potere di condizionamento a causa della rilevabilità ex officio della questione: critica. Il fondamentale distinguo tra rilevazione e decisione. Il potere giudiziale di rilevazione non vale a obliterare quello di graduazione della parte. Sintesi dei risultati raggiunti*

Si è evidenziato come l'area che viene in rilievo nell'indagine prefissata ci attenga a fatti che, di regola, sono rilevabili *anche d'ufficio*, purché emergenti dagli atti di causa.

Occorre allora interrogarsi se tale caratteristica, e quindi la rilevabilità *ex officio* del fatto giuridico, osti alla configurabilità di un potere di condizionamento del fatto stesso. In altri termini, va indagato se la circostanza che il giudice possa prendere in considerazione un determinato fatto (purché ovviamente emergente *ex actis*) anche di propria iniziativa sia da considerare di per sé obliterativa dell'ipotetica sussistenza di un potere di graduazione.

Il quesito appare centrale per plurimi e concorrenti motivi.

In primo luogo, il tema potrebbe risultare dirimente rispetto alla stessa effettiva utilità dell'indagine prefissata, essendo potenzialmente idoneo a limitarne notevolmente l'ambito. Se, come si è detto, l'area dei fatti che qui rileva è, basilaramente, soggetta al rilievo officioso – e il punto sarà ulteriormente esplicitato considerando partitamente fatti costitutivi ed eccezioni²¹⁰ –, allora postulare che l'entità rilevabile *ex officio* non sia suscettibile di graduazione ridurrebbe significativamente, se non addirittura annullerebbe, la latitudine dello scrutinio sul condizionamento delle questioni meritali.

Va aggiunto che, per vero, la tesi che considera rilevante e sufficiente, per escludere un potere di condizionamento della parte, il potere di rilevazione officiosa appare diffusa e autorevolmente sostenuta.

Si considerino, per esempio, i dettami della corte di vertice sulla questione di nullità²¹¹. Le Sezioni Unite – nell'ambito della loro ampia trattazione della materia e, in particolare, discettando sui limiti oggettivi del giudicato²¹² – ritengono «necessario interrogarsi sui rapporti tra giudicato

²¹⁰ V. *infra*, § 10, in relazione al fatto costitutivo, e § 11, in relazione alle eccezioni, in senso stretto e in senso lato.

²¹¹ Il riferimento è ovviamente a Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit. (già richiamata in apertura dell'indagine).

²¹² V. il § 5 della pronuncia.

implicito e ordine logico delle questioni di merito»; e, dopo una ricognizione sistemica dei dati normativi rilevanti²¹³, evidenziano che, da un lato, «la legge pare indicare un ordine preciso nella trattazione delle questioni», il quale «prevede l'esame dapprima delle questioni pregiudiziali, poi del merito della causa (art. 276, comma 2)»; ma che, dall'altro lato, «la previsione di un tale ordine non è mai stata ritenuta espressione della imposizione di una sequenza obbligata dalla quale il giudice non possa discostarsi in base alle esigenze volta a volta emergenti», risultandone «confermata la tesi secondo cui, se, in linea generale, è indubbio che le questioni pregiudiziali (o impedienti o assorbenti) debbano essere esaminate prima di quelle da esse dipendenti, i parametri operativi ben possono essere molteplici». Orbene, ai fini che ci occupano, è rilevante osservare che, tra tali «parametri operativi», è individuata, insieme alla «natura della questione»²¹⁴, alla

²¹³ «La rilevanza degli aspetti strutturali di una decisione – e conseguentemente dell'ordine di trattazione delle questioni – va apprezzata ancora una volta con uno sguardo di sistema, che vede il processo civile scandire il suo itinerario dai principi di conservazione, conseguimento dello scopo, economicità, ai quali si affiancano le regole sulle preclusioni e l'acquiescenza, nel rispetto dei canoni costituzionali di giustizia (giusto processo e giusta decisione), di ragionevole durata, di rispetto del contraddittorio. Il legislatore non lascia il giudice privo di riferimenti normativi. Le regole maggiormente significative al riguardo vanno desunte dagli artt. 132, 276, 277 e 279 c.p.c., nonché artt. 118 e 119 relative disp. att. c.p.c. Si noterà come la legge pare indicare un ordine preciso nella trattazione delle questioni: l'approccio per fasi alla decisione finale è direttamente scandito dall'art. 276 (deliberazione), ma è desumibile anche dall'art. 279 (forma dei provvedimenti del collegio, anche se la rubrica suona al giorno d'oggi al tempo stesso anacronistica e recessiva)».

²¹⁴ In relazione alla quale le Sezioni Unite rilevano quanto segue, avuto particolare riguardo al distinguo tra questioni di rito e questioni di merito: «Non è questa la sede per indagare *funditus* sulle formule pregiudizialità e preliminarità. È sufficiente distinguere, per quanto è qui di interesse, tra questioni riguardanti il rito e questioni attinenti alla fattispecie sostanziale dedotta in giudizio, aventi ad oggetto sia elementi estintivi, modificativi, impeditivi, sia elementi relativi alla integrità della fattispecie stessa. La risoluzione delle prime è funzionale a eliminare gli impedimenti che si frappongono all'accertamento della fondatezza della domanda. Le seconde svolgono una funzione strumentale e preparatoria. [...] Sotto tale profilo, la pregiudizialità delle questioni processuali assume un significato diverso da quella delle questioni di merito. La base positiva è offerta non soltanto dall'art. 187 c.p.c., commi 2 e 3 e art. 279, comma 2, ma soprattutto dall'art. 276 c.c., comma 2, ai sensi del quale “il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa”. La disposizione è riferita non solo alla ipotesi di rimessione in decisione ad istruttoria completa, ma anche a quella provocata da una questione preliminare di merito, se l'art. 189, comma 2 dispone che “la rimessione investe il collegio di tutta la causa, anche quando avviene a norma dell'art. 187, commi 2 e 3”. La necessità di rispettare l'ordine delle questioni rito/merito ha, così, quale unica conseguenza la inammissibilità di un rigetto della

«sua maggiore evidenza (c.d. liquidità)»²¹⁵ e alla «sua maggiore preclusività»²¹⁶, anche la «volontà del convenuto» – e quindi, ai nostri fini, la volontà della parte (la Cassazione si riferisce al convenuto trattando, appunto, dell'eccezione di nullità) –. Proprio rispetto a tale «parametro», le Sezioni Unite così rilevano: «Volontà del convenuto sarà, di regola, quella volta a ottenere una pronuncia di rigetto che sia quanto più preclusiva di altri giudizi, al fine di non vedersi esposto alla reiterazione di pretese da parte dell'attore, anche se tale regola conosce una importante variabile, rappresentata proprio dalla *rilevabilità d'ufficio di una determinata questione*: in tal caso, infatti, *non basterebbe la volontà del convenuto* ad invertire l'ordine logico delle questioni, attraverso la richiesta di subordinazione dell'una all'altra»²¹⁷, con la conseguenza che «la rilevazione officiosa della nullità da parte del giudice non è, quindi, soggetta ad alcun vincolo preclusivo assoluto, quanto alla sua trattazione ed al relativo ordine che ne consegue». Al di là del fatto che, ancorché in termini generali, le Sezioni Unite ammettano l'esistenza di un potere di graduazione in capo alla parte interessata (sulla base, avuto riguardo al convenuto, degli effetti dell'emananda pronuncia e del suo grado di «preclusività»), ciò che rileva in questa sede è che, tuttavia, è negato che siano suscettibili di «inversione» dell'ordine di decisione, attraverso l'istanza di subordinazione, le questioni rilevabili *ex officio* (tra le quali, appunto, anche la questione di nullità).

Anche in dottrina è riscontrabile tale impostazione.

Anche chi osserva che «nel campo del giudizio di merito il riconoscimento dell'efficacia di giudicato “secondo il motivo portante” della decisione può implicare un temperamento del ruolo dei criteri di economia

domanda sia per motivi di rito che di merito: dall'avvenuta verifica della insussistenza del requisito processuale discende sempre l'impossibilità di pervenire anche ad una statuizione sul merito».

²¹⁵ «Maggiore liquidità della questione significa, in particolare, che, nell'ipotesi del rigetto della domanda, occorre dare priorità alla ragione più evidente, più pronta, più piana, che conduca ad una decisione indipendentemente dal fatto che essa riguardi il rito o il merito. Alla base di tale criterio – inutile sottolinearlo ancora – vi è un'evidente esigenza di una maggiore economia processuale, poiché la sua applicazione consentirà di ridurre l'attività istruttoria e quella di stesura della motivazione. Così riducendo i tempi del processo».

²¹⁶ «Maggiore preclusività della questione equivale a sua volta ad una migliore economia processuale: tra più ragioni di rigetto della domanda, il giudice dovrebbe optare per quella che assicura il risultato più stabile (tra un rigetto per motivi di rito e uno per ragioni afferenti al merito, il giudice dovrebbe scegliere il secondo)».

²¹⁷ Mio il corsivo.

processuale nell'ordinare le varie questioni ed eccezioni da esaminare, consentendo se del caso alle parti una loro deduzione in via graduata»²¹⁸, aggiunge peraltro che ciò sarebbe prospettabile «là dove operi – beninteso – il principio dispositivo, inteso quale esigenza di allegazione di parte, e non [...] la regola della rilevabilità *ex officio*»²¹⁹.

Parimenti, altra dottrina, nell'ambito dello studio dei poteri del giudice e del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, prospetta, per un verso, un tendenzialmente ampio potere di graduazione delle allegazioni costitutive, parallelo a quello di condizionamento delle domande giudiziali²²⁰, così osservando: «Il medesimo discorso [...] vale anche con riferimento alla possibilità di avere diverse allegazioni articolabili a fondamento della stessa domanda, come ipotizzabile nel caso di controversia relativa a diritto autodeterminato e sempre che la parte sia in grado di dimostrare positivamente al giudice l'interesse a che la decisione venga fondata sull'uno piuttosto che sull'altro fatto costitutivo e ad una diversa estensione oggettiva della pronuncia»²²¹; ma, per altro verso, individua quale principale limite del potere di condizionamento ascritto alla parte proprio la rilevabilità *ex officio* della relativa questione: «Il fatto costitutivo allegato in via subordinata rispetto al fatto costitutivo valorizzato dallo stesso attore in via principale nelle sue allegazioni dovrà essere – pena la violazione del-

²¹⁸ Così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, p. 459, nota 287.

²¹⁹ C. CONSOLO, *op. loc. cit.* Va peraltro precisato che l'Autore, quando passa a considerare le eccezioni di merito in senso lato, non ritiene dirimente, per escludere la sussistenza di un potere di condizionamento, la rilevabilità *ex officio* della questione. Si tornerà a breve, nel testo, su tale profilo.

²²⁰ «Un ulteriore limite al potere decisorio del giudice emerge le volte in cui la parte attrice abbia proposto in più domande ponendo fra di esse appositi nessi di subordinazione, volti a dettare l'ordine e le condizioni, alla stregua delle quali tali domande vanno (gradatamente) esaminate e decise dal giudice [...]. Nell'ordine preferenziale di decisione indicato dalla parte si rinviene un vincolo dal quale il giudice non può prescindere senza incorrere nella violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. Di conseguenza, se la parte ha formulato due domande, di cui la prima in via principale e la seconda cumulata in via subordinata all'eventualità che la prima non sia accolta (c.d. cumulo "eventuale" o subordinato) o che, invece, sia previamente accolta (c.d. cumulo "successivo" o condizionale in senso stretto), l'ordine di decisione dato dalla parte alle due domande vincola il giudice ad esercitare il proprio "dovere decisorio" nell'ordine voluto dalla parte [...]. E questi incorre in violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato laddove non rispetti l'ordine di decisione indicato dalla parte»: A. CARRATTA, *sub art. 112*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 174 s.

²²¹ A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 175.

l'art. 112 cod. proc. civ. – preso in considerazione dal giudice nell'ordine preferenziale di decisione voluto dalla parte; *con la sola eccezione delle questioni rilevabili d'ufficio dal giudice*²²².

Va aggiunto *per incidens* che quello di cui trattasi è, invero, un tema «trasversale», che si ripropone (con anche maggiore pregnanza) nel già considerato scenario (difforme da quello che qui ci occupa, ma anche «parallelo» in alcuni suoi snodi²²³) delle questioni processuali. Al riguardo, nell'esame dei casi in cui il «nesso di subordinazione è destinato ad operare fra entità processuali di indole ben differente [rispetto al condizionamento di domande, n.d.r.]; vale a dire, all'interno di una unica causa, cioè a seconda dei casi: (I. -) fra distinte allegazioni attrici, ovvero (II. -) fra distinte difese ed eccezioni del convenuto, rientranti comunque in un medesimo oggetto di giudizio di merito»²²⁴, si è precisato che un analogo problema non si porrebbe nemmeno rispetto al «giudizio sulla ammissibilità della domanda: la rilevabilità d'ufficio del difetto di quasi tutte le condizioni di trattabilità del merito della causa perlopiù escluderà in radice difese “in rito” del convenuto svolte in via graduata»²²⁵.

Orbene, la posizione che evidenzia una relazione di incompatibilità tra graduazione su iniziativa della parte interessata e rilievo ufficioso giudiziale appare, oltre che invalsa (e potenzialmente «ferale», avuto riguardo alla sua incidenza sulla latitudine applicativa dell'indagine), anche caratterizzata da un'inegabile linearità: laddove la legge ascriva al giudice un potere di autonoma rilevazione, quest'ultimo è insuscettibile di condizionamento, nel suo esercizio, in forza dell'iniziativa di parte. «Poiché si è in presenza di una legittimazione *concorrente e disgiunta* della parte e dell'ufficio, di talché il potere del secondo è *autonomo*, nella sua genesi e nel suo esercizio, rispetto all'impulso della prima, l'interessato, esprimendo un ordine di preferenza, non produce alcun effetto rilevante, di tipo *impeditivo*, in ordine alle attribuzioni del giudice»²²⁶; «in breve: il potere del giudice non

²²² A. CARRATTA, *op. cit.*, pp. 175-176 (mio il corsivo).

²²³ Cfr. *supra*, §§ 4 e 5.

²²⁴ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, p. 463.

²²⁵ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 463, nota 2.

²²⁶ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 999; nello stesso senso, A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., pp. 658-659 (con la precisazione che entrambi gli Autori si collocano peraltro in una posizione che, come si darà conto subito nel testo, è critica rispetto alla tesi che esclude la sussistenza di un potere di graduazione della parte in caso di questioni rilevabili d'ufficio).

può subire ostacoli o condizionamenti nel suo esercizio dall'attività della parte»²²⁷.

Purtuttavia, sembra sussistano persuasive ragioni per escludere che la rilevabilità ufficiosa della questione valga a obliterare il potere di condizionamento delle questioni di merito su istanza di parte.

Centrale risulta, al riguardo, la distinzione tra il piano della *rilevazione* della questione e quello della *decisione* sulla stessa. Non è inutile richiamare nuovamente l'insegnamento delle Sezioni Unite²²⁸: «La rilevazione (necessariamente obbligatoria) della nullità *ex art.* 1421 deve più propriamente intendersi come limitata all'attività di rilevazione/indicazione alle parti, ad opera del giudice. Si è opportunamente osservato come tutto ciò che in base alla legge può dirsi è che la nullità deve essere rilevata d'ufficio tutte le volte che la parte vuole utilizzare nel processo come valido il contratto nullo. Non v'è dubbio, infatti, che la parte che chieda l'annullamento, la risoluzione o la rescissione di un contratto intenda utilizzare come valido e/o come efficace quel contratto. Tale rilevazione potrà, peraltro, non trasformarsi necessariamente in una dichiarazione di nullità». A riprova di quanto precede le Sezioni Unite menzionato l'istituto della nullità di protezione: «Se il giudice rileva la nullità di una singola clausola (si pensi a una illegittima deroga al principio del foro del consumatore), e la indica come possibile fonte di nullità alla parte interessata, quest'ultima conserva pur sempre la facoltà di non avvalersene, chiedendo che la causa sia decisa nel merito (perché, ad esempio, ha valutato la clausola stessa in termini di maggior convenienza, nonostante la sua invalidità). In questo caso il giudice, dopo averla (obbligatoriamente) rilevata, non potrà dichiarare in sentenza, nemmeno in via incidentale, la relativa nullità. [...] La dichiarazione della nullità va conseguentemente intesa come pronuncia (previo accertamento) del rilevato vizio di invalidità, accertamento contenuto nella motivazione e/o nel dispositivo della sentenza [...]. Tale pronuncia non risulterà sempre obbligatoria, a differenza della già compiuta rilevazione, vero quanto detto poc'anzi in tema di nullità speciali».

Ma il medesimo ragionamento vale anche in caso di decisione fondata sulla ragione più liquida. Come evidenziato in dottrina, «il parametro della liquidità non ostacola la *rilevazione* di un'eccezione in senso lato, ma ne impedisce la *decisione*, se la causa può essere risolta sulla base di un altro moti-

²²⁷ A. MOTTO, *op. cit.*, p. 659.

²²⁸ Ci si riferisce ancora a Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

vo, assorbente e pronto»²²⁹; per esempio, «proposta d'ufficio la nullità del contratto, il giudice non pronuncia su essa, se, facendo applicazione del principio del primato della questione più evidente, è in grado di definire la controversia, in maniera più rapida, accogliendo un'altra eccezione, più liquida di quella di nullità»²³⁰. Il punto è confermato, ancora, dalle Sezioni Unite, secondo le quali la dichiarazione della nullità non è obbligatoria, a differenza della rilevazione, anche «in materia di decisioni fondate sulla c.d. ragione più liquida»²³¹, con la conseguenza che, «se oggetto della domanda (e del processo) sarà sempre il *petitum* sostanziale e processuale dedotto dall'attore (il pagamento della singola rata dell'obbligazione), anche se *ab initio* riferito, *ipso facto*, alla sua *causa petendi* (il negozio sottostante) – il che obbliga il giudice, pur in assenza di eccezione di parte, a rilevare *ex officio* eventuali profili di nullità della situazione giuridica sostanziale sottesa alla domanda stessa, valutata nella sua interezza (e cioè del negozio/rapporto sottostante) – non può escludersi che, proprio in forza dei ricordati principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni, quel processo abbia termine, senza che la nullità sia dichiarata nel provvedimento decisorio finale, con

²²⁹ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1000.

²³⁰ *Ibidem*. Dà rilievo alla distinzione tra rilievo della questione e decisione sulla stessa anche A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, cit., pp. 659-660, avuto riguardo alle questioni processuali: «Occorre distinguere, infatti, tra la rilevazione e la decisione della questione, e porre in luce che il giudice ha sempre il potere di rilevare la questione, ma non sempre può e deve deciderla [...]. Il giudice può sollevare d'ufficio una questione, ma non è tenuto a deciderla, se rigetta la domanda per un altro motivo di più pronta soluzione [...]. Di converso, tutte le volte che il criterio della ragione più liquida ceda legittimamente il passo a quello della maggiore preclusività, il giudice è tenuto ad esaminare la questione rilevabile d'ufficio (e in concreto sollevata *ex officio* o su eccezione di parte), secondo l'ordine imposto dal convenuto e, dunque, soltanto dopo avere esaminato le questioni da quest'ultimo avanzate in via principale». L'Autore aggiunge, con specifico riferimento alle questioni processuali, che «la distinzione tra il potere di rilevazione e il potere di decisione è coerente con il contenuto e la funzione delle attribuzioni officiose riguardo alle questioni pregiudiziali di rito», atteso che il vincolo impresso dal condizionamento «non elide le prerogative del magistrato, il quale conserva i poteri (officiosi) di rilevazione e di decisione delle questioni processuali impedienti; d'altra parte, esso non conduce neppure al risultato che l'ordinamento, stabilendo la rilevabilità *ex officio* del vizio, ha mostrato di voler evitare: anche se sia stata dedotta in via subordinata, la questione pregiudiziale di rito deve essere esaminata dal giudice prima di poter pronunciare nel merito e, se ritenuta fondata, determina la pronuncia di *absolutio ab instantia*. In conclusione, il potere della parte di istituire [...] un ordine vincolante di decisione delle questioni pregiudiziali di rito non trova ostacoli nelle attribuzioni officiose del giudice riguardo ad esse».

²³¹ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

una pronuncia fondata sulla ragione più liquida di rigetto della domanda (prescrizione, adempimento, mancata scadenza dell'obbligazione), nella consapevolezza di non dovere affrontare, nell'esplicitare le ragioni della decisione, il più vasto tema della validità del negozio, che avrebbe eventualmente imposto una troppo lunga e incerta attività istruttoria»²³².

In sintesi, il giudice, se da un lato può senz'altro sollevare la questione soggetta alla sua rilevazione officiosa, dall'altro lato «non sempre può (e deve) deciderla»²³³. E quest'ultima situazione si manifesta, in particolare, in relazione al principio della ragione più liquida.

Orbene, sembra che la medesima limitazione del potere decisorio del giudice possa essere affermata in presenza di un (ammissibile) condizionamento dei fatti principali su iniziativa della parte interessata.

In tal caso, il potere di rilevazione officiosa della questione resta senz'altro intatto; e nemmeno è inficiata la sussistenza del relativo potere decisorio: semplicemente, al momento della decisione, il giudice sarà tenuto a seguire l'ordine prospettato dalla parte interessata. E invero, «nulla impedisce [...] che il potere decisorio subisca un condizionamento (non nell'*an*, bensì) nel *quomodo* del suo esercizio, in forza del quale il giudice è tenuto a risolvere le questioni rilevate (*ex officio* o su istanza di parte) secondo un ordine di preferenza»²³⁴. I due piani (quello della rilevazione e quello della decisione) non interferiscono, con la conseguenza che «la rilevabilità d'ufficio dei fatti principali costitutivi (non individuatori della domanda) non costituisce [...] ostacolo alla possibilità che l'attore possa vincolare il giudice a seguire un determinato ordine nella decisione dei diversi e concorrenti fatti costitutivi»²³⁵; e che, per quanto concerne i fatti impeditivi, modificativi o estintivi, «il giudice può sempre sollevare le eccezioni in senso lato, ma, essendo obbligato a deciderle secondo l'ordine stabilito dalla parte, non può risolverle, se non dopo avere esaminato e rigettato quelle che il convenuto ha fatto valere in via principale»²³⁶.

²³² Ancora Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., la quale aggiunge che «proprio la facoltà del giudicante di definire il processo celermente, sulla base della ragione più liquida [...] impedisce di affermare la perfetta sovrapposibilità dell'oggetto del processo all'oggetto del giudicato».

²³³ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1000.

²³⁴ A. MOTTO, *op. ult. cit.*, p. 659.

²³⁵ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 336, nota 245.

²³⁶ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1000.

Pare possa aggiungersi che la tesi, per cui i poteri officiosi del giudice impedirebbero alla parte di prospettare un determinato *ordo decisionis*, si basi, in effetti, su un'inversione dei temi rilevanti. Si intende affermare che, piuttosto che prendere le mosse dalle attribuzioni del giudice, per escludere *tout court* il potere di graduazione della parte, sembra preferibile il percorso opposto. Se, e nella misura in cui, sia ritenuto ammissibile un potere di condizionamento delle questioni meritali su iniziativa di parte (il che ovviamente dovrà essere oggetto di verifica), allora tale potere non dovrebbe essere obliterato dalla mera sussistenza del potere officioso, considerato che lo stesso – sia quanto alla rilevazione della questione, sia quanto alla decisione della questione medesima – permane integro, salvo soltanto il vincolo a seguire l'ordine decisorio ottativamente prospettato dall'interessato. Può essere letta in questo senso l'osservazione, svolta in relazione all'eccezione in senso lato, secondo la quale, «nella misura in cui si ammetta un qualche rilievo dei motivi portanti della decisione nel connotare la valenza della tutela offerta alla parte [...], il discorso potrà venire così congruamente impostato *prescindendo dal regime di rilevabilità* cui era soggetta la specifica eccezione accolta dalla decisione di rigetto della domanda e che di essa costituirà così il fondamento»²³⁷. Nella misura in cui si ammetta il condizionamento delle questioni, è allora possibile «prescindere dal regime di rilevabilità», in quanto di per sé inidoneo a elidere il potere di graduazione ascritto alla parte.

Ciò chiarito rispetto al rapporto tra rilevazione officiosa del fatto e potere di graduazione di parte, è possibile riassumere sinteticamente quanto fin qui emerso.

Le «questioni di merito» che vengono in rilievo nella presente indagine:

a) sono quelle relative ai fatti giuridici principali, con esclusione dei fatti secondari;

b) come tali, implicano il riferimento a una determinata fattispecie giuridica, impregiudicato il potere del giudice di accedere alla propria qualificazione del fatto, anche se difforme da quella prospettata dalla parte;

c) possono essere oggetto di un'allegazione di parte (a prescindere dalla ritenuta natura «imperativa» o «informativa» da ascrivere all'allegazione), ma anche emergere dagli atti di causa;

d) laddove siano rilevabili *ex officio*, sono comunque spendibili in su-

²³⁷ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, p. 528 (mio il corsivo).

bordine, atteso che il potere giudiziale di rilevazione della questione non vale a obliterare quello di graduazione della parte (se, e nella misura in cui, il condizionamento della questione sia ritenuto ammissibile).

10. *I fatti costitutivi. Il fatto da cui dipende il diritto azionato e la sua graduazione. Riferibilità della graduazione alla fattispecie giuridica rilevante e/o al fatto storico. Possibile casistica. Il fatto costitutivo che rileva rispetto al condizionamento può anche emergere ex actis*

Come già emerso nell'analisi svolta, i fatti giuridici principali, secondo consolidata distinzione basata sulla loro efficacia, sono rappresentati dai fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi del diritto *de quo agitur*. In sostanza, «le questioni di merito – la cui soluzione incide sul contenuto della decisione di merito – concernono sempre i fatti costitutivi del diritto fatto valere dall'attore [...] e – se introdotti ritualmente in giudizio – i fatti estintivi, impeditivi o modificativi degli effetti prodotti dai fatti costitutivi»²³⁸.

Si distinguono quindi, nel *genus* dei fatti integranti in via diretta la fattispecie oggetto del giudizio, quattro diverse *species*, e cioè i fatti che «comportano direttamente il sorgere di un effetto giuridico»²³⁹, quelli che «ne ostacolano la fisiologica efficacia e rappresentano quindi un impedimento alla produzione del loro effetto normale»²⁴⁰ e quelli che producono la modificazione ovvero ancora l'estinzione dell'effetto *de quo*²⁴¹. Si tratta dunque, da un lato, degli elementi «attinenti all'integrità della fattispecie sostanziale»²⁴² dedotta in giudizio, e, dall'altro lato, dei fatti che variamente (in senso impeditivo, modificativo o estintivo) incidono su tale fattispecie.

Procedendo partitamente, vanno considerati *ex professo*, dall'angolo prospettico dell'*attore*, i fatti *costitutivi*. Ai sensi dell'art. 2697, comma 1, c.c., secondo il quale «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve prova-

²³⁸ R. VACCARELLA, *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, cit., p. 648.

²³⁹ Così, per tutti, F. DANOVI, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., p. 95. Sulla natura del fatto costitutivo si tornerà subito nel testo.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ Sulla natura dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, e quindi sulla nozione di eccezione, si tornerà nel prossimo paragrafo.

²⁴² D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, cit., p. 2.

re i fatti che ne costituiscono il fondamento», tali fatti sono quelli che valgono a fondare, a «costituire» appunto, il diritto dedotto in azione. Nella categoria dei fatti giuridicamente qualificati dalle norme che si riferiscono alla fattispecie, «viene isolato anzitutto il cosiddetto *fatto costitutivo* (il *rechtsbegründend Merkmal* della dottrina tedesca)»²⁴³, ossia il fatto dal quale l'applicabile previsione normativa fa «dipendere o discendere l'esistenza del diritto che viene fatto valere»²⁴⁴. Si tratta del fatto che integra «la premessa giuridicamente necessaria delle conseguenze che tali norme prevedono»²⁴⁵, «“costituisce” il diritto appunto perché ne rappresenta la condizione necessaria e sufficiente: il diritto esiste se esiste il fatto che lo fonda»²⁴⁶.

Ciò detto, rispetto alla graduazione del fatto costitutivo può essere richiamato, e specificato, quanto già emerso nei precedenti paragrafi.

In particolare, e venendo a tratteggiare una possibile casistica, le due principali eventualità sono quella in cui il fatto costitutivo sia allegato dalla parte interessata e quella in cui, invece, ciò non avvenga.

Nella prima ipotesi, l'allegazione sarà di regola svolta attraverso il riferimento al relativo accadimento storico, sussunto in una determinata fattispecie normativa, affinché il giudice tenga conto dello stesso in relazione all'emananda decisione (per esempio, rispetto all'accertamento del diritto di proprietà, la parte potrebbe allegare l'avvenuta consegna del bene mobile di modico valore, in relazione al fatto costitutivo «donazione»). In tal caso, l'istanza di graduazione potrà essere appunto riferita a tale allegazione (comprensiva della sussunzione del fatto in una determinata fattispecie), e potrà essere proposta insieme alla stessa, ovvero anche separatamente.

Restano da considerare i casi in cui, da un lato, la parte interessata, pur riferendosi alla fattispecie giuridica rilevante (nell'esempio, l'avvenuta donazione), ometta di indicare il relativo accadimento storico, e, dall'altro lato, e «all'opposto», avvenga un'allegazione del fatto costitutivo che, ancorché proveniente dalla parte interessata, sia considerabile in termini di mera narrazione del fatto storico (non di tipo «normativo»). Nel primo caso, non parrebbe da escludersi che la graduazione possa essere riferita anche alla sola fattispecie giuridica (la «donazione»); peraltro, in tale ipotesi il

²⁴³ M. TARUFFO, *Onere della prova*, cit., pp. 68-69.

²⁴⁴ M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 69.

²⁴⁵ *Ibidem.*

²⁴⁶ *Ibidem.*

fatto costitutivo sarà giudicato inesistente²⁴⁷, difettando la deduzione del relativo substrato materiale. Nella seconda eventualità, ammesso e non concesso che un'allegazione del fatto costitutivo, ancorché proveniente dalla parte interessata, sia considerabile in termini di mera narrazione del fatto storico²⁴⁸, resterà intatto il potere di accedere alla graduazione, e ciò in quanto, come già evidenziato²⁴⁹, nella specie non vengono in questione fatti dotati di rilievo individuatore della *res in iudicium deducta*. Anche in tale ipotesi, l'istanza di graduazione potrà essere proposta insieme all'allegazione, ovvero anche separatamente. Peraltro, nella prima eventualità l'istanza «normativa» di graduazione²⁵⁰ non potrà che incidere sulla stessa natura dell'atto avente a oggetto la narrazione del fatto storico, il quale conterrebbe necessariamente anche la richiesta di tener conto dello stesso ai fini della decisione, ancorché in via gradata.

Va da ultimo precisato che, in tutte le richiamate ipotesi di graduazione, il fatto costitutivo principale, per assurgere a «entità» idonea al condizio-

²⁴⁷ Ovviamente qualora la parte non si premuri di emendare (ove ciò sia ammissibile secondo le applicabili regole dinamiche del processo) la sua omissione, ovvero il fatto non emerga *aliunde* (cfr. anche *infra*, nel testo).

²⁴⁸ Nell'ambito dell'esplicazione della tesi della natura normativa dell'allegazione, esclude la rilevanza del contegno «pratico» della parte M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, cit., pp. 55-56: «La tesi esposta potrebbe parere ma in realtà non è contrastata dalla osservazione, se non sempre esatta rispondente tuttavia, quantomeno, all'*id quod plerumque accidit*, che le allegazioni assumono in pratica la struttura esteriore dell'atto narrativo-rappresentativo ossia informativo: si dichiara, normalmente, che un dato fatto è accaduto, e non già che un fatto, vero o non vero che sia, *deve essere preso in considerazione* dal giudice agli effetti della pronuncia. Ma a parte che l'osservazione più non sembra calzante in quei casi, in cui la parte stessa non possa essere in grado di dare un giudizio storico, di verità o di notizia, sui fatti che pur ha il potere di allegare o per lo meno di contestare; resta la obiezione, decisiva, che quale che sia l'apparenza delle cose, esse debbono essere qui qualificate per ciò che significano *giuridicamente*, e quindi per la loro natura (funzione, corrispondente alla efficacia) *giuridica*, quale emerge dal dato normativo. Ed è sicuro che, almeno se si accolga, come in Italia generalmente [...] si accoglie, il principio tradizionale per cui le dichiarazioni informative rese dalla parte, all'infuori delle ipotesi della confessione (e magari della ammissione) e del giuramento, non hanno valore direttamente probatorio perché al giudice è vietato considerare la parte come un teste *in re sua*; si dovrà evincere la conseguenza che le allegazioni, quale che sia la loro apparenza, mentre certamente hanno l'effetto di vincolare il giudice a pronunciarsi su di esse, non hanno invece giuridicamente l'effetto e quindi giuridicamente non possono aver la funzione e la natura delle dichiarazioni informative».

²⁴⁹ Cfr. *supra*, § 8.

²⁵⁰ Cfr. *supra*, § 8, nonché *infra*, § 15.

namento, dovrebbe comunque essere suscettibile di integrare un distinto «episodio storico». Si intende rilevare che, rispetto a determinate fattispecie, potrebbe accadere che la parte provveda alla deduzione di circostanze che, anche laddove siano qualificate in termini di fatto principale, peraltro *non* implicino l'introduzione di un nuovo titolo, trattandosi di «semplici elementi del medesimo episodio storico»²⁵¹. Si osserva così, soprattutto rispetto alle domande c.d. eterodeterminate (le quali, come si vedrà ampiamente in seguito, potrebbero venire in questione anche in relazione al condizionamento delle allegazioni, poiché non sempre, rispetto alle domande così tradizionalmente qualificate, al variare del fatto costitutivo corrisponde la deduzione in giudizio di un diverso diritto²⁵²), che sussistono ipotesi, quali per esempio quelle «di allegazione dei fatti integranti una responsabilità per l'esercizio di attività pericolose o per danno da cose in custodia *ex artt.* 2050-2051 c.c. rispetto ad una domanda inizialmente fondata sulla responsabilità "ordinaria" *ex art.* 2043 [...], oppure di allegazione del compimento dell'atto dispositivo impugnato in via revocatoria dopo il sorgere del credito rispetto alla iniziale allegazione del suo compimento in epoca antecedente»²⁵³, in relazione alle quali «non [...] è vero che l'invoce di fatti principali diversi implica sempre l'introduzione di una *causa petendi* diversa, e segnatamente non lo implica se tali fatti sono semplici elementi di un medesimo episodio storico ed invariato resta l'effetto giuridico sostanziale posto a *thema decidendum* del giudizio (l'obbligo di risarcire i danni, l'inefficacia dell'atto di disposizione pregiudizievole)»²⁵⁴; il che vale *a fortiori* laddove i fatti principali ascrivibili al medesimo episodio nemmeno diano luogo all'«applicazione di norme giuridiche diverse»²⁵⁵ (come per esempio nel caso in cui l'evento dannoso sia ricondotto a un'adeguata assistenza postoperatoria invece che alla negligente esecuzione dell'intervento²⁵⁶). Orbene, limitatamente al tema che ci occupa, non pare che

²⁵¹ E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 819.

²⁵² Cfr. *infra*, cap. II, § 3.

²⁵³ E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., p. 818.

²⁵⁴ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 819.

²⁵⁵ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 819, nota 9.

²⁵⁶ Cfr. Cass., 26 luglio 2012, n. 13269, in *DeJure* (citata anche da E. MERLIN, *op. loc. ult. cit.*), in relazione alla (ritenuta ammissibile) modificazione della domanda: «Nel giudizio di risarcimento del danno derivato da colpa medica non costituisce inammissibile mu-

meri «elementi» specificativi del medesimo episodio, ancorché considerati riconducibili nell'area dei fatti principali, siano di per sé suscettibili di graduazione. Anche a prescindere da quanto si vedrà in seguito rispetto all'ammissibilità del condizionamento allegatorio, l'attribuzione alla parte interessata del potere di subordinare simili elementi specificativi del titolo sembra possa essere comunque escluso, poiché determinerebbe un vincolo rispetto all'attività decisoria del giudice²⁵⁷ anche in relazione alla *medesima causa petendi* (intesa, con le parole della Cassazione²⁵⁸, nella sua «essenzialità materiale»)²⁵⁹.

Venendo alla seconda delle divise ipotesi, e cioè quella in cui difetti la deduzione del fatto proveniente dalla parte interessata, va ribadito che il fatto costitutivo – inteso in tal caso quale accadimento storico – potrebbe anche emergere dagli atti di causa. Se, in punto di graduazione delle questioni meritali, assurgono all'attenzione dell'interprete fatti privi di rilievo individuatore dell'oggetto del giudizio, non pare imprescindibile che l'introduzione del fatto costitutivo nel contenitore processuale sia ascrivibile alla parte interessata. Al riguardo è sufficiente richiamare che la tesi che sembra preferibile, in quanto corrispondente alla natura dei fatti di cui trattasi, laddove rilevanti soltanto ai fini della risposta al quesito posto con l'atto introduttivo del processo (avente a oggetto l'esistenza o l'inesistenza del diritto azionato), è quella secondo la quale, rispetto a *tutti* i fatti giuridici principali – e quindi, e ciò è quanto qui rileva, non soltanto quelli integranti eccezione, ma anche quelli costitutivi – «il potere di accertamento del giudice non è condizionato alla presenza di una specifica iniziativa del-

tamento della domanda la circostanza che l'attore, dopo avere allegato nell'atto introduttivo che l'errore del sanitario sia consistito nell'imperita esecuzione di un intervento chirurgico, nel concludere allega, invece, che l'errore sia consistito nell'inadeguata assistenza postoperatoria; dovendosi considerare il fatto costitutivo, idoneo a delimitare l'ambito dell'indagine, nella sua essenzialità materiale, senza che le specificazioni della condotta, inizialmente allegate dall'attore, possano avere portata preclusiva».

²⁵⁷ E soprattutto alla sua decisione, pacificamente libera, in punto di diritto (nell'esempio di cui al testo, quella relativa alla sussunzione dell'illecito negli artt. 2050-2051, ovvero nell'art. 2043).

²⁵⁸ V. *supra*, nota 256.

²⁵⁹ Per uno spunto in senso diverso, cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 154, testo e nota 139, che, nel trattare il tema dell'«allegazione subordinata», richiama, accanto all'ipotesi dei «fatti costitutivi concorrenti» (in relazione alle domande autodeterminate), anche, «per le domande eterodeterminate, i singoli fatti materiali implicati in alternative qualificazioni giuridiche della medesima *causa petendi*» (mio il primo corsivo).

la parte a cui favore si rivolge la loro efficacia»²⁶⁰, ferma ovviamente la necessità che gli stessi risultino dal materiale di causa e fermo il divieto di utilizzo della scienza privata da parte del giudice. Ancorché il punto non sia sempre oggetto di adeguata focalizzazione – al contrario di quanto avviene per i fatti secondari, ovvero per quelli integranti eccezione, viepiù se rilevabile *ex officio* –, se si riconosce che «i limiti ai poteri giudiziali in tema di accertamento dei fatti non possono trovare sempre giustificazione nella regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato»²⁶¹, e che esistono «fatti, anche costitutivi, che non rilevano ai fini della determinazione del chiesto»²⁶², è allora incongruo annoverare tra i fatti accertabili dal giudice anche se non affermati dalla parte interessata (purché emergenti dagli atti di causa) soltanto i fatti secondari, ovvero impeditivi, modificativi ed estintivi, e non già i fatti sprovvisti di valenza individuatoria *tout court*²⁶³.

In questo scenario, il fatto costitutivo che rileva in punto di graduazione potrebbe anche emergere *ex actis*; esemplificando, potrebbe emergere la circostanza del possesso continuato per il numero di anni sufficiente a integrare la fattispecie acquisitiva del bene oggetto di causa. In siffatta ipotesi, l'istanza di condizionamento potrebbe valere a «valorizzare» (graduando) anche un fatto non riconducibile a un'allegazione della parte interessata, ma presente in atti.

È infine appena il caso di aggiungere che le osservazioni che precedono sono svolte *a prescindere* dalle specifiche regole dinamiche alle quali, in relazione a un determinato modello procedimentale, è soggetto l'attore (e quindi, nel nostro sistema, dal plesso normativo che avvince, in particolare, gli artt. 163, 164, 183 e 189 c.p.c.²⁶⁴), e che potrebbero imporre, a diversi fini (*non* concernenti l'individuazione della *res in iudicium deducta*, ma afferenti alla *trattazione* della causa), un onere di allegazione a carico della parte. Altro è che il giudice possa rilevare anche di propria iniziativa una determinata circostanza (fermo il principio scolpito dall'art. 101, comma 2, c.p.c.), altro è che, laddove sia la parte a dedurre la circostanza, la parte

²⁶⁰ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 336.

²⁶¹ E. MERLIN, *op. cit.*, pp. 336, nota 245.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ Cfr. già *supra*, § 8.

²⁶⁴ Con la precisazione che, con la riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022, le tre memorie previste dal comma 6 dell'art. 183 c.p.c. dopo l'udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa sono anteposte rispetto a tale udienza. Sul punto, v. più ampiamente *infra*, cap. III, § 2.

stessa sia invece soggetta a specifiche cadenze processuali. Si tornerà su tali profili nel corso dell'indagine²⁶⁵.

11. *Le eccezioni. L'eccezione in senso stretto. Riferibilità della graduazione all'eccezione-istanza e/o al relativo fatto storico. L'eccezione in senso lato. Riferibilità della graduazione all'atto introduttivo del fatto (già rilevante in forza della domanda attorea) e/o alla (peraltro non necessaria) istanza-eccezione. Possibile casistica. Il fatto impeditivo, modificativo, estintivo che rileva rispetto al condizionamento può anche emergere ex actis*

Chiarito quanto sopra rispetto alla fattispecie costitutiva, e venendo a collocarci nell'angolo prospettico del *convenuto*, assumono rilievo, alla luce del disposto dell'art. 2697, comma 2, c.c., secondo il quale «chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti», e cioè dei fatti costitutivi, «ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda», i fatti *impeditivi, modificativi ed estintivi* del diritto azionato, e quindi le *eccezioni*²⁶⁶.

Considerando anzitutto l'eccezione di merito in senso stretto, e quindi l'eccezione riservata alla parte²⁶⁷, può assumersi quale presupposto dell'in-

²⁶⁵ E, in particolare, nell'ambito dell'analisi degli aspetti dinamici della graduazione svolta nel terzo capitolo.

²⁶⁶ Sulla nozione di eccezione, si richiamano G. CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist. Milano, 1993, p. 149 ss.; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, cit., p. 247 ss.; ID., *Eccezione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1 ss.; V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 172 ss.; V. DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 22 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., *passim*, e spec. p. 204 ss.; ID., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 299 ss.; R. ORIANI, *Eccezione*, cit., p. 262 ss.; ID., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corriere Giur.*, 2005, p. 1011 ss.; ID., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345, comma 2, c.p.c. (II)*, *ivi*, p. 1056 ss.; ID., *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 5 ss.; C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 203 ss.

²⁶⁷ Il cui principale riferimento normativo è, come noto, l'art. 112 c.p.c., ai sensi del quale «il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti». Su tale previsione, cfr. anche *infra*, cap. II, § 12.

dagine che tale eccezione – alla luce degli esiti di un articolato percorso esegetico, basato sul superamento delle tesi che, a partire dalla lezione chiovendiana²⁶⁸, scorgono nell'eccezione riservata un potere di natura sostanziale (nella teorica della dottrina tedesca, *Einrede im Sinne des BGB*, idonea a incidere sulla *materiellrechtlicher Anspruch*)²⁶⁹ – «non esprime mai, di per sé, una situazione soggettiva sostanziale dell'eccepiente»²⁷⁰. Essa, per contro, si risolve in un'«istanza dell'interessato»²⁷¹, affinché il giudice proceda ad «applicare [...] l'effetto del fatto»²⁷², e dunque l'effetto impeditivo, modificativo ed estintivo, «alla situazione sottoposta a giudizio»²⁷³;

²⁶⁸ Cfr. G. CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, cit., p. 149, secondo il quale l'eccezione integra «quella particolare forma di difesa, che consiste in un diritto del convenuto, e precisamente in un *controdiritto tendente ad impugnare e annullare il diritto d'azione*. [...] Concetto nostro quant'altro mai, cioè italiano; che nel pensiero germanico ha trovato soltanto il tentativo di una formulazione legislativa, e, cosa più utile, il collocamento in una categoria; come diritto appartenente alla classe dei diritti d'impugnazione, l'eccezione così intesa rientra nella vasta categoria dei diritti potestativi». Viene quindi in questione un controdiritto, teso a impugnare quello di azione (da considerarsi, in senso concreto, quale potere riconosciuto alla parte di ottenere un provvedimento di merito favorevole). Si tratterebbe, peraltro, di un diritto di impugnazione differente dagli altri diritti di impugnativa, essendo la sua efficacia obliterativa limitata all'azione. Per la ricostruzione del pensiero di Chiovenda sull'eccezione, v., per tutti, V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 173 ss. Si collocano nel solco dell'impostazione chiovendiana F. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927; S. COSTA, *Eccezione (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 349 ss. Sempre in relazione alla teorica chiovendiana, e alla possibilità di ricondurre l'eccezione a un controdiritto del convenuto, cfr. anche (in autorevole dialogo fra loro) M. CAPPELLETTI, *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1610 ss.; ID., *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 266 ss.; F. CARNELUTTI, *Un lapsus evidente?*, *ivi*, 1960, p. 446 ss.; ID., *Eccezione e analisi dell'esperienza*, *ivi*, 1960, p. 644 ss.; E.T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione (Postilla)*, *ivi*, 1960, p. 449 ss.

²⁶⁹ In argomento, si richiamano, per tutti, e anche per ulteriori riferimenti, E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 232 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 203 ss.

²⁷⁰ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 364. Si tornerà sul punto anche in seguito, nel corso dell'indagine sull'ammissibilità della graduazione di eccezioni e, in particolare, delle eccezioni in senso stretto. Cfr. *infra*, cap. II, § 12.

²⁷¹ G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, cit., p. 266. Nello stesso senso, E. MERLIN, *op. ult. cit.*, pp. 344 ss., 359 ss.

²⁷² G. FABBRINI, *op. loc. ult. cit.*

²⁷³ *Ibidem*.

un'istanza volta a «determinare, cioè, la stessa *rilevanza giudiziale* della fattispecie e.i.m.»²⁷⁴.

Ne consegue che, in caso di fatti oggetto di eccezione riservata, la relativa allegazione non determina di per sé la rilevanza degli stessi ai fini della decisione di merito, ma «oltre alla allegazione occorre l'espressa istanza della parte interessata»²⁷⁵. In tale prospettiva, altro è formulare in giudizio la richiesta di applicazione dell'effetto impeditivo, modificativo ed estintivo, altro è introdurre nel processo il relativo fatto giuridico. Purtuttavia, la distinzione non dev'essere esasperata: da un lato, «l'eccezione-istanza giuridicamente qualificata non necessita [...] di formule sacramentali»²⁷⁶ e, dall'altro lato, laddove l'allegazione del fatto provenga dalla parte interessata, parrebbe arduo negare alla stessa – salvo il caso della «pura narrazione del nudo fatto storico»²⁷⁷ – l'implicita postulazione del relativo effetto giuridico.

In questo quadro, in caso di graduazione dell'eccezione in senso stretto gli elementi della fattispecie da tenere in considerazione sono, potenzialmente, due, e cioè l'allegazione del fatto e l'eccezione-istanza. Il tutto fermo il rilievo che, nella maggior parte dei casi, la distinzione potrebbe restare meramente teorica, potendosi riscontrare nell'allegazione anche la valorizzazione del fatto ai fini dell'applicazione del relativo effetto giuridico.

Venendo, similmente a quanto già illustrato per i fatti costitutivi, alla possibile casistica, le due principali eventualità sono quella in cui la deduzione dell'eccezione provenga dalla parte interessata e quella in cui, invece, ciò non avvenga.

Nella prima ipotesi, e laddove si sia in presenza di entrambi i divisati elementi, e quindi di un'allegazione proveniente dalla parte interessata, contenente (in via esplicita o implicita) l'eccezione-istanza, *nulla quaestio*. Esemplificando, la parte potrebbe eccepire il fatto estintivo «prescrizione», allegando il mancato esercizio del diritto azionato *ex adverso* per il lasso di tempo indicato dalla legge. In questo caso, l'istanza di graduazione potrà essere riferita a tale eccezione, e potrà essere proposta insieme all'eccezione stessa (e in tale ipotesi l'eccezione si risolverà in un'istanza di applicazione dell'effetto in via graduata), ovvero anche separatamente.

²⁷⁴ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., pp. 344-345.

²⁷⁵ G. FABBRINI, *Eccezione*, cit., p. 2.

²⁷⁶ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 359, nota 286.

²⁷⁷ *Ibidem*.

Il convenuto potrebbe anche limitarsi all'eccezione-istanza. Posto che il nucleo indefettibile dell'eccezione in senso stretto va rinvenuto appunto in tale istanza, la graduazione ben potrebbe essere a quest'ultima riferita, in mancanza della deduzione in giudizio del substrato materiale dell'eccezione; peraltro, l'eccezione sarà ritenuta infondata²⁷⁸, difettando il fatto posto a fondamento della stessa. In via esemplificativa, ben si potrà instare, in via di eccezione, per l'annullabilità del contratto azionato *ex adverso*, e tale istanza potrebbe anche essere graduata (a prescindere dalla sua effettiva ammissibilità); sennonché, in difetto della deduzione in giudizio dei fatti integranti l'annullabilità (per esempio, dell'incapacità dello stipulante), l'eccezione sarà respinta.

Qualora, di converso, l'eccipiente svolga la mera narrazione del nudo fatto storico²⁷⁹, e non si rinvenga, in tale contegno, un comportamento idoneo a integrare l'eccezione riservata²⁸⁰, il discorso dovrebbe chiudersi *sic et simpliciter*: non è possibile condizionare un'eccezione riservata che, in effetti, non è stata proposta dalla parte interessata. Resta peraltro aperta la possibilità che, nella stessa richiesta di graduazione, sia ritenuta rinvenibile anche la deduzione di un'eccezione-istanza idonea a determinare la rilevanza del fatto in questione: l'effettuata graduazione («normativa», nel senso che l'istanza contiene la richiesta che l'effetto proprio del fatto dedotto in giudizio sia applicato dal giudice soltanto in via gradata) potrebbe, in tale prospettiva, essere idonea a integrare anche l'istanza-eccezione²⁸¹.

Ciò detto rispetto al possibile contegno della parte interessata, deve richiamarsi che il fatto impeditivo, modificativo o estintivo potrebbe anche emergere dagli atti di causa (non venendo evidentemente in questione fatti dotati di rilievo individuatore della *res in iudicium deducta*)²⁸². Anche in caso di eccezione in senso stretto, l'elemento fattuale può «essere legittimamente conosciuto dal giudice anche se affermato ad opera dell'attore o altrimenti emergente dagli atti»²⁸³, impregiudicata la distinta – e necessaria

²⁷⁸ Ovviamente qualora la parte non si premuri di emendare (ove ciò sia ammissibile secondo le applicabili regole dinamiche del processo) la sua omissione, ovvero il fatto non emerga *aliunde* (cfr. anche *infra*, nel testo).

²⁷⁹ Cfr. ancora E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 359, nota 286.

²⁸⁰ Possibilità che, almeno di regola, dovrebbe essere esclusa, postulando la stessa l'eccezione-istanza.

²⁸¹ Con la conseguenza che, nel caso in cui la parte si limiti a formulare istanza di graduazione, l'eccezione-istanza potrebbe ritenersi *in re ipsa*.

²⁸² Cfr. *supra*, § 8.

²⁸³ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 376.

trattandosi di eccezione riservata – istanza dell'eccipiente volta a determinare la rilevanza della fattispecie impeditiva, modificativa o estintiva versata in atti²⁸⁴. In tal caso, la parte interessata dovrà svolgere l'eccezione-istanza, ai fini della rilevanza giuridica della fattispecie, e, di nuovo, l'istanza di graduazione potrà essere riferita a tale eccezione, ed essere proposta insieme all'eccezione stessa, ovvero anche separatamente.

Venendo, infine, all'eccezione di merito in senso lato, e quindi all'eccezione rilevabile d'ufficio, essa può essere riguardata come «semplice atto di introduzione in giudizio [...] di un fatto»²⁸⁵, sempre avente efficacia impeditiva, modificativa o estintiva, ma «già giuridicamente rilevante in forza della “postulazione” contenuta nella domanda attrice»²⁸⁶. E invero, le fattispecie oggetto di eccezione in senso lato «sono rilevanti giudizialmente già *per effetto della domanda introduttiva*»²⁸⁷, al contrario di quelle integranti eccezione in senso stretto, che postulano per contro l'istanza-eccezione. L'elemento centrale è quindi l'allegazione di parte, peraltro – al pari delle ipotesi già considerate, e *a fortiori* in tal caso – nemmeno necessaria, «ben potendo il fatto essere introdotto dall'attore o comunque risultare dagli atti di causa»²⁸⁸.

²⁸⁴ Cfr. già G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, cit., p. 266: «Schematizzando, le operazioni che intorno al fatto si compiono in un processo civile di cognizione si possono ridurre a quattro: acquisizione agli atti del giudizio di una dichiarazione assertoria attestante l'esistenza del fatto; acquisizione agli atti del giudizio di elementi probatori idonei a convalidare il contenuto di tale affermazione; qualificazione giuridica del fatto; applicazione degli effetti alla situazione sottoposta a giudizio. Orbene, il *quid proprii* che caratterizza e distingue la c.d. eccezione in senso stretto dalla c.d. eccezione in senso lato si riferisce in modo specifico al quarto dei momenti indicati e non anche agli altri: in ogni caso l'attestazione di esistenza del fatto – senza la quale non avrebbe base attività probatoria di sorta – deve essere contenuta nella narrazione o nelle produzioni delle parti o, quanto meno, risultare da esperimenti probatori legittimamente disposti nel procedimento in corso; in ogni caso, il regime probatorio rimane identico; in ogni caso, rimane indiscusso il principio *jura novit curia*, come potere-dovere del giudice di individuare con propria, autonoma indagine la norma di qualificazione del fatto acquisito agli atti ed in atti provato; cambia, lo ripetiamo, solo l'ultimo momento, perché rispetto alle eccezioni in senso stretto il giudice non può applicare, senza istanza dell'interessato, l'effetto del fatto alla situazione sottoposta a giudizio». Cfr. altresì E. MERLIN, *op. cit.*, pp. 359 ss., 364 ss.

²⁸⁵ E. MERLIN, *op. cit.*, I, cit., p. 376.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 345, nota 259.

²⁸⁸ *Ibidem*. In giurisprudenza, cfr., da ultimo, e fra le tante, Cass., 7 febbraio 2022, n. 3704, in *DeJure*: «Nel caso di successione dello Stato ad un ente pubblico soppresso, la

Va peraltro aggiunto che, anche in caso di eccezioni rilevabili d'ufficio non è da escludersi, e anzi rappresenta un'opzione operativa da considerare, la distinzione tra eccezione, intesa quale istanza di applicazione dell'effetto, e affermazione del relativo fatto storico. «Dal punto di vista del potere della parte, è ben vero che anche qui è possibile distinguere fra il “proporre” l'eccezione (l'invocazione dell'effetto giuridico) e l'allegare il fatto che le dà fondamento»²⁸⁹.

Si tratta del resto di distinguere che appare rilevante rispetto a una serie di problematiche, e, *in primis*, in relazione a quella scaturente dall'art. 345, comma 2, c.p.c., il quale, prevenendo che in appello «non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio», ha indotto gli interpreti a interrogarsi se, nel grado impugnatorio, sia ammissibile soltanto l'eccezione volta a valorizzare un fatto già tempestivamente allegato in primo grado, ovvero per contro la parte sia ammessa all'allegazione *ex novo* del fatto integrante l'eccezione. Secondo la prospettazione delle Sezioni Unite che, sebbene incidentalmente²⁹⁰, hanno considerato la tematica – dando atto dei «contrastanti tra chi subordina il rilievo d'ufficio di ogni eccezione alla tempestiva allegazione, proveniente dalla parte, nel giudizio di primo grado, entro il termine posto dall'art. 183 c.p.c. [...] e fautori della tesi opposta, che giunge fino all'affermazione che la deducibilità in appello di eccezioni in senso lato è ammessa non solo se i fatti sono per la prima volta allegati in sede di impugnazione, ma anche se in questa sede debbano essere accertati “con i mezzi di prova che il giudice di appello ritenga am-

richiesta di limitare la responsabilità del Ministero per le obbligazioni in misura corrispondente all'attivo della liquidazione integra una eccezione in senso lato, in quanto il legislatore non ne ha espressamente escluso la rilevanza d'ufficio e tale eccezione non corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo, ma rileva quale fatto da solo sufficiente ad impedire la confusione del patrimonio dell'ente soppresso con quello dell'Amministrazione cui sia stato conferito il compito di procedere alla definizione dei rapporti pregressi. Ne consegue che, ove tale fatto sia già documentato in atti, ovvero discenda direttamente dalla legge, il beneficio è liberamente invocabile dalla parte – anche in assenza di specifica allegazione – [...] ed è rilevabile d'ufficio dal giudice»; Cass., 5 agosto 2021, n. 22371, *ivi*: «Il rilievo d'ufficio delle eccezioni in senso lato non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte [...], dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati *ex actis*, in quanto il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione».

²⁸⁹ E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., pp. 311-312.

²⁹⁰ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 519, nota 1.

missibili e rilevanti»²⁹¹ – sussiste, per un verso, «la possibilità di rilevare di ufficio le eccezioni in senso lato, anche in appello, che risultino documentate *ex actis*, indipendentemente da specifica allegazione di parte»²⁹²; e, per altro verso, «la rilevabilità di eccezioni in senso lato [...] ha senso preminente quando è basata su allegazioni nuove»²⁹³. Si è quindi ritenuto che, sul versante dei poteri del giudice, il rilievo *ex officio* «non è condizionato all'avere la parte interessata allegato il fatto che lo integra (ma solo, è sottinteso, che esso risulti dagli atti del processo)»²⁹⁴; e che, sul versante dei poteri della parte, «se la legge la ammette (come la ammette l'art. 345 c.p.c.) a proporre un'eccezione nuova, essa deve anche poter per la prima volta allegare il fatto materiale che la integra»²⁹⁵.

A prescindere dallo specifico problema dei *nova* in appello²⁹⁶, è confermato – e, ai nostri fini, *hoc sufficit* – che, anche in caso di eccezioni in senso lato, è possibile, e anzi può risultare operativamente utile, distinguere tra mera affermazione del fatto storico e postulazione dell'applicazione dell'effetto ai fini dell'emananda pronuncia.

Posto questo scenario, anche in tal caso si ripropongono, seppur con le dovute modulazioni, le opzioni rappresentate rispetto all'eccezione in senso stretto.

Iniziando dalla deduzione su iniziativa della parte interessata, qualora eccezione e allegazione provengano da quest'ultima, *nulla quaestio*. Esemplificando, la parte potrebbe eccepire il fatto estintivo «pagamento», indicando il relativo atto solutorio. In questo caso, l'istanza di graduazione potrà essere riferita a tale eccezione, e potrà essere proposta insieme all'eccezione stessa (e in tale ipotesi l'eccezione si risolverà in un'istanza, di applicazione dell'effetto, condizionata), ovvero anche separatamente.

Per contro, in caso di eccezione in senso lato parrebbe che, diversamen-

²⁹¹ Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10531, *Foro it.*, 2013, I, c. 3500, con nota di R. ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*. Per una serie di approfondimenti sul tema, anche a commento della pronuncia in questione, v. E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 299 ss.

²⁹² Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit.

²⁹³ Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit.

²⁹⁴ Così E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 310.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ Sul quale si tornerà anche in seguito, in sede di esame delle regole dinamiche applicabili alla graduazione delle questioni (v. *infra*, cap. III, § 3).

te da quanto prospettato rispetto all'eccezione riservata, non sia un'ipotesi rilevante quella della mera narrazione del fatto storico, priva dell'eccezione-istanza. E invero, trattandosi di eccezione che non postula, a livello strutturale, una specifica eccezione-istanza della parte interessata (al contrario dell'eccezione in senso stretto), l'allegazione del fatto non potrebbe che «implicare anche il richiamo (il “proporre”), per quanto implicito, all'effetto giuridico-eccezione»²⁹⁷. Tale eventualità non risulta quindi dotata di una propria autonomia concettuale: laddove la parte interessata allegghi il fatto integrativo dell'eccezione in senso lato, l'istanza di applicazione dell'effetto può considerarsi *in re ipsa*.

Infine, anche in caso di eccezione in senso lato non può essere escluso *a priori* che «la proposizione dell'eccezione non sia accompagnata o non sia contestuale all'allegazione del fatto o di tutti i fatti su cui si fonda»²⁹⁸, come per esempio allorché il convenuto «eccepisca di aver già pagato ma non dica nulla intorno alla data e al contenuto dell'atto solutorio»²⁹⁹. In tale ipotesi, l'istanza di graduazione ben potrebbe essere riferita all'eccezione, che peraltro sarà ritenuta infondata³⁰⁰, difettando il fatto posto a fondamento della stessa.

Va, ancora, ribadito che, anche in caso di eccezione rilevabile d'ufficio, il fatto impeditivo, modificativo o estintivo potrebbe emergere dagli atti di causa (non venendo evidentemente in questione fatti ai quali ascrivere rilievo individuatore dell'oggetto del giudizio); esemplificando, potrebbe emergere la circostanza dell'avvenuto pagamento. In tal caso, la parte interessata potrà senz'altro «valorizzare» la circostanza in atti, con l'istanza di graduazione della questione.

Due ultime precisazioni in chiusura.

Anche rispetto alle eccezioni vale il rilievo, già svolto in relazione al fatto costitutivo³⁰¹, per cui la graduazione presuppone l'indicazione di distinti episodi storici, mentre laddove vengano in questione fatti specificativi ascrivibili al medesimo evento (inteso nella sua «essenzialità materiale»), o

²⁹⁷ In questi termini, E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 312.

²⁹⁸ E. MERLIN, *op. loc. cit.*

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ Ovviamente qualora la parte non si premuri di emendare (ove ciò sia ammissibile secondo le applicabili regole dinamiche del processo) la sua omissione, ovvero il fatto non emerga *aliunde* (cfr. anche subito *infra*, nel testo).

³⁰¹ V. *supra*, il paragrafo che precede.

a fortiori meri elementi in diritto, allora la parte non dovrebbe poter accedere al relativo condizionamento. Così, per esempio, se si opini che, «in tema di prescrizione estintiva, gli elementi costitutivi dell'eccezione sono l'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio e la manifestazione della volontà di profittare dell'effetto ad essa ricollegato dall'ordinamento, mentre la determinazione della durata di questa configura una *quaestio iuris* sulla identificazione del diritto stesso e del regime prescrizionale applicabile che compete al giudice, previa attivazione del contraddittorio a pena di nullità della sentenza»³⁰², dovrebbe in linea di principio escludersi la possibilità di graduare due diverse fattispecie prescrizionali, in relazione al diverso lasso temporale delle stesse.

È da ultimo appena il caso di precisare che, anche per quanto concerne le eccezioni, in senso stretto e in senso lato, le osservazioni che precedono sono svolte *a prescindere* dalle specifiche regole dinamiche alle quali, rispetto a un determinato modello procedimentale, è soggetta la parte eccipiente (e quindi, nel nostro sistema, dal plesso normativo costituito, in particolare, dagli artt. 166, 167, 183 e 189 c.p.c.³⁰³, oltre che dal richiamato art. 345 c.p.c.). Come già anticipato rispetto ai fatti costitutivi, si tornerà su tali profili nel corso dell'indagine³⁰⁴.

³⁰² Cass., 12 dicembre 2019, n. 32485, in *DeJure*. Cfr. anche Cass., 5 marzo 2020, n. 6180, in *Guida al dir.*, 2020, 25, p. 87: «In tema di prescrizione estintiva, elemento costitutivo della relativa eccezione è l'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio (dove l'inerzia, per assurgere al rilevante giuridico, e dunque per assumere valenza di elemento costitutivo della eccezione, implica necessariamente – qualora si intenda anche prescindere da una nozione di inerzia qualificata dalla effettiva insorgenza ed esercitabilità del diritto di cui si predica la estinzione – la indicazione di un termine iniziale e di un eventuale termine finale, dacché soltanto in presenza di tali elementi cronologici è possibile apprezzare il fatto storico-tempo nel senso di durata – sequenza temporale ininterrotta – della inerzia), mentre la determinazione della durata di questa, necessaria per il verificarsi dell'effetto estintivo, si configura come una *quaestio iuris* concernente l'identificazione del diritto stesso e del regime prescrizionale per esso previsto dalla legge. Deriva da quanto precede, pertanto, che la riserva alla parte del potere di sollevare l'eccezione implica che a essa sia fatto onere soltanto di allegare il menzionato elemento costitutivo e di manifestare la volontà di profittare di quell'effetto, non anche di indicare direttamente o indirettamente le norme applicabili al caso di specie, l'identificazione delle quali spetta al potere-dovere del giudice».

³⁰³ Con la già svolta precisazione che, con la riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022, le memorie di cui al comma 6 dell'art. 183 c.p.c. sono anteposte all'udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa. Sul punto, v. più ampiamente *infra*, cap. III, § 3.

³⁰⁴ E, in particolare, nell'ambito dell'analisi degli aspetti dinamici della graduazione svolta nel terzo capitolo.

12. *Le mere difese. Collocazione della mera difesa nella fattispecie costitutiva e sua conseguente inidoneità al condizionamento. Graduabilità dell'eccezione, anche rispetto alla mera difesa*

Ciò detto rispetto alle eccezioni, occorre infine considerare se, nel novero delle questioni meritali che vengono in rilievo nella nostra analisi, rientrano anche le eccezioni in senso improprio, o *mere difese*³⁰⁵, consistenti com'è noto nell'assunto, sostanzialmente «negativo», per cui «l'effetto affermato dall'attore non si è mai verificato nell'ordinamento»³⁰⁶.

Il tema schiude un interessante scenario in quanto, non di rado, anche le difese sono menzionate ai fini che ci occupano, prospettandosi una loro generale idoneità alla graduazione. Si rileva così che il tema del condizionamento potrebbe porsi, oltre che tra distinte allegazioni dell'attore, «fra distinte difese ed eccezioni del convenuto, rientranti comunque in un medesimo oggetto di giudizio di merito»³⁰⁷, e che «una valida *ratio distinguendi*, sotto questo profilo, non pare potersi cogliere neppure fra eccezioni e mere difese intese a contestare la sussistenza dei fatti costitutivi allegati dall'attore»³⁰⁸. Nello stesso senso, si osserva che «la parte, previa dimostrazione della sussistenza di un concreto ed attuale interesse, è autorizzata a proporre in forma graduata le proprie difese ed eccezioni»³⁰⁹.

Al riguardo, parrebbe che la mera difesa, se considerata nella sua essen-

³⁰⁵ Non rilevano invece, avendo a mente le possibili attività del convenuto, le domande riconvenzionali, sostanziandosi queste ultime in vere e proprie domande giudiziali, e quindi afferendo le stesse al tema del condizionamento tra tali entità processuali.

³⁰⁶ G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, cit., p. 251. Si tratta di nozione invalsa e consolidata. Cfr., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2019, p. 141; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 67 ss.; F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., pp. 296-297.

³⁰⁷ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 463.

³⁰⁸ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 528 (segue peraltro una esemplificazione che annovera eccezioni, ma non una mera difesa: «Per esemplificare, le allegazioni di nullità del titolo da cui discende il credito azionato, di adempimento del credito e di sua prescrizione vanno perciò considerate, in vista del significato della loro ricezione nella sentenza di rigetto, in modo aprioristicamente non dissimile; decisivo per la determinazione della intensità – eventualmente diversa – della tutela offerta al convenuto, e così in vista della ammissibilità di allegazioni difensive graduate, sarà piuttosto un altro ordine di riflessioni»).

³⁰⁹ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 995.

za, e quindi in termini di attività priva di reale autonomia rispetto alla situazione fattuale dedotta dall'attore, posto che il convenuto si limita ad affermare che «non esiste il fatto costitutivo a cui l'attore si è riferito o [...] non esiste la norma giuridica che, qualificandolo, ne tragga l'effetto affermato dall'attore»³¹⁰, e «gli stessi rimangono anche i fatti da accertare nella loro esistenza storica»³¹¹, dovrebbe restare esclusa dal novero delle entità processuali suscettibili di condizionamento.

E invero, se viene in questione una «mera negazione della domanda, non avente un *proprio* contenuto»³¹², e se ci si colloca quindi nell'area della fattispecie costitutiva, ben potrebbe il giudice procedere all'esame della stessa *a prescindere* da quanto dedotto dal convenuto e da un eventuale *ordo decidendi* ottativamente da quest'ultimo indicato³¹³. Se, per esempio, l'attore agisca per il pagamento del corrispettivo a sé dovuto in ragione della stipulazione di un contratto di somministrazione e dell'avvenuta consegna di determinate merci, il fatto costitutivo «consegna del bene» può essere esaminato dal giudice alla luce della prospettazione attorea, e può essere da quest'ultimo ritenuto esistente, ovvero inesistente, anche qualora, in ipotesi, l'inesistenza dello stesso fosse spesa dal convenuto in via condizionata rispetto a una determinata eccezione. Dirimente appare la circostanza che il convenuto, allorché spenda una mera difesa, si collochi, ancorché «in negativo», nell'area fattuale costituiva propria dell'attore, e quindi in un ambito rispetto al quale sarebbe improprio attribuirgli il potere di imporre al giudice un determinato *iter* decisorio³¹⁴. Beninteso, il

³¹⁰G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, cit., p. 251.

³¹¹*Ibidem*.

³¹²E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, cit., p. 245.

³¹³Precisandosi che (come sarà ampiamente chiarito nel corso dell'indagine, soprattutto nel secondo capitolo) è da escludersi, in ragione del principio della legittimazione alla graduazione, che *lo stesso attore* possa aspirare a graduare entità processuali (difese ed eccezioni) che sono da ricondursi alle deduzioni del convenuto e il cui condizionamento da parte dell'attore si risolverebbe, in effetti, nella modulazione della propria *sconfitta*.

³¹⁴Significativo appare che la dottrina che ammette la graduazione delle mere difese arrivi poi a prospettare che oggetto della graduazione del convenuto sarebbero anche gli stessi *fatti costitutivi* (cfr. M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, cit., p. 75, nota 144, mio l'ultimo corsivo: «Un ulteriore appunto [...] nei confronti dell'approccio all'ordine di esame all'interno del merito, del quale si sta trattando, non è generalizzato, ma concerne più specificamente il fatto di far riferimento, non alle *difese* del convenuto, bensì alle *eccezioni* di questo, tanto

convenuto potrebbe anche – secondo limiti e coordinate che saranno esposte nel prosieguo dell’indagine – formulare una richiesta di graduazione e, occorrendo, esplicitare il proprio interesse a sostegno della richiesta svolta. Ancora a titolo esemplificativo, potrebbe affermare l’insistenza di un vincolo tra le parti, e condizionare tale assunto in ragione del fatto che lo stesso convenuto è titolare di un diritto a una controprestazione derivante dallo stesso titolo posto a fondamento della domanda attorea³¹⁵. Sennonché, finché l’attività del convenuto si mantenga nell’ambito della mera difesa, non sembra che possa essere imposto al giudice un *ordo procedendi* che lo vincoli a considerare soltanto in seconda battuta il fatto costitutivo, ancorché lo stesso sia predicato inesistente dalla parte evocata in giudizio.

Tale conclusione potrebbe stimolare un supplemento di riflessione rispetto al rapporto tra mera difesa, da un lato, ed eccezione basata su una fattispecie impeditiva, dall’altro lato, posto che l’eccezione, anche se avente a oggetto un fatto impeditivo – riguardabile quindi come il «rovescio» del fatto costitutivo – è, invece, giusta quanto già rilevato, suscettibile di graduazione.

Pare peraltro che, anche rispetto a tali ipotesi, possa essere tenuta ferma (a prescindere da eventuali problematicità esegetiche, peraltro non scaturenti dal tema che ci occupa, bensì, in generale, dal talvolta indecifrabile discrimine tra fattispecie costitutiva e impeditiva³¹⁶) la distinzione tra difesa ed eccezione (basata su un fatto impeditivo).

più poi se queste vengano intese con esclusione di quelle rilevabili anche d’ufficio. Vedremo infatti [...] che, nei limiti in cui la volontà del convenuto deve essere presa in considerazione, ciò vale in ogni caso: sia con riferimento alle eccezioni in senso stretto che a quelle in senso lato, e sia con riferimento ai fatti i.m.e. che a quelli *costitutivi*). A prescindere dalla non accettabilità di una graduazione del convenuto che concerna i fatti costitutivi del diritto azionato *ex adverso* (si vedrà, soprattutto nel secondo capitolo, che il convenuto non è legittimato a un simile condizionamento), è confermato come la spendita della mera difesa si collochi nell’ambito della fattispecie costitutiva.

³¹⁵ Si tornerà su tale fattispecie nel corso dello studio.

³¹⁶ Cfr., per tutti, E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 73: «La ricognizione dei fatti *impeditivi* riserva maggiori difficoltà. Si tratta di fatti che determinano l’“inefficacia” (come si esprime l’art. 2697 c.c.) della fattispecie legale costitutiva cui è virtualmente collegata la nascita del diritto soggettivo. Il fatto impeditivo è per lo più coevo alla stessa realizzazione del fatto costitutivo ed impedisce, appunto, che il diritto sorga sin dall’inizio, derogando al principio (detto di “simultaneità giuridica”) secondo cui tutti gli elementi che la legge vuole siano necessari per l’attribuzione di un diritto soggettivo dovrebbero in astratto considerarsi appartenenti alla fattispecie costitutiva. All’opposto, nei casi considerati la fattispecie costitutiva si considera perfezionata in presenza di solo

Si consideri il caso paradigmatico della nullità contrattuale. Al riguardo, si è osservato che, rispetto alle «fattispecie che hanno, quale nucleo centrale, la realtà che si definisce “accordo di due o più parti per costituire, regolare od estinguere fra loro un rapporto giuridico patrimoniale” (art. 1321 cod. civ.)»³¹⁷, «la legge muove da una (non frequente) descrizione analitica degli elementi costitutivi o “requisiti” (art. 1325) della fattispecie più semplice, avvertendo (art. 1418, 2° co.) che in difetto di uno soltanto di essi, il complesso è improduttivo di effetti (in ciò traducendosi l’attributo della nullità). L’avvertenza [...] vale a mettere in evidenza come ogni altra ipotesi di inefficacia (richiamata dallo stesso art. 1418, quale nullità), abbia un fondamento diverso dalla mancata realizzazione del modello legale. Si profilano in realtà, in quella norma, varie ipotesi di fattispecie impeditive, nelle quali la fattispecie avente i requisiti previsti dall’art. 1325 si combina con un ulteriore elemento: la violazione di una norma imperativa, l’illiceità della causa o dei motivi (nel caso indicato dall’art. 1346), o qualcuna delle circostanze richiamate dall’ultimo comma dell’art. 1418»³¹⁸. Pertanto, e applicando il distinguo allo studio che ci occupa e alla ritenuta non graduabilità della difesa rispetto alla graduabilità dell’eccezione: laddove il convenuto subordini la difesa per cui il contratto non si è mai concluso per difetto di accordo tra le parti, e quindi per difetto di uno degli elementi costitutivi elencati nell’art. 1325 c.c., il giudice non dovrebbe ritenersi vincolato al condizionamento, e ciò per il semplice motivo che lo stesso può esaminare il fatto costitutivo «accordo» e pervenire, al riguardo, a una valutazione di esistenza, ovvero (in linea con gli assunti del convenuto) inesistenza. Per contro, laddove il convenuto acceda a una delle – plurime e inevitabilmente variegata, ai sensi dell’art. 1418, comma 2, c.c., nonché del richiamo agli altri casi di legge operato dal terzo comma dello stesso articolo – eccezioni di nullità del contratto, allora la decisione sul fatto impeditivo potrebbe essere graduata.

alcuni degli elementi e un suo elemento viene a costituire oggetto di una distinta fattispecie (impeditiva) di eccezione, soggetta come tale all’onere della prova della controparte. La ricognizione dei fatti impeditivi obbliga dunque a selezionare fra gli elementi che la norma indica come presupposti per l’attribuzione del diritto soggettivo quelli operanti in positivo come fatti costitutivi in senso proprio e quelli operanti in negativo (ed allora impeditivi) che solo *ab externo* paralizzano l’efficacia della fattispecie costitutiva».

³¹⁷ E. GRASSO, *La pronuncia d’ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, cit., p. 259, nota 31.

³¹⁸ *Ibidem*.

Sembra inquadrarsi congruamente in questo contesto anche il chiarimento per cui – sempre avuto riguardo alla «distinzione [...] fra i casi in cui la nullità del contratto è conseguenza del difetto di un elemento costitutivo, previsto dall'art. 1325 cod. civ., e i casi in cui il contratto, benché consti dei “requisiti” richiesti da quella norma, non può produrre i suoi effetti, essendosi realizzata una fattispecie impeditiva»³¹⁹ –, nella prima ipotesi, e quindi in caso di mera difesa, «nessuno [...] dubiterebbe che il giudice debba rigettare la domanda fondata su un contratto privo della forma prescelta o dell'indicazione dell'oggetto, anche senza eccezione del convenuto»³²⁰. L'organo giudicante non risente di limitazioni di sorta rispetto alla valutazione della fattispecie costitutiva, anche laddove tale valutazione si orienti nel senso dell'inesistenza della stessa.

L'esclusione della mera difesa dalla latitudine oggettiva delle entità graduabili parrebbe trovare conferma anche nella notazione secondo la quale, in caso di mera difesa, l'attività del convenuto, che potrebbe risultare «innovativa» rispetto al materiale di causa, si riferisce in effetti – esclusa l'introduzione di un nuovo fatto giuridico principale – alla deduzione di fatti secondari, a sostegno della spiegata negazione³²¹. Orbene, come si è già detto³²², i fatti secondari non rilevano in punto di condizionamento delle questioni.

Va aggiunto che la conclusione espressa appare significativa anche nell'ottica di avvalorare l'autonomia delle eccezioni, ivi incluse quelle rilevabili d'ufficio, rispetto alla categoria della mera difesa: dirimente è che l'eccezione si collochi, comunque, al di fuori della fattispecie costitutiva, con la conseguenza che, rispetto a essa, il convenuto ha il potere (sussistendone i presupposti) di accedere alla graduazione.

Ancora, la conclusione assunta sembra sistematicamente utile rispetto al tematica della rilevabilità ufficiosa della questione. E invero, il regime di

³¹⁹E. GRASSO, *op. cit.*, p. 334.

³²⁰E. GRASSO, *op. loc. cit.*

³²¹Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 141, ove il rilievo che «anche le mere contestazioni o negazioni possono [...] tradursi nella narrazione di circostanze di fatto diverse da quelle narrate dall'attore», ma in tal caso le stesse si sostanzieranno in «fatti “secondari” e non in via diretta giuridicamente rilevanti».

³²²Cfr. *supra*, § 6.

rilevabilità non incide sul potere di condizionamento. Le eccezioni, anche se in senso lato, sono graduabili³²³, con la conseguenza che, se ci si arrestasse al profilo del potere di rilevazione, anche le mere difese potrebbero essere considerate condizionabili. È per contro decisiva la collocazione della questione nell'ambito della fattispecie costitutiva, ovvero di quella impeditiva, modificativa o estintiva. Se, in quest'ultimo caso, è ammesso il condizionamento, nella prima ipotesi la conclusione è opposta, giacché la valutazione dell'eventuale inesistenza del fatto costitutivo non può essere condizionata da parte del convenuto.

In chiusura, occorre peraltro precisare che, giusta quanto fin qui rilevato, si esclude il condizionamento delle mere difese, ma non il condizionamento di un'*eccezione* rispetto, oltre che ad altra eccezione, anche eventualmente a una mera difesa. In tal caso, infatti, l'entità condizionata resta pur sempre l'eccezione (sebbene spesa in via graduata rispetto alla contestazione del fatto costitutivo). Sembra quindi corretta l'esemplificazione per cui, posto che il convenuto nel giudizio di adempimento potrebbe avere interesse a graduare la questione relativa inesigibilità del diritto attoreo, il cui accoglimento potrebbe esporlo a nuove azioni in ordine al medesimo bene della vita³²⁴, allora «la non esigibilità del credito potrà essere dedotta in via condizionata rispetto all'*inesistenza di un fatto costitutivo* e all'esistenza di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo, implicanti la declaratoria che il diritto non è mai sorto o che si è estinto»³²⁵.

In conclusione, rispetto alla graduazione delle questioni di merito su iniziativa della parte convenuta, vengono in rilievo le sole eccezioni, implicanti l'introduzione nel processo di un nuovo fatto impeditivo, modificativo o estintivo, esclusa la mera negazione del fatto costitutivo dedotto dall'attore.

³²³ Cfr. *supra*, § 11.

³²⁴ Si tornerà su tale ipotesi nel corso dell'indagine.

³²⁵ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 990, nota 34 (mio il corsivo). Cfr. anche E.T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, cit., p. 542, ove il rilievo cui, «se la parte convenuta avesse proposto l'eccezione di prescrizione in via espressamente subordinata allo esame dell'esistenza del fatto costitutivo del diritto [...], in tal caso il giudice avrebbe indubbiamente dovuto attenersi all'ordine delle questioni voluto dal convenuto».

13. *La nozione di «graduazione». Il cumulo di domande giudiziali. Cumulo semplice e cumulo condizionato. Il cumulo successivo, eventuale e alternativo. Il problema dell'orientamento dell'attività del giudice in caso di cumulo alternativo. Primato della ragione più liquida e cumulo alternativo*

Possiamo considerare chiuso lo studio volto a individuare le questioni di merito oggetto dell'indagine e trascorrere all'altro «polo» dell'analisi che ci occupa, e quindi alla nozione di «graduazione».

In prima battuta, e salve le precisazioni che verranno progressivamente svolte, con la figura della «graduazione» si intende fare riferimento al potere della parte di dedurre nel processo un *cumulo* di determinate «entità processuali» (termine volutamente generico, per ricomprendervi, per ora, domande e questioni), sottoponendo le stesse a un vincolo di condizionamento. Segnatamente, una di tali entità è proposta dalla parte a una determinata condizione, consistente nel tipo di decisione («positiva» o «negativa»³²⁶) sull'altra cumulativamente dedotta. L'evento «condizionante» è, quindi, una determinata decisione sull'entità spesa in via principale. Laddove tale evento si verifichi, e quindi la decisione sull'entità *principaliter* svolta rivesta il contenuto prefigurato dalla parte quale condizione per l'esame dell'altra, quest'ultima sarà decisa; laddove invece tale evento non si verifichi, e quindi la decisione sull'entità *principaliter* svolta non rivesta il contenuto prefigurato dalla parte quale condizione per l'esame dell'altra, quest'ultima resterà *assorbita*, e quindi (sempre in via di prima indicazione, essendo il meccanismo dell'assorbimento non univoco nelle sue epifanie) legittimamente non sarà considerata dal giudice nella sua decisione³²⁷.

³²⁶ Con l'eventuale possibilità di distinguere, nell'ambito di quest'ultima, un rigetto per ragioni di rito e un rigetto nel merito per infondatezza. Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 319, 324 ss.

³²⁷ In generale, sul concetto di assorbimento, v., per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 282; ID., *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, cit., p. 383 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 506 ss.; ID., *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 419 ss. In giurisprudenza, si richiamano le già menzionate Cass., Sez. Un., 19 aprile 2016, n. 7700, cit., e Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit. (che saranno esaminate anche in seguito). In relazione al tema, sul quale si tornerà subito nel testo, del condizionamento di domande giudiziali, il concetto di assorbimento postula una serie di specificazioni. In particolare, rispetto alle domande condizionate va richiamata fin da ora la ricostruzione per cui – esclusa, oltre alla teorica della liti-

Per la piena comprensione del fenomeno va anzitutto richiamato che, come già la dottrina classica ha avuto modo di chiarire rispetto all'entità processuale all'evidenza più rilevante *in subiecta materia*, e cioè all'azione – in termini attuali, alla domanda –, il cumulo «può essere *condizionale o semplice*»³²⁸.

Quest'ultimo, definito anche «puro», o «incondizionato», ricorre «quando l'attore chiede puramente e semplicemente l'accoglimento di *tutte* le sue azioni cumulate»³²⁹. Ciò può verificarsi, pianamente, allorché «la decisione di una delle domande non influenza di per sé la decisione dell'altra, poiché fra le più domande, pur se connesse, vi è relazione di indipendenza. Esse possono essere entrambe accolte, entrambe rigettate o l'una accolta e l'altra rigettata»³³⁰. È peraltro appena il caso di aggiungere che le domande proposte in via di cumulo puro potrebbero anche, sul piano sostanziale, dipendere l'una dall'altra. Possono essere proposte incondizionatamente, per esempio, l'azione di annullamento del contratto e la condanna del convenuto alla restituzione del bene consegnato in forza del contratto stesso; in tal caso, «il giudice deve esaminare ambedue le domande, e deciderle nel merito (sempre che, ovviamente, sussistano per ambedue tutti i presupposti processuali) senza che la decisione dell'una incida sull'esame dell'altra. In altri termini, il giudice deve esaminare la domanda di restituzione, anche se rigetta la domanda di annullamento. È naturale, peraltro, che l'esito dell'una incida sull'esito dell'altra: se il giudice ritiene infondata la domanda di annullamento, deve ritenere infondata anche la domanda di

spendenza sospensivamente condizionata, anche quella che sottopone la litispendenza a condizione risolutiva – sottoposta a condizione è la decidibilità nel merito della domanda, con la conseguenza che «dichiarazione di assorbimento altro non significa se non decisione – a contenuto negativo e motivata dal nesso condizionale che lega le domande proposte – sull'oggetto di giudizio preliminare e puramente processuale che la domanda, per quanto subordinata, incondizionatamente pone all'esame del giudice, riguardando esso esclusivamente la sussistenza o meno del suo (ulteriore) dovere decisorio di merito» (C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, p. 443). In argomento, v. anche *infra*, cap. II, § 1.

³²⁸ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, cit., p. 1129.

³²⁹ G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 1132.

³³⁰ E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 118, svolgendo le seguenti esemplificazioni: «Ad esempio, l'attore potrebbe chiedere nei confronti del convenuto, proprietario di un fondo finitimo, l'accertamento sia di una servitù di passaggio che di veduta; oppure, convenendo in giudizio il conduttore di un immobile, proporre domanda sia per il pagamento di canoni arretrati che di rimborso di spese di riparazione ordinaria del bene anticipate».

restituzione»³³¹. In sostanza: il cumulo incondizionato ricorre anche in caso di domande dipendenti; semplicemente, al momento della relativa decisione il giudice dovrà tener conto di tale nesso.

Venendo al cumulo condizionale, esso si manifesta in tre distinte ipotesi strutturali.

In primo luogo, si discetta di un cumulo *successivo* (o condizionale in senso stretto, o anche, secondo altra classificazione, «improprio»), «quando una azione è proposta colla condizione che prima *sia accolta* l'altra da cui prenderà vita»³³². In tal caso, l'attore mira «ad esporsi al rischio di far valere giudizialmente un diritto solo nel caso in cui risulti accertata, nello stesso processo, l'esistenza della situazione giuridica [...] da cui quel diritto si trova, sul piano sostanziale, a dipendere; e non invece nel caso contrario in cui viene a mancare un indispensabile presupposto per il fruttuoso esperimento della pretesa pregiudicata, talché un giudizio di merito su di essa non potrebbe dar luogo che ad una pronuncia di infondatezza»³³³.

È possibile, riprendendo l'esempio svolto rispetto al cumulo semplice, raffrontare tale ipotesi con quella della proposizione incondizionata di domande dipendenti: «Se le due domande (risoluzione e restituzione) sono proposte incondizionatamente cumulate, il giudice esamina la prima che è pregiudiziale e, se la rigetta, rigetta anche la domanda di restituzione, che è dipendente; se, invece, le domande sono cumulate in via condizionata impropria, il giudice esamina la prima (la risoluzione) e, se la rigetta, *non esamina* la seconda (la restituzione)»³³⁴. L'esemplificazione rende evidente – oltre all'essenza del condizionamento, che esclude la possibilità di esaminare la domanda proposta in seconda battuta, che rimane assorbita – l'utilità soltanto relativa del cumulo successivo, atteso che la soccombenza

³³¹ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 98.

³³² G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 1129, che svolge anche le seguenti esemplificazioni: «L'azione per la restituzione della cosa alienata cumulata con l'azione di rescissione dell'alienazione; l'azione di annullamento di un testamento cumulata con la petizione d'eredità *ab intestato*; l'azione di annullamento del lodo cumulata con l'azione relativa al merito». Cfr. anche C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 1, nota 1, ove, tra i «tre possibili casi» di cumulo condizionale, «il cumulo “successivo” (o condizionale in senso stretto), in cui un'azione è proposta sotto condizione che un'altra sia stata previamente accolta».

³³³ C. CONSOLO, *op. cit.*, pp. 8-9.

³³⁴ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 99.

sulla domanda proposta in seconda battuta è, a ben vedere, soltanto rinviata: «In ipotesi di cumulo di domande proposte dallo stesso attore contro lo stesso convenuto, la proposizione in via condizionata della domanda “sostanzialmente pregiudicata” risponderà unicamente all’esigenza di evitare, nel caso di soccombenza sulla causa “pregiudicante”, un’ulteriore soccombenza (di merito) sulla seconda domanda [...]: la seconda soccombenza appare, in realtà, unicamente rinviata al momento della nuova, autonoma, proposizione della domanda dipendente, non preclusa dalla sua precedente dichiarazione di assorbimento, eppure inutile»³³⁵.

Decisamente più rilevante è la seconda ipotesi di cumulo, quello *eventuale* (o subordinato, o anche, secondo altra classificazione, «proprio»), «quando una azione è proposta *per l’evento* che l’altra *sia respinta*»³³⁶; e «il rapporto di principale a subordinata corrisponde a una gradazione d’interessi dell’attore; alla principale corrisponde un maggior interesse, alla subordinata un interesse minore»³³⁷. In tal caso, l’attore persegue il «fine di ottenere per altra via un risultato (che l’attore stesso giudica) approssimativamente corrispondente, o comunque in qualche misura sostitutivo, di quello che egli potrebbe non riuscire a realizzare attraverso la domanda principale a motivo del mancato accoglimento di essa»³³⁸; vengono in questione «azioni cospiranti verso scopi comparabili, ma, sotto il profilo dell’interesse per il richiedente, graduati»³³⁹.

³³⁵ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 313, ove anche la notazione per cui «l’effetto sortito finisce piuttosto con l’essere quello di ridurre, nel giudizio cumulativo instaurato, l’esposizione ai costi della lite (e, ad ogni modo, in misura certo non sensibile [...], rispetto a quanto si verificherebbe in caso di immediata possibilità di rigetto nel merito anche della seconda domanda)».

³³⁶ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, cit., p. 1130, che svolge anche le seguenti esemplificazioni: «Azione per la prestazione e azione subordinata per l’equivalente», «azione cambiaria e azione subordinata nascente dal rapporto fondamentale», «azione d’un erede legittimo per nullità di testamento e subordinata per la prestazione di un legato». Cfr. anche C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 1, nota 1, ove, tra i «tre possibili casi» di cumulo condizionale, «il cumulo “eventuale” (o subordinato), che si ha quando un’azione è proposta per l’evento che l’altra sia respinta».

³³⁷ G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 1131, che aggiunge che «perciò normalmente l’ordine in cui sono poste le domande è obbligatorio pel giudice, implicando la dichiarazione di volontà dell’attore di proporre la domanda subordinata solo in quanto non sia accolta la principale. Quindi il giudice non può pronunciare sulla seconda domanda se non dopo aver respinto la prima».

³³⁸ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 8.

³³⁹ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 394.

La possibile casistica è rinvenuta, oltre che nei «casi di domande relative a diritti incompatibili»³⁴⁰, nelle «domande che in sé possono essere entrambe fondate (e dunque non deducono diritti incompatibili), ma che sono collegate in modo tale che l'accoglimento dell'una esaurisce l'interesse sostanziale all'accoglimento dell'altra»³⁴¹. A titolo esemplificativo, «l'attore chiede, in via principale, l'accertamento dell'esistenza della servitù e, per il caso che tale domanda sia rigettata, la costituzione di servitù coattiva per interclusione»³⁴²; oppure è cumulata «una domanda di annullamento del contratto per vizio della volontà con la subordinata domanda di risoluzione dello stesso per inadempimento»³⁴³. Si prospetta comunque la necessità di una connessione funzionale tra le domande proposte, dovendosi in linea di principio escludere – per la stessa «evanescenza» dell'ipotesi – la proposizione cumulata di domande scevre da qualsiasi nesso sostanziale³⁴⁴.

³⁴⁰ E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 119.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 99.

³⁴³ E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 119.

³⁴⁴ Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, II, *Il procedimento*, Padova, 1985, pp. 588-589, ove i seguenti rilievi critici rispetto alla possibilità di ammettere un cumulo condizionale tra domande non connesse: «Si considera a tal fine il caso del creditore di una data cifra, ad es. quale prezzo di una vendita, nonché di altra data cifra, un po' inferiore alla prima, quale somma mutuata da restituire. La scelta di proporre entrambe le domande giudiziali di condanna, ma non per realizzare (subito) il recupero di entrambi i crediti, pertanto in via subordinata la seconda al rigetto della prima, per quanto appaia bizzarra, avrebbe senso se si afferma qualora la situazione patrimoniale del debitore convenuto risultasse suscettibile di assicurare una realizzazione forzata solo del primo credito, incapiente invece nei confronti della ulteriore cifra riferibile al secondo credito. Converrebbe allora al creditore di non andare incontro ad un maggior carico di spese processuali, che potrebbero acuire il problema posto dalla scarsa capienza patrimoniale del debitore, e così di non fare valere entrambi i crediti incondizionatamente, azionando piuttosto il secondo solo nel caso di mancato riconoscimento giudiziale del primo, al fine, in sostanza, di cercare in ogni modo di avere subito un titolo esecutivo, ma circoscritto nei limiti della solvibilità del debitore. Senonché l'intero ragionamento appare intriso di una non celata improbabilità ed artificiosità, pecca cioè, già nelle premesse mi pare, di una macroscopica carenza di funzionalità ed aderenza pratica. Basti notare, per dare conto del nostro tanto reciso atteggiamento critico, innanzitutto come l'intera strategia attrice finisca con l'essere volta unicamente al risparmio immediato di una parte dei propri costi processuali, nella incertezza di riuscire poi coattivamente a recuperarli in aggiunta all'ammontare del credito più elevato fatto valere; decisiva è la considerazione di un vantaggio, dunque, senz'altro non consistente e neppure certo, il cui prezzo oltretutto – questo sì certo e spesso consistente – implica la rinuncia alla possibilità di ottenere nello stesso processo l'accertamento

In terzo luogo, il cumulo può essere *alternativo*, «quando più azioni sono proposte perché o l'una o l'altra sia accolta»³⁴⁵. Si è quindi di fronte alla proposizione di «più domande, formulate in rapporto di alternatività»³⁴⁶, con la conseguenza che l'attore chiede al giudice «la pronuncia dell'uno o dell'altro provvedimento dal contenuto desiderato»³⁴⁷, «l'accoglimento dell'una o dell'altra domanda senza esprimere una preferenza»³⁴⁸.

Non è inutile un supplemento di riflessione su quest'ultimo istituto.

In via di prima ricognizione³⁴⁹, centrale è il richiamato «rapporto di alternatività», apparendo inconferente la prospettazione secondo la quale sussisterebbe un cumulo alternativo anche «in una forma più attenuata, [...] nel senso che ciascuna delle azioni cumulate *basta* allo scopo che si prefigge l'attore, e se accolta rende inutile l'esame delle altre, mentre *non è però vietato al giudice* d'esaminarle e accoglierle tutte»³⁵⁰, «e la cosa è talora consigliabile per rafforzare la decisione contro le possibili impugnazioni ed evitare complicazioni e lungaggini future»³⁵¹. E invero, un cumulo di

di entrambi i diritti ed il rilascio di un titolo esecutivo che di entrambi tuteli immediatamente il recupero, pur se eventualmente esso debba poi avvenire per esigenze pratiche in modi diversi od in tempi scaglionati [...]. Comunque l'esperienza pratica mostra quanto irrealistica sia la stessa premessa da cui l'intera macchinazione dichiaratamente muove, quella cioè che il creditore sia in grado di calibrare anticipatamente al millesimo la effettiva capienza patrimoniale del proprio debitore – dovendosi tenere anche conto della esperibilità delle azioni a tutela della garanzia patrimoniale –, così da potere escludere tranquillamente l'utilità di instaurare subito una esecuzione, o addirittura di ottenere subito un titolo esecutivo, relativamente all'intero ammontare dei debiti scaduti; e ciò al solo e modesto fine giusta quanto notato di risparmiare l'immediato esborso di parte dei costi processuali».

³⁴⁵ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, cit., p. 1131. Cfr. ancora C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 1, nota 1, ove, tra i «tre possibili casi» di cumulo condizionale, «il cumulo "alternativo", nel quale più azioni sono proposte perché o l'una o l'altra sia accolta».

³⁴⁶ G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, cit., p. 127.

³⁴⁷ G. TARZIA, *op. cit.*, p. 130 s.

³⁴⁸ E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 119.

³⁴⁹ E senza pretese di esaustività, trattandosi di struttura processuale peculiare e controversa (come emergerà anche dai rilievi che seguono, nel testo).

³⁵⁰ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, cit., pp. 1131-1132.

³⁵¹ G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 1132, ove anche le esemplificazioni dell'«azione del compratore per la consegna della cosa venduta e azione di revindica della cosa» e dei «diversi diritti d'impugnativa di un unico atto».

tale specie «è, in realtà, un cumulo semplice se si ammette la possibilità per il giudice di accogliere tutte le azioni concorrenti: il che, per altro verso, contrasta con l'efficacia estintiva che ciascuna azione, se accolta, ha sulle azioni concorrenti»³⁵². Ancora, centrale è la sussistenza di pluralità di domande, proposte in rapporto di alternatività, sicché altro è il rappresentato cumulo alternativo, altro è la domanda (unica) volta alla condanna del convenuto all'esecuzione di prestazioni alternative, come previsto *per tabulas* dall'art. 1287, comma 1, c.c.³⁵³.

In questo quadro, la stessa individuazione delle ipotesi in cui sarebbe ammissibile un cumulo alternativo di domande, «propriamente» inteso, potrebbe non andare esente da problematicità. E invero, vale la lezione per cui dovrebbe essere escluso il cumulo che comporti la «rimessione al giudice di una scelta della pretesa da accertare»³⁵⁴. Resta imprescindibile, per ammettere la figura, l'«orientamento dell'attività del giudice»³⁵⁵: «L'esi-

³⁵² G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, cit., p. 151.

³⁵³ Il quale dispone che, «quando il debitore, condannato alternativamente a due prestazioni, non ne esegue alcuna nel termine assegnatogli dal giudice, la scelta spetta al creditore». Al riguardo, si rinvia all'analisi di G. TARZIA, *op. cit.*, p. 129 ss.: «La ricerca [...] postula, in primo luogo, che si determini come si distingue dall'ipotesi del cumulo alternativo di domande quella di una domanda (unica), diretta a provocare la condanna della controparte a prestazioni alternative. La distinzione, che può sembrare intuitivamente assai chiara, merita di essere segnalata sia per dimostrare l'infondatezza dell'accostamento, recentemente tentato, dell'una e dell'altra ipotesi entro un concetto unitario di "azione alternativa" [...], sia per provare l'incongruenza di quella dottrina che, contrapponendo il cumulo alternativo inammissibile a quello ammissibile, ravvisa quest'ultimo quando sia dedotta in giudizio un'obbligazione alternativa»; «la diversità accennata si percepisce con grande evidenza, quando si pensa che, proponendo più domande alternative, il domandante chiede al giudice l'accoglimento dell'una o dell'altra pretesa, e pertanto la pronuncia dell'uno dell'altro provvedimento dal contenuto desiderato, ma non di entrambi: laonde il giudice non potrebbe accogliere tutte due le pretese senza incorrere in extrapetizione [...]. Riservando ogni esame sul *se* e sul *quando* tale forma di proposizione sia consentita, sembra chiaro che ben altro fenomeno si delinea allorché il provvedimento richiesto (*petitum* immediato) sia uno ed unico, e l'alternatività sia limitata all'oggetto mediato della domanda, rispecchiando la conforme natura della situazione giuridica sostanziale affermata. La differenza si precisa sul terreno dei poteri e dei doveri del giudice di fronte alla domanda, che, quando sia proposta in quest'ultima forma, postula una sentenza univoca sull'uno e sull'altro capo dell'alternativa; richiede cioè che il giudice, per rispettare la regola di corrispondenza tra il chiesto il pronunciato (art. 112 c.p.c.), dichiarari dovute, o non dovute, entrambe le prestazioni».

³⁵⁴ G. TARZIA, *op. cit.*, p. 171.

³⁵⁵ G. TARZIA, *op. cit.*, p. 168.

genza di determinatezza della domanda è talmente imperiosa da suggerire di per sé quale deve essere la caratteristica essenziale del vincolo, che consenta la deduzione delle pretese in alternativa: quella di eliminare, appunto, ogni incertezza sul tema della decisione di merito, fornendo al giudice lo strumento di cui deve avvalersi per la scelta fra gli oggetti del processo alternativamente sottopostigli»³⁵⁶.

Ciò posto, una plausibile ipotesi di cumulo alternativo potrebbe rivenirsi nel caso dell'incompatibilità dei diritti azionati, allorché «già sul piano sostanziale i diritti dedotti non possono essere entrambi esistenti e si escludono a vicenda»³⁵⁷. Si è peraltro perspicuamente rilevato, in senso

³⁵⁶G. TARZIA, *op. cit.*, p. 163. Nello stesso senso, cfr. C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, cit., p. 979 ss. Potrebbe per contro non essere considerata decisiva, ai fini dell'ammissibilità dell'istituto, la, pur invalsa, tesi secondo la quale, in caso di cumulo alternativo, il nesso condizionale sarebbe «biunivoco», per cui «tutte le domande sono proposte condizionalmente, perché ciascuna è proposta solo in quanto non sia accolta l'altra; quindi esaminata e accolta l'una è vietato al giudice esaminare e accogliere le altre» (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, cit., p. 1131; cfr. anche E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 119, ove la ricostruzione per cui «il cumulo condizionale può essere introdotto in via *alternativa*, di modo che l'attore chiede alternativamente l'accoglimento dell'una o dell'altra domanda senza esprimere una preferenza e le due domande sono *reciprocamente* condizionate [...] Ciascuna domanda è qui condizionata al rigetto dell'altra e, in caso di accoglimento di una delle due, l'altra viene rigettata per assorbimento semplificato»). E invero, «in questa prospettiva è rimessa al giudice, se non altro, la scelta della domanda dalla quale iniziare la propria trattazione e decisione, di modo che viene innegabilmente introdotto nel processo un momento di incertezza ed indeterminazione del complessivo *petitum* dell'attore che molti scrittori, seppur senza un costante seguito in giurisprudenza, mostrano non implausibilmente di ritenere inaccettabile: tale modo di procedere e la situazione processuale che esso genera sarebbe incompatibile con la struttura dispositiva del nostro processo e con la ripartizione istituzionale dei poteri e dei doveri in esso attribuiti alle parti e al giudice. In effetti, si vedrà come, in materia di cumulo condizionale di domande in genere, possa dirsi dominante la tesi per cui si esige che l'evento dedotto in condizione, oltre ad appartenere al processo e così, alla sfera di immediata e sicura conoscibilità da parte del giudice adito, si riferisca solo ad alcune delle domande cumulate, lasciandone intatta almeno una, la cui proposizione in modo puro e senza riserve consenta al giudicante di ricevere dalla parte una direttiva univoca e sicura in ordine allo svolgimento della propria attività decisoria. [...] Non mancano pertanto forti argomenti che ostano – o comunque alquanto restringono – il riconoscimento della ammissibilità di un cumulo alternativo di domande strutturato in termini di reciproca condizionalità processuale» (C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 12).

³⁵⁷E. MERLIN, *op. loc. ult. cit.*, secondo la quale, «se vi è stretta incompatibilità fra le due domande», il cumulo condizionale «può essere introdotto in via *alternativa*». L'Autrice svol-

contrario, che tali ipotesi, «nelle quali l'incertezza dell'attore determina la proposizione eventuale di due domande, destinate, l'una o l'altra, ad essere accolte a seconda del chiarimento della situazione di fatto compiuto dal giudice»³⁵⁸ – «se chiedo, ad es., l'adempimento del contratto o la restituzione di quanto ho prestato per nullità del contratto [...], il giudice deve risolvere anzitutto la questione se il contratto sia valido: ove ne affermi la validità, rigetta la seconda domanda ed accerta quindi se sussistano gli altri presupposti dell'azione di adempimento; se dichiara la nullità, provvede in modo esattamente contrario, ossia rigetta la prima domanda ed accerta poi la fondatezza dell'altra»³⁵⁹ – sarebbero, a ben vedere, suscettibili di essere ricondotte al cumulo «puro», atteso che, «accolta una delle domande, l'altra, piuttosto che risultare assorbita ed insuscettibile di formare oggetto di giudizio, dovrà necessariamente venire respinta in ragione della palesata sua correlativa infondatezza»³⁶⁰.

ge al riguardo le seguenti esemplificazioni: «L'attore può chiedere di essere dichiarato proprietario di un bene in virtù di un contratto di compravendita o in alternativa che, qualificato il contratto come preliminare di acquisto, sia pronunciata la sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. (ed è naturale che accolta una domanda dell'altra vada pronunciato il rigetto); può chiedere che sia alternativamente dichiarata la simulazione assoluta di un atto di disposizione del suo debitore o alternativamente ne sia dichiarata, in via revocatoria ex art. 2901 c.c., l'inefficacia relativa; e ancora può chiedere che sia accertata l'esistenza di una servitù o alternativamente ne sia pronunciata la costituzione in via coattiva ex art. 1032 c.c.». Sul connesso tema delle domande «complanari», cfr. già *supra*, nota 173, nonché *infra*, cap. II, nota 87.

³⁵⁸ G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, cit., p. 164.

³⁵⁹ G. TARZIA, *op. loc. cit.*, ove anche l'esempio che segue: «Parimenti, se chiedo il riconoscimento della mia qualità ereditaria e la restituzione dei beni caduti in successione contro chi li possiede a titolo di erede in virtù di testamento che assumo nullo, o alternativamente il riconoscimento dei miei diritti di legittimario nei confronti del predetto erede testamentario [...], questione comune preliminare è quella della validità del testamento, dalla soluzione della quale dipende il rigetto dell'una o dell'altra domanda». L'esempio di Tarzia di cui al testo appare viepiù attuale (e suscettibile di essere precisato) alla luce dell'arresto di Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.; e invero, «anche ammettendo astrattamente la configurabilità di una tale figura di cumulo, essa va comunque certamente esclusa tra domande di adempimento o altre impugnative negoziali, e domanda di accertamento della nullità del contratto. Come chiarito da SS.UU. nn. 26242 e 26243/2014, infatti, tanto la domanda di adempimento, quanto le altre impugnative negoziali presuppongono, per il loro accoglimento, la non nullità del contratto [...]. Un tale cumulo, quindi, non potrà che essere trattato come cumulo subordinato, assegnando alla domanda di nullità natura principale»: C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, cit., p. 981.

³⁶⁰ Così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit.,

Ulteriore tentativo di superare l'*impasse*, e quindi fornire un adeguato orientamento alla decisione giudiziale, è quello che fa riferimento alle ipotesi in cui «l'attore deduca in alternativa, a sostegno della richiesta di un provvedimento, più titoli fondati sul medesimo complesso di fatti»³⁶¹, atteso che, «se anche si identifichi nell'allegazione di ciascuna causa la formulazione di una distinta pretesa processuale, l'esigenza di tutela della parte risulta determinata con l'indicazione dell'unico provvedimento voluto sulla scorta dei fatti addotti»³⁶²; ovvero «siano fatte congiuntamente valere più pretese concorrenti al medesimo risultato e derivate da fattispecie costitutive poste in alternativa»³⁶³, come ad esempio nel caso di concorso «del-

pp. 14-15 (sulla premessa che il cumulo condizionale alternativo è quello in cui «entrambe le domande non siano necessariamente sottoposte a decisione di merito, potendo una di esse risultare assorbita qualora l'altra sia stata preventivamente accolta»: *ivi*, p. 12). Cfr. anche ID., *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, cit., p. 979 ss. Anche il passo di Merlin, testé riportato (v. *supra*, nota 357), si riferisce in effetti, nell'esemplificazione prospettata, al *rigetto* della domanda alternativamente proposta: «L'attore può chiedere di essere dichiarato proprietario di un bene in virtù di un contratto di compravendita o in alternativa che, qualificato il contratto come preliminare di acquisto, sia pronunciata la sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.* (ed è naturale che accolta una domanda dell'altra vada pronunciato il *rigetto*)» (mio il corsivo). Cfr., sul punto, lo stesso G. TARZIA, *op. cit.*, p. 166 s., che così rileva: «Le conclusioni raggiunte sono determinanti per stabilire se lo schema della condizione reciproca sia idoneo a rappresentare il rapporto istituito fra le domande alternative. Ora, a me pare che quello schema, indubbiamente congruo qualora il cumulo alternativo fosse ammesso in più ampi confini, sia inadeguato a cogliere quella ristretta porzione della realtà processuale, nella quale credo che il fenomeno debba essere contenuto. Se infatti la proposizione alternativa deve rispecchiare l'alternatività sostanziale delle pretese, per modo che queste non possano essere entrambe fondate, e ciò in dipendenza della soluzione di una medesima questione, non sembra esatto ritenere che il giudice, dopo avere risolto tale questione così da concludere per l'infondatezza di una domanda, debba astenersi dal decidere in merito su questa ed esprimere il suo *dictum* solo sull'altra (dichiarandola fondata, od eventualmente infondata per la carenza di ulteriori elementi del fatto costitutivo). Non soltanto, dunque, una condizione inerente alla trattazione istruttoria, ma anche una condizione relativa alla decisione sull'una o sull'altra domanda ripugna alla peculiare struttura della situazione dedotta in giudizio. Al contrario le due domande, oltre che essere pendenti a tutti gli effetti dall'inizio del processo o comunque fin dal momento della loro proposizione [...], sono entrambe soggette a decisione. *Cumulo pieno e assoluto* si ha dunque in questo caso» (mio il corsivo).

³⁶¹ G. TARZIA, *op. cit.*, p. 167.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 12-13, richiamando le conclusioni di G. TARZIA, *op. cit.*, p. 172 (ove quest'ultimo Autore osserva che «la proposizione alternativa dei fatti [...] è ulteriormente legittima quando si

l'azione cambiaria con l'azione causale»³⁶⁴. Resta peraltro il problema che – discettandosi in tali ipotesi di un *unico* diritto³⁶⁵ – sorge anche il consensuale quesito se, in simili ipotesi, il processo sia riguardabile come effettivamente cumulativo³⁶⁶.

Merita, infine, menzionare, quale posizione tendenzialmente ampliativa rispetto all'ammissibilità del cumulo alternativo, quella secondo la quale l'attività del giudice potrebbe comunque fondarsi, anche in caso di domande alternativamente proposte, sul principio del *primato della ragione più liquida*. Si osserva in questo senso che, se «l'attore chiede alternativamente l'annullamento del contratto o l'adempimento, il giudice può accogliere alternativamente o l'una o l'altra domanda»³⁶⁷ e, posto che «l'attore non esprime una preferenza»³⁶⁸, il giudice «accoglie la domanda che per prima è matura per la decisione»³⁶⁹. Si tratta di criterio che, se per un verso trova la sua tipica area applicativa in relazione al cumulo di *questioni*³⁷⁰,

traduca nella deduzione di più pretese concorrenti. Se è vero – come si è cercato di dimostrare – che la teoria del cumulo alternativo non può trovare il suo esclusivo fondamento in quella del concorso di pretese, è anche vero che acquista decisivo rilievo, nell'ambito del nostro tema, la considerazione che unico è il bene, oggetto delle aspirazioni della parte attrice, quando da fatti diversi siano tratte più pretese che, secondo la prospettazione della parte, giacciono in rapporto di concorso nel senso dianzi spiegato. Il cumulo nello stesso processo è allora [...] consentito anche in forma alternativa; né vale obiettare che al giudice sarebbe così attribuita una facoltà di scelta sul *thema decidendum*, perché essa, pur sussistendo riguardo all'ordine nell'istruzione e nella decisione sulle pretese concorrenti, non investe in alcun modo il diritto da riconoscere o negare all'attore, che è indubbiamente uno solo»).

³⁶⁴ G. TARZIA, *op. cit.*, p. 168.

³⁶⁵ Sul tema, cfr. anche *infra*, cap. II, § 3.

³⁶⁶ Così infatti C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 13, nota 15, il quale osserva che, se «si fonda l'ammissibilità di tale figura di cumulo alternativamente condizionale sul fatto che al giudice non sarebbe rimessa la scelta del *thema decidendum* in quanto indubbiamente unico sarebbe qui il diritto sostanziale fatto valere dall'attore», «sfumano però in tal modo [...] i contorni stessi del processo cumulativo – salvo recuperare la duplicità ipotizzando, sull'esempio di certa dottrina tedesca, più pretese processuali a fronte di un unico diritto soggettivo sostanziale reso litigioso –; verrebbe allora completamente meno la configurabilità di un modello alternativo all'interno dell'istituto del cumulo condizionale di domande distinte».

³⁶⁷ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 99.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ Si tornerà sul punto nel prossimo paragrafo.

e non già di domande giudiziali, per altro verso ricorre anche nella giurisprudenza sul cumulo alternativo di domande. Per esempio, rispetto al cumulo di azioni revocatorie – segnatamente, si trattava dell'azione di cui all'art. 67, comma 1, della legge fallimentare³⁷¹, e di quella di cui al comma 2 della stessa norma³⁷² –, dedotte in rapporto di alternatività, la Suprema Corte ha osservato che «nella specie il giudice di primo grado ha adottato il principio della “ragione più liquida”, in ciò affidandosi a una delle linee guida di tale principio che è rappresentata dal “criterio dell'evidenza”»³⁷³, con la conseguenza che «non ha luogo discorrere, in proposito, né di rigetto implicito della domanda ex art. 67, comma 1, né di omesso ovvero apparente esame della stessa, verificandosi per contro un semplice fenomeno di assorbimento»³⁷⁴.

Il principio della maggiore liquidità è quindi utilizzato, quale criterio orientativo dell'attività del giudice, anche rispetto al cumulo alternativo di domande. Fermo quanto si dirà nel prosieguo rispetto al principio *de quo*, resta da segnalare – in uno studio, quale quello che ci occupa, afferente alla graduazione delle questioni, *in naturale antitesi* al primato della liquidità – la sua ritenuta possibile «espansione» fino all'area delle domande giudiziali.

I dati emersi nel corso della (fatalmente sintetica) ricognizione del condizionamento di domande giudiziali possono essere ora mutuati rispetto all'ipotesi, che qui ci occupa, della graduazione delle questioni di merito.

³⁷¹ Il quale così prevede: «Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso; 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento; 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti; 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti». Cfr., oggi, l'art. 166, comma 1, del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 («Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155»).

³⁷² Il quale così prevede: «Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento». Cfr., oggi, l'art. 166, comma 2, d.lgs. n. 14/2019.

³⁷³ Cass., 21 dicembre 2018, n. 33117, in *Foro it.*, 2019, 5, I, c. 1701, con nota di F. DE RITIS.

³⁷⁴ Cass., 21 dicembre 2018, n. 33117, cit.

Si tratta peraltro di tematica che, come si vedrà subito, se da un lato può essere studiata sulla base di alcuni degli elementi focalizzati nell'analisi del cumulo condizionale di domande, dall'altro lato presenta anche marcati connotati di autonomia.

14. *La graduazione delle questioni di merito. Rilevanza, rispetto a essa, del processo argomentativo del giudice, in luogo dell'oggetto del giudizio. Il principio del primato della ragione più liquida e la sua generale valenza. L'assorbimento delle questioni, non necessitante di specifica declaratoria. La graduazione integra un cumulo condizionale eventuale di questioni, delle quali l'una è proposta per l'evento che l'altra sia respinta. Il problema dell'ammissibilità del cumulo: rinvio*

Proseguendo il discorso avviato in chiusura del precedente paragrafo, va anzitutto evidenziato che, laddove il condizionamento concerne le questioni di merito, e quindi i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi, e non le domande giudiziali, viene in rilievo, anziché il piano dell'oggetto del giudizio, quello dell'*iter* argomentativo della decisione.

Se, rispetto al cumulo di domande giudiziali, il riferimento è la *latitudine oggettiva* del giudizio, con la conseguenza che il dovere decisorio del giudice concerne (sussistendone i presupposti) *tutte* le domande dedotte, salvo il condizionamento della parte interessata, che può eccezionalmente comportare l'assorbimento di una di esse, le questioni meritali eventualmente cumulate si riferiscono invece tutte alla *medesima* domanda, quali ipotetiche tappe del percorso argomentativo che il giudice deve compiere rispetto alla decisione da emettere sull'unico *thema decidendum*. Il punto ha immediate, e rilevanti, conseguenze, sia rispetto al criterio ordinatorio dell'attività del giudice, sia rispetto al fenomeno dell'assorbimento.

Sotto il primo profilo, e cioè quello del criterio che presiede all'operato del giudice, il principio del *primato della questione risolutiva* «più liquida»³⁷⁵ – da mera opzione ricostruttiva che potrebbe eventualmente rivesti-

³⁷⁵ Secondo la celeberrima espressione di J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925, p. 491. In tema, v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 473; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., p. 217 ss.; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 87 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, cit., p. 67; ID., *Contro il giudicato im-*

re utilità, in caso di cumulo condizionale di domande, rispetto alla peculiare figura del cumulo alternativo di domande³⁷⁶ – diventa centrale. L'afferrire le plurime questioni alla medesima domanda determina la piena esplicazione del principio di cui trattasi, a sua volta riconducibile a quello di *economia (endo)processuale*³⁷⁷. La regola cardine, che presiede all'*ordo procedendi* da assumersi rispetto alle questioni di merito, è infatti quella secondo la quale «non vi è per il giudice alcun obbligo di seguire un determinato ordine nell'esaminare e decidere le svariate questioni relative al merito della causa ed egli è tenuto soltanto a deciderle nell'ordine che caso per caso appare opportuno allo scopo di giudicare la causa nel modo più semplice e concludente»³⁷⁸; non essendo «affatto obbligato a seguire un determinato ordine logico, il giudice deve invece preferire la via più diretta e dare la preferenza all'eccezione semplificante»³⁷⁹. Giusta tale principio, «se, in un processo, sussiste una ragione sufficiente per la decisione, la sen-

plicito, cit., pp. 182-183; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 975 ss.; P. BIAVATI, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1301 ss.; F. DANOVI, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., p. 425; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, cit., p. 62 ss.; F. FERRARI, *Sul principio della cosiddetta «ragione più liquida»*, in *Judicium*, 29 aprile 2021. In giurisprudenza, cfr., *ex pluribus*, oltre alla già richiamata Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., Cass., Sez. Un., 25 maggio 2018, n. 13195, in *DeJure*; Cass., Sez. Un., 18 novembre 2015, n. 23542, *ivi*.

³⁷⁶ V. il paragrafo che precede.

³⁷⁷ Sul principio di economia processuale, v. L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I e II, cit., *passim*; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 82 ss.; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, cit., p. 62 ss.; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 87 ss. Rispetto al giudizio su questioni, cfr. anche R. VACCARELLA, *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 643 ss. Cfr., inoltre, anche in relazione al connesso principio della ragionevole durata del processo (e senza ovviamente pretese di completezza), G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.; S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.; N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 381 ss.; P. BIAVATI, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 475 ss.; V. DENTI, *La giustizia civile*, 2^a ed., Bologna, 2004, p. 82 ss.; A. DIDONE, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, 2002, *passim*.

³⁷⁸ E.T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, cit., p. 539.

³⁷⁹ E.T. LIEBMAN, *op. cit.*, p. 541.

tenza può fondarsi su di essa anche quando il motivo della decisione si pone, da un punto di vista logico, a valle di altre ragioni, che non sono affrontate e decise (ad es., perché debbono essere istruite)³⁸⁰. Conseguentemente, va riconosciuto che la cognizione giudiziale possa assumere una «natura ipotetica»³⁸¹, in aderenza alla funzione del giudice che è quella di erogare

³⁸⁰ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, cit., p. 67. Cfr. anche E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 87: «Secondo la regola generale, nella scelta delle questioni su cui fondare la decisione il giudice non è vincolato dal loro ordine logico [...] e può ispirarsi a una semplice esigenza di *economia processuale*, espressa dal principio del “*primato della questione più liquida*”. Secondo tale principio hanno sempre la precedenza le questioni che consentono di definire la causa con maggior risparmio di attività o perché, rispetto alle altre, non sono bisognevoli di istruzione probatoria o sono già sufficientemente istruite, oppure perché pongono problemi di diritto di più semplice soluzione (e in tal senso sono più “liquide” o di “più pronta soluzione”); F. FERRARI, *Sul principio della cosiddetta «ragione più liquida»*, cit., § 1: «Il giudice ha il potere di pronunciarsi immediatamente su una questione che appaia *ictu oculi* di evidente e agevole risoluzione, idonea a dirimere l'intera controversia, al punto da rendere completamente inutile l'analisi di tutte le altre questioni [...]. Il principio in parola potrebbe essere sintetizzato con il brocardo “*nihil fit plura quod fieri potest per pauciora*” [...] ovvero «è inutile fare con più ciò che si può fare con meno»; si tratta del criterio metodologico – espresso nel XIV secolo dal filosofo Guglielmo di Occam – che, in ambito giuridico, esprime l'idea di un approccio di stampo economico, in forza del quale è necessario eliminare – con il taglio di lama – quelle questioni il cui esame potrebbe ritardare la definizione del processo».

³⁸¹ F.P. LUISO, *op. loc. cit.* (che richiama esemplificativamente «la possibilità di rigettare la domanda per l'esistenza di un fatto estintivo senza la necessità di previamente accertare la sussistenza della fattispecie costitutiva»). Cfr. anche già E.T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, cit., p. 539 ss., a commento di una pronuncia che, impropriamente, ha adombrato la necessità di seguire un ordine logico: «La sentenza che si annota della Corte d'appello torinese in sede di rinvio, avendo ritenuto che le risultanze della causa e le allegazioni dello stesso attore dimostravano l'inesistenza del diritto fatto valere nel processo, di cui si era anche eccepita la prescrizione, ha giudicato che “la domanda proposta non è estinta per prescrizione, ma è del tutto infondata e come tale dev'essere respinta”; e quasi a giustificare ulteriormente tale sua affermazione, ha osservato che, per potersi dichiarare avvenuta la prescrizione, occorrerebbe che fosse accertata, oltre alla decorrenza del termine, anche l'esistenza del fatto costitutivo del diritto, che invece dalle risultanze di causa appariva escluso»; a fronte di una simile decisione, rileva l'Autore che, «se la sentenza avesse voluto stabilire l'obbligo di osservare un certo ordine logico nell'esame delle questioni e, in particolare, se dovesse essere intesa come avente espresso l'opinione che, per poter dichiarare estinto un diritto per prescrizione, occorre previamente accertare che il diritto sia esistito, cosicché se risulta provato che il diritto non è mai sorto, la domanda debba essere rigettata per tale motivo e non per l'avvenuta prescrizione», «se questa dovesse essere l'interpretazione esatta (e ad avvalorarla sembra il fatto che la sentenza non ha approvato quella che in prima istanza aveva rigettato la domanda per la

(o negare) la tutela richiesta dalle parti, e non già di procedere alla ricognizione «storica» della realtà sottopostagli *hinc et inde*.

Sotto il secondo profilo, occorre anzitutto richiamare che, come già rilevato in linea generale³⁸², sono da considerarsi assorbite le questioni che il giudice abbia ritualmente ommesso di considerare, «in quanto si è trovato ad affrontare e risolvere in senso assorbente precedenti ragioni della domanda o precedenti difese od eccezioni»³⁸³. Peraltro, nell'ipotesi di condizionamento di questioni meritali, diversamente rispetto al condizionamento di domande, «l'assorbimento opera [...] non sul piano del giudizio e del suo oggetto, ma su quello del processo argomentativo su cui il giudizio di una data causa si innesta»³⁸⁴; e «nessuna esigenza ricorre conseguentemente

intervenuta prescrizione), dovrebbe allora osservarsi che siamo in presenza di una supposta esigenza logica mal collocata. In primo luogo, è certo che il rigetto della domanda motivato con l'avvenuta prescrizione è pienamente equivalente a quello motivato con l'inesistenza del diritto e che non sussiste la differenza che sembra scorgervi la sentenza annotata. In secondo luogo, in pratica è molto frequente ed è legittima ed ammissibile la proposizione dell'eccezione di prescrizione come questione preliminare di merito, ai sensi dell'art. 187, 2° comma, e 279, 2° comma, n. 2, cod. proc. civ.; con essa si intende cioè chiedere che la domanda attrice sia rigettata per il motivo che, sia o non sia sorto nel caso concreto il diritto che l'attore afferma esistente, esso sarebbe comunque estinto per prescrizione. Posta in questi termini, l'eccezione di prescrizione permette di evitare e lasciare insolute le questioni riguardanti il fatto costitutivo del diritto e le altre possibili vicende del caso». Cfr. anche E. MERLIN, *op. cit.*, p. 86: «Nel caso dei fatti estintivi (modificativi-impeditivi) la pronuncia può assumere [...] una natura *ipotetica*, poiché, a rigore, solo un diritto effettivamente esistente può essersi estinto o risultare modificato od impedito. Ciò però non è di ostacolo alcuno alla possibilità di poter fondare su tali fatti il rigetto della domanda, in quanto la funzione del processo è di accordare tutela ai diritti esistenti al momento della pronuncia e non di verificare sul piano logico tutte le componenti della fattispecie legale astrattamente rilevanti».

³⁸² Cfr. *supra*, il paragrafo che precede.

³⁸³ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 506, nell'ambito dell'esame del disposto dell'art. 346 c.p.c. sulla riproposizione di domande ed eccezioni in appello. L'Autore – premesso il distinguo tra riproposizione e impugnazione, con la conseguenza che la parte che accede alla riproposizione è animata dall'intenzione di cautelarsi rispetto al rischio che la sua vittoria in prime cure sia inficiata nel caso di accoglimento dei motivi di appello dell'altra parte – osserva che «per dare contenuto a questa parte della fattispecie» rilevano, oltre alle domande condizionate, le «ragioni delle domande» e le «eccezioni» che «siano state *ritualmente assorbite*, vale a dire che il giudice di primo grado non abbia affrontato [...]. Si può così fare l'esempio di un fatto costitutivo dedotto dall'attore in via subordinata [...], sul quale il giudice di primo grado, avendo trovato fondata l'allegazione principale, non abbia portato, nel rispetto della volontà stessa dell'attore, la sua attenzione» (*op. loc. cit.*).

³⁸⁴ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 420.

per una pronuncia decisoria dichiarativa dell'assorbimento di una data questione, non trattandosi di un autonomo *thema decidendum* posto dalla parte all'esame del giudice attraverso la propria domanda, ma solo di un punto di cognizione divenuto superfluo o non indispensabile»³⁸⁵. Laddove, in caso di cumulo condizionale di domande, l'assorbimento implica di regola la relativa declaratoria³⁸⁶, così non è in caso di cumulo, ed eventuale assorbimento, di mere questioni, che si risolvono in possibili tappe del percorso decisorio compiuto dal giudice.

In sintesi, il condizionamento delle questioni afferisce al (e aspira a incidere sul) percorso argomentativo del giudice; tale percorso è soggetto al primato della liquidità della questione e, di regola, scevro di vincoli (non postulando nemmeno una declaratoria di assorbimento delle questioni non considerate).

Ciò evidenziato, le opzioni ricostruttive considerate rispetto al cumulo di domande giudiziali possono essere declinate in relazione al condizionamento di questioni.

In primo luogo, anche rispetto alle questioni di merito, l'architettura deduttiva invalsa, e ovviamente senz'altro ammissibile, è quella del cumulo *semplice*. Esemplicativamente, l'attore può dedurre più fattispecie costitutive del medesimo diritto; oppure il convenuto più eccezioni (impeditive, modificative, estintive) del diritto *ex adverso* azionato. Il regime sarà quello del cumulo semplice, qualora la parte interessata deduca *sic et simpliciter* tutte le allegazioni a sé favorevoli.

Peraltro, in caso di cumulo semplice di questioni, il giudice, al contrario di quanto accade rispetto al cumulo di comande, non dovrà necessariamente considerare tutte le entità dedotte – salvo che si postuli un, eccezionale, «vincolo di completezza»³⁸⁷ –, bensì potrà assumere la decisione sulla

³⁸⁵ *Ibidem*. L'Autore precisa anche che, «al più, in funzione di una corretta ed esauriente motivazione della decisione della causa, potrà farsi seguire alla soluzione “assorbente” data ad una certa questione l'esplicitazione del fatto che essa implica perdita di concreto rilievo di talune altre questioni inizialmente presenti nell'*iter* logico-decisorio (tale avvertimento è invero frequente, pur se non altrettanto spesso accompagnato dalla puntualizzazione – che è poi quel che più conta per la linearità della motivazione – delle ragioni che hanno indotto a ritenere “assorbente”, ed assorbente in quel certo modo piuttosto che in altro, quella data soluzione della questione posta “a monte”» (*op. cit.*, pp. 420-421).

³⁸⁶ Cfr., per tutti, C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 419 ss.

³⁸⁷ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 981, nota 12: «Il sistema processuale civile sembra non conoscere fenomeni in cui, o per legge o per volontà di parte, il giudice debba esaminare e decidere tutte

base di una, in applicazione del principio della ragione più liquida, ovvero anche più, delle questioni dedotte, senza quindi subire alcun vincolo rispetto al proprio percorso argomentativo e decisorio. «Mancando infatti in questo caso l'espressione di una di una preferenza»³⁸⁸, la parte dimostra «di accettare implicitamente la formazione di un accertamento incidentale avente ad oggetto, indifferentemente, l'una o l'altra allegazione»³⁸⁹.

Venendo al cumulo condizionale, può anzitutto escludersi la rilevanza, *in subiecta materia*, di un ipotetico cumulo *successivo*. I fatti principali, e quindi le «entità» oggetto di condizionamento, sono di regola idonei a integrare la fattispecie legale (costitutiva, impeditiva, modificativa, estintiva) dedotta in giudizio. E, se il fatto giuridico dedotto in via principale integra la fattispecie legale, *de hoc satis*. Anzi, sarà chiarito a tempo debito³⁹⁰ come, di regola, anche plurime fattispecie costitutive «concorrenti» rispetto al medesimo diritto soggettivo siano a ben vedere soltanto *potenzialmente* tali, nel senso che, in effetti, opererà soltanto una di esse (con esclusione di quelle astrattamente concorrenti). Anche sotto questo profilo, un eventuale cumulo successivo parrebbe da espungersi.

Diverso è il quadro avuto riguardo al cumulo *eventuale*. Rispetto a tale ipotesi di articolazione delle entità processuali, non può in linea di principio essere esclusa, quantomeno sotto il profilo dell'architettura del condizionamento, la proposizione di una determinata questione *per l'evento* che altra questione, spesa in principalità, sia *respinta*, non diversamente da quanto si è visto rispetto al cumulo di domande giudiziali³⁹¹.

Peraltro, se, quantomeno a livello «fenomenico», è prospettabile una graduazione (e quindi un cumulo proprio) delle questioni meritali, allorché la parte manifesti la volontà che sia primariamente decisa una determinata questione rispetto a un'altra, resta invece aperto il problema dell'ammissibilità di un simile condizionamento. E invero, «tra le questioni notoria-

le questioni sollevate dalle parti, ancorché, sulla base della risoluzione di una o di alcune di queste, sia in grado di definire il giudizio (c.d. *vincolo di completezza*); aperture nella direzione di un controllo giudiziale completo di tutti i temi proposti dalle parti paiono possibili, peraltro, nel settore delle cause d'impugnazione di atti, costituenti esercizio di poteri sostanziali». Si tratta, tuttavia, di profilo diverso rispetto a quello della graduazione delle questioni, qui allo studio.

³⁸⁸ L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 129.

³⁸⁹ L. SALVANESCHI, *op. loc. cit.* Nello stesso senso, S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 1011-1012.

³⁹⁰ V. *infra*, cap. II, § 8, spec. nota 261.

³⁹¹ Cfr. *supra*, il paragrafo che precede.

mente più incerte e delicate, può annoverarsi appunto quella della ammissibilità e, correlativamente, del ruolo di uno svolgimento delle varie allegazioni [...] in forma condizionale, cioè in via graduata, piuttosto che – questa è invero la ipotesi in cui, in caso diverso, fatalmente si verserebbe – in via *sic et simpliciter* concorrente»³⁹².

Il problema dell'ammissibilità del cumulo eventuale delle allegazioni costitutive e delle eccezioni sarà precipuo oggetto del capitolo che segue. Non è inutile peraltro dar conto fin da ora che l'evidenziata generale operatività del primato della ragione più liquida è in effetti idonea a «coprire» ogni ipotesi di spendita nel processo di plurime questioni, con la conseguenza che – almeno sotto il profilo processuale (non sono oggetto del presente studio eventuali nessi di diritto sostanziale dai quali potrebbe discendere una determinato *ordo procedendi*³⁹³) – l'ipotesi da cui prendere le mosse è in effetti quella dell'inammissibilità di un condizionamento di semplici questioni.

Anche alcune riflessioni conclusive sul cumulo *alternativo*, applicato alle questioni di merito, possono confermarlo.

Sul punto è appena il caso di richiamare che il condizionamento in via alternativa è parso istituito problematico, e bisognevole di riflessioni e distinguo, a fronte di un cumulo di plurime *domande*³⁹⁴. Allorché, dalle domande, si passi allegazioni meritali, sembra invece che, almeno di regola, il principio sia quello della piana ammissibilità della proposizione delle stesse in rapporto di alternatività. Va infatti considerato che, a ben vedere, non sussistono pregnanti ragioni per distinguere, in caso di questioni, tra cumulo alternativo e cumulo semplice. Se, come si è detto, i fatti giuridici principali sono di regola idonei, *ciascuno* isolatamente inteso, a integrare la fattispecie legale (costitutiva, impeditiva, modificativa ed estintiva) dedotta in giudizio, allora il quadro processuale non muta nelle due ipotesi di cumulo. Anche in caso di cumulo alternativo il giudice potrà senz'altro individuare la questione da porre a fondamento della decisione, non diversamente da quanto avverrebbe in caso di prospettazione dei fatti principali in via di cumulo semplice.

³⁹² C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 466, ove anche il rilievo per cui si tratta di un «profilo di peculiarità rispetto alla situazione del cumulo di domande in cui i nessi di subordinazione ed alternatività risultano puntuali deroghe alla regola ordinaria della cumulatività pura e semplice».

³⁹³ Cfr. anche *infra*, il paragrafo che segue.

³⁹⁴ Cfr. *supra*, il paragrafo che precede.

Né sembra che, così argomentando, si prospetti la situazione che, come si è visto, rappresenta il *punctum dolens* del cumulo alternativo di domande, e cioè il difetto di «orientamento dell'attività del giudice»³⁹⁵, al quale sarebbe inammissibilmente rimessa la scelta decisoria.

In primo luogo, va considerato come, discettando di un cumulo di questioni, si resti fatalmente nell'ambito della *medesima domanda*, sicché è da escludersi per definizione quell'ascrivere al giudice l'onere di una scelta che all'evidenza non gli compete, in cui si compendia la problematicità della spendita alternativa di domande. Sembra che possano essere mutuati in questo senso i rilievi della già richiamata dottrina che, nell'esprimersi restrittivamente rispetto al cumulo alternativo di domande, ha nel contempo osservato che, al contrario, il problema non si pone laddove l'attore deduca più domande, fondate su titoli alternativi, ma «dirette al medesimo provvedimento»³⁹⁶: in tale ipotesi, «l'esigenza di tutela della parte risulta determinata con l'indicazione dell'unico provvedimento voluto sulla scorta dei fatti adottati. In sostanza non si delinea un'incertezza su ciò che il giudice deve attribuire alla parte»³⁹⁷. Il cumulo alternativo di plurime allegazioni appare *a fortiori* ammissibile in ragione del loro riferimento a un'unica domanda.

Inoltre, e in ogni caso, anche nell'ipotesi del cumulo alternativo di allegazioni, così come in quella del cumulo semplice, resta pienamente operativo il principio del primato della ragione più liquida. E invero, anche in caso di cumulo alternativo il giudice può autonomamente scegliere, tra quelle alternativamente prospettate, la questione con valenza «semplificante». Le «allegazioni svolte espressamente, od anche tacitamente, in via alternativa»³⁹⁸ sono dedotte «senza [...] previsione ed impegnativa indicazione al giudice di un preciso ordine decisorio desunto dalla diversa preferenza della parte nei confronti di ciascuno dei vari accertamenti incidentali perseguibili (ma non cumulabili) pel tramite del processo pendente»³⁹⁹. Anche la stessa deduzione di questioni «logicamente e giuridicamente incompatibili, nel senso che l'accoglimento dell'una esclude automaticamen-

³⁹⁵ G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, cit., p. 168.

³⁹⁶ G. TARZIA, *op. cit.*, p. 167.

³⁹⁷ *Ibidem.*

³⁹⁸ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 499.

³⁹⁹ *Ibidem.*

te la fondatezza dell'altra»⁴⁰⁰, varrà semmai a configurare un cumulo alternativo «tacito», ma non a vincolare il percorso giudiziale di decisione delle stesse, atteso che, anche in tal caso, in assenza di altre indicazioni di parte, «nessun obbligo può derivare al giudice, circa il *modus procedendi*»⁴⁰¹. Al pari del cumulo semplice, anche quello alternativo resta dunque soggetto, e non implica deroga, al principio della ragione più liquida⁴⁰².

In conclusione, e sulla scorta dei rilievi fin qui svolti (oltre che dell'esperienza ricostruttiva propria del cumulo di domande), oggetto della presente indagine è la figura del cumulo *eventuale* (o subordinato, o proprio) di questioni meritali. La graduazione integra quindi un *cumulo condizionale*, nella forma *eventuale*, di questioni di merito, delle quali l'una (quella spesa in subordine) è proposta per l'evento che l'altra (quella spesa in principalità) sia respinta, a fronte della loro «naturale» deduzione in via concorrente – secondo la struttura del cumulo semplice, ovvero anche alternativo –, e in deroga al principio del primato della questione più liquida. L'evento «condizionante» è quindi la decisione negativa⁴⁰³ sulla questione spesa in principalità. Laddove tale evento non si verifichi, e quindi la questione *principaliter* dedotta sia accolta, quella spesa in via subordinata resterà assorbita, senza peraltro la necessità che il giudice la dichiari formalmente tale.

⁴⁰⁰ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 984.

⁴⁰¹ S. MENCHINI, *op. loc. cit.*

⁴⁰² Per vero, in caso di cumulo semplice – e in ciò tale cumulo si differenzia da quello alternativo – potrebbe anche ritenersi che, a fronte di determinate fattispecie, il giudice sia tenuto all'esame di *tutte* le questioni dedotte. Non a caso, e come già richiamato (v. *supra*, § 13), rispetto alla prospettazione della possibilità di distinguere, dal cumulo alternativo «puro», un cumulo alternativo «attenuato» di domande, il quale ricorrerebbe qualora «ciascuna delle azioni cumulate *basta* allo scopo che si prefigge l'attore», ma «*non è però vietato al giudice d'esaminarle e accoglierle tutte*» (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, cit., pp. 1131-1132), si è sollevato il persuasivo rilievo per cui tale forma di cumulo «attenuato» non rappresenta, a bene vedere, che «un cumulo semplice se si ammette la possibilità per il giudice di accogliere tutte le azioni concorrenti» (G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, cit., p. 151). Peraltro il tema – e la possibile deroga che esso potrebbe comportare al principio del primato della ragione più liquida – attiene non già al problema del condizionamento delle questioni di merito, bensì al diverso profilo dell'ipotetica esistenza, a fronte di determinati contenziosi, di un vincolo di completezza. Cfr. anche *supra*, nota 387.

⁴⁰³ Nel senso che sarà specificato nel paragrafo che segue.

Veniamo a svolgere alcuni chiarimenti rispetto all'individuata fattispecie e alle sue caratteristiche.

15. *Segue. Esclusione di una graduazione «giudiziale». L'istanza di graduazione e il vincolo da essa imposto. Graduazione narrativa e graduazione precettiva: esclusiva rilevanza di quest'ultima. Il riferimento del vincolo alla fase decisoria*

In primo luogo, occorre richiamare che la graduazione oggetto di indagine risponde a un'iniziativa *delle parti*. Per quanto concerne il giudice, rimane invece fermo il principio del primato della ragione più liquida. E invero, «innegabile è che il vincolo di subordinazione può essere imposto soltanto dalla parte e che non può essere il giudice [...] a stabilire di affrontare una questione, meno liquida, prima di un'altra, più liquida»⁴⁰⁴.

Per questo motivo, non sembrano possano essere accolte – fermi gli approfondimenti che saranno svolti sul punto nel prosieguo dell'indagine – le letture secondo le quali, rispetto a peculiari categorie di eccezioni, come per esempio quelle di inesigibilità, ovvero di adempimento, o di compensazione, sulle quali si tornerà diffusamente⁴⁰⁵, il giudice sarebbe tenuto a concedere la precedenza ad altre ipotetiche eccezioni addirittura *a prescindere* da un'eventuale graduazione della parte interessata, rimasta silente in punto di condizionamento⁴⁰⁶. E invero, laddove la parte non abbia espresso una (ammissibile) preferenza rispetto all'*ordo decisionis* delle sue allegazioni, si «riespande» naturalmente il principio del primato della ragione più liquida, con conseguente assenza di un vincolo dell'organo giudicante

⁴⁰⁴ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 993. Nello stesso senso, anche la dottrina tedesca sul condizionamento, che ha cura di evidenziare che «von der Partei, die auf einen bestimmten Abweisungsgrund Wert legt, kann und muß erwartet werden, daß sie einen dahingehenden Antrag stellt»: W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, cit., p. 168.

⁴⁰⁵ V. *infra*, cap. II, §§ 15 e 16.

⁴⁰⁶ In questo senso cfr. per esempio D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, cit., p. 256, secondo il quale, nel caso di «giudicato *zur Zeit*» – sul quale v. *infra*, cap. II, § 15 – «l'ordine di decisione dei profili fattuali può anche prescindere dalla volontà espressa dal convenuto, essendo l'interesse generale pubblicistico di economia processuale ad imporre al giudice, ove possibile, il rigetto della domanda ad es. per intervenuto pagamento (rilevabile d'ufficio) piuttosto che per attuale inesigibilità del credito». Sulla possibilità di considerare anche l'eccezione di pagamento e l'eccezione di compensazione subordinate *ex lege*, v. *infra*, cap. II, § 16.

rispetto all'esame e alla decisione delle questioni meritali. Ciò detto, in ogni caso, quand'anche, opinando diversamente, si individuino casi di graduazione che si impongano al giudice *ex lege*⁴⁰⁷, essi non potranno che essere considerati quali mere *eccezioni* rispetto alla regola, comunque di portata generale, dell'incondizionato potere giudiziale di optare per un determinato *ordo decisionis* delle questioni.

Potrebbe, a tutto concedersi, discettarsi di una richiesta di graduazione implicita, e ciò in quanto, come fin qui illustrato⁴⁰⁸, i fatti che vengono in questione nella presente indagine non rilevano rispetto all'individuazione dell'oggetto del giudizio. In particolare, nel caso in cui, da un lato, un determinato fatto emerga *ex actis* (o comunque non sia oggetto di allegazione della parte interessata) e, dall'altro lato, la parte deduca specificamente, a sostegno della propria posizione, un'altra diversa questione, non si è esclusa la possibilità di prospettare un'implicita richiesta di condizionamento. Si è in questo senso rilevato, discorrendo della posizione dell'attore, che – poiché la rilevabilità d'ufficio dei fatti principali (non individuatori della domanda) non rappresenta ostacolo a che la parte indichi rispetto a essi un determinato *ordo decisionis*⁴⁰⁹ – «dovrebbe ritenersi, ad es., che il fatto costitutivo emergente dagli atti e rilevabile d'ufficio non possa essere oggetto di decisione se non in via subordinata rispetto al diverso fatto costitutivo valorizzato dall'attore nelle sue deduzioni, dovendosi in tale comportamento ravvisare l'implicita indicazione di un ordine preferenziale di decisione»⁴¹⁰. L'assunto pare condivisibile, peraltro sul presupposto che, nel contegno della parte, sia ritenuta sussistente una, ancorché implicita, richiesta di (decisione in via principale sul fatto dedotto e quindi) condizionamento del fatto risultante *ex actis*⁴¹¹. Resta invece fermo che, in difetto, e quindi in assenza di una richiesta in questo senso proveniente dalla parte interessata, il giudice possa senz'altro applicare il principio del primato della ragione più liquida.

Va aggiunto che, avendo a oggetto l'indagine la disciplina *processuale* della graduazione delle questioni, non sono considerati eventuali profili di

⁴⁰⁷ Cfr. ancora *infra*, cap. II, § 16.

⁴⁰⁸ V. *supra*, § 8.

⁴⁰⁹ V. *supra*, § 9.

⁴¹⁰ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 336, nota 245.

⁴¹¹ Impregiudicato il diverso profilo dell'ammissibilità della richiesta implicitamente formulata, il quale – almeno secondo la lettura che verrà proposta – dipende dalle entità specificamente graduate (il tema sarà oggetto del seguente capitolo).

diritto *sostanziale* che potrebbero imporre al giudice un determinato ordine di decisione delle allegazioni.

Per esempio, dal disposto dell'art. 2940 c.c., secondo il quale «non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto», potrebbe inferirsi che debba essere esclusa la possibilità che il giudice valuti, in primo luogo, l'eccezione di prescrizione e, solo in seconda battuta, quella di pagamento. L'eccezione di pagamento potrebbe infatti essere considerata idonea a porre nel nulla quella spesa in via principale, e quindi quella di prescrizione, con la conseguenza che il giudice dovrebbe *ex necesse* considerare prima il pagamento⁴¹².

Analoghi rilievi potrebbero essere svolti rispetto all'eccezione di cui all'art. 1460, comma 1, c.c., in forza della quale, nei contratti con prestazioni corrispettive, «ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto». Tale eccezione, sostanziandosi in un rifiuto di adempiere, «viene meno, *id est* è perduta ed è da respingere, se il soggetto abbia già eseguito *spontaneamente* la propria prestazione»⁴¹³; conseguentemente, «poiché, per *diritto sostanziale*, presupposto per l'operare dell'effetto giuridico oggetto di quest'ultima eccezione è che non sia stato effettuato spontaneamente il pagamento»⁴¹⁴, il giudice, «per valutare la fondatezza della questione d'inesigibilità della prestazione, deve verificare *previamente* che non vi sia stato adempimento spontaneo»⁴¹⁵.

⁴¹² Cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 108, nota 202, ove l'esame dell'ipotesi in cui «il convenuto pretenda di fare valere in via principale l'eccezione di prescrizione, ed in via subordinata quella di pagamento (effettuato successivamente alla maturazione del termine di prescrizionale)»; l'Autrice ritiene che in tal caso «l'ordine proposto debba considerarsi inammissibile, poiché rivolto a suscitare la previa decisione di un'eccezione che potrebbe essere già preclusa proprio dal fatto posto a base dell'allegazione subordinata (come è se la prescrizione era già maturata all'atto del pagamento "spontaneamente" effettuato ai sensi dell'art. 2940 c.c.). In questi casi [...] l'inammissibilità dell'ordine condizionale determina la necessità che il giudice esamini e decida prima la questione proposta in via subordinata (il pagamento), e, solo ove ne riscontri l'infondatezza, possa procedere alla decisione della questione fatta valere in via principale».

⁴¹³ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1001.

⁴¹⁴ *Ibidem* (mio il corsivo).

⁴¹⁵ *Ibidem*.

Si tratta peraltro di ipotetici vincoli che non concernono il profilo processuale (ma dipendono dalla ricostruzione cui si ritenga di accedere rispetto alla disciplina sostanziale degli istituti) e, proprio per questo, si impongono al giudice *a prescindere* dal contegno della parte interessata. Stando all'esempio di cui sopra, *in ogni caso – i.e.*, a prescindere da un subordine posto dal convenuto – il giudice, accedendo alla ricostruzione per cui, con il pagamento spontaneo, il debitore ha definitivamente disposto dell'eccezione di prescrizione, dovrebbe esaminare anzitutto l'eccezione di pagamento; con la possibilità di tornare a esaminare previamente l'eccezione di prescrizione (se più liquida) qualora escluda che il pagamento sia idoneo a porre nel nulla la prescrizione (per esempio, perché non avvenuto spontaneamente).

L'unico elemento di contatto con la tematica della graduazione processuale è quello per cui simili ricostruzioni della fattispecie sostanziale potrebbero assurgere a «limiti» del potere di graduazione: stando ancora all'esempio di cui sopra, il convenuto non potrebbe proporre l'eccezione di pagamento in via subordinata rispetto a quella di prescrizione. Rispetto all'indagine che ci occupa è quindi sufficiente precisare che le considerazioni svolte rispetto al tema della graduazione *processuale* delle questioni di merito potrebbero scontare, *ab externo*, e quindi a prescindere dal profilo processuale, eventuali ulteriori limitazioni per effetto della (ritenuta interpretazione della) disciplina sostanziale degli istituti che vengono in rilievo.

Venendo a un secondo chiarimento circa la fattispecie della graduazione, va evidenziato che, come già emerso in sede di esame delle questioni di merito che vengono in rilievo nell'indagine⁴¹⁶, la manifestazione, proveniente dalla parte interessata, di un ordine preferenziale di decisione delle questioni si risolve in un'*istanza* di parte, e quindi in un atto – distinto dalla domanda giudiziale, appartenente peraltro essa stessa al *genus* delle istanze⁴¹⁷ – attraverso il quale «l'agente si propone il soddisfacimento di

⁴¹⁶ Cfr. *supra*, §§ 8, 10 e 11.

⁴¹⁷ Cfr. C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 47 ss. Per la riconduzione dell'istanza contenente plurimi motivi di rigetto della domanda giudiziale alla stessa *Dispositionsmaxime*, cfr. peraltro W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, cit., p. 168: «Wichtig ist weiter, daß es Sache der Parteien ist, ob sie auf einem bestimmten Abweisungsgrund oder auf mehreren solcher Gründe bestehen. Dabei handelt es sich um einen Ausfluß der Dispositionsmaxime». In tema, cfr. anche *infra*, cap. II, § 1. In generale, sulla nozione di «istanza», v. F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, cit., p. 275, ove la stessa è qualificata in termini di «atto della parte o del terzo [...] il quale tende a provocare un atto dell'ufficio».

un proprio interesse con il sollecitare un diverso e ulteriore atto che solo altri può compiere e che esso solo varrà a soddisfare quell'interesse»⁴¹⁸, determinando «il sorgere del dovere del giudice di provvedere»⁴¹⁹. Secondo le forme del già illustrato cumulo *eventuale*, l'istanza di cui ci occupiamo contiene la richiesta che la questione condizionata sia decisa⁴²⁰ soltanto nel caso in cui altra questione, spesa in principalità, sia «respinta», nel senso che sia esclusa, per qualsivoglia ragione, l'applicazione del relativo effetto alla causa in corso. L'ammissibilità e la fondatezza della seconda allegazione dovranno essere valutate soltanto «dopo che si sia constatata la fattuale inesattezza (o la giuridica inconferenza) della prima»⁴²¹. Trattandosi, appunto, di deduzioni fattuali, allorché si parli di «rigetto» della questione potrà farsi riferimento, in senso ampio, all'esclusione, da parte del giudice, della possibilità di utilizzare l'allegazione primariamente spesa per la decisione, e ciò per la ritenuta «infondatezza» della questione, in fatto (la sua «fattuale inesattezza»), o in diritto (la sua «giuridica inconferenza»). Sembra possa essere pianamente ricompresa in tale ambito anche l'ipotesi del rigetto «in rito», allorché la questione sia scartata dal giudice per motivi processuali (per esempio, la sua tardiva spendita nel processo), non essendo riproponibili, rispetto alla più limitata entità della questione, gli articolati distinguo affacciati in relazione al cumulo condizionale di domande⁴²².

⁴¹⁸ C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, p. 47.

⁴¹⁹ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 48.

⁴²⁰ Su tale ultimo profilo si tornerà a breve.

⁴²¹ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 473.

⁴²² Cfr. C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 324 ss., ove è affrontato il seguente quesito: «Quando l'attore propone la seconda domanda per il caso di previo rigetto della prima, che cosa dovrà intendersi per "rigetto"?». Fermo il fatto che esso sarà senz'altro integrato dalla «decisione di merito che accerta l'insussistenza del diritto», *quid iuris* rispetto al caso in cui la domanda sia respinta per motivi di rito? Se, da un lato, «alcuni autori, esplicitamente [...] ovvero quasi per implicito [...], sostengono che entrambe le decisioni di rigetto abbiano uguale valenza nei riguardi della possibilità di trascorrere all'esame del merito della subordinata, che vedrebbe comunque attualizzata la propria ragione d'essere stata proposta a fronte di un chiaro diniego della tutela richiesta in via principale, senz'altro destinato a valere, se non altro, nell'ambito del processo instaurato», dall'altro lato «altri autori [...] sostengono un'impostazione più flessibile e relativistica, notando innanzitutto come, in qualche modo analoga all'ipotesi del rigetto per inammissibilità, possa essere l'ipotesi del rigetto per infondatezza allo stato degli atti (*zur Zeit*) o quella del rigetto parziale per non completa fondatezza della domanda principale. In tutti questi casi viene negata la possibilità di offrire una risposta aprioristica, tutto dipendendo – ancor qui – dalla volontà dell'attore e

Nel caso in cui, al contrario, la questione *principaliter* dedotta sia accolta, quella subordinatamente spesa dovrà ritenersi, come già chiarito⁴²³, ritualmente *assorbita*, con la precisazione che, trattandosi di condizionamento di questioni, il meccanismo dell'assorbimento è riferibile al mero *iter* argomentativo della decisione (e non già all'oggetto del giudizio), e non necessita di una specifica pronuncia dichiarativa dello stesso.

L'istanza di graduazione, laddove abbia a oggetto un ammissibile condizionamento di questioni meritali, limita il potere del giudice di definire il relativo ordine di decisione, vincolandolo a seguire quello indicato dalla parte. Con le parole delle Sezioni Unite, espresse in relazione al condizionamento delle eccezioni, sebbene il giudice sia «libero di decidere sul merito, individuando la questione posta a base della decisione»⁴²⁴, «tuttavia, se la parte eccipiente richieda l'esame gradato di eccezioni inerenti al merito, si deve ritenere che il potere del giudice ne risenta, sicché egli dovrebbe osservare nell'esame tale gradazione, se risponda ad un interesse. Se questo è vero, può ritenersi che, qualora la domanda venga rigettata sulla base dell'esame di un'eccezione formulata dal convenuto, senza rispettare la graduazione fra le varie eccezioni che egli, in ipotesi, aveva indicato, la decisione, se pure non ha ad oggetto le eccezioni di cui il giudice non si è occupato, tuttavia, risulta avere certamente disatteso la richiesta di graduazione»⁴²⁵. Il condizionamento si sostanzia quindi in un'istanza che, laddove abbia a oggetto un'ammissibile graduazione, fa sorgere in capo al giudice il *dovere*⁴²⁶ di seguire un determinato *ordo de-*

dunque, nel caso di gran lunga più frequente in cui l'atto introduttivo non contempra simili evenienze, dalla soluzione di una tipica questione interpretativa; la quale potrà, occorrendo, giovare dell'esercizio da parte del giudice del potere di richiedere schiarimenti alla parte».

⁴²³ V. *supra*, il paragrafo che precede.

⁴²⁴ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit.

⁴²⁵ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit.

⁴²⁶ Per l'analisi delle possibili «situazioni giuridiche (processuali)», che costituiscono «il nucleo di giuridicità del processo», e per l'indicazione, tra esse, della situazione di dovere, tipicamente riferibile agli organi giurisdizionali, v., per tutti, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 26^a ed., Torino, 2017, p. 35. Cfr. anche C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 47-48, ove i rilievi per cui «concretizzandosi l'istanza nella richiesta del provvedimento, essa è esercizio di un tipico potere di iniziativa a finalità decisoria ed è volta a determinare – in via immediata oppure, più spesso, mediata dallo svolgimento di un procedimento [...] – il sorgere del dovere del giudice di provvedere».

cidendi delle questioni meritali. È così imposto al giudice un vincolo al rispetto della graduazione tracciata dalla parte, col risultato di impegnarlo a decidere sulla seconda questione solo dopo aver deciso su quella *principaliter* svolta⁴²⁷.

È vero che, in linea puramente astratta, si potrebbe anche prospettare un condizionamento che, per un verso, sia ammissibilmente spendibile dalla parte, ma, per altro verso, non imponga un vincolo in capo al giudice. È stato però efficacemente chiarito che l'allegazione che, da un lato, sia spesa soltanto in subordine, ma, dall'altro lato, rimanga *non* vincolante per il giudice, tradisce in effetti un'intima contraddizione⁴²⁸. Laddove si ammetta il condizionamento della questione, dallo stesso non può che scaturire la conseguenza processuale dell'insorgere di un dovere in capo al giudice⁴²⁹.

Va dunque esclusa dall'indagine una graduazione meramente «narrativa», e quindi «non prescrittiva». Con tale espressione ci si intende riferire all'esposizione della parte interessata che articoli le proprie allegazioni secondo una data successione per mera «coerenza logica» o maggiore «persuasività». Si osserva al riguardo che «un primo significato, sotto il profilo strettamente giuridico, della struttura processuale e del rapporto parte-giudice pressoché indifferente, eppure praticamente assai rilevante, può cogliersi nella circostanza per cui – ammessa la allegazione di fatti reciprocamente incompatibili [...] – la parte allegante potrà difficilmente sottrarsi, avvenendo perlopiù la allegazione nella forma di una esposizione narrativa che ambisce in primo luogo di essere logicamente coerente e tendenzialmente persuasiva sul piano psicologico [...], alla esigenza di un collegamento fra le varie allegazioni fattuali e così all'onere di coordinare fra loro, articolandole dunque eventualmente secondo una data successione di (decescente) specificità o, comunque, impegnatività»⁴³⁰. Con una simile esposizione, la parte, da un lato, semplicemente «sconta in anticipo la pos-

⁴²⁷ Cfr., in questi termini, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 473.

⁴²⁸ In questo senso, H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 107, ove il rilievo per cui «ein „zulässiges Eventualvorbringen ohne Bindungswirkung“ einen Widerspruch in sich enthält».

⁴²⁹ «Denn wenn man die Eventualstellung zuläßt, dann muß sie sich auch prozessual auswirken» (H. KION, *op. loc. cit.*).

⁴³⁰ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 471-472.

sibilità che il più importante – e solo in tal senso principale – mezzo di attacco (ma similmente può, come è logico, ragionarsi per i mezzi di difesa) non consegua successo nel far ritenere al giudice fondata la domanda (o, per converso, a mostrarne la infondatezza)⁴³¹; dall'altro lato, «non intende dunque, oltretutto arricchire e a tal fine coordinare internamente la propria linea difensiva, imporre altresì al giudicante un qualunque vincolo prescrittivo in ordine all'esame delle varie allegazioni»⁴³². In tale scenario, non può che restare ferma la piana applicabilità del principio del primato della questione più liquida.

La graduazione che rileva, quindi, è necessariamente prescrittiva-imperativa, e non meramente logico-narrativa. Il tutto con l'ovvia precisazione che spetterà al giudice, caso per caso, occorrendo anche invitando la parte a fornire chiarimenti al riguardo, risolvere l'eventuale questione interpretativa circa la portata della dedotta graduazione. A titolo esemplificativo, postulando l'istanza di condizionamento, almeno di regola, un'«espressa indicazione»⁴³³ della parte interessata, potrebbero essere considerati inidonei a imporre un vincolo al giudice la «semplice enumerazione delle difese»⁴³⁴, o il «mero ordine di prospettazione delle stesse»⁴³⁵.

Infine, ulteriore caratteristica della graduazione è riscontrabile prendendo in considerazione la fase processuale nella quale la stessa rileva. Se, come si è chiarito, dall'esercizio del potere di graduazione discende un vincolo per il giudice, va precisato – anche se il punto è già emerso nella pregressa analisi⁴³⁶ – che tale vincolo afferisce alla fase *decisoria* del giudizio, e non già a quelle, pregresse, della trattazione e dell'istruzione. E invero, «dalla richiesta della parte non deriva [...] il dovere giudiziale di affrontare le più questioni in modo frazionato, ossia istruendole separatamente, dapprima l'una, quella principale, e poi, a seguire, le altre. Le plurime allegazioni ed eccezioni possono essere esaminate ed affrontate congiuntamente e possono essere rimesse in decisione, ad istruttoria esaurita, tutte assieme, fermo restando che l'organo cui è attribuita la funzione deci-

⁴³¹ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 472.

⁴³² C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 473.

⁴³³ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 984.

⁴³⁴ S. MENCHINI, *op. loc. cit.*

⁴³⁵ S. MENCHINI, *op. loc. cit.*

⁴³⁶ Cfr. *supra*, soprattutto §§ 6 e 9.

sionale deve prioritariamente risolvere quella dedotta in forma principale e soltanto dopo, eventualmente, le altre»⁴³⁷. Non può ovviamente essere escluso l'utilizzo, rispetto alla questione *principaliter* dedotta, della «corsia preferenziale» di cui all'art. 187, comma 2, c.p.c.⁴³⁸, come anche, in caso di ritenuta non accoglibilità della questione spesa in via principale, l'utilizzo della stessa rispetto a una delle allegazioni subordinate⁴³⁹. Resta però impregiudicato che, in ogni caso, «al momento della pronuncia, deve essere osservato l'ordine stabilito dalla parte»⁴⁴⁰.

Del resto, se si opinasse diversamente, e quindi se si anticipasse il vincolo impresso dall'istanza di condizionamento alla fase della trattazione della causa e dell'istruttoria, si determinerebbe un – incongruo – frazionamento anche di tali *tranche* procedurali. Al contrario, la tesi che colloca il vincolo *de quo* nella fase di decisione del giudizio appare idonea a contemperare l'interesse della parte, che ha svolto istanza di graduazione e, all'evidenza, confida in una pronuncia conforme all'ordine ottativamente indicato, con «la salvaguardia dei valori della economia processuale e della unitarietà del corso processuale»⁴⁴¹.

Può quindi concludersi che il vincolo del giudice, promanante dall'istanza di graduazione, dev'essere riferito alla fase di *decisione* della causa, con conseguente esclusione delle fasi processuali pregresse.

⁴³⁷ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 985-986.

⁴³⁸ In forza del quale il giudice «può rimettere le parti al collegio affinché sia decisa separatamente una questione di merito avente carattere preliminare, solo quando la decisione di essa può definire il giudizio».

⁴³⁹ Cfr. ancora S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 986, ove i rilievi secondo cui, «per ragioni di economia processuale, sarà opportuno che il giudice si formi prima un convincimento circa la difesa preferita dalla parte, rimettendo, se del caso, la causa in decisione, ex art. 187, comma 2°, c.p.c., ove si orienti per la sua esistenza, oppure, nell'ipotesi opposta in cui dia valutazione negativa della fondatezza della questione principale, o trattando tutte le altre e rimettendo la lite in decisione, ex art. 188 c.p.c., ovvero, ove si convinca della fondatezza di una delle più deduzioni subordinate, facendo applicazione dell'art. 187, comma 2°, c.p.c.».

⁴⁴⁰ S. MENCHINI, *op. loc. cit.* Si rammenti anche che, ai sensi dell'art. 189, comma 2, c.p.c., «la rimessione investe il collegio di tutta la causa, anche quando avviene a norma dell'articolo 187, secondo e terzo comma».

⁴⁴¹ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 475.

16. *Rilievi di sintesi. Il problema dell'ammissibilità della graduazione e del fondamento del relativo potere. Necessità di distinguere le posizioni dell'attore e del convenuto. Transizione*

Oggetto del presente studio è la graduazione delle questioni di merito.

Per «questioni di merito» devono intendersi i fatti giuridici principali (esclusi quindi i fatti secondari), e dunque i *fatti costitutivi*, da un lato, e i *fatti impeditivi, modificativi ed estintivi*, dall'altro lato. Non rilevano invece nell'indagine le mere difese, intese in termini di negazione del fatto costitutivo. Queste ultime, essendo da ricondursi nell'alveo della fattispecie costitutiva dedotta dall'attore, non appaiono graduabili dal convenuto (ferma la possibilità di condizionare un'*eccezione*, oltre che rispetto ad altra eccezione, anche rispetto a una mera difesa).

I fatti principali che vengono in questione nell'indagine sulla graduazione delle questioni meritali sono, di regola, privi di rilievo individuatore della *res in iudicium deducta* e, come tali, non postulano un'allegazione «imperativa» proveniente dalla parte interessata e sono rilevabili d'ufficio, ovviamente a condizione che gli stessi emergano dagli atti di causa (restando fermo il divieto di utilizzo della scienza privata da parte del giudice). La rilevabilità *ex officio* dei fatti di cui trattasi non è di ostacolo alla graduazione degli stessi, dovendosi distinguere il piano del *rilievo* dei medesimi, soggetto all'iniziativa officiosa, e il piano della relativa *decisione*, sul quale incide la richiesta di condizionamento della parte.

Per «graduazione» si intende la prospettazione di un *cumulo condizionale*, nella forma *eventuale*, di questioni di merito, delle quali l'una (quella spesa in subordine) è proposta per l'evento che l'altra (quella spesa in principalità) sia respinta, in deroga al *principio del primato della questione più liquida*, e a fronte della «naturale» deduzione delle plurime questioni meritali in via concorrente (secondo la struttura del cumulo semplice, ovvero anche alternativo).

La graduazione dev'essere espressa (in un modo «precettivo», e non meramente «narrativo») dalla parte interessata (va di regola esclusa una graduazione «giudiziale») e si risolve in un'*istanza*, che, se avente a oggetto un'ammissibile richiesta di condizionamento, limita il potere del giudice di scegliere quale questione definire prioritariamente, vincolandolo a un *ordo procedendi* rilevante nella *fase decisoria* del processo.

Una volta chiarito cosa deve intendersi, ai nostri fini, per «questione di merito» e «graduazione», si viene a trattare, nel capitolo che segue, il problema dell'*ammissibilità* del condizionamento. Si tratta di tema strettamen-

te connesso a quello del *fondamento* del potere di graduazione allegatoria. Come infatti si è visto, la graduazione costituisce una deroga al principio generale del primato della ragione più liquida (e altresì, a monte, a quello di economia endoprocessuale), impedendo al giudice di dedicarsi *illico et immediate* alla questione più pronta.

In questo quadro, l'individuazione dell'*ubi consistam* del potere di graduazione delle questioni meritali assurge a profilo centrale rispetto alla stessa ammissibilità (e, in caso affermativo, alla latitudine) del fenomeno, che integra un'eccezione a senz'altro basilari principi della dinamica processuale. In altri termini, solo una – sufficientemente solida – giustificazione potrebbe consentire di ammettere il condizionamento, di per sé derogatorio, sotto molteplici e concorrenti profili, delle regole che presiedono allo svolgimento del processo.

È necessaria un'ultima precisazione preliminare.

L'esame prefissatoci non sarà condotto in modo unitario, ma, al contrario, distinguendo tra la posizione dell'*attore* e quella del *convenuto*, e ciò per plurime ragioni. In primo luogo, come si vedrà, diverse sono state – quanto a fondamenti ed esiti – le tesi prospettate in relazione al potere di condizionamento dell'attore e a quello del convenuto. Inoltre, e soprattutto, verrà chiarito nello sviluppo dell'indagine che sceverare le posizioni di attore e convenuto è estremamente rilevante *in subiecta materia* per affermare un vero e proprio principio della *legittimazione alla graduazione*, avuto riguardo alla tipologia di pronuncia che è idonea a costituire il punto di riferimento dell'articolazione condizionale di parte.

Veniamo quindi ad affrontare il problema dell'ammissibilità della graduazione delle questioni meritali.

CAPITOLO II

L'AMMISSIBILITÀ DELLA GRADUAZIONE

SOMMARIO: 1. La posizione dell'attore. Graduazione delle questioni di merito e *Dispositionsmaxime*. Inidoneità del principio dispositivo sostanziale a fondare il potere di graduazione delle questioni. Il rapporto di complementarità tra le ipotesi di cumulo condizionale di domande e di cumulo condizionale di questioni. – 2. Le domande autodeterminate. Le domande aventi a oggetto il diritto di proprietà, diritti reali di godimento e diritti assoluti. Le domande aventi a oggetto diritti reali di garanzia. Le domande aventi a oggetto diritti di credito a una prestazione specifica. Le domande aventi a oggetto diritti di credito a una prestazione generica e la loro qualificazione in termini di domanda eterodeterminata. – 3. *Segue*. Le domande eterodeterminate. Le teoriche per cui la domanda è in ogni caso identificata dal *petitum*. La possibile riconduzione delle domande aventi a oggetto il diritto a una prestazione generica al *genus* delle domande autodeterminate. Concorrenza, e quindi ipotetica graduabilità, di fattispecie costitutive anche rispetto alle domande (generalmente ritenute) eterodeterminate. – 4. Graduazione delle questioni di merito e *Verhandlungsmaxime*. Inidoneità del principio dispositivo processuale a fondare il potere di graduazione delle questioni. Conferma alla luce del condizionamento di impugnazioni e di domande giudiziali. – 5. L'interesse alla graduazione. Interesse meramente soggettivo: esclusione. Necessaria sussistenza di un interesse oggettivo e giuridicamente rilevante. Assume centralità la portata effettuale della sentenza. – 6. L'efficacia dichiarativa della pronuncia giudiziale. Esclusione della sua rilevanza ai fini dell'indagine. La portata oggettiva del giudicato e la sua latitudine effettuale. L'incidenza del motivo portante. – 7. Le assunzioni degli interpreti circa l'attore graduante. Le posizioni della dottrina tedesca e italiana. La tendenziale esclusione di un condizionamento attoreo. Il limitato riconoscimento di una possibile utilità rinveniente all'attore graduante, in particolare rispetto ai diritti dipendenti da quello *sub iudice*. – 8. Il principio della legittimazione alla graduazione. Il necessario riferimento della graduazione attorea alla pronuncia di accoglimento della domanda giudiziale. Inaccettabilità delle tesi che prospettano un condizionamento delle questioni da parte dell'attore in vista del rigetto della domanda giudiziale. Focalizzazione dell'indagine sull'attore graduante fatti costitutivi in vista della pronuncia di accoglimento della domanda; l'attore graduante eccezioni: rinvio. Sussistenza di un interesse attoreo alla graduazione dei fatti costitutivi, in relazione alla portata precettiva manifestata dalla sentenza rispetto al contegno futuro delle parti funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata. – 9. *Segue*. Graduazione attorea e oggetto del processo. La portata precettiva della pronuncia di accoglimento, rispetto alla quale si manifesta un interesse attoreo alla graduazione, è riferibile allo stesso diritto dedotto nel processo. – 10. *Segue*. Graduazione attorea e fatto costitutivo. Il fatto

esula dall'oggetto del giudizio, ma è idoneo a venire in rilievo rispetto alla portata della sentenza ed è quindi suscettibile di condizionamento. – 11. La posizione del convenuto. La graduazione delle eccezioni. Il convenuto graduante fatti costitutivi: rinvio. – 12. Graduazione del convenuto ed eccezioni in senso stretto. La caratteristica qualificante dell'eccezione riservata, rinvenibile nella strutturale disponibilità degli effetti oggetto di eccezione, non rileva rispetto all'ammissibilità della graduazione. Il carattere riservato dell'eccezione non vale di per sé a giustificare un potere di condizionamento del convenuto. – 13. Applicazione al convenuto del principio della legittimazione alla graduazione. Il necessario riferimento della graduazione del convenuto alla pronuncia di rigetto della domanda giudiziale. La pronuncia di rigetto è priva dell'efficacia precettiva riscontrata rispetto a quella di accoglimento. – 14. L'efficacia processuale della pronuncia di rigetto. Equipollenza, in tale limitata prospettiva, delle eccezioni del convenuto e assenza di interesse alla graduazione. – 15. La portata sostanziale della pronuncia di rigetto, in relazione al medesimo diritto oggetto di causa. Il giudicato *zur Zeit* e le relative eccezioni. Graduabilità. – 16. *Segue*. La portata sostanziale della pronuncia di rigetto, in relazione a diritti diversi da quello oggetto di causa. Le eccezioni che implicano attuazione del diritto *sub iudice*. Adempimento e novazione: graduabilità soltanto qualora sia proposta domanda riconvenzionale. Compensazione: graduabilità. – 17. *Segue*. Le altre eccezioni. La necessaria «immissione» nel processo del diritto al quale si riferisce l'interesse del convenuto alla graduazione. La necessaria proposizione di domanda riconvenzionale. Applicazione dei risultati raggiunti. – 18. L'attore graduante eccezioni e il convenuto graduante fatti costitutivi. Le azioni di accertamento negativo e le azioni impugnatorie. L'oggetto dell'azione di accertamento negativo: diritto o questioni. L'interesse al condizionamento del convenuto graduante fatti costitutivi e dell'attore che impugni l'atto di esercizio di un potere sostanziale. – 19. Rilievi di sintesi.

1. *La posizione dell'attore. Graduazione delle questioni di merito e Dispositionsmaxime. Inidoneità del principio dispositivo sostanziale a fondare il potere di graduazione delle questioni. Il rapporto di complementarità tra le ipotesi di cumulo condizionale di domande e di cumulo condizionale di questioni*

Come preannunciato in chiusura del precedente capitolo, l'analisi prefissata si svolgerà distinguendo la posizione dell'attore e la posizione del convenuto.

Prendiamo le mosse da quella attorea.

La prima area che, rispetto al fondamento, e quindi all'ammissibilità, del potere di graduazione delle questioni di merito da parte dell'attore è stata oggetto della riflessione degli interpreti è quella (accedendo a risalenti categorie della cui perdurante valenza classificatoria giustamente si dubita, ma tuttora evocative) della c.d. *Dispositionsmaxime*, o principio dispositivo

sostanziale¹. Si tratta, com'è noto, del generalissimo principio secondo il quale, da un lato, il giudice non può pronunciarsi in ordine a un determinato diritto senza che l'interessato abbia richiesto la relativa tutela (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*); e, dall'altro lato, spetta ugualmente alle parti determinare i limiti oggettivi del giudizio (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*)².

E invero, in linea generale, la giustificazione del potere di condizionamento delle *domande giudiziali*³ è «tratta dal principio dispositivo, che così

¹In tema, cfr. già *supra*, cap. I, § 8, nell'ambito di una serie di rilievi sul rapporto tra graduazione e allegazione.

²Entrambi i profili sono stati oggetto di dense riflessioni della nostra dottrina, a partire dai già citati fondamentali contributi di T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, cit., p. 695 ss. e M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, cit., p. 303 ss.; ai quali va aggiunto E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 551 ss. Cfr. anche F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da F. Carnelutti, Napoli, 1958, p. 93, che così si esprime rispetto al principio della domanda: «Prima di tutto le parti denunciano al giudice il loro disaccordo. Il disaccordo, abbiamo veduto, è il disordine, che reclama l'intervento del giudice. Dov'è accordo è ordine, e dov'è ordine il giudice non deve intervenire, non solo perché il suo intervento sarebbe inutile ma pure perché sarebbe pericoloso. Il giudizio, ricordiamolo, è un surrogato dell'accordo; e una medicina propinata ad un sano non solo non gli giova ma gli può essere nociva. Il giudice, dunque ha bisogno delle parti, non solo per sapere se esse hanno bisogno di lui, ma in quali limiti ne hanno bisogno. Non solo dunque *nemo iudex sine actore*, ma altresì *ne eat iudex ultra petita partium*». In tema, si richiamano anche G. VERDE, *Domanda (principio della)*, I *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, 4ª ed., Bologna, 2015, p. 83 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 268 ss.; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 95 ss.; B. CAVALLONE, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 289 ss.; A. CARRATTA, *sub art. 112*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1 ss. Cfr. anche B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 99 ss., 102 ss., ove i rilievi per cui «la *Dispositionmaxime*, più che una regola processuale semplice ed autonoma, si rivela in ultima analisi come un agglomerato di regole processuali e sostanziali, capace di apparire come alcunché di unitario soltanto sotto il profilo delle identiche conseguenze che produce sul piano del diritto privato la abolizione o l'attenuazione di una qualsiasi di esse», «doendosi senz'altro aderire, sotto questo profilo, all'opinione che annovera tra quelle conseguenze la scomparsa o l'affievolimento della nozione stessa del diritto soggettivo».

³E quindi di un'entità diversa e – in senso atecnico – «più ampia», di quella qui indagata; e tuttavia spesso assurta a punto di riferimento rispetto all'analisi del condizio-

come vale a riservare all'attore la scelta sul se proporre una domanda in giudizio, del pari riserva alla sua volontà la possibilità di stabilire un *ordine* vincolante per il giudice nella decisione di una pluralità di domande⁴, e ciò anche nel caso in cui il principio di economia processuale suggerisca un percorso diverso⁵. Ne discende che, «le volte in cui la parte attrice abbia proposto in *simultaneus processus* più domande ponendo fra di esse appositi nessi di subordinazione, volti a dettare l'ordine e le condizioni, alla stregua delle quali tali domande vanno (gradatamente) esaminate e decise dal giudice»⁶, «nell'ordine preferenziale di decisione indicato dalla parte si rinviene un vincolo dal quale il giudice non può prescindere senza incorrere nella violazione dell'art. 112 cod. proc. civ.»⁷, e quindi del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. L'*ordo decidendi* di plurime domande cumulate è quindi ritenuto «tendenzialmente sottratto ad una scelta del giudice e soggetto, in forza del principio dispositivo, alla volontà delle parti»⁸.

namento delle altre entità processuali (la stessa analisi svolta nel primo capitolo, soprattutto in relazione alla nozione di graduazione delle questioni meritali, conferma la circostanza).

⁴ Così E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 120.

⁵ Cfr. E. MERLIN, *op. loc. cit.*: «Se l'attore ha proposto sia una domanda di risoluzione sia, in via subordinata, una domanda di annullamento del contratto e quest'ultima sia già in condizione di essere decisa (perché i fatti ad essa relativi sono già istruiti) e "liquida", il giudice non può invertire l'ordine di decisione fra le due domande e deve comunque pronunciarsi prima sulla domanda di risoluzione».

⁶ A. CARRATTA, *sub art. 112*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 175.

⁷ *Ibidem*.

⁸ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 88, nota 172. Cfr. anche A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 333, nell'ambito di una serie di riflessioni sul *Konventionalprozess*: «Si pensi al complesso fenomeno della graduazione, semplice o condizionata, delle domande e delle eccezioni già attentamente scandagliato nella letteratura [...]. Al di là di altre considerazioni che ora non rilevano, attinenti all'operatività concreta e ai limiti della stessa graduazione rimessa alla volontà delle parti, appare evidente come laddove si attribuisce alle stesse di compiere quei condizionamenti, si viene nel contempo ad ammettere una scansione procedimentale dettata dalla parte tuttavia vincolante il giudice nell'esercizio della sua potestà decisoria»; il che «emerge già con nettezza – si crede – nelle domande condizionate (ma il profilo può risultare, si potrebbe dire, oscurato dal collegamento forte tra domanda e potere dispositivo della parte, sicché può apparire dimidiata l'efficacia persuasiva dell'argomento) [...], correlativamente nel potere riconosciuto al convenuto di sciogliere nel cumulo proprio quella graduazione per giungere ad una decisione nel merito».

Ciò detto, è peraltro appena il caso di aggiungere che il richiamo del principio dispositivo quale esaustiva giustificazione del cumulo condizionale di domande giudiziali dipende essenzialmente dalla ricostruzione che si intenda accreditare in relazione al cumulo stesso, avuto particolare riguardo alla strutturazione della domanda condizionata.

Al riguardo occorre premettere che, rispetto alle diverse teoriche prospettabili, va esclusa quella della litispendenza *sospensivamente* condizionata al momento dell'avverarsi dell'evento condizionante, secondo la quale la domanda condizionatamente proposta potrebbe essere considerata pendente soltanto nel momento in cui sia venuto in essere il nesso condizionale dedotto dalla parte interessata. E invero, la posticipazione della litispendenza, e dei relativi effetti, non potrebbe che dar luogo a una situazione processuale caratterizzata da plurime «abnormità»⁹. In particolare, in difetto di pendenza della domanda proposta sotto condizione (essendo la stessa, appunto, sospensivamente condizionata), la medesima domanda ben potrebbe essere nel contempo avanzata davanti ad altro giudice, con la conseguenza che, una volta avveratasi la condizione, e divenuta definitivamente pendente la domanda condizionata, la stessa sarebbe destinata alla declaratoria di inammissibilità in ragione dell'intervenuta – insorta in *successivo* giudizio – litispendenza¹⁰. Nello stesso senso, «a cascata», potrebbero affacciarsi incongrue conseguenze avuto riguardo alla successione a titolo particolare nel diritto controverso, che provocherebbe, in difetto dell'applicabilità della previsione di cui all'art. 111, comma 1, c.p.c., il rigetto in rito della domanda sospensivamente condizionata per difetto di legittimazione¹¹; oppure, ancora, in relazione all'inapplicabilità delle prov-

⁹In questi termini, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 44.

¹⁰Così, infatti, C. CONSOLO, *op. loc. cit.*: «Non essendosi verificata la pendenza della causa davanti al giudice adito, la medesima domanda potrebbe essere liberamente proposta davanti ad un altro giudice, senza che a ciò possa frapporre ostacolo l'istituto della litispendenza. Ammissibilmente (ri-)proposta la stessa domanda davanti al secondo giudice, avremo piuttosto che proprio la domanda proposta *prior tempore* – quando infine essa divenga decidibile, e cioè al verificarsi dell'evento dedotto in condizione – dovrebbe essere rigettata per inammissibilità [...] a motivo della intercorsa litispendenza a favore del processo posteriore ma validamente instauratosi ciò nondimeno (a meno di ipotizzare una efficacia retroattiva del verificarsi della condizione sospensiva nel primo processo, con conseguenze comunque incongrue, quali la *sopravvenuta* inammissibilità della seconda domanda)».

¹¹Cfr. ancora C. CONSOLO, *op. cit.*, pp. 44-45: «Inapplicabile potrebbe, inoltre, risulta-

videnze di cui all'art. 5 c.p.c., che relega nell'irrelevanza i mutamenti (normativi o fattuali) che siano successivi alla proposizione della domanda¹².

Gli inconvenienti insiti in una ricostruzione che si basi su una pendenza della lite sospensivamente condizionata non ricorrono, per contro, laddove si ritenga che la domanda sottoposta a condizione penda anch'essa immediatamente, e pienamente, ma sia *risolutivamente* condizionata rispetto all'esito decisorio della domanda *principaliter* svolta. Limitatamente a quanto qui rileva¹³, ponendosi in tale ottica il potere di condizionamento dell'attore appare pianamente riconducibile al principio dispositivo sostanziale. E invero, «attraverso la proposizione, accanto alla prima domanda, di una ulteriore domanda giudiziale, la cui pendenza però viene sottoposta ad una condizione risolutiva, sostanzialmente si opererebbe una scelta proprio quanto al (finale) carattere cumulativo o meno del giudizio, quanto al numero di domande con cui è destinata a confrontarsi la richiesta decisione; una scelta, così, di esclusiva pertinenza dell'attore appunto in base al principio della domanda»¹⁴. In tale prospettiva, il condizionamento di domande si risolve in «uno dei modi in cui l'attore può dedurre in giudizio una richiesta *quantitativamente più ridotta* rispetto a quella che egli crede di potere vantare sul piano del diritto sostanziale, sottoponendo così al giudice una domanda complessivamente *meno estesa*, come sicuramente a lui è consentito proprio dalla piena vigenza del principio dispositivo "sostanziale" nella determinazione, non solo dell'*an*, ma pure dell'ampiezza oggettiva del processo»¹⁵. Se il condizionamento si risolve nella definizione «quantitativa» della latitudine dell'iniziativa giudiziale dell'attore, il principio della domanda può legittimamente assurgere a esaustiva giustificazione

re l'istituto della successione a titolo particolare nel diritto controverso, ove la posizione giuridica dedotta in giudizio venga ceduta nel periodo intercorrente fra il momento della proposizione della domanda (sospensivamente condizionata) e quello in cui si verifica l'evento dedotto in condizione. Non essendosi avviata la litispendenza, non pare infatti potersi propriamente ravvisare un trasferimento avvenuto "nel corso del processo" (art. 111, 1° co., c.p.c.); per conseguenza non potrebbe permanere la legittimazione della parte originaria, aprendosi così la via ad una pronuncia, anche sotto questo profilo, di rigetto in rito».

¹² Cfr. ancora C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 45.

¹³ A prescindere dai rilievi critici che possono essere mossi anche rispetto alla teorica della litispendenza risolutivamente condizionata, sui quali si tornerà a breve nel testo.

¹⁴ Così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 269-270.

¹⁵ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 270.

del potere ascritto alla parte di declinazione delle richieste rassegnate *apud iudicem*.

Mette conto peraltro aggiungere che quella che precede non è l'unica possibile ricostruzione del fenomeno del cumulo condizionale di domande. A fronte delle possibili aporie che potrebbero adombrarsi anche in relazione a una litispendenza risolutivamente condizionata – tra le quali soprattutto quella riconducibile all'insussistenza di un effettivo vincolo del giudice a giudicare per prima la domanda *principaliter* formulata¹⁶ –, si è prospettato che, in caso di cumulo condizionale di domande giudiziali, sia soggetta a condizione soltanto l'*attuale decidibilità del merito* della domanda svolta in via graduata, con la conseguenza che «la pendenza “generica” di tale domanda, la presa di contatto del giudice con essa, si verifica immediatamente in modo incondizionato»¹⁷; e con la precisazione che una delle ragioni per le quali il dovere decisorio di merito potrebbe essere declinato, con definizione in rito della domanda subordinata, è rinvenibile «proprio nella avvenuta decisione della domanda principale nel senso che, alla stregua dello specifico nesso di condizionalità impresso dalla parte al cumulo, implica l'assorbimento della domanda subordinata»¹⁸. La pronuncia di assorbimento chiude la pendenza della domanda ausiliaria.

¹⁶Cfr. ancora C. CONSOLO, *op. cit.*, pp. 64-65: «Ove la struttura del cumulo condizionale consistesse effettivamente nella apposizione di una condizione risolutiva alla domanda che si intende proporre in via eventuale – caratterizzandone così la pendenza in termini di risolubilità al verificarsi di un dato evento –, e supposto altresì che ad essa l'ordinamento riconosca piena validità ed operatività, ebbene potrà realmente affermarsi che con ciò sia predisposto un meccanismo di vincoli e condizionamenti all'operato del giudice di per sé idoneo a garantire che la seconda domanda venga decisa solo dopo la prima e solo se la decisione di essa avvenga in un determinato senso? La risposta a questo interrogativo veramente basilare mi pare debba essere negativa. Per chi infatti si ponga senza prevenzioni ad indagare quali risultati garantisca la situazione di risolubilità in cui si concepisce che versi la litispendenza della seconda domanda – situazione che, secondo la ricostruzione in esame, costituisce il *proprium* strutturale della figura del cumulo eventuale – apparirà chiaro che un unico obiettivo è effettivamente assicurato: la seconda domanda non potrà *più* essere decisa una volta che la prima sia stata definita in un certo senso. Ma con ciò le esigenze dell'attore non risultano certo soddisfatte appieno: nulla infatti precluderebbe al giudice – alla stregua di tale ricostruzione del funzionamento del nesso di condizionalità – di dare innanzitutto una decisione alla domanda proposta in via condizionale, stante la sua immediata, piena litispendenza; ciò, almeno, nei casi in cui gli eventuali nessi di diritto sostanziale fra le due domande consentano che la decisione della seconda domanda avvenga anticipatamente rispetto a quella della prima».

¹⁷C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 262.

¹⁸C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 263.

Orbene, accedendo a tale impostazione, il potere di condizionamento attoreo non potrebbe trovare giustificazione *sic et simpliciter* nel principio della domanda: in tale prospettiva, non viene in questione la portata «quantitativa» della richiesta dell'attore e il relativo condizionamento non è visto in termini di sua «*deminutio*». Laddove si accrediti l'impostazione in questione, verrebbe in rilievo, più che il principio dispositivo sostanziale, il potere dell'attore di stabilire «*in quale modo*, ed in sostanza con quali conseguenze in ordine ai poteri attribuiti al giudice, debba specificamente avvenire la deduzione e trattazione in giudizio del diritto che si vanta»¹⁹; e quindi un'area ricondotta dagli interpreti, non già alla *Dispositionsmaxime*, bensì al principio dispositivo in senso processuale – c.d. *Verhandlungsmaxime* –, da intendersi appunto alla stregua del potere delle parti di determinare «il corso meramente interno o formale»²⁰ del procedimento.

Si tornerà in seguito sul rapporto tra potere di graduazione (delle questioni meritali) e *Verhandlungsmaxime*²¹. Basti per ora osservare che, anche per quanto concerne la domanda giudiziale, il principio di disposizione sostanziale potrebbe essere ritenuto inidoneo a giustificare *toto coelo* il potere di subordinazione, suscettibile di essere riguardato sotto il profilo della latitudine della tutela richiesta (e quindi nell'area di applicazione della *Dispositionsmaxime*), ma anche sotto il distinto profilo dell'*ordo procedendi* (e quindi nell'area riconducibile alla *Verhandlungsmaxime*).

Ciò detto, e venendo al diverso aspetto qui indagato, e quindi al profilo del condizionamento dell'entità processuale «questione di merito», esso può essere senz'altro escluso dall'area applicativa del principio dispositivo sostanziale.

¹⁹ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 275.

²⁰ Così M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, cit., p. 308. In tema, si richiamano B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 99 ss.; ID., *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 289 ss.; C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 268 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 335 ss.; A. CARRATTA, *sub art. 112*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 26 ss.; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, p. 113 ss. Sul principio *de quo* in relazione alle allegazioni condizionate, v. anche H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 109 ss. (ove una serie di riflessioni sulle quali si tornerà *infra*, nel testo).

²¹ V. *infra*, § 4.

In primo luogo, posto che il condizionamento di questioni è da riferirsi ai fatti di causa, occorre richiamare che, come si è già avuto modo di osservare²², rispetto a essi (quand'anche costitutivi), «il monopolio delle parti nell'allegazione non trovi il proprio fondamento nel principio di corrispondenza fra chiesto e deciso e di disposizione sostanziale come invece è appunto per l'affermazione del diritto per mezzo della domanda»²³.

In proposito, note sono le considerazioni espresse dall'autorevole dottrina che, nell'ambito di un'articolata indagine sistematica sulla valenza del sapere delle parti nella dinamica processuale, ha rilevato che l'allegazione dei fatti principali dovrebbe essere collocata nella stessa categoria alla quale appartiene la domanda giudiziale; evidenziando in tal senso che «il “fatto giuridico”, come è la causa di ogni diritto (*ex facto oritur jus*), così è la causa dell'azione, che da quello viene ad essere “individuata”: soltanto mediante l'allegazione del fatto, che è posto a fondamento di una data conseguenza giuridica fatta valere in giudizio, si precisano, nel loro necessario elemento causale, la *res in iudicium deducta* (“*Streitgegenstand*”) e con essa la *res iudicanda* (“*Entscheidungsgegenstand*”)»²⁴, e altresì che, «se al soggetto privato, in conseguenza del carattere privato del diritto soggettivo, deve spettare il potere monopolistico di chiederne la tutela giurisdizionale, sembra evidente che detto potere debba estendersi anche a quell'atto, l'allegazione, dal quale la domanda risulta appunto identificata, individuata in uno dei suoi momenti essenziali»²⁵.

Pur tuttavia, come dimostrato dai successivi studi della materia, la più persuasiva ricostruzione è quella secondo la quale «i fatti non sono mai oggetto del giudizio (salve talune disperate ipotesi occasionali), poiché tale è solo il diritto sostantivo vantato e poiché i fatti hanno solo un rilievo strumentale attinente alla identificazione della domanda a volte e al giudizio di sua fondatezza (trattandosi di fatti principali) sempre»²⁶. Il tutto con la conseguenza che, in disparte il profilo dell'identificazione della domanda, che tra l'altro non pertiene la nostra indagine, afferente a fatti privi di rilie-

²² Cfr. *supra*, cap. I, § 8.

²³ C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 70.

²⁴ M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, cit., p. 331.

²⁵ M. CAPPELLETTI, *op. loc. cit.* Rispetto a tale passaggio di Cappelletti, cfr. anche A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 380.

²⁶ C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 70.

vo identificatore²⁷ – e rispetto al quale vale comunque la notazione che «le ragioni che spingono l'ordinamento a pretendere l'indicazione del fatto costitutivo nella domanda giudiziale, riguardano esclusivamente (ed eventualmente) scelte di tecnica processuale: maggiore celerità della decisione, interesse del convenuto a predisporre una linea di difesa bastantemente articolata, preparazione e fissazione del materiale di causa, asimmetrie informative *etc.*»²⁸ –, «ogni altra indicazione fattuale attiene alla fondatezza della domanda e pertanto, su questo piano, il regime sarà omologo per i fatti principali, per quelli secondari, in genere per ogni iniziativa istruttoria nel corso del processo»²⁹.

In questo quadro, è evidente che il principio dispositivo sostanziale, non concernendo l'area fattuale, ivi inclusa quella dei fatti giuridici principali, non possa nemmeno assurgere a bastevole fondamento del condizionamento delle questioni meritali.

Né, è appena il caso di aggiungere, la conclusione che precede potrebbe uscire scalfita dal confronto con l'assunto, emerso nella pregressa indagine sulla graduazione, per cui la richiesta di condizionamento si risolve in un'*istanza*, svolta dalla parte interessata, di applicazione dell'effetto in via gradata³⁰. Da un lato, e come già incidentalmente rilevato³¹, altro è la domanda giudiziale, da intendersi quale atto di affermazione del diritto soggettivo dedotto nel processo, altro è l'istanza di graduazione. Il che, tra l'altro, risulta di plastica evidenza laddove l'istanza di graduazione sia un atto endoprocedimentale, materialmente distinto dall'atto di proposizione della domanda giudiziale; vale al riguardo l'osservazione per cui «il principio della domanda si correla esclusivamente all'atto introduttivo del processo e alla deduzione in giudizio dei diritti [...], non anche agli atti endoprocedimentali»³², «la cui dinamica è demandata alle norme processuali, le quali sole regolano i presupposti di operatività e svolgimento delle situazioni che si creano e si sviluppano all'interno del processo»³³. Ma è predicabile anche nell'eventualità in cui l'atto introduttivo del giudizio con-

²⁷ Cfr. *supra*, cap. I, §§ 8, 10 e 11.

²⁸ Così A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Art. 2907, cit., p. 383.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cfr. *supra*, cap. I, §§ 8, 10, 11 e 15.

³¹ Cfr. *supra*, cap. I, § 15.

³² Così A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Art. 2907, cit., p. 62.

³³ A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 377.

tenga, oltre alla domanda giudiziale, anche fatti dedotti dall'attore in via condizionata, trattandosi di dato contingente, come tale inidoneo a obliterare l'evidenziata alterità dell'istanza rispetto alla domanda giudiziale.

Non è inutile aggiungere che, anche nella dottrina tedesca sul condizionamento delle questioni meritali, allorché si è fatto espresso riferimento alla *Dispositionsmaxime*³⁴, ciò è avvenuto appunto per sottolineare come, di regola, la graduazione postuli un'iniziativa di parte (essendo, in difetto, il giudice libero di considerare quale questione porre a fondamento della sua decisione)³⁵, e non già per fondarne l'ammissibilità del condizionamento (indagata considerando altri e diversi profili del fenomeno della graduazione, tra l'altro usualmente ricondotti alla figura del *convenuto*, tema sul quale si tornerà diffusamente nel prosieguo).

Ancora, e a conferma dell'inermità del richiamo al principio della domanda rispetto al tema che ci occupa, va aggiunta la notazione che, in caso di plurime allegazioni condizionate di fatti costitutivi da parte dell'attore, la domanda non può che essere – affinché il problema assurga a una propria, autonoma, dignità – *unica*; ché altrimenti si verserebbe nell'area, fatalmente distinta, del cumulo condizionale di *domande* giudiziali. Si è in questo senso puntualmente rilevato che, laddove si invochi il principio dispositivo a sostegno della ammissibilità della graduazione di questioni, «si

³⁴ Da parte di W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, cit., p. 168.

³⁵ Cfr. il paragrafo «Bedeutung der Dispositionsmaxime» del richiamato scritto di Grunsky: «Die vorstehend entwickelte Auffassung bedeutet nicht, daß das Gericht notwendigerweise jedem in Betracht kommenden Abweisungsgrund nachgehen und darüber entscheiden muß. Zumindest dann, wenn seiner Auffassung nach ein zur endgültigen Klageabweisung führender Grund vorliegt, kann sich das Gericht auf diesen beschränken und braucht weiteren Gründen unabhängig davon nicht nachzugehen, ob sie ebenfalls zu einer endgültigen oder nur zu einer Abweisung als zur Zeit unbegründet führen würden. Wichtig ist weiter, daß es Sache der Parteien ist, ob sie auf einem bestimmten Abweisungsgrund oder auf mehreren solcher Gründe bestehen. Dabei handelt es sich um einen Ausfluß der Dispositionsmaxime. Von der Partei, die auf einen bestimmten Abweisungsgrund Wert legt, kann und muß erwartet werden, daß sie einen dahingehenden Antrag stellt. Geschieht dies nicht, so ist das Gericht frei darin, auf welchen Abweisungsgrund es sein klageabweisendes Urteil stützt. Insbesondere ist es nicht daran gehindert, von der Klärung eines möglicherweise gegebenen endgültigen Abweisungsgrundes abzusehen und statt dessen einen Abweisungsgrund heranzuziehen, der nur zu einer Abweisung als zur Zeit unbegründet führt» (W. GRUNSKY, *op. loc. cit.*). In sintesi, in difetto di richiesta di parte, si riespande la libertà del giudice di individuare il motivo (di rigetto) da porre a fondamento della sua decisione (a prescindere dalla sua natura e, in particolare, dalla sua preclusività rispetto alla riproposizione dell'azione).

tratterebbe [...] di un profilo dello *Verhandlungsgrundsatz*»³⁶, e «non ovviamente del principio della domanda, *in thesi unica*»³⁷. È possibile discettare della graduazione dell'entità processuale «questione», ed è possibile farlo in relazione all'attore, se e nella misura in cui si ammetta un potere di condizionamento *nell'ambito dell'unica domanda*, pena altrimenti ricadere nella casistica del cumulo condizionale di domande³⁸.

A ben vedere, il cumulo condizionale di allegazioni e il cumulo condizionale di domande evidenziano, sotto i profili dell'oggetto del giudizio e dell'identificazione della domanda giudiziale, un rapporto che non è quello del parallelismo, ma, al contrario, della *complementarità*: l'uno inizia dove termina l'altro, e viceversa. Si intende rilevare come, a seconda delle conclusioni che si ritenga di accreditare sul concetto di *Streitgegenstand* e sull'identificazione della domanda giudiziale, l'area del primo fenomeno (graduazione delle allegazioni) si espanda rispetto a quella del secondo (graduazione delle domande), o, all'opposto, si riduca rispetto a quest'ultimo. In particolare, se l'interprete adotti una posizione che riduca la rilevanza del fatto costitutivo rispetto all'identificazione della domanda (e accentui di converso quella del *petitum*³⁹), diminuiranno conseguentemente le ipotesi di cumulo di domande e aumenteranno quelle di cumulo di allegazioni; se, per contro, l'interprete adotti una posizione che incrementi la rilevanza del fatto generatore rispetto all'identificazione della domanda (riducendo di converso quella del *petitum*), avverrà l'opposto, e quindi aumenteranno le ipotesi di cumulo di domande, a discapito di quelle di

³⁶C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 476.

³⁷*Ibidem*.

³⁸Cfr. anche il già riportato passaggio di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 333, il quale, nel rilevare che, qualora si attribuisca alle parti il potere di accedere al condizionamento, si riconosce alle parti stesse un significativo spazio di autonomia nella regolamentazione del processo, aggiunge che, in caso di domande condizionate, «il profilo può risultare, si potrebbe dire, oscurato dal collegamento forte tra domanda e potere dispositivo della parte, sicché può apparire dimidiata l'efficacia persuasiva dell'argomento», che per contro acquista rilievo pregnante (sempre nell'ottica del *Konventionalprozess*) «nella graduazione dei fatti costitutivi e delle eccezioni». Al contrario del condizionamento tra domande giudiziali, la graduazione di fatti costitutivi (ed eccezioni) non può essere ricondotta *sic et simpliciter* al principio della domanda.

³⁹Per recenti, articolate, riflessioni in senso critico rispetto al ruolo del fatto generatore nell'identificazione della domanda giudiziale, v. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 451 ss. (sulla cui posizione cfr. anche D. VOLPINO, *Introduzione della causa*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2019, p. 125, testo e nota 329). Si tornerà su tali profili nei paragrafi che seguono.

cumulo di questioni. A titolo esemplificativo: se la fattispecie costitutiva «vendita» (artt. 1470 ss. c.c.) e la fattispecie costitutiva «usucapione» (artt. 1158 ss. c.c.) siano ritenute prive di rilevanza rispetto all'identificazione della domanda di accertamento, o rivendicazione, della proprietà di un determinato bene, allora si potrà ipotizzare un cumulo eventuale di fattispecie costitutive (vendita e usucapione, appunto), e non già di domande; se per contro si opini che le fattispecie *de quibus* valgano a identificare due distinte domande giudiziali, allora il cumulo sarà appunto di domande, e non già allegatorio. La graduazione delle questioni meritali si pone, dunque, rispetto al cumulo condizionale di azioni, «in una relazione che potrebbe definirsi di contiguità retta da regole complementarietà, logico-giuridica [...]: l'insieme delle ipotesi di cumulo di distinte domande in un unico processo, dunque di giudizio oggettivamente cumulativo, può risultare più o meno ampio e nutrito in funzione variabile della definizione che si ritenga di poter accogliere in tema di oggetto del giudizio e criteri di identificazione delle domande giudiziali; così, quando si muova da impostazioni volte a negare, o comunque comprimere ed attenuare, il rilievo identificatore del fatto costitutivo (*causa petendi*) del diritto fatto valere, accentuando piuttosto (ed eventualmente esclusivamente) il ruolo del *petitum* [...], si otterrà, da un lato, una restrizione della gamma di ipotesi di cumulo di domande – tali risultando solo i casi di pluralità di *petita* –; per converso, si darà più frequentemente l'ipotesi di processi relativi ad una unica domanda, caratterizzati cioè da un solo *petitum*, fondata tuttavia su una varietà di fatti costitutivi, ciascuno di per sé idoneo a sorreggere la richiesta di tutela giudizialmente perseguita»⁴⁰. In sintesi, la graduazione di

⁴⁰C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 464 s. Cfr. anche ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., p. 239 (in relazione alle teoriche espresse da Menchini nella sua monografia sui limiti oggettivi del giudicato civile): «Ampliati alquanto divengono gli spazi per le allegazioni alternative di differenti fatti costitutivi non identificatori nell'ambito della stessa domanda; ed anche per allegazioni subordinate ove si sia disposti a sviluppare (in termini zeuneriani, ovvero sganciati da un previo allargamento dell'oggetto del giudizio) una differenziazione della portata del giudicato in funzione sia del motivo portante (ovvero dei caratteri del singolo fatto costitutivo assentito nel primo giudicato), sia dell'oggetto del nuovo processo in ipotesi pregiudicando sotto tale profilo [...]. Si riduce correlativamente, in aderenza quasi completa alle linee della impostazione di Gerogiades e Cerino Canova, il campo di applicazione per il concorso di pretese e così anche per un processo con cumulo di domande, alternativo o condizionale, che potrà trovare applicazione – nella forma, per noi, allora, del solo cumulo subordinato – eminentemente nei casi di concorso alternativo od elettivo fra diritti aventi un diverso *petitum* pur se astretti da una comunanza di scopo

questioni meritali è predicabile soltanto in relazione a una domanda giudiziale unica, il cui confine può essere identificato a prescindere dalle sue eventualmente plurime – e *in thesi* graduabili – ragioni generatrici. Ne risulta confermato che l'ipotesi di cumulo condizionale di questioni non è in alcun modo sovrapponibile alla distinta fattispecie del cumulo di domande giudiziali, e che, di conseguenza, il principio dispositivo sostanziale non può essere riguardato come fattore giustificativo «estensibile» *tout court* dal condizionamento di domande a quello di allegazioni meritali.

Conclusivamente, la graduazione delle allegazioni su iniziativa della parte attrice non può trovare la propria ragion d'essere nel, e dunque fondare la propria ammissibilità sul, principio dispositivo sostanziale (o *Dispositionsmaxime*).

2. *Le domande autodeterminate. Le domande aventi a oggetto il diritto di proprietà, diritti reali di godimento e diritti assoluti. Le domande aventi a oggetto diritti reali di garanzia. Le domande aventi a oggetto diritti di credito a una prestazione specifica. Le domande aventi a oggetto diritti di credito a una prestazione generica e la loro qualificazione in termini di domanda eterodeterminata*

L'analisi che precede permette di svolgere una serie di ulteriori puntualizzazioni rispetto all'indagine sul condizionamento attoreo.

In particolare, è emerso che la principale area che viene in rilievo rispetto al fenomeno della graduazione, da parte dell'attore, di mere *questioni*, nell'ambito della *medesima domanda* giudiziale, è quella – mutuando un'invalsa classificazione che affonda le sue radici nel diritto romano⁴¹ ed è fatta

economico (es. redibitoria ed estimatoria, risoluzione per inadempimento ed azione di adempimento)».

⁴¹ Cfr., per tutti, e anche per ulteriori riferimenti, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907, cit.*, p. 454, testo e nota 295, ove il richiamo al noto frammento di Paolo, per cui *amplius quam semel res mea esse non potest* (con la precisazione che lo stesso Paolo, «sempre nel libro 70 *ad edictum*, completa l'indicazione affermando che: “*Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse*”»), nonché a Ulpiano («*Utpote opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere: mutavit opinionem et coepit putare ex causa donationis: haec res non parit petitionem novam, nam quaecumque et undecumque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit*»); dello stesso Autore l'annotazione che «tale posizione, per quanto a volte rimasta sottotraccia e non sempre adeguatamente sviluppata dalla dottrina, costituisce

propria dalla maggioranza degli interpreti⁴² – delle domande c.d. *autodeterminate*⁴³.

Di esse, come noto, la fattispecie paradigmatica è quella relativa al diritto di proprietà: «Le sole note di struttura, date dai soggetti e dal contenuto dell'affermazione, individuano il potere esclusivo del titolare su di un bene, e ciò senza che rilevi [...] il titolo d'acquisto su cui si fonda l'attuale posizione di dominio»⁴⁴. Discorso analogo vale ovviamente per i diritti reali di godimento: usufrutto, uso, abitazione, enfiteusi e superficie, nonché, ancora, i diritti di servitù⁴⁵.

Inoltre, dovrebbero essere annoverati nella categoria di cui trattasi «le altre situazioni sostanziali cosiddette assolute: gli *status* e i diritti familiari, i diritti della personalità, lo *status civitatis*, i quali tutti non possono per loro essenza e struttura essere per un determinato soggetto che unici e irripetibili, sicché non rileva per la loro individuazione la ragione del loro costi-

un patrimonio consolidato della tradizione, a muovere dal diritto comune e dai suoi più significativi costruttori» (*ibidem*).

⁴² Ancorché non pacificamente assunta a univoco e risolutivo punto di riferimento rispetto alle indagini sull'identificazione della domanda giudiziale. Si tornerà sul punto nel testo.

⁴³ In tema, v. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 177 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 136 ss.; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 189; ID., *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1406 ss.; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 451 ss.; ID., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Milano, 2018, p. 91 e ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 197 ss.; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 111 ss.

⁴⁴ C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 72.

⁴⁵ C. CONSOLO, *op. loc. cit.*: «Nemmeno si può contraddire tale ultimo rilievo deducendo che più diritti di servitù possono sussistere tra lo stesso fondo dominante e lo stesso fondo servente: in tali ipotesi è da ritenere piuttosto che sussistano invece una pluralità di diritti, o in quanto diverso è il contenuto materiale del diritto stesso, o perché, se pure apparentemente sembrano esservi più diritti di identico contenuto, questi in realtà si distinguono per una diversa localizzazione materiale». Cfr. anche A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 462, il quale, dopo aver richiamato tra le domande autodeterminate quelle con cui si deduce in giudizio il diritto di proprietà, precisa che «la stessa soluzione deve valere per tutti i *diritti reali di godimento*: superficie, enfiteusi, usufrutto, uso e abitazione, servitù, in quanto sono tutti accomunati dall'impossibilità che la medesima posizione giuridica possa sussistere nello stesso tempo tra i medesimi soggetti su di un identico bene».

tuirsi, come appunto è per la proprietà e per gli altri diritti reali di godimento»⁴⁶.

Ancora, anche le domande relative ai diritti reali di garanzia possono considerarsi autodeterminate. Ancorché si tratti di posizione non pacifica⁴⁷, si è al riguardo rilevato che, se è «vero che più ipoteche possono esistere a favore di un determinato soggetto su un determinato bene»⁴⁸, «l'elemento che differenzia l'una rispetto all'altra è il credito, a garanzia del quale esse siano sorte»⁴⁹: conseguentemente, «l'indicazione del credito, congiuntamente alla specificazione del titolare, dell'oggetto, della misura del contenuto, sono elementi sufficienti per l'identificazione della domanda, senza doversi attribuire valore determinante al titolo d'acquisto (in senso proprio inteso)»⁵⁰. Il tutto con l'ulteriore precisazione che, sebbene sia chiaro che l'indicazione del credito integri (ferma l'irrelevanza del titolo di acquisto⁵¹) «elemento necessario per l'identificazione della domanda, sicché può dirsi essere il credito stesso operante come *fatto costitutivo* della garanzia»⁵², e possa quindi ammettersi che «per tali tipologie di diritti il fatto costitutivo assume una coloritura particolare, si lega al diritto di credito cui le garanzie sono accessorie»⁵³, ciò non osta alla riconduzione di tali fattispecie alla classe delle domande autodeterminate, atteso che «unica altra via sarebbe quella di demolire il concetto stesso di tali diritti quali diritti reali, frammentarli in tanti diritti di credito, ma questa solu-

⁴⁶C. CONSOLO, *op. loc. cit.* Conf. A. CHIZZINI, *op. loc. cit.*, il quale osserva che «omogenea soluzione», rispetto a quella relativa ai diritti reali di godimento, «deve valere anche per gli altri diritti assoluti, quali i diritti della personalità, e per gli stati personali, ossia quelle situazioni che descrivono il soggetto all'interno della famiglia, della collettività, in quanto anch'essi sono unici per ciascuna delle posizioni che individuano».

⁴⁷Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 137, ove il rilievo per cui «anche una ipoteca sullo stesso immobile e per lo stesso credito da garantire può essere plurima, in relazione a plurimi fatti costitutivi tra le stesse parti»; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., pp. 178-179.

⁴⁸S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 215-216.

⁴⁹S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 216.

⁵⁰A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 463.

⁵¹E quindi ferma l'irrelevanza del fatto che, per esempio, l'ipoteca sussista per atto unilaterale del concedente o in forza di contratto.

⁵²A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 463.

⁵³A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 464.

zione – pur in astratto ammissibile – non sembra essere stata l'opzione del legislatore»⁵⁴.

Infine, anche determinati diritti di credito sono ricondotti nell'alveo delle domande autodeterminate. Ci si riferisce, in particolare, ai diritti a una prestazione *specificata*. E infatti, per un verso, «il criterio di individualizzazione appare [...] rigidamente differenziato tra la maggior parte dei diritti assoluti ed i diritti di credito ad una prestazione *generica*»⁵⁵; dall'altro lato, se è vero che «i crediti pecuniari sono l'archetipo delle situazioni obbligatorie, [...] non ne esauriscono il tipo; non permettono dunque di inferire, dal modo in cui debbono essere identificati, una regola valida in assoluto»⁵⁶, e «la generalizzazione appare tanto più sconsigliabile, quando si consideri che le modalità dell'individualizzazione seguono non la natura del diritto, ma un'idea molto più empirica: la ripetibilità della medesima situazione tra le stesse parti»⁵⁷. Ciò posto, «i diritti ad una prestazione *specificata* non possono coesistere simultaneamente più volte tra gli stessi soggetti. Il diritto alla consegna o al rilascio di un bene determinato è uno ed unico, come unica è la prestazione dovuta dal debitore ed unico l'interesse del creditore con questa soddisfatto [...]. Egualmente unico è il diritto alla riparazione di un muro o ad altra prestazione di *facere* [...]. Sembrerebbe, così, naturale la conclusione che la domanda giudiziale, con cui tale diritto viene fatto valere e se ne chiede tutela, è individualizzata da soggetti e contenuto della situazione giuridica»⁵⁸. Nell'ipotesi di prestazione *specificata*, la struttura processuale è dunque quella tipica dell'autodeterminazione della domanda. Si sottolinea del resto come, in un percorso osmotico tra dina-

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 179 (mio il corsivo).

⁵⁶ A. CERINO CANOVA, *op. loc. cit.*

⁵⁷ A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, pp. 179-180.

⁵⁸ A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 180. Cfr. anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 137: «Non è agevole [...] determinare, sotto questo profilo, il regime da riservare ai diritti di credito a prestazioni *specifiche* e ai diritti obbligatori di godimento di un bene. Tradizionalmente li si suole considerare diritti etero-determinati, anch'essi identificati quindi dal fatto costitutivo, sì che la domanda è incerta se non "titolata", appunto con un preciso fatto costitutivo e, per converso, la presenza di più fatti costitutivi (del credito alla consegna, ad esempio, di un certo bene *specifico*) darebbe luogo ad un concorso di diritti e a diverse *res iudicandae* [...]. Tuttavia autorevole e più persuasiva è la tesi (Cerinova) per cui unico è in tali ipotesi il diritto ed unica quindi la domanda».

mica processuale e diritto sostanziale, «parte della dottrina civilistica, per tale tipologia di situazioni giuridiche, che trovano la loro attuazione nell'esecuzione in forma specifica, abbia constatato un affievolimento del significato stesso della distinzione tra diritti reali e diritti di credito»⁵⁹.

In questo quadro, l'unica significativa ipotesi di domanda giudiziale che residua⁶⁰ è quella avente a oggetto un diritto di credito a una prestazione generica (e, in particolare, un credito pecuniario), suscettibile di esistere simultaneamente più volte, ancorché tra gli stessi soggetti e con identico oggetto. Secondo la tesi invalsa, sono queste le domande c.d. *eterodeterminate*, atteso che l'individuazione del diritto azionato dipende dall'entità processuale «fatto costitutivo». Si osserva in questo senso che, «nell'ipotesi invece in cui la domanda abbia ad oggetto un diritto relativo, per identificare l'azione non è sufficiente identificare il diritto che si afferma, ossia tipicamente il diritto obbligatorio a prestazione generica; al contrario, a differenza dei diritti autodeterminati, in questo caso concorre ad identificare il diritto e dunque a mutuare e/o a mutare la *causa petendi* il fatto costitutivo da cui il diritto è sorto, ossia la fattispecie produttiva del diritto (ad esempio, nel caso di più prestiti concessi dalla medesima persona a una diversa persona in diversi giorni, è logico che per ogni distinto prestito sorga un distinto obbligo di restituzione di ciascuna singola somma mutuata)»⁶¹.

⁵⁹ A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Art. 2907, cit., p. 465, ove anche i relativi riferimenti.

⁶⁰ In disparte il peculiare tema della natura delle domande costitutive, sul quale cfr. *infra*, §§ 8 e 18 (ove una serie di rilievi sulle domande costitutive del rapporto e su quelle demolitorie).

⁶¹ F. DANOVI, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., p. 271. La posizione è consolidata e ricorrente. Cfr., per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 62: «Nei diritti di obbligazione aventi ad oggetto prestazioni ripetibili, il moltiplicarsi delle fattispecie acquisitive determina il moltiplicarsi dei diritti. I diritti di questo tipo si sogliono chiamare anche *eteroindividuati* perché hanno bisogno della loro fattispecie acquisitiva per essere individuati»; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., p. 173: «La categoria dei diritti rispetto ai quali il fenomeno si verifica, almeno in linea di massima, secondo lo schema (finora ipotizzato) di *un fatto* che è costitutivo di un *diritto*, è quella dei *diritti relativi ed in particolare dei diritti di obbligazione ad una prestazione generica*, poiché ciascuno di questi diritti nasce con il proprio rispettivo fatto costitutivo, che è diverso necessariamente per ogni singolo diritto, sicché è in questo fatto, e solo in questo, che si ravvisa la *causa petendi*»; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., pp. 107-108: «L'indicazione dei fatti costitutivi non vale soltanto a giustificare i motivi per cui un determinato diritto debba ritenersi esistente (e dunque a postulare la *fondatezza* della

In tale scenario, al variare del fatto costitutivo dovrebbe variare anche la domanda giudiziale, con conseguente possibile cumulo di *domande* – tema che esula dalla nostra analisi –, e non già di mere questioni.

Se quanto precede può essere considerato un primo punto di riferimento dell'indagine – e quindi potrebbe affermarsi che sono le domande autodeterminate il precipuo oggetto dello studio del condizionamento delle questioni di merito, e non già le domande aventi a oggetto un diritto di credito a una prestazione generica, diversificandosi queste ultime in ragione del fatto costitutivo –, il discorso sulle domande eterodeterminate è peraltro suscettibile di un supplemento di riflessione, che veniamo a svolgere.

3. Segue. *Le domande eterodeterminate. Le teoriche per cui la domanda è in ogni caso identificata dal petitum. La possibile riconduzione delle domande aventi a oggetto il diritto a una prestazione generica al genus delle domande autodeterminate. Concorrenza, e quindi ipotetica graduabilità, di fattispecie costitutive anche rispetto alle domande (generalmente ritenute) eterodeterminate*

La graduazione delle questioni di merito da parte dell'attore può invero concernere anche una domanda relativa a una prestazione generica, e ciò sotto plurimi profili.

domanda proposta ai fini dell'accoglimento nel *merito*), ma anche a distinguere quel diritto rispetto ad altri che potrebbero nello stesso momento sussistere fra le medesime parti e così a identificare precisamente il *thema decidendum* al fine della corretta applicazione delle regole processuali che fanno capo all'oggetto del giudizio. Tale funzione della *causa petendi* è evidente quando in base al diritto sostanziale è prospettabile che fra le medesime parti possano sussistere simultaneamente più diritti del medesimo contenuto, di modo che solo tramite il riferimento al fatto costitutivo è dato stabilire quale di essi si è inteso azionare in giudizio. Ciò si dà tipicamente per i diritti di credito ad una prestazione di genere, come sono anzitutto i diritti al pagamento di una somma di denaro (c.d. crediti *pecuniari*). [...] Proprio perché la prestazione (il *petitum*) consiste sempre nel pagamento di una somma di denaro se non vi fosse l'indicazione dell'episodio o evento “della vita” che si assume come fatto giuridico generatore del credito non si saprebbe stabilire *quale è il diritto* posto, in base alla domanda giudiziale, ad oggetto del giudizio [...]. L'imprescindibilità dell'indicazione della *causa petendi* (fatto costitutivo) in relazione a questa categoria di diritti (appunto i diritti relativi a prestazioni di genere) si esprime dicendo che le domande ad essi relative sono “*eterodeterminate*”, sottintendendo che esse devono necessariamente identificarsi con il riferimento ad un elemento “esterno” – i fatti costitutivi – rispetto al contenuto e al tipo di diritto esercitato».

Preliminarmente – onde sgombrare il campo da ipotesi che potrebbero essere richiamate, ma che non sembra possano integrare fattispecie graduabili – va osservato che, come si è già avuto modo di rilevare⁶², laddove il fatto costitutivo, inteso quale episodio storico, rimanga il medesimo, parrebbe doversi negare la possibilità di discettare di un condizionamento di questioni da parte dell'attore. Sia laddove siano dedotti più fatti, anche eventualmente ritenuti primari, che però non immutino il nucleo essenziale dell'episodio storico dedotto in giudizio, sia *a fortiori* laddove la concorrenza sia tra mere sussunzioni del medesimo evento in diverse fattispecie legali, sembra da escludersi un'ammissibile graduazione. Opinare diversamente significherebbe vincolare l'ordine di decisione rispetto a elementi che *non incidono sull'essenzialità materiale* della *causa petendi* dedotta⁶³, ovvero addirittura rispetto alla mera riconduzione dello *stesso fatto* all'una o all'altra fattispecie legale⁶⁴. Sembra preferibile opinare che, in simili aree

⁶² Cfr. *supra*, cap. I, § 10.

⁶³ Cfr., per esemplificazioni, E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 108-109: «Per quanto riguarda i fatti la *causa petendi* si identifica con il nucleo essenziale dell'episodio storico, sicché se tale nucleo resta fermo l'allegazione di fatti storici diversi non immuta la *causa petendi* e non equivale a proposizione di una domanda nuova (e semmai ne determina una semplice modifica emendativa). Può trattarsi della allegazione di fatti secondari ulteriori, meramente specificativi di circostanze attinenti all'episodio storico o rilevanti sul piano indiziario (ad esempio, le circostanze relative alle condizioni metereologiche al momento di un sinistro stradale). E può anche trattarsi di allegazione di ulteriori fatti primari di per sé autonomamente integrativi della fattispecie giuridica invocata. Ad esempio, devono considerarsi casi di variazioni ammesse e non incidenti sul nucleo essenziale dell'episodio dedotto come *causa petendi*: se, invocata la fattispecie "colpa" come fatto costitutivo della responsabilità risarcitoria per un sinistro stradale, si allega inizialmente che essa è integrata dall'aver il convenuto viaggiato a velocità eccessiva e poi che lo è per avere mancato di rispettare un segnale di precedenza; e parimenti se, invocato come fattispecie l'inesatto adempimento di un contratto di fornitura di merci, si allega inizialmente che l'inesattezza consiste nella scadente qualità dei materiali usati per la realizzazione dell'opera e poi che essa consiste nell'uso di materiali deteriorati; e ancora se, fondata la domanda sulla stipula di un determinato contratto di mutuo, si allega che esso è stato stipulato con l'agente munito di rappresentanza del convenuto e poi che la stipula avvenne direttamente con il titolare dell'impresa; e così via».

⁶⁴ Cfr. ancora E. MERLIN, *op. cit.*, p. 109: «La sussunzione dell'episodio storico in una norma o una fattispecie legale diversa da quella posta a base della domanda originaria non comporta introduzione di una *causa petendi* diversa se *identico* resta l'effetto giuridico che essa produce e, di conseguenza, l'utilità messa in gioco nel processo. Si pensi, ad esempio, ad una domanda di risarcimento del danno extracontrattuale inizialmente fondata sulla "colpa" del convenuto (art. 2043 c.c.) e poi sulla responsabilità semi-oggettiva per danno

(fattuali e, *a fortiori*, giuridiche), il potere decisorio giudiziale possa pienamente esplicarsi, anche il relazione all'*ordo decisionis*.

Ciò premesso, non va però escluso che, anche in presenza di *diversi* fatti costitutivi (intesi quali episodi storici astrattamente graduabili), la domanda, ancorché avente a oggetto il diritto a una prestazione generica (e quindi, secondo la classificazione invalsa, eterodeterminata), possa essere considerata, per contro, la medesima; e quindi si permanga nell'ambito del condizionamento di più fatti costitutivi, e non già di domande giudiziali (tema, quest'ultimo, che non ci concerne).

Va al riguardo richiamato che, nell'ambito degli studi sulla domanda giudiziale e sul suo contenuto, ampie sono state le riflessioni di parte degli interpreti volte a focalizzare l'oggetto del processo sull'elemento del *petitum*, con conseguente incremento – per quanto rileva in questa sede – delle ipotesi di configurabilità, a fronte di plurime *causae petendi*, di un cumulo di questioni (e non già di domande).

Si tratta di una linea di pensiero già fatta propria da una parte della dottrina tedesca della metà del secolo scorso, che – nell'ambito della lettura dominante, secondo la quale l'oggetto della domanda giudiziale consisterebbe in un'entità processuale (*prozessualer Anspruch*) – ha ritenuto decisivo, al fine di identificare tale oggetto processuale, il mero *Antrag*, ossia appunto il *petitum*, escludendo per contro la rilevanza del *Sachverhalt*, e quindi del fatto su cui si fonda la richiesta di tutela⁶⁵. A fronte della lettura

da cose in custodia ex art. 2051 c.c. o per riconducibilità del danno allo svolgimento di attività pericolose ex art. 2050 c.c.».

⁶⁵ Si tratta della prospettazione affacciata, nell'ambito dello studio dell'oggetto dei giudizi matrimoniali, da parte di Bötticher (cfr., per tutti, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 37: «Uno scritto di Bötticher sull'oggetto del giudizio matrimoniale doveva però riaprire il dibattito sul concetto di *Streitgegenstand* [...]. Ancora una volta la riflessione è stimolata dall'analisi e dalla verifica delle fattispecie concrete; in particolare, due erano i punti che ancora costituivano motivo di perplessità: in primo luogo, l'estrema difficoltà di precisare la nozione di fatto costitutivo (*Lebensvorgang*), il quale, il più delle volte, concorre a determinare, con il *petitum*, il concetto di oggetto della controversia; in secondo luogo, la constatazione che, in caso di diritti concorrenti nascenti da accadimenti storici diversi, si ha una pluralità di oggetti del processo, benché la prestazione possa essere ottenuta dal creditore una volta soltanto, con problemi di non facile soluzione soprattutto con riferimento al cumulo di domande»; e, soprattutto, da parte di Schwab, che ha ampliato e generalizzato i rilievi di Bötticher, postulando la centralità del *Begehren* rispetto a tutte le tipologie di domanda giudiziale (cfr. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 56 ss.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 66 ss., 83 ss.; G. TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989, p. 107 ss.).

maggioritaria, secondo la quale l'individuazione della pretesa azionata postula non soltanto il riferimento al *petitum*, ma anche alla fattispecie costitutiva, intesa in termini di episodio della vita dal quale scaturisca la pretesa dedotta in giudizio (c.d. *zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff*)⁶⁶, ci si colloca in una prospettiva monistica (c.d. *eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff*), focalizzandosi sul primo elemento. Il *Sachverhalt*, per contro, «non è elemento costitutivo della pretesa processuale; l'identità o la diversità di questa dipende esclusivamente dall'identità o dalla diversità del *petitum*, e ciò anche se siano allegati a suo fondamento differenti fatti costitutivi»⁶⁷. È vero che, rispetto ai diritti di credito aventi a oggetto una prestazione generica, il fatto costitutivo mantiene una propria funzione identificativa, ma «ha valore esclusivamente per l'individuazione dell'*Antrag*, mentre non è elemento integrante il concetto di oggetto del processo»⁶⁸. Non si nega in radice che, «per identificare le prestazioni di genere, occorre risalire al fatto costitutivo; questo, però, serve soltanto per chiarire se si sia in presenza di una oppure più prestazioni e non anche per individuare il diritto; con la conseguenza che, se la prestazione è unica, a nulla rileva che esso si fondi su uno oppure su più accadimenti storici»⁶⁹. Per quanto qui rileva, è significativo osservare che, in tale prospettiva, «un cumulo di azioni può aversi solo ove siano più i *petita*»⁷⁰: solo in tal caso si sarebbe in presenza di plurime domande giudiziali, mentre, in ogni altra ipotesi, anche a fronte di una domanda relativa a prestazioni di genere, dovrebbe discettarsi di un unico oggetto di lite, anche in presenza di più fatti costitutivi.

⁶⁶ Cfr. W.J. HABSCEID, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld, 1956, p. 131 ss. Nella nostra dottrina, per una ricostruzione delle diverse tesi prospettate negli ordinamenti che collocano a oggetto del processo un'entità processuale, cfr. E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione. Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale*, cit., p. 28 ss.

⁶⁷ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 38.

⁶⁸ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁹ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 228. Cfr. anche C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 74: «Per quanto attiene alle obbligazioni di genere, e alla loro individuazione – incontestata nel riferimento ai soggetti e al contenuto della prestazione – si è pure cercato di escludere – talora già sul piano sostanziale, più spesso su quello della enucleazione di pretese processuali aggregatrici di più effetti sostanziali – la funzione individuante del fatto costitutivo».

⁷⁰ G. TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, cit., p. 115, analizzando la posizione di Schwab.

La focalizzazione dell'oggetto della lite sulla pretesa attorea ha trovato eco anche in una parte della dottrina italiana.

Non è inutile dar conto che, già nella prospettazione di Carnelutti sul contenuto della domanda, è riscontrabile una ricostruzione incentrata sulla pretesa dell'attore. Premesso che, se «la domanda segna i limiti, entro i quali dev'essere dal giudice esercitato il potere e adempiuto il dovere di decidere, ciò non può non influire sulla disciplina del contenuto della domanda medesima»⁷¹, l'Autore osserva che «il contenuto minimo della domanda dell'attore è normalmente la *esposizione della pretesa*»⁷², aggiungendo che, «posto il concetto della pretesa come esigenza della prevalenza di un interesse proprio su un interesse altrui o, rovesciando i termini, della subordinazione di un interesse altrui a un interesse proprio [...], è chiaro che gli elementi, che integrano codesto contenuto minimo sono tre: i *soggetti* (la persona che pretende e quella che resiste alla pretesa); l'*oggetto* (la cosa, sulla quale l'una pretende di far prevalere il suo interesse sull'interesse dell'altra); l'*interesse* (che costituisce il termine medio tra il soggetto e l'oggetto)»⁷³. Prescindendosi dal richiamo al concetto di interesse, quale *trait d'union* tra soggetto e oggetto (e comunque avente fondamentalmente la valenza di focalizzare il rapporto tra il soggetto e il *bene della vita* cui lo stesso aspira⁷⁴), il fulcro è la pretesa dell'attore. Non manca il richiamo alla ragione della domanda, e dunque alla *causa petendi*: «La domanda, appunto perché è una *petitio* e non una *quaestio*, non si pone al giudice per sapere se chi la pone ha ragione o torto, ma per ottenere una decisione che gli dia ragione; l'attore non dubita ma afferma. Qui giova anzi occorre, accanto a quello di *pretesa*, il concetto di *ragione* [...]. La ragione è, appunto, ciò che permette a colui, il quale propone domanda, di affermare di aver ragione. [...] Per questo concetto gli antichi hanno inventato la formula

⁷¹ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 170.

⁷² F. CARNELUTTI, *op. loc. cit.*

⁷³ F. CARNELUTTI, *op. cit.*, pp. 170-171.

⁷⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 171, nota 1: «A questo punto è il concetto di interesse, che deve essere posto in chiaro. Chiovenda, avendo ben compreso che il sottofondo del fenomeno giuridico è l'economia [...], parlò di "beni della vita", definendo il diritto soggettivo come "aspettazione di un bene della vita garantito dalla volontà dello Stato" [...]. A questa formula io ho creduto di sostituire quella dell'interesse, che già i grandi giuristi tedeschi dell'ottocento avevano impiegato per la definizione del diritto soggettivo; ma il problema era di chiarire la nozione dell'interesse e il suo rapporto con il bene, il che nella dottrina precedente era tutt'altro che chiaro».

della *causa petendi*»⁷⁵; ma tale nozione è collegata alla valutazione di *fondatezza* della domanda: «Quando il giudice ha verificato la *causa petendi* ha fatto quanto occorre per decidere la lite. Ecco perché il contenuto minimo o grezzo della domanda, in quanto consiste solamente nella esposizione della pretesa, non basta affinché la domanda serva alla sua funzione; occorre che l'attore proponga al giudice oltre la sua pretesa anche le sue ragioni, ossia la *causa petendi* intesa come ciò che gli permette non solo di pretendere dall'avversario, ma di chiedere al giudice che riconosca fondata la sua pretesa»⁷⁶. Il «contenuto minimo» della domanda è quindi rinvenuto nella pretesa dell'attore; le ragioni del domandare sono proiettate sul versante della *Schlüssigkeit*, della concludenza della domanda⁷⁷.

In tale ordine di idee, occorre richiamare la recente e densa indagine di Chizzini, nella quale il fatto generatore è espunto dagli elementi necessari all'identificazione della domanda⁷⁸.

L'Autore, premessa la distinzione tra domande autodeterminate ed eterodeterminate, e premesso altresì che, in relazione alle prime, già è invalsa la posizione che nega che il fatto costitutivo concorra quale indefettibile elemento all'identificazione della domanda, esprime la necessità di riconsiderare la permanente validità della teorica per cui, per contro, la domanda avente a oggetto un diritto di credito a una prestazione generica postulerebbe, per la sua identificazione, l'indicazione della *causa petendi*, e ciò sulla base di plurimi rilievi.

In primo luogo, sono riscontrate nel sistema significative «incrinature» della tesi di cui sopra. Si menzionano al riguardo le azioni di *accertamento negativo*, che «si propongono in giudizio mediante una domanda sostanzialmente autodeterminata, a prescindere dal tipo di diritto dedotto, in quanto questa s'identifica sempre in base al solo *petitum* e non muta in relazione alle singole cause dedotte – per esempio – di nullità che l'attore

⁷⁵ Cfr. F. CARNELUTTI, *op. cit.*, pp. 171-172.

⁷⁶ F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 172. Nell'ambito di un'ampia ricognizione degli orientamenti dottrinali che focalizzano l'individuazione dell'oggetto del processo sull'elemento del *petitum*, menziona la posizione di Carnelutti anche A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 401, nota 140, ove la notazione secondo la quale «una certa assonanza con tale posizione si può cogliere anche in Carnelutti», il quale «evidenzia come in giudizio vi sia una domanda diretta al riconoscimento di una pretesa, rivolta tutta alla controparte».

⁷⁷ E quindi, in definitiva, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio.

⁷⁸ A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 392 ss., spec. 451 ss.

possa affermare»⁷⁹; e si osserva che, se quanto precede vale anche per l'accertamento negativo di un credito, «ne consegue che si ammettono domande aventi ad oggetto crediti al pagamento di una somma di denaro, le quali non richiedono la *causa petendi* per la loro identificazione⁸⁰. È inoltre ritenuto significativo che, per la stessa dottrina che fa propria la distinzione tra domande autodeterminate ed eterodeterminate, il fatto generatore, pur necessario per identificare la domanda, «spiega un ruolo solo strumentale e sussidiario»⁸¹, non integrando «il *contenuto* della domanda, che si correla sempre ed esclusivamente al *diritto*, con la conseguenza per cui non necessariamente la variazione del fatto conduce ad un diverso diritto»⁸².

Ancora, i diffusi e recenti movimenti giurisprudenziali in tema di mutamento della domanda sono considerati confermativi della progressiva svalutazione del ruolo della *causa petendi*. Sulla scia del noto arresto del 2015, col quale le Sezioni Unite hanno statuito che la modificazione ammessa ai sensi dell'art. 183 c.p.c. «può riguardare anche uno o entrambi gli elementi identificativi della medesima sul piano oggettivo (*petitum* e *causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti in ogni caso connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio, e senza che per ciò solo si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte ovvero l'allungamento dei tempi processuali»⁸³, si evidenzia l'esisten-

⁷⁹ A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 467, il quale annota anche che «della necessità di qualificare la domanda di nullità come domanda autodeterminata si è persuaso anche il giudice di legittimità» (*ivi*, pp. 467-468). Il riferimento è ovviamente a Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

⁸⁰ A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 468, ove anche il rilievo per cui, «se poi si pensa che anche un autore classico come Wach sottolineava come le azioni di mero accertamento negativo comportassero la deduzione in giudizio di tutti i potenziali titoli concorrenti e questi venissero coperti tutti dal giudicato, già si avverte una incrinatura non da poco nel sistema». Sulla domanda di accertamento negativo, cfr. anche *infra*, § 18 (in relazione all'indagine sulle posizioni dell'attore che effettui una graduazione di eccezioni e, di converso, del contenuto che effettui una graduazione di fatti costitutivi).

⁸¹ A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 469.

⁸² A. CHIZZINI, *op. loc. cit.* (l'Autore menziona al riguardo le «ipotesi di novazione, di negozio riproduttivo, di concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, tra azione cambiaria e causale»: *ivi*, p. 470; si tornerà a breve, nel testo, su tali fattispecie).

⁸³ Cass., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Corr. giur.*, 2015, p. 961 ss., che, in applicazione del principio di cui al testo, ha ritenuto «ammissibile la modifica, nella memoria all'uopo prevista dall'art. 183 c.p.c., della iniziale domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto in domanda di accertamento dell'avvenuto effetto trasla-

za di pronunce che, anche rispetto alle domande eterodeterminate, hanno ammesso il mutamento del fatto costitutivo. In particolare, la Cassazione ha avuto modo di rilevare come, «anche con riferimento [...] ai diritti di credito, in relazione ai quali il fatto costitutivo rappresenta il criterio di identificazione del contenuto, è ammessa alla stregua delle conclusioni delle Sezioni Unite la modifica della domanda mediante mutamento del fatto costitutivo. La condizione è che il mutamento miri alla tutela di un credito relativo al medesimo bene della vita, che venga individuato mediante un diverso fatto costitutivo. Il diritto resta unico perché le fattispecie si escludono reciprocamente, non potendo applicarsi entrambe le norme (corrispondenti alle relative fattispecie legali) al medesimo episodio di vita. Il concorso è di fattispecie legali, non di diritti, ed il creditore può dedurre, in relazione al medesimo diritto, un fatto costitutivo alternativo, a condizione che rispetti il sistema di preclusioni processuali»⁸⁴. Nella specie, oggetto del processo era (tra l'altro) un diritto di credito a una somma di denaro⁸⁵, e si era posto il tema della deduzione in giudizio di due alternative *causae petendi*⁸⁶: il diritto, secondo la Cassazione, rimane unico. Se ne ri-

tivo». Su tale pronuncia, v. C. CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 968 ss.; E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., p. 816 ss.

⁸⁴ Cass., 31 luglio 2017, n. 18956, in *DeJure*.

⁸⁵ Questa la vicenda sostanziale nella ricostruzione della Suprema Corte. «V.A. convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Modena N.F. e M.D. chiedendo di inibire al N. l'utilizzo dello pseudonimo *omissis* e la condanna nei confronti di costui al risarcimento del danno, nonché nei confronti di entrambi i convenuti la condanna al pagamento delle somme spettanti in base ai contratti del 1 giugno 1991 e 10 settembre 1991 ed in subordine a titolo di arricchimento senza causa. [...] L'attore, in qualità di compositore organizzatore, con il N. (cantante bassista) e G.C. (batterista) aveva costituito un gruppo musicale denominato *omissis* ed, agendo come unica entità denominata "artista", il gruppo aveva concluso un contratto con il M., prima il 1° giugno 1991 e successivamente il 10 settembre 1991, in base al quale si conferiva al M., denominato "procuratore", l'incarico in esclusiva di occuparsi dell'attività artistica dell'"artista", con obbligo dei mandanti chiamati collettivamente "artista" a non prestare a terzi la propria opera. Con scrittura allegata venne previsto l'obbligo del procuratore di versamento in favore degli artisti delle *royalties* nella misura indicata. Verso la fine di luglio del 1993 il M. aveva comunicato al V. la volontà sua, del G. e del N. di estrometterlo dal gruppo. [...]. Nel dicembre del 1993 i rapporti con il N. erano ripresi, il V. ricominciò a frequentare la sala di registrazione e gli furono corrisposti Euro 3.000,00 a titolo di *royalties*, ma successivamente non gli fu versato più nulla».

⁸⁶ Così ancora la sentenza di cui trattasi: «Il ricorrente, mediante l'allegazione del negozio associativo o del contratto d'opera, mira al riconoscimento giuridico della medesima

cava che, «se si guarda con disincanto alla realtà dei dati di fatto, ai bisogni concreti sottesi, si ha conferma che del ruolo identificativo della *causa petendi* anche nelle domande aventi ad oggetto la condanna al pagamento di una somma di denaro resti ben poco»⁸⁷.

vicenda sostanziale. Negozio associativo e contratto d'opera sono tuttavia qualifiche che presuppongono diversi fatti costitutivi. Il mutamento del titolo implica la rilevanza di diverse circostanze di fatto. Si tratta di fatti costitutivi avvinti da un nesso di alternatività in quanto relativi ai medesimi bene della vita ed interesse sostanziale. L'integrazione dell'una fattispecie esclude l'operatività dell'altra. L'onere di allegazione del fatto costitutivo diverso, la cui qualificazione compete al giudice, deve essere assolto nel termine di cui all'art. 183 c.p.c. In mancanza di tempestiva allegazione del fatto costitutivo, non potendo quest'ultimo essere rilevato d'ufficio il giudice non può esercitare il proprio potere di qualificazione dei fatti. Il ricorrente si è limitato a dedurre di avere nella comparsa conclusionale richiamato il contratto d'opera ma non ha specificatamente indicato (né tanto meno ne ha indicato le concrete modalità di deduzione) se nel termine previsto dalla preclusione processuale abbia dedotto il fatto costitutivo della prestazione d'opera in favore del N. quale committente, mutando così l'originario fatto costitutivo rappresentato dai contratti del 1 giugno 1991 e 10 settembre 1991 stipulati dalla parte collettiva corrispondente al gruppo musicale».

⁸⁷ A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Art. 2907, cit., pp. 471-472. È appena il caso di aggiungere che, ai fini che ci occupano, *non* rilevano invece le ipotesi che – ancorché ritenute rilevanti dalla giurisprudenza rispetto a un'ammissibile *mutatio libelli*, coinvolgendo domande considerate «complanari» – hanno a oggetto, almeno secondo la giurisprudenza e una parte della dottrina, *due diritti diversi* e quindi *due distinte domande giudiziali*. Oltre alla fattispecie decisa dal già richiamato arresto del 2015 (v. *supra*, nota 83), si pensi al rapporto tra domanda di adempimento contrattuale e domanda di arricchimento senza causa *ex art.* 2041 c.c., ricondotto nella casistica delle domande complanari da Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22404, in *Corr. giur.*, 2019, p. 263 ss. Per diffuse osservazioni sulle diverse posizioni degli interpreti rispetto al rapporto tra queste ultime domande, e per l'esplicitazione delle ragioni per cui si tratti di domande distinte, v. E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., p. 823 s.: «Sul piano del processo i diritti si affacciano in chiave di *ipotesicità* sicché stabilire se le diverse ipotetiche affermazioni vadano assunte in termini di unicità o pluralità dei *thema decidendum* non può di per sé dipendere dal fatto che, secondo *il diritto sostanziale*, uno solo sia il diritto effettivamente spettante. Ciò che conta, sul piano processuale, è piuttosto se le ipotetiche affermazioni corrispondano a diritti diversi (anche se non suscettibili di coesistenza per il diritto sostanziale) in ragione della diversità dell'utilità giuridica assicurata dall'applicazione dell'una o dell'altra fattispecie legale e dunque del bene giuridico che la domanda mette in gioco nella lite. La soluzione della pluralità di diritti e di domande continua ad apparirmi pertanto la soluzione corretta nei casi in cui alla pluralità di fattispecie legali alternativamente applicabili corrisponda la diversità dell'utilità giuridica da esse assicurata: e non può dubitarsi, mi pare, che diverse siano le utilità del corrispettivo contrattuale o dell'indennità per indebito arricchimento». Il passaggio è mutuato in senso adesivo da C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di*

In questo quadro, il cuore della prospettazione – espresso dopo una serie di ulteriori rilievi e, in particolare, sulla scorta di un *excursus* teso a evidenziare come, da un lato, il problema dell'identificazione della domanda sia un tema di diritto positivo, e non già puramente dogmatico; e, dall'altro lato, sussistano significative esperienze storiche nelle quali è stata a vario titolo ammessa la domanda giudiziale, anche in difetto di indicazione del fatto generatore⁸⁸ – è che, se ci si focalizza sull'assunto per cui «oggetto del processo è una questione circa l'esistenza o inesistenza di un diritto soggettivo»⁸⁹, «la posizione giuridica soggettiva s'individua esclusivamente in base al proprio contenuto (elemento questo peraltro già tradizio-

cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria, cit., p. 272, nota 12, ove anche, nel testo, i seguenti rilievi, insieme al richiamo della diversa posizione riconducibile a Cerino Canova e, poi, Menchini: «Per una parte della dottrina dalla situazione descritta originerebbe un unico diritto al pagamento della somma, pur diversamente quantificabile ma costituente un unitario bene della vita in senso anche tecnico. Poiché sul piano sostanziale non è possibile la coesistenza tra il diritto ad ottenere la somma quale controprestazione ed il diritto ad ottenerla a titolo di arricchimento senza causa, la vicenda sostanziale narrata dall'attore potrebbe essere sussunta o nell'art. 1453, comma 1, c.c. o nell'art. 2041 c.c. in dipendenza solo della qualificazione giuridica data alla vicenda stessa (contrattuale o no). E la qualificazione giuridica dei fatti (o, altrimenti detto, la fattispecie legale invocata dall'attore) non è fatta rientrare comunemente nella *causa petendi*, ossia non vale ad individuare il diritto dedotto in giudizio. [...] Secondo altra parte della dottrina, invece, sarebbero qui configurabili due diritti e dunque due domande. Per alcuni tale conclusione è imposta dalla considerazione per cui le due fattispecie giuridiche sono caratterizzate da fatti almeno in parte diversi, e tale diversità darebbe per ciò luogo a diritti diversi (ancorché incompatibili sul piano sostanziale) [...]. Altri, invece, convincentemente, fanno piuttosto leva sulla circostanza che l'impossibilità di coesistenza, sul piano sostanziale dei diritti originati dalle alternative fattispecie giuridiche astratte nelle quali i fatti narrati possono essere sussunti non è sufficiente a far ritenere unitario l'oggetto del giudizio, se da tali fattispecie derivano, per la parte, utilità giuridiche diverse. In questi casi, ferma l'impossibilità di coesistenza sul piano sostanziale, si dovrà riconoscere che la parte, riferendosi all'una o all'altra fattispecie, deduce in giudizio due diritti diversi». Sempre sulle domande complanari, rispetto alla domanda di condanna generica in rapporto a quella di condanna specifica, cfr. Trib. Roma, 17 gennaio 2020, n. 1139, in *Dir. affari*, 2020, p. 411, con nota di M. VANZETTI, *Condanna generica e domande complanari*, il quale ha ritenuto «ammissibile la modifica dell'originaria domanda di condanna generica al risarcimento del danno in domanda di condanna specifica, formulata dall'attore con la prima memoria istruttoria ex art. 183, comma, 6, n. 1, c.p.c.».

⁸⁸ A partire dal diritto romano, avuto particolare riguardo alla c.d. *legis actio per conditionem*, fino all'*equity* inglese e al codice di procedura civile unitario del 1865 (in relazione alla c.d. citazione *per biglietto*, ma anche a quella con *atto formale*). V. ancora A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 472 ss.

⁸⁹ «E non di una azione, che è solo potere strumentale»: A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 488.

nalmente avvertito per i diritti reali), mentre gli elementi della fattispecie che la generano esulano dalla sua identificazione in quanto tale e hanno per lo più una mera (pur assai rilevante) *funzione strumentale* all'accertamento»⁹⁰.

Nel processo, il riferimento – e il punto di partenza del ragionamento da svolgersi per addivenire alla decisione – è la posizione giuridica soggettiva, mentre la fattispecie costitutiva serve per accertare l'esistenza della prima. Si tratta, a ben vedere, di un ragionamento che si dipana in senso *opposto* rispetto a quello da svolgersi sul piano del diritto sostanziale. Tornano di estrema utilità le parole di una delle più compiute e autorevoli ricostruzioni sul contenuto della domanda giudiziale. Essa, rispetto alle domande eterodeterminate, ritiene imprescindibile una «prima avvertenza»: «Il diritto di credito ad una somma pecuniaria per una compravendita stipulata ieri appare naturalmente diverso da quello per una compravendita stipulata oggi; e diverso si presenta il diritto al risarcimento del danno provocato da un fatto illecito avvenuto ieri rispetto al risarcimento per l'illecito di oggi. Queste nozioni appaiono semplici nelle proposizioni enunciate, poiché tutte le premesse vengono postulate: ossia che si sia verificato un certo fatto, che il fatto abbia assunto caratteristiche corrispondenti ad una fattispecie normativa, che il fatto sia distinto nella sua dimensione effettuale e nella sua rilevanza giuridica da un altro fatto. *Assai più complessa è la prospettiva giudiziale*, poiché ivi emergono solo affermazioni che richiedono verifica e la ottengono con la conclusione del processo»⁹¹, sicché «non è consentita un'automatica trasposizione dello schema di ragionamento valido nella valutazione sostanziale delle vicende giuridiche»⁹². Se, sul piano sostanziale, è naturale prendere le mosse dal fatto (che si assume avvenuto quale non contestabile postulato) per addivenire a enucleare una determinata posizione soggettiva, all'opposto sul piano processuale si muove da quest'ultima, e si risale «alla sua fattispecie costitutiva ai fini d'accertarne l'esistenza»⁹³, ma la funzione di tale fattispecie rimane strumentale all'accertamento.

Sulla base di questi presupposti, «anche per i diritti di credito ad una

⁹⁰ A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 485.

⁹¹ A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 187 (mio il corsivo).

⁹² A. CERINO CANOVA, *op. loc. cit.*, nota 57.

⁹³ A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 486, ove è menzionata anche la riportata posizione di Cerino Canova.

prestazione generica si può senza dubbio immaginare un sistema positivo per il quale la mera affermazione del diritto, senza la deduzione del fatto costitutivo, sia in grado d'introdurre validamente il giudizio, demandando poi alla decisione di merito ogni valutazione (conseguente al fatto costitutivo, ovviamente)⁹⁴; il tutto impregiudicato che, «laddove si passi dalla valutazione riferita all'ammissibilità della domanda a quella sulla fondatezza, sarà certo interesse della parte che vuole vedere accolta la propria domanda dedurre i fatti costitutivi del diritto, ai fini del convincimento del giudice circa la concluzione, *Schlüssigkeit*, dell'affermazione»⁹⁵.

Quando poi si viene a considerare, sulla scorta di tale impostazione, compiuta ma necessariamente astratta (basata sulla *teorica ricostruzione* delle domande aventi a oggetto un diritto di credito a una prestazione generica), il diritto positivo, l'Autore rileva la compatibilità del nostro sistema (e in particolare degli artt. 163 e 164 c.p.c.⁹⁶) con la configurazione delle domande aventi a oggetto il credito a una prestazione generica in termini di domande autodeterminate. In estrema sintesi, si osserva che, ai sensi dell'art. 164 c.p.c., l'atto di citazione è nullo, oltre che in caso di omissione o assoluta incertezza del requisito di cui al n. 3 dell'art. 163, comma 3, c.p.c. – e cioè «la determinazione della cosa oggetto della domanda», a sua volta letta in termini di indicazione del diritto soggettivo azionato, «certo necessaria e in fondo *l'unica determinante*⁹⁷ –, «se manca l'esposizione dei fatti di cui al numero 4 dello stesso articolo»⁹⁸. Si propende per l'interpretazione, in linea con la lettera della norma, per cui ai fini della validità (*i.e.*, della non-nullità) della domanda occorra, oltre all'indicazione del diritto azionato, l'indicazione dei fatti, intesi in termini di concreti eventi della vita. Sennonché, «il fatto generatore, in quanto assunto quale mero evento della vita, non può essere elemento d'identificazione della domanda, non può svolgere alcuna funzione in tal senso, essendo amorfo, prestandosi per sua natura a qualsiasi qualificazione sul piano giuridico»⁹⁹,

⁹⁴ A. CHIZZINI, *op. loc. cit.*

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ Per alcuni rilievi su tali norme, anche in relazione a quanto previsto dalla riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022, v. *infra*, cap. III, § 2.

⁹⁷ A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 506, nota 434 (mio il corsivo).

⁹⁸ Laddove il medesimo n. 4 dell'art. 163, comma 3, c.p.c. menziona anche gli «elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda».

⁹⁹ A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 509.

per cui, «se l'art. 163 c.p.c., in combinato disposto con l'art. 164 c.p.c., richiede la deduzione in giudizio del fatto generatore, questo avviene ai meri fini della trattazione, ma non per l'identificazione della domanda, con la conseguenza per la quale il mutamento del fatto generatore non implica mutamento della domanda, dato che l'oggetto del processo si correla al diritto fatto valere»¹⁰⁰.

In questo quadro, da un lato, è ovviamente possibile che l'attore che deduca in giudizio un diritto di credito a una prestazione generica agisca *ex expressa causa*, delimitando il fatto costitutivo e individuando chirurgicamente il rapporto, tra i plurimi in ipotesi esistenti tra le parti, sul quale il giudice è chiamato a pronunciarsi; è questa, del resto, la situazione fisiologicamente delineata dal diritto positivo, giusta proprio le previsioni degli artt. 163, comma 3, n. 4, e 164, comma 4, c.p.c., quand'anche lette come funzionali – non già all'individuazione della domanda, bensì solo – alla mera trattazione della causa.

Tuttavia, dall'altro lato, «laddove il creditore-attore agisca senza indicare la *causa petendi* [...] la decisione del giudice coprirà ogni possibile pretesa intercorrente tra le stesse parti per il pagamento ad una somma di denaro, nel rispetto dei limiti cronologici del giudicato. [...] La mancata indicazione del fatto costitutivo non pone, di per sé necessariamente, un problema di *ammissibilità* della domanda, ma solo di sua *fondatezza* nel merito, salvo che non disponga diversamente il diritto positivo»¹⁰¹. Il tutto con la rilevante conseguenza che, se l'attore proponga una domanda di condanna al pagamento di una somma di denaro senza dedurre il fatto generatore, e il convenuto si costituisca negando ogni obbligo, oppure anche resti contumace, e nel corso del giudizio non sia dedotto nessun fatto costitutivo (ovvero anche l'attore sia rimasto contumace, ma il convenuto costituito abbia chiesto la prosecuzione del giudizio *ex art. 290 c.p.c.*), «il giudice dovrà rigettare *nel merito* la domanda»¹⁰² e «il giudicato, pertanto, darà certezza che, alla data della sua formazione, nessun rapporto di credito, avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, intercorre tra l'attore e il convenuto»¹⁰³; ovvero, laddove nella medesima ipotesi il convenuto si costituisca riconoscendo di dovere all'attore la somma di denaro

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 497.

¹⁰² A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 487.

¹⁰³ *Ibidem.*

richiesta, il giudice «dovrà accogliere la domanda e il giudicato che si formerà preclude ogni eventuale altra pretesa dell'attore rispetto al convenuto, con riguardo ai limiti temporali del giudicato»¹⁰⁴.

La teorica fin qui sinteticamente riassunta, ancorché espressione di un orientamento non maggioritario, appare, oltre che coerente nei suoi snodi argomentativi, anche – ai limitati fini della presente indagine – suscettibile di valorizzare ulteriormente il profilo del condizionamento delle questioni costitutive da parte dell'attore.

È ben vero che, per un verso, il tema potrebbe apparire «neutro» rispetto alla problematica che ci occupa. Anche nella prospettiva testé illustrata, l'attore ben potrebbe agire *ex expressa causa*, e ovviamente anche in tale prospettiva altro è agire in forza del contratto di compravendita concluso in una determinata data, altro è agire in forza del contratto di compravendita successivamente stipulato. Si tratta di fattispecie in cui un eventuale condizionamento concernerebbe diverse *domande giudiziali*, esulando dal tema oggetto del presente studio.

Per altro verso, la tesi in esame ha, tra i suoi indubbi pregi, quello di focalizzare, anche rispetto alle domande tradizionalmente riguardate come eterodeterminate, l'oggetto del processo sul diritto soggettivo, o meglio sulla questione concernente l'esistenza o l'inesistenza della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio¹⁰⁵. In questo scenario, non possono essere escluse ipotesi nelle quali il medesimo diritto di credito a una prestazione generica potrebbe essere supportato da distinti fatti materiali, come tali potenzialmente suscettibili di graduazione¹⁰⁶. In particolare, e tornando su alcune possibili esemplificazioni, anche nelle ipotesi di domanda avente a oggetto il diritto a ottenere una prestazione di genere sussistono «casi in cui può variare il fatto generatore, ma essere sempre unico il diritto: si pensi all'ipotesi [...] in cui l'attore pretenda una determinata somma di denaro sia in base al prestito fatto che al riconoscimento del debitore»¹⁰⁷, ovvero, ancora, sulla base di due diversi contratti (come nel citato caso del verificatosi «concorso» tra contratto associativo e, distinto,

¹⁰⁴ A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 493, nota 399.

¹⁰⁵ Cfr. ancora A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 413.

¹⁰⁶ Essendo invece da escludersi, come si è detto in apertura del presente paragrafo, un condizionamento tra circostanze fattuali riconducibili al medesimo episodio storico, ovvero anche tra mere qualificazioni giuridiche dello stesso fatto.

¹⁰⁷ A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 494.

contratto d'opera¹⁰⁸); e il medesimo discorso potrebbe essere speso «nelle ipotesi di novazione, di negozio riproduttivo, di concorso [...] tra azione cambiaria e azione causale»¹⁰⁹.

Per quanto qui rileva, emerge quindi la sussistenza di ipotesi in cui, da un lato, la domanda – avendo a oggetto il diritto a una prestazione generica – è, secondo la tradizionale classificazione, eterodeterminata, e, inoltre, sono dedotti, rispetto a essa, *distinti fatti generatori* (anche dal punto di vista materiale); ma, dall'altro lato, il diritto è uno e unico, e, conseguentemente, potrebbe essere prospettato un problema di condizionamento di *questioni*, e dunque la fattispecie che viene in considerazione in questa sede.

¹⁰⁸ V. *supra*, testo e note 84 ss., in relazione al caso deciso da Cass., 31 luglio 2017, n. 18956, cit.

¹⁰⁹ Ancora A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 470 (l'Autore menziona anche il concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, ma l'ipotesi non parrebbe rilevante ai nostri fini, almeno nella misura in cui, in tal caso, il concorso sia riferito al medesimo accadimento storico). Sul concorso tra azione cambiaria e causale, cfr. già A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 209 ss., ove in particolare i seguenti rilievi: «È sufficiente assumere come dato – e come dato non del tutto privo di dimostrazione – che il diritto è comunque unico tra gli stessi soggetti, pur se esso risente nella sua disciplina delle complesse relazioni tra le parti. Ed è sufficiente considerare questo perché il processo debba essere del pari unico e la domanda giudiziale sia comprensiva di tutti i titoli deducibili [...]. Questo risultato può essere, peraltro, avvalorato da una considerazione più specifica. L'art. 66 l. cambiaria [...] elimina in radice la possibilità di un contemporaneo e separato esercizio delle due azioni, poiché pone all'esperimento di quella causale un requisito – il deposito del titolo cambiario – che per essere rispettato impedisce il contestuale esercizio dell'altra azione. La legge ha dettato questa disciplina onde evitare al debitore il pericolo di un doppio pagamento e, per ciò, che il processo finisse per creare una duplicazione di tutela e di titoli [...]. Ebbene, è agevole constatare che identico pericolo ed eguale *ratio* si ripropongono nell'esercizio successivo delle due azioni e, in particolare, quando la prima domanda già è stata accolta. In tal senso, l'armonia sistematica richiede che l'art. 66 sia completato da una regola di preclusione, che non può che essere quella del precedente giudicato [...]. Non può essere che questa anche per ragioni di ordine tecnico, poiché la scelta compiuta dal legislatore con l'art. 66 si riflette più ampiamente nella disciplina processuale. Tra litispendenza ed eccezione di giudicato vi è una coerenza di ispirazione e di funzionamento [...]: le domande posteriori ed i relativi processi, che vengono impediti da una domanda precedente, sono gli stessi per cui una pronuncia anteriore esplica l'efficacia preclusiva del giudicato. [...] In tal senso, le soluzioni giurisprudenziali sulla *mutatio libelli* e sulla domanda nuova in appello vengono pienamente condivise: l'azione è unica, come hanno cercato di asseverare le riflessioni formate sull'art. 66. E ancora l'azione è unica perché il diritto fatto valere corrisponde ad una situazione sostanziale che, tra gli stessi soggetti, può esistere una volta sola, sia essa fondata sulla cambiale o sul rapporto *ex causa*» (*op. cit.*, pp. 220-221). Sul concorso *de quo*, nella diversa ottica del cumulo di domande, cfr. già *supra*, cap. I, § 13.

Saranno quindi richiamate, nella casistica che verrà considerata nel prosieguo, anche ipotesi di graduazione del fatto costitutivo afferente a domanda eterodeterminata (stando alla tradizionale classificazione). Il tutto, beninteso, *a prescindere* dall'effettiva ammissibilità della graduazione, in ragione della sussistenza, o meno, di un interesse attoreo alla stessa (a titolo meramente esemplificativo, potrebbe dubitarsi della graduabilità di un negozio meramente riproduttivo del negozio precedente, laddove si opini che, in tale ipotesi, è soltanto «riaffermata» la situazione precedente, e quindi nessuna diversità di effetti sia predicabile rispetto al primo negozio, ovvero anche della ricognizione di debito, se collocata sul piano meramente probatorio¹¹⁰).

In questa sede, e a chiusura di quanto fin qui detto, pare sufficiente evidenziare che quello della graduazione delle allegazioni da parte dell'attore è idoneo ad assurgere a tema di portata generale, potenzialmente rilevante rispetto a *ogni tipologia* di domanda giudiziale; non soltanto, com'è evidente, rispetto alle domande la cui struttura è da ricondursi a quella dell'«autodeterminazione», ma anche in relazione alle domande (ritenute) eterodeterminate, in quanto aventi a oggetto un diritto di credito a una prestazione di genere.

4. *Graduazione delle questioni di merito e Verhandlungsmaxime. Inidoneità del principio dispositivo processuale a fondare il potere di graduazione delle questioni. Conferma alla luce del condizionamento di impugnazioni e di domande giudiziali*

Esclusa la rilevanza *in subiecta materia* del principio della domanda, o dispositivo in senso sostanziale (e, inoltre, focalizzate le tipologie di domande rispetto alle quali può venire in questione il condizionamento delle questioni meritali)¹¹¹, è per certi versi un passo consequenziale rivolgersi all'altro principio che, secondo classificazioni invalse, ha costituito l'altro polo concettuale rilevante in relazione al rapporto tra poteri delle parti e poteri del giudice, e cioè il principio dispositivo in senso processuale, o della trattazione, o dispositivo *tout court* (*Verhandlungsmaxime*)¹¹².

¹¹⁰ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 269, nota 130.

¹¹¹ V. *supra*, rispettivamente § 1 e §§ 2 e 3.

¹¹² Su tale principio, cfr. già *supra*, § 1 (in corrispondenza della nota 20 e nella nota stessa).

Si tratta di percorso che, in effetti, è stato intrapreso da una parte della dottrina tedesca della metà del secolo scorso, che ha appunto richiamato il principio in questione¹¹³ nell'ambito dello studio del problema delle allegazioni graduate. In particolare, nell'edizione del 1964 del *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Pohle fa riferimento, quale «naturale» ragione idonea a giustificare la spendita di deduzioni fattuali eventuali, appunto alla *Verhandlungsgrundsatz*. In particolare, rispetto all'ammissibilità di *tatsächliche Behauptungen* condizionate, si afferma che «grundsätzlich ist dies zulässig als Folge der Parteiherrschaft über den Tatsachenstoff im Bereich des Verhandlungsgrundsatzes»¹¹⁴. In quest'ottica, la signoria delle parti rispetto alle deduzioni fattuali dimesse *apud iudicem* si propagherebbe fino alla relativa graduazione. Con le già richiamate parole della nostra dottrina, allorché si è indagato l'*ubi consistam* del potere di allegazione condizionata «si è, prevedibilmente, ancora una volta, invocato il principio dispositivo, nella sua direzione di affermazione della signoria, tendenzialmente esclusiva, delle parti sulla scelta, fra l'altro, del materiale di fatto che dovrà fornire il contenuto dell'istruzione e della conseguente attività decisoria [...]: si tratterebbe, dunque, di un profilo dello *Verhandlungsgrundsatz*»¹¹⁵.

¹¹³ Mentre è invece tendenzialmente esclusa, rispetto al tema di cui trattasi, la rilevanza della *Eventualmaxime*. Cfr. H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 109: «Zweck der Eventualmaxime war es, eine Beschleunigung des Verfahrens herbeizuführen [...]. Damit wird deutlich, daß die Eventualmaxime den Parteien lediglich zeitliche Grenzen für die Zulässigkeit ihres Vorbringens setzte, ihnen jedoch nicht auch das dem Zweck der Prozeßbeschleunigung zuwiderlaufende Recht einräumte, das Gericht bei der Berücksichtigung der vorgetragenen Tatsachen an eine bestimmte Reihenfolge zu binden. Mit dieser Problematik steht die Eventualmaxime in keinem Zusammenhang, so daß sich aus ihrer früheren Geltung keine Anhaltspunkte für oder gegen die Zulässigkeit eventuellen Vorbringens ergeben». Com'è noto, il procedimento ispirato al principio di eventualità, vigente negli stati tedeschi prima del *Civilprozessordnung für das Deutsche Reich* del 30 gennaio 1877, prevedeva la divisione del processo in due fasi, una per la allegazione dei fatti e l'altra per l'istruttoria, e, inoltre, l'emissione di un provvedimento all'esito della prima fase che fissava vincolativamente i fatti da provare. Cfr., per tutti, G.J. DAHLMANN, *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Aalen 1971, p. 17 ss. La *Eventualmaxime* era quindi da riferirsi ai limiti temporali delle deduzioni delle parti, e dunque a un aspetto altro e diverso rispetto a quello dell'indicazione di un determinato *ordo decidendi* in relazione ai fatti esposti.

¹¹⁴ Così F. STEIN, M. JONAS, R. POHLE, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., vor § 128, XI, g), p. 674.

¹¹⁵ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 476, ove anche le notazioni per cui, in tale prospettiva, «si è creduto talora di porre al fenome-

Non sono peraltro mancate posizioni critiche. Tra esse, mette conto soffermarsi in particolare su quella espressa in una delle più articolate analisi del fenomeno del condizionamento processuale. Nella sua monografia sulle *Eventualverhältnisse*, Kion – in senso critico rispetto alla riferita posizione di Pohle – rileva che il richiamo al principio della trattazione è inidoneo ad assurgere a postulato risolutore del problema dell'ammissibilità della graduazione delle deduzioni fattuali. L'*iter* argomentativo di tale dottrina è quello secondo il quale il principio della trattazione postula la sovranità delle parti rispetto all'introduzione dei fatti nel processo, ma non vale a superare la circostanza che il giudice debba decidere la causa considerando integralmente il materiale sottopostogli e applicando, rispetto a esso, il principio del primato della ragione più liquida. Se, per un verso, «die Verhandlungsmaxime besagt, daß die Parteien die tatsächlichen Unterlagen für die Entscheidung zu beschaffen haben und für ihre Vollständigkeit verantwortlich sind»¹¹⁶, e quindi è ascrivibile alla volontà delle parti la presenza o meno di un determinato elemento fattuale nel contenitore processuale («Vom Willen der Parteien hängt es also ab, ob Tatsachen in den Prozeß eingebracht oder weggelassen werden»¹¹⁷), per altro verso, la volontà delle parti non è determinante ove si venga a considerare il diverso piano dell'esame giudiziale dei fatti («Dagegen ist der Wille der Parteien nicht mehr dafür maßgebend, daß die *vorgetragenen* Tatsachen bei der richterlichen Erkenntnistätigkeit zu berücksichtigen sind. Vielmehr ist dies eine rechtliche Folge, die im Rahmen der Verhandlungsmaxime kraft Gesetzes eintritt»¹¹⁸). La conseguenza è quella per cui il giudice può emettere la sua pronuncia «sobald der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist»¹¹⁹, non appena la controversia è matura per la decisione, applicandosi «das

no delle allegazioni graduate unicamente due limiti di ammissibilità di segno negativo: 1) la allegazione condizionata potrà aversi solo in quanto la subordinazione avvenga nei riguardi dell'esame di altra allegazione incondizionata (ricorrendo, cioè, ancor qui, come d'altronde è logico, la esigenza di "endoprocessualità" dell'evento condizionante). 2) Più in generale la ammissibilità d'una allegazione (*stricto sensu*) condizionata verrebbe comunque meno quando si evidenzi la carenza, in capo alla parte allegante, di un ragionevole motivo (*vernünftiger Grund*) per una scelta in tal senso. Si avrebbe infatti allora un chiaro abuso dei propri poteri processuali» (*ivi*, pp. 476-477).

¹¹⁶H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 109.

¹¹⁷*Ibidem*.

¹¹⁸H. KION, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹¹⁹H. KION, *op. cit.*, p. 110.

Primat des liquidesten Angriffs- oder Verteidigungsmittels»¹²⁰. Riemerge a luce meridiana il principale «antagonista» della graduazione delle questioni meritali, e cioè il principio del primato della ragione più liquida¹²¹.

Lo stesso principio della trattazione, quindi, se da un lato ascrive alle parti l'immissione del materiale di fatto nel processo, dall'altro lato ammette che il giudice assuma la decisione potendo prendere in considerazione *in toto* (e, quindi, a prescindere da eventuali istanze di condizionamento avanzate dalle parti) tale materiale: «Der Verhandlungsmaxime kommt damit in zweifacher Hinsicht Bedeutung zu: Bewirkt sie nämlich einerseits, daß nur die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden dürfen, so besagt sie andererseits auch, daß das Gericht den vorgetragenen Tatsachenstoff in vollem Umfang dem Urteil zugrunde legen kann»¹²².

In questo quadro, il principio della trattazione non soltanto non varrebbe a supportare l'ammissibilità di allegazioni graduate, ma addirittura concorrerebbe ad avvalorarne l'esclusione, rendendo evidente come le parti non possano incidere sull'attività giudiziale concernente l'esame dei fatti dalle stesse immessi nel contenitore processuale: «Da die Parteien im Rahmen eines einheitlichen Streitgegenstandes somit keinen Einfluß auf die Berücksichtigung des in den Prozeß eingebrachten Tatsachenstoffes haben, ist die Verhandlungsmaxime nicht nur ungeeignet, um die Zulässigkeit der Eventualstellung zu rechtfertigen, sondern schließt diese sogar grundsätzlich aus»¹²³.

Nei contributi più recenti della dottrina tedesca, l'inidoneità del mero richiamo dello *Verhandlungsgrundsatz* per giustificare la sussistenza di un potere di condizionamento della parte appare in effetti consolidato.

Da un lato, si ribadisce espressamente che la *Verhandlungsmaxime* non vale a giustificare un'incisione dell'*ordo decisionis* in punto di fatto: altro è la deduzione, o meno, di una determinata circostanza fattuale, altro è l'imposizione, rispetto a essa, di un vincolo di subordinazione («Aus der Verhandlungsmaxime läßt sich nichts anderes herleiten; denn das Recht, bestimmte Tatsachen *nicht* vorzutragen, bleibt unberührt, und es ist eine an-

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Sul quale v. ampiamente *supra*, cap. I, § 14.

¹²² H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 110.

¹²³ *Ibidem*.

dere Frage, ob man die Reihenfolge der gerichtlichen Prüfung beeinflussen kann»¹²⁴).

Dall'altro lato, è evidente la focalizzazione delle indagini – non già sulla signoria delle parti rispetto alla deduzione del materiale fattuale, bensì – sul profilo, del tutto diverso, dell'*interesse* del graduante, soprattutto in relazione a un determinato effetto dell'emananda pronuncia. Del resto, già lo stesso Kion aveva affacciato la necessità, affinché il condizionamento fattuale possa essere considerato ammissibile, di un *quid pluris*, rintracciato nella titolarità di un «interesse degno di tutela» della parte che intende accedere alla graduazione allegatoria: «Die Zulässigkeit der Eventualstellung müßte deshalb gleichwohl bejaht werden, falls den Parteien ein schützenswertes Interesse an der Eventualstellung zugebilligt werden kann»¹²⁵. Nei contributi successivi, tale interesse si focalizza sulla portata della sentenza e sui relativi effetti. Si tornerà a lungo su tale profilo. Basti qui anticipare che, in questo senso, ci si appunta soprattutto sulla variabile efficacia della pronuncia di rigetto («Soweit eine Partei allein durch den Abweisungsgrund beschwert ist, muß sie schon in der Unterinstanz das Recht haben, auf der Klageabweisung aus einem bestimmten Grund zu bestehen»¹²⁶); e si osserva che «eine Eventualstellung von Tatsachenbehauptungen ist daher nur noch dann als zulässig anzuerkennen, wenn das auf die jeweiligen Tatsachen gestützte Urteil unterschiedliche Rechtswirkungen hat»¹²⁷. Il fulcro si sposta quindi sull'interesse delle parti, in rapporto alla portata dell'emananda sentenza.

La conclusione per cui il richiamo del principio della trattazione non vale a «chiudere la partita» della graduazione allegatoria ricorre anche nella nostra dottrina. Per Consolo – sul punto in linea con la posizione di Kion – il mero riferimento «al principio della signoria delle parti sulle allegazioni e sulla scelta del materiale di fatto da dedurre a fondamento del giudizio non è di per sé sufficiente ad avvalorare e dimostrare il riconosci-

¹²⁴ C. KERN, *Verfahren*, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., vor § 128, 4, p. 915.

¹²⁵ H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 111.

¹²⁶ W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, cit., pp. 166-167.

¹²⁷ C. KERN, *Verfahren*, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., p. 915. Cfr. anche L. ROSEMBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 341: «Ist der Richter [...] gebunden, wenn das eventuelle Vorbringen nicht gleichwertig ist und die Wirkungen des Urteils deshalb verschieden sein könnten».

mento di una (tendenzialmente illimitata, comunque non eccezionale) ammissibilità delle allegazioni graduate: su tale base non v'è ragione – almeno di norma [...] – di spingersi oltre il consueto riconoscimento del discrezionale potere delle parti di inserire o meno nel contendere, e così nel bagaglio fattuale cui la decisione potrà attingere, determinati fatti pertinenti al *thema decidendum* delineato con la domanda»¹²⁸. Ne deriva che ogni attività successiva a quella dell'allegazione, «ed in particolare la scelta dell'ordine in cui prendere in esame, istruire e decidere le varie questioni così poste, ricadrà invece nella sfera di operatività del principio di economia processuale»¹²⁹, con la conseguente possibilità di «ritenere senz'altro assorbito l'esame delle questioni concorrenti, in relazione di fungibilità (*hic sunt leones* [...]), con quelle (in senso positivo) risolte previamente rispetto alle altre stante la loro maggiore "liquidità"»¹³⁰.

Parimenti, anche il percorso della dottrina italiana appare improntato, già a partire dall'opera di Consolo fino a quelle più recenti, all'abbandono di apodittici richiami ai principi del processo (e *in primis* di quello dispositivo in senso processuale), per volgersi alla necessaria individuazione di un apprezzabile interesse al condizionamento allegatorio. Si osserva così che «il discorso dovrà atteggiarsi in termini più cauti ed articolati (solo) là dove l'attore (o, si vedrà, del tutto specularmente, il convenuto) sia in grado positivamente di dimostrare al giudice come non risulti affatto indifferente la circostanza che la decisione di accoglimento della domanda avvenga sulla base di una piuttosto che di altra fra le fattispecie costitutive nella specie allegata, proprio da ciò traendo ragione per richiederne l'esame secondo un dato ordine in deroga alla ordinaria discrezionalità giudiziale nel regolare la trattazione della causa»¹³¹; e che «il principio del primato della questione risolutiva più pronta, il cui concreto esercizio è guidato esclusivamente dalla *liquidità* del tema controverso e che riconosce al giudice un ampio *potere discrezionale* nello svolgimento dell'attività decisoria»¹³², può peraltro subire deroga «ogni volta che, o per la *parte* o per la *legge*, le difese (in senso lato) assumono un significato differente e, quindi, a causa della

¹²⁸ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 477.

¹²⁹ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 478.

¹³⁰ C. CONSOLO, *op. loc. cit.*

¹³¹ C. CONSOLO, *op. loc. cit.*

¹³² S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 981.

valorizzazione, in luogo del parametro della maggiore evidenza, [...] dell'*interesse della parte*»¹³³.

In sintesi, al pari di quanto è emerso in relazione al principio dispositivo sostanziale, neppure il richiamo dello *Verbandlungsgrundsatz* è apparso, in quanto tale, sufficiente a supportare, e giustificare, la graduazione delle allegazioni di parte.

Si tratta, del resto, di conclusione che appare viepiù inappuntabile laddove lo stesso principio sia considerato in quello che, in effetti, sembra essere il suo significato più pregnante nell'ambito dell'allegazione fattuale (ossia nell'unica area che in questa sede rileva, esulando dall'indagine qualsivoglia profilo attinente all'istruttoria¹³⁴); e quindi se si tenga presente che la struttura del procedimento, «ed in particolare il suo informarsi al principio dispositivo (in senso processuale)»¹³⁵, impone «soltanto che il fatto giuridico sia affermato da una qualsiasi delle parti oppure emerga dagli atti di causa o dalle prove esperite»¹³⁶, senza che si possa «tributare rilievo alla *provenienza* dell'iniziativa di posizione-introduzione del fatto»¹³⁷, e dunque con l'unico vincolo, di tipo meramente *negativo*, in capo al giudice, di non «cercare di sua iniziativa [...] i fatti rilevanti per la decisione»¹³⁸. Ne risulta confermata la non esaustività del richiamo alla *Verbandlungsmaxime* rispetto alla giustificazione del potere di condizionamento delle questioni. Altro è che il materiale fattuale non possa essere ricercato dal giudice, ma debba emergere *ex actis* (a prescindere dalla specifica provenienza dello stesso), altro è che la parte, nello svolgimento di determinate allegazioni, possa apporre alle stesse un ammissibile vincolo rispetto all'*ordo decisionis*. Il principio della trattazione e la graduazione delle questioni meritali ope-

¹³³ S. MENCHINI, *op. loc. cit.* Come si evince nel testo, l'Autore esamina, oltre alle ipotesi in cui è l'interesse della parte imporre una deroga al principio del primato della liquidità, anche i casi in cui un determinato *ordo decisionis* potrebbe inferirsi dalla stessa legge. Laddove si tratti della legge *sostanziale*, il tema esula dalla presente indagine, ponendosi soltanto quale eventuale limite *ab externo* del potere di graduazione della parte (cfr. *supra*, cap. I, § 15); in relazione al diverso profilo dell'eventuale condizionamento necessario delle eccezioni c.d. soddisfattive (rispetto alle quali, peraltro, l'Autore giunge condivisibilmente a conclusioni negative rispetto a un'ipotetica subordinazione *ex lege*), cfr. *infra*, § 16.

¹³⁴ Cfr. *supra*, cap. I, § 6.

¹³⁵ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 339.

¹³⁶ E. MERLIN, *op. loc. cit.*

¹³⁷ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 340.

¹³⁸ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 339.

rano quindi su piani non sovrapponibili e postulano vincoli di differente tenore.

Non è inutile, infine, dar conto – a chiusura e conferma di quanto fin qui rilevato – che anche rispetto al condizionamento di altre «entità» processuali, diverse dalle questioni di merito, il mero principio della trattazione è risultato, nelle più penetranti analisi degli interpreti, ragione giustificativa insufficiente o, comunque, bisognosa di essere corroborata da ulteriori ordini di riflessioni.

Si consideri in particolare l'entità processuale «impugnazione»¹³⁹ e, rispetto a essa, l'analisi di Cappelletti del fondamentale arresto delle Sezioni Unite del 1960, ammissivo del ricorso incidentale condizionato («la parte totalmente vittoriosa può proporre ricorso incidentale per cassazione su questioni pregiudiziali o preliminari, condizionandolo alla ritenuta fondatezza del ricorso principale»¹⁴⁰), al contrario di quanto sostenuto dalla giurisprudenza pregressa¹⁴¹. Secondo l'Autore la posizione delle Sezioni Unite

¹³⁹Per un quadro del condizionamento delle «entità processuali» diverse dalla domanda giudiziale e, tra esse, delle impugnazioni (oltre che delle allegazioni), cfr. ancora C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 463-464, ove appunto il richiamo alle ipotesi nelle quali il nesso di subordinazione potrebbe operare tra «entità processuali di indole ben differente» e, segnatamente, oltre che tra plurime allegazioni attrici ed eccezioni del convenuto, «fra distinti atti di impugnativa di una o più decisioni giudiziali»; ivi si annota anche come «il secondo ordine di ipotesi, quello cioè delle impugnative condizionate», risulti «concettualmente notevolmente più vicino a quello del cumulo eventuale di azioni, e consenta così nei suoi riguardi più agevoli raffronti ed accostamenti ricostruttivi, rispetto alle ipotesi del primo ordine (deduzioni ed allegazioni – così attrici come difensive – svolte in via graduata nell'ambito della stessa causa)».

¹⁴⁰Cass., Sez. Un., 11 aprile 1960, n. 826, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 878, con nota di M. CAPPELLETTI, *Ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali*.

¹⁴¹E riassunto in questi termini da M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 879: «Opportunamente questa interessante pronuncia della Corte Suprema viene a mutare una giurisprudenza che, a partire dalla sentenza 24 maggio 1955 n. 1541 [...], era poi stata univocamente confermata, nonostante i dissensi dottrinali [...], da varie altre sentenze [...]. In queste ed altre pronunce, la Cassazione aveva affrontato e risolto negativamente il problema dell'ammissibilità del ricorso incidentale *condizionato* (o *subordinato*), proposto da chi, essendo rimasto praticamente vincitore in secondo o in unico grado, benché teoricamente soccombente su qualcuna delle questioni pregiudiziali o preliminari di rito o di merito, intendesse, resistendo al ricorso avversario, sollevare dette questioni in cassazione *per l'ipotesi* che la Corte Suprema credesse di dover accogliere il ricorso principale. Il ragionamento della Corte era, in sintesi, il seguente: è vero che soltanto la parte soccombente ha interesse all'impugnazione ed è vero altresì che la soccombenza dev'essere "pratica", e non soltanto "teorica", ond'è che la parte totalmente vittoriosa nel merito, non potrebbe impugnare la sentenza per il solo gusto di sentirsi dare ragione anche su questioni pre-

merita approvazione in ragione della peculiare struttura del giudizio di ultimo grado e, in particolare, del fatto che il giudizio rescindente (al contrario del giudizio rescissorio) postula nella specie un ordine logico inverso rispetto a quello che si impone al giudice di merito¹⁴². Per contro, in relazione ad altra argomentazione prospettata da Andrioli a sostegno del condizionamento dell'impugnazione per cassazione (e fatta propria dalle stesse Sezioni Unite), e cioè rispetto al richiamo del principio dispositivo, che imporrebbe al giudice di seguire l'ordine indicato dal resistente, l'Autore si esprime in senso critico («il principio dispositivo non sembra avere sicura rilevanza»¹⁴³), precisando che «si tratterebbe, in realtà, non tanto del principio dispositivo inteso in senso sostanziale, ossia nel senso di “*Dispositionssprinzip*”; sibbene di quello, che più propriamente dovrebbe chiamarsi

giudiziali, da essa sollevate nel giudizio di merito ma dal giudice di merito disattese o non prese in esame. Ciò, secondo la Cassazione, non toglie però che, di fronte all'impugnazione avversaria, la parte vittoriosa possa sollevare impugnazione *incidentale*: la quale – e questo è il punto – non potrebbe essere tuttavia *condizionata* all'accoglimento (... in data ipotese) della impugnazione avversaria, onde un ricorso condizionato non investirebbe in alcun modo la Corte del potere-dovere di esaminare le questioni pregiudiziali in parola, perché queste, proprio per loro carattere pregiudiziale (o preliminare), dovrebbero essere esaminate invece dalla Corte *con precedenza* sulle altre questioni e sarebbero quindi, per la loro stessa natura, in contraddizione col carattere subordinato o condizionato dell'atto che le sollevi».

¹⁴² Cfr. M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 879-880, il quale rileva che l'errore della giurisprudenza pregressa «è stato incisivamente indicato dal Carnelutti [...], quando ha rilevato che quell'ordine logico, che s'impone al giudice di merito nell'esame delle varie questioni [...], non vale anche per la Cassazione: “il giudizio rescindente, a differenza dal rescissorio, non implica un ordine logico delle questioni, per cui il giudice accogliendo un motivo concernente il merito debba avere superato i motivi pregiudiziali”. Per mio conto andrei, anzi, più in là; e direi che non tanto per la Cassazione *non esiste* un ordine logico nell'esame delle questioni, quanto piuttosto esiste, per essa, un ordine logico *diverso*, che nella specie è proprio l'inverso di quello che s'impone al giudice del merito. Fatto sta che la parte, totalmente vittoriosa nel merito benché teoricamente soccombente su qualche questione pregiudiziale, non avrebbe interesse, né sarebbe quindi ammessa ad impugnare la sentenza, ma l'interesse, e con ciò l'ammissibilità dell'impugnazione (incidentale), sarebbero per la natura stessa dell'impugnazione in parola, condizionati alla fondatezza del ricorso principale avversario: onde la Corte di cassazione *solo dopo aver giudicato di questo*, potrebbe dire se quella impugnazione incidentale sia ammissibile, ed eventualmente quindi fondata. Non solo dunque in casi siffatti il ricorso incidentale *può*, ma *deve* configurarsi (anche se non lo sia espressamente) come condizionato o, se si preferisce, subordinato, e sol come tale può essere preso in esame dalla Corte Suprema».

¹⁴³ M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 880.

principio della trattazione (*Verhandlungsmaxime*), posto che ciò, che viene in considerazione, non è il potere monopolistico delle parti nel ricorrere al giudice (*nemo iudex sine attore*) e nel determinare l'oggetto, ossia i limiti oggettivi e causali, del giudizio; ma un presunto potere delle parti nella determinazione dell'ordine interno del processo»¹⁴⁴. Purtuttavia, anche il principio della trattazione, in sé considerato, non è ritenuto dirimente rispetto alla soluzione della problematica, trattandosi di dettame «ampiamente – e opportunamente – derogato da tutte le legislazioni processualistiche moderne, e fra queste pure dalla nostra italiana; onde può seriamente dubitarsi se sia possibile parlare ancora di un valido e generale principio, tale da poter con procedimento deduttivo ricavarne conseguenze di ordine interpretativo: e questo dubbio trova conferme non poco gravi proprio anche nel giudizio di cassazione»¹⁴⁵.

Il punto è ripreso da Chiarloni nella sua monografia sull'impugnazione incidentale¹⁴⁶. L'Autore conferma che rinvenire nel principio dispositivo la giustificazione del potere di condizionamento del gravame sarebbe improprio («simile argomento [...] è frutto di una confusione tra la nozione di *Dispositionsprinzip* o principio dispositivo in senso proprio o sostanziale, inteso come “il potere monopolistico della parte di disporre (dell'interesse materiale e) della sua tutela giurisdizionale” e la nozione di *Verhandlungsmaxime* o principio dispositivo in senso improprio o processuale, inteso come il “potere monopolistico della parte di determinare passo per passo anche il corso meramente interno o formale ossia la tecnica strumentale del procedimento”»¹⁴⁷); aggiunge però che anche il principio della trattazione, oltre che significativamente derogato *ex lege*, «non si presenta più come un “valido e generale principio” da cui sia lecito dedurre attendibili conclusioni di natura interpretativa»¹⁴⁸.

Discorso non dissimile ricorre, invero, anche in relazione all'entità processuale «domanda». È infatti appena il caso di richiamare che lo

¹⁴⁴ M. CAPPELLETTI, *op. loc. cit.*

¹⁴⁵ *Ibidem.*

¹⁴⁶ S. CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale nel processo civile. Oggetto e limiti*, Milano, 1969.

¹⁴⁷ S. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 124.

¹⁴⁸ S. CHIARLONI, *op. loc. cit.*, il quale annota altresì che quanto affermato rispetto alla *Verhandlungsmaxime* vale *a fortiori* «per quanto riguarda il giudizio di cassazione, ove le possibilità per le parti di influire sugli sviluppi del procedimento sono ancora minori che negli altri gradi del processo ordinario di cognizione».

stesso Consolo, nella più volte menzionata analisi del cumulo condizionale di domande giudiziali, evidenzia che il principio della trattazione, ancorché potenzialmente più acconcio, rispetto al principio dispositivo sostanziale, a rendere ragione dei poteri delle parti rispetto alla conformazione dell'ordine interno del processo («trattasi anche qui, come per il regolamento delle iniziative probatorie, e a differenza che per il complesso di questioni riconducibili al principio della domanda, di un fenomeno di consistenza endo-processuale, poiché vertente su tempi, modi, ampiezza della trattazione della causa già introdotta e determinata dalla domanda attrice»¹⁴⁹), non può assumere valenza dirimente. E infatti, «come sarebbe errato indulgere a proclamazioni di principio sulla signoria delle parti sulla prova, deve ritenersi altrettanto fuorviante un'impostazione del discorso che qui più direttamente interessa in chiave di affermazione generale della signoria delle parti (ed in specie dell'attore) sul corso del procedimento [...], sulle modalità con cui è destinata a svolgersi la pendenza della causa cui egli con la propria domanda ha dato vita»¹⁵⁰. Va per contro riconosciuto che «anche lo specifico problema (dei limiti) dell'ammissibilità di domande subordinate – così sotto il profilo dell'esigenza di un particolare nesso sostanziale fra le stesse come pure sotto quello della tollerabilità di un tale fenomeno anche nei c.d. processi speciali ispirati ad esigenze “differenziate” di tutela giurisdizionale dei diritti – non può così affatto dirsi risolto, o comunque solubile, a prescindere dalla ricerca di ulteriori riscontri positivi e sistematici; cioè sulla sola scorta del riferimento al principio dispositivo, quand'anche questo venga adeguatamente puntualizzato, all'interno di un discorso diversamente non poco generico, e così enucleato quale principio di trattazione (non istruttoria)»¹⁵¹. Il richiamo del generale, ma anche fatalmente generico, principio modale della trattazione è di per sé inidoneo a giustificare l'ammissibilità del condizionamento tra domande giudiziali, che deve per contro seguire percorsi esegetici diversi, e soggiacere a ulteriori dettami (quali quello della necessaria connessione funzionale tra le domande proposte, anche sul piano sostanziale¹⁵²).

¹⁴⁹ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 277.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 278.

¹⁵² Cfr., anche per riferimenti, *supra*, cap. I, § 13, nell'ambito dell'esame delle diverse ipotesi di cumulo condizionale di domande.

5. *L'interesse alla graduazione. Interesse meramente soggettivo: esclusione. Necessaria sussistenza di un interesse oggettivo e giuridicamente rilevante. Assume centralità la portata effettuale della sentenza*

Riprendendo il discorso svolto nel precedente paragrafo, sia la relativa *pars destruens*, volta a negare la decisività del richiamo del principio dispositivo processuale, sia, soprattutto, la *pars construens* inferibile dai richiamati contributi dottrinali, avuto particolare riguardo alla necessità di ricavare *aliunde* – e non già nel principio della trattazione *tout court* – la giustificazione del potere di condizionamento delle parti, assurgono a punti di riferimento della successiva indagine.

Sotto il primo profilo, può ritenersi assodato che il principio dispositivo in senso processuale non consente di giungere a una conclusione rassicurante e *toto coelo* positiva in punto di ammissione della graduazione allegatoria.

Sotto il secondo profilo, diviene dirimente poter individuare, rispetto alla specifica problematica qui allo studio (e quindi a prescindere da quelli che, come sommariamente si è potuto fin qui richiamare, sono i rilievi spendibili rispetto al cumulo condizionale di *altre e diverse* entità processuali, quali domande e impugnazioni), se e in quali termini sia rinvenibile nel sistema un sufficientemente solido fondamento del potere di graduazione delle parti. Occorre quindi verificare se, e in che termini, sia prospettabile, con le già richiamate parole di Kion, un «interesse meritevole di tutela» (*schützenswertes Interesse*) rispetto alla graduazione delle questioni meritali.

Si tratta di una ricerca che può dipanarsi in plurime direzioni.

Prendendo le mosse da situazioni unanimemente escluse dall'area degli interessi rilevanti ai nostri fini – e però utili per affinare il ragionamento – può anzitutto essere espunto qualsivoglia interesse di tipo *soggettivo* e, quindi, personale.

Per un verso, è indubbio che, in relazione a una determinata fattispecie, possa emergere un «persönliches Interesse» a non spendere nel processo alcune questioni¹⁵³. È chiaro che, in particolari frangenti, la parte potrebbe maturare l'intento di utilizzare soltanto «in seconda battuta» determinati elementi fattuali avvertiti come «sensibili»: si esemplifica al riguardo fa-

¹⁵³ Cfr. H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 111: «Zuzugeben ist allerdings, daß die Parteien in jedem Prozeß ein anzuerkennendes persönliches Interesse daran haben können, bestimmte Streitpunkte möglichst nicht vor Gericht zu bringen».

cendo riferimento a eventuali circostanze personali rilevanti «nelle cause di *status* od in quelle originate dalla patologia matrimoniale»¹⁵⁴, ovvero a «ragioni economiche di indole [...] soprattutto fiscale o valutaria»¹⁵⁵.

Per altro verso, è parimenti evidente che, in primo luogo, la graduazione non sarebbe rimedio idoneo. La circostanza «sensibile», infatti, entrerebbe comunque a pieno titolo nel contenitore processuale: «Denn die auch nur hilfsweise aufgestellten Tatsachenbehauptungen sind „vor Gericht“ gebracht und müssen jedenfalls im Tatbestand des Urteils berücksichtigt werden»¹⁵⁶. Anzi, vi entrerebbe verosimilmente a «riflettori puntati», e ciò proprio a causa della, particolare, spendita della stessa in forma condizionata. E invero, «già il puro fatto della avvenuta allegazione lederà irrimediabilmente l'esigenza nutrita dalla parte, in maggior o minor misura: risulterà inevitabile, intanto, un esame della ammissibilità della allegazione sotto il profilo della sua deduzione in via subordinata, che così acquirerà comunque un certo insidioso risalto»¹⁵⁷.

Non solo. Poiché, come si è visto, il vincolo di graduazione, qualora ammissibile, concernerebbe la fase decisoria, e soltanto tale fase¹⁵⁸, la circostanza *de qua* potrebbe, comunque, essere oggetto di trattazione e istruzione¹⁵⁹.

È insomma evidente che, ancorché condizionato, il fatto «sensibile» entrerebbe comunque a pieno titolo nel giudizio, e anche in snodi centrali dell'*iter* procedimentale, con conseguente vanificazione dell'intento della parte. Ne discende che l'unico effettivo «rimedio», idoneo a tutelare l'interesse soggettivo, sarebbe quello di *non dedurre* alcunché: «Dieses Interesse läßt sich aber gar nicht mittels der Eventualstellung, sondern allein

¹⁵⁴ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 479.

¹⁵⁵ C. CONSOLO, *op. loc. cit.*

¹⁵⁶ H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 111.

¹⁵⁷ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 480.

¹⁵⁸ Cfr. *supra*, cap. I, § 15.

¹⁵⁹ Conf. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 480: «La subordinazione [...] non risulterebbe comunque idonea ad evitare necessariamente la possibilità di una sua trattazione ed istruzione probatoria immediata, imponendo al giudice solo un ordine decisorio». L'Autore prospetta anche questa ulteriore conseguenza: «Per altro verso l'interesse alla riservatezza fiscale (o relativo ad altri profili di natura illecita) ben difficilmente – anzi per nulla, io credo – potrà essere valutato quale adeguato motivo per operare la desiderata scansione del giudizio di merito: ad ogni modo il solo fatto della allegazione giudiziale basterà perlopiù a far scattare i ben noti poteri-doveri di rapporto, o comunque di attivazione *lato sensu* sanzionatoria, del giudice» (*op. loc. cit.*).

dadurch wirksam wahrnehmen, daß die fraglichen Tatsachen überhaupt nicht vorgetragen werden»¹⁶⁰.

Fermi tali rilievi, vale comunque l'osservazione generale – e dirimente ai nostri fini – secondo la quale un eventuale interesse meramente interno alla parte non sarebbe comunque idoneo a scalfire il principio, «opposto» al potere di graduazione, del primato della ragione più liquida. L'allegazione «riservata», e perciò subordinata, ben potrebbe essere utilizzata dal giudice in principalità, e ciò per la semplice ragione che un eventuale interesse al subordine riconducibile esclusivamente alla sfera personale della parte non varrebbe a scalfire il principio pubblicistico al quale deve di regola informarsi lo svolgimento dell'*iter* decisorio. Vale il rilievo per cui, «poiché il criterio della ragione più pronta costituisce la regola, il vincolo di subordinazione può essere imposto al giudice soltanto *in via eccezionale* e deve proteggere un interesse che sia ritenuto meritevole di considerazione da parte dell'ordinamento»¹⁶¹. Ed è chiaro che un interesse suscettibile di essere preso in considerazione dall'ordinamento giuridico non è, per definizione, quello che si fonda su ragioni di tipo soggettivo (in tutte le loro possibili epifanie, dalla riservatezza fino alla personale valutazione dell'opportunità di tenere serbate circostanze la cui esternazione potrebbe esporre la parte a profili di rischio).

Le piane notazioni fin qui svolte valgono a porre le basi per lo sviluppo del ragionamento. L'interesse che viene in questione, ai fini dell'ammissibilità dell'indicazione su istanza di parte di un determinato *ordo decisionis* delle questioni di merito, non può che essere *oggettivo e giuridicamente rilevante*. Con l'ulteriore conseguenza che l'indagine deve volgersi alla latitudine della tutela offerta alla parte graduante e, quindi, come già incidentalmente emerso nell'escludere la valenza dirimente della *Verhandlungsmaxime*¹⁶², all'efficacia della decisione finale. Si osserva in que-

¹⁶⁰ H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 111. In senso analogo, si rileva che la parte potrebbe «tenere in serbo la allegazione “pericolosa” fino al momento in cui si riveli la gracilità giuridica o probatorio-fattuale delle allegazioni principali, risolvendosi così a spenderla solo quale *extrema ratio*» (così ancora C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 480). L'osservazione è potenzialmente utile dal punto di vista pratico, ma potrebbe operare limitatamente alle «vicende processuali non caratterizzate da un sistema di preclusioni rigide» (così lo stesso C. CONSOLO, *op. loc. cit.*).

¹⁶¹ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 982.

¹⁶² Cfr. *supra*, il paragrafo che precede.

sto senso che può discettarsi di un interesse della parte a che la decisione sia fondata sull'una, piuttosto che sull'altra, delle plurime allegazioni immesse nel processo qualora da ciò possa discendere «una diversa, più estesa o più intensa, portata della tutela offerta dalla sentenza»¹⁶³; venendo così in questione, nella sostanza, la «problematica che suole definirsi dei limiti oggettivi del giudicato, specie in relazione al rilievo che, sulla valenza preclusiva e pregiudiziale [...] della decisione resa, possono essere chiamati ad esplicitare anche i motivi su cui essa si sia basata»¹⁶⁴. Per rispondere all'interrogativo avente a oggetto «quale sia l'ambito di applicazione del parametro dell'*interesse alla tutela più ampia*»¹⁶⁵, occorre volgersi all'«*efficacia della cosa giudicata*»¹⁶⁶. La portata effettuale della sentenza assurge a criterio discretivo dell'utilità traibile dalla parte e, quindi, del suo eventuale interesse alla graduazione.

Proseguiamo nell'indagine, a questo punto focalizzata sulla portata della sentenza passata in giudicato.

6. *L'efficacia dichiarativa della pronuncia giudiziale. Esclusione della sua rilevanza ai fini dell'indagine. La portata oggettiva del giudicato e la sua latitudine effettuale. L'incidenza del motivo portante*

Se il *focus* dell'indagine è quello dell'efficacia della sentenza e della cosa giudicata, si impongono due rilievi di carattere preliminare. Si tratta di rilievi di carattere preliminare perché comportano l'esclusione di percorsi che, invero, non parrebbero fecondi rispetto all'indagine prefissataci.

In primo luogo, sembra da escludersi che uno scrutinio *in subiecta materia* possa trovare sufficienti basi fondative laddove ci si arresti all'effetto *dichiarativo*, inteso in termini di statuizione giudiziale finale circa l'esistenza o l'inesistenza del diritto dedotto in giudizio.

Sotto questo profilo, se da un lato è indubbio che plurime concorrenti circostanze – «quali il fatto che oggetto del processo è il diritto sostanziale dedotto in giudizio [...]»; che la struttura del processo prevede tutta una

¹⁶³ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 481.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 986.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

serie articolata e sofisticata di strumenti volti ad appurare l'esistenza e il modo di essere delle situazioni di fatto allegare e fatte valere in giudizio [...]; che il giudice è tenuto ad applicare di regola, nel pronunciarsi sulla causa, le norme di diritto [...]; che esistono mezzi d'impugnazione preordinati a rimuovere la sentenza quando essa sia ingiusta»¹⁶⁷ – «consentono di aderire all'insegnamento della dottrina tradizionale e classica, secondo il quale l'efficacia riservata dall'ordinamento alla sentenza è *dichiarativa*»¹⁶⁸; se da un lato ciò non può essere seriamente contestato, dall'altro lato, qualora si circoscriva il giudicato alla declaratoria circa la sussistenza o insussistenza del diritto fatto valere, diventa arduo ipotizzare la sussistenza di un apprezzabile interesse al condizionamento delle questioni meritali. Resta infatti vero che, in tale prospettiva, le fattispecie poste alla base della pronuncia «rivestono valore solo prodromico e sono così destinate a rimanere confinate nell'ambito meramente motivatorio, estraneo [...] al fenomeno del giudicato; inidoneo, in altre parole, a concorrere a denotare la valenza pratica della tutela offerta dalla decisione»¹⁶⁹.

Anche la stessa preclusione del c.d. dedotto e deducibile si colloca perfettamente in tale orizzonte dichiarativo, a modo di «semplice riflesso negativo dell'accertamento di esistenza o inesistenza del diritto azionato contenuto nella pronuncia»¹⁷⁰. Resta ferma la lezione secondo la quale, se per un verso «la cosa giudicata sarebbe ben vulnerabile, se fosse lecito rimetterla in discussione con argomenti od eccezioni prima non utilizzati»¹⁷¹, per altro verso «ad ogni altro fine, diverso da quello di infirmare il *decisum*, le questioni rimangono impregiudicate e potranno essere proposte in un altro processo e potranno essere decise liberamente»¹⁷². Donde la conclusione che anche la preclusione del dedotto e del deducibile non appare sufficiente, in sé considerata, a conferire «rilievo extraprocessualmente differenziatore alle allegazioni tenute presenti, quale motivo portante, dalla decisione [...]: in particolare con riguardo alle allegazioni di fatto dedotte nel processo concluso, la ulteriore loro indiscutibilità non concerne i giu-

¹⁶⁷ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, pp. 62-63.

¹⁶⁸ R. CAPONI, *op. cit.*, p. 63.

¹⁶⁹ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 482.

¹⁷⁰ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 124, nota 69.

¹⁷¹ E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, cit., p. 282.

¹⁷² *Ibidem*.

dizi su liti diverse, ancorché connesse, ed anzi neppure i nuovi giudizi sulla stessa lite consentiti dalla sopravvenienza di fatti nuovi»¹⁷³.

In secondo luogo, e parimenti, non sembra possa integrare percorso argomentativo utile ai nostri fini quello che potrebbe incentrarsi sulle prospettazioni che – in antitesi con la lezione classica sulla pregiudizialità (secondo i noti insegnamenti di Menestrina, Chiovenda, Liebman), e sulla scia di ricostruzioni che, affacciate nella letteratura germanica nella metà dell'Ottocento¹⁷⁴, sono riecheggiate sia nell'esperienza anglo-americana, sia nella nostra dottrina¹⁷⁵ – hanno sostenuto l'estensione del giudicato alle stesse questioni di merito risolte nella motivazione della sentenza. Con le parole della nostra dottrina che si è collocata in tale ordine di idee, «perché la decisione di una questione pregiudiziale possa considerarsi “capo” di sentenza non occorre che la questione sia idonea a costituire oggetto di un giudizio autonomo»¹⁷⁶ e «il giudicato può formarsi sulla decisione di ogni questione (sia o non sia idonea a costituire oggetto di un giudizio autonomo) che presenti, nel contesto di ciò che costituisce materia di decisione, il carattere di pregiudizialità consistente nella sua potenziale idoneità a definire il giudizio»¹⁷⁷.

Orbene, appare chiaro che, accreditando la tesi del giudicato sulle questioni, anche il tema dell'ammissibilità della graduazione meritale ne risentirebbe significativamente, emergendo in tale scenario un interesse a che la decisione sia resa sulla base dell'una piuttosto che dell'altra delle questioni immesse nel processo.

Va peraltro considerato che la stessa dottrina propugnatrice di una simile estensione della latitudine della cosa giudicata, oltre a introdurre importanti limitazioni della vincolatività della soluzione della questione in altri giudizi, avuto particolare riguardo alla predicata necessità che le parti del giudizio abbiano *effettivamente* esplicitato le loro facoltà difensive sulla

¹⁷³ Così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 482 s.

¹⁷⁴ E propugnatrice, in particolare, da Savigny e, in seguito, Windscheid, le cui teoriche sull'estensione del giudicato alle questioni risolte in motivazione non furono peraltro seguite dal legislatore tedesco della Zpo.

¹⁷⁵ Cfr. M. TARUFFO, «*Collateral estoppel*» e *giudicato sulle questioni*, II, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 282 ss.; V. DENTI, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 675 ss. In argomento, cfr. anche D. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, 2007, p. 287 ss.

¹⁷⁶ M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 286.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

questione, il che dovrebbe essere valutato da parte del giudice del *secondo eventuale giudizio*¹⁷⁸, non è pervenuta «a tratte compiutamente le conse-

¹⁷⁸ Vale la pena riportare il percorso argomentativo di M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 290 ss. (focalizzandosi lo stesso – al di là della soluzione finale prospettata – su un profilo centrale dell'eventuale vincolatività di una decisione su questione, e cioè quello della necessaria *esplicazione del contraddittorio* sulla questione medesima): «Quanto all'effettiva discussione della questione, si è visto che la giurisprudenza nordamericana ha progressivamente attribuito a tale requisito una sempre maggiore importanza, muovendo non dai principi generali in tema di giudicato (indifferenti a questo riguardo), bensì dall'esigenza di realizzare anche in questo campo il principio costituzionale di difesa. In particolare, è venuta in evidenza una manifestazione specifica di tale principio, che si traduce nella regola per cui non può subire gli effetti del giudicato chi non ha avuto modo di difendersi adeguatamente riguardo alla questione decisa. Per quanto riguarda il modo in cui tale problema può porsi nel nostro ordinamento, va subito osservato che il diritto di difesa riconosciuto dall'art. 24 comma 2° della Costituzione non è ancora stato "concretizzato" in questa direzione, sia perché la sua incidenza sul tema dei limiti del giudicato non è stata sufficientemente studiata [...], sia perché il problema si è posto finora esclusivamente nella prospettiva degli effetti del giudicato penale sul giudizio civile, e dal solo punto di vista dei limiti soggettivi di tali effetti [...]. Sembra tuttavia possibile, oltre che opportuno, inferire dalla garanzia costituzionale inerente al diritto di difesa una regola che escluda l'operare degli effetti del giudicato in un processo diverso, ogniqualvolta il soggetto a carico del quale tali effetti dovrebbero verificarsi non abbia avuto, nel processo in cui è stata emanata la decisione passata in giudicato, la possibilità di difendersi adeguatamente riguardo a quanto ha costituito oggetto della decisione. Una regola di questo genere avrebbe particolare rilevanza al fine di delimitare l'ambito di efficacia del giudicato sulla decisione di questioni pregiudiziali in un giudizio relativo ad un *petitum* diverso. Infatti, mentre si può presupporre che le parti abbiano svolto adeguatamente nel primo processo le proprie ragioni, anche sulle questioni pregiudiziali, in relazione agli effetti giuridici sui quali la decisione avrebbe dovuto vertere, può accadere che tali difese appaiono inadeguate, e quindi venga a mancare la garanzia costituzionale, se riferite ai diversi effetti giuridici sui quali deve vertere la decisione nel secondo processo. Se si ammette, come risulta da quanto detto più sopra, che il giudicato formatosi sulla decisione di una questione pregiudiziale espliciti i suoi effetti anche qualora la stessa questione sorga in un secondo processo relativo ad un *petitum* diverso, appare evidente che la salvaguardia del diritto di difesa è un requisito fondamentale, che va rispettato onde evitare che l'indiscriminato operare degli effetti del giudicato in tali ipotesi conduca a conseguenze aberranti. Appare peraltro assai ardua, per la mancata elaborazione del tema nella nostra dottrina e giurisprudenza, l'individuazione dei modi specifici in cui la garanzia in questione dovrebbe concretizzarsi sotto il profilo che qui interessa. Tuttavia, qualche indicazione può trarsi dall'esperienza nordamericana sugli stessi temi. Anzitutto, è necessario che la questione pregiudiziale sia concretamente "sorta", nel primo processo, tra le parti, essendo questo un requisito minimo perché si possa ritenere che esse abbiano avuto la possibilità di prendere posizione al riguardo. In linea generale, il requisito in esame sussiste tutte le volte che la questione viene sollevata da una parte in modo tale che l'altra abbia concretamente la possibilità di svolgere le proprie ragioni su di essa. [...] Peraltro, la mera possibilità di difendersi, che pure deve essere pienamente garantita ri-

guenze che dovrebbero discendere dalla ricezione di quella teorica, quand'anche convenientemente temperata»¹⁷⁹ (ivi incluse quelle ipoteticamente traibili in punto di condizionamento delle questioni); e che, inoltre, quelle di cui trattasi sono posizioni rimaste obiettivamente minoritarie rispetto alla teorica dell'oggetto del processo e della cosa giudicata, prevalendo tra gli interpreti la riferita impostazione classica¹⁸⁰.

In via di sintesi di quanto fin qui detto, può quindi escludersi, per un verso, la rilevanza ai nostri fini dell'efficacia dichiarativa della sentenza passata in giudicato, limitata al profilo dell'esistenza o inesistenza del diritto dedotto in giudizio; né, per altro verso, potrebbe predicarsi un'estensione *sic et simpliciter* del giudicato alle questioni di merito risolte dal giudice nel suo percorso decisorio.

spetto ad ogni atto del processo, se è condizione sufficiente perché sulla decisione della questione pregiudiziale si formi un giudicato idoneo a spiegare i suoi effetti in ogni giudizio successivo nel quale venga fatta valere la medesima pretesa, non è sufficiente qualora nel secondo processo sia fatta valere una pretesa diversa. In tale ipotesi, per la maggior gravità delle conseguenze che il giudicato può produrre a carico delle parti, deve richiedersi che nel primo giudizio entrambe le parti abbiano svolto una effettiva adeguata difesa sulla questione pregiudiziale. I limiti entro i quali si può affermare il concreto realizzarsi di questa condizione non possono essere stabiliti in astratto, poiché sono necessariamente collegati alle singole situazioni che possono verificarsi nel processo: non resta, quindi, che rimettere la relativa valutazione al discrezionale apprezzamento del giudice del secondo processo, il quale dovrà stabilire se le difese svolte dalle parti nel precedente giudizio sono adeguate agli effetti che il giudicato sulla questione pregiudiziale può produrre». Sul tema della decisione su questione in rapporto al diritto al contraddittorio, v. anche *infra*, § 9.

¹⁷⁹ Così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 487-488, ove anche (alle pp. 490 ss.) un'estesa disamina della problematica, rispetto alle conseguenze impugnatorie («In caso di formulazione nel corso del giudizio di I grado di allegazioni l'una all'altra subordinata, sarà legittimato ad impugnare la sentenza che accoglie la domanda anche l'attore ove tale decisione si fondi sulla allegazione subordinata e così non valga ad attribuirgli altresì il desiderato accertamento positivamente vincolante sulla "questione preliminare principale"»).

¹⁸⁰ Cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., pp. 219-220. Cfr. anche E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, cit., p. 18: «L'accertamento va tenuto separato e distinto dalla *mera cognizione*. Per sapere se la situazione controversa esista o non esista (ovvero, quale ne sia la disciplina), può esser necessario risolvere in funzione preparatoria altri quesiti, la cui valutazione dà vita al complesso dei così detti antecedenti logici della decisione; e v'è un certo dibattito sul problema, se i giudizi formulati su questi antecedenti logici (punti e questioni pregiudiziali) abbiano al di fuori del processo l'efficacia vincolante cui si è fatto cenno. L'opinione tradizionale, a nostro parere fondata, è sempre per la negativa [...], mentre una parte minoritaria della dottrina è incline ad una sia pur limitata e parziale risposta positiva».

Ciò rilevato in via preliminare, il discorso sul condizionamento meritale può evolversi verso profili potenzialmente più fecondi.

Da un lato, l'efficacia della cosa giudicata non può essere relegata alla statuizione sull'esistenza, o meno, del diritto azionato, ma appare suscettibile di essere scrutinata nel suo obiettivo «*contenuto precettivo*»¹⁸¹, inteso in termini di «*vincolo* (oggettivo) che promana dalla sentenza»¹⁸². Il giudicato, infatti, non può che assumere «*nella sua portata l'obiettivo significato del precetto sostanziale accertato*»¹⁸³. Il tutto con l'importante precisazione che tale portata oggettiva della pronuncia «*dipende non dall'attività logico-cognitiva compiuta dal giudice, ma dalla regola per il caso concreto che questo ha stabilito [...]; ciò che rileva è [...] quale precetto è stato dettato in ordine al bene della vita controverso*»¹⁸⁴. A titolo di mera esemplificazione – molteplici e complesse sono le epifanie del fenomeno – il vincolo oggettivo promanante dalla pronuncia potrebbe *conformare* il successivo contegno delle parti¹⁸⁵, ovvero *precludere* una determinata iniziativa delle stesse¹⁸⁶.

¹⁸¹ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 986.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ In questi termini, E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 110.

¹⁸⁴ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1006.

¹⁸⁵ Per esempio (si tornerà su tali fattispecie), in caso di annullamento di un atto unilateralmente produttivo di effetti nell'altrui sfera giuridica, si può ritenere che «*alla modificazione giuridica possa, a date condizioni, accoppiarsi la declaratoria della regola di condotta a valere per il futuro*» (B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, p. 229).

¹⁸⁶ Sempre a titolo di mero esempio, la sentenza di accoglimento della domanda relativa a un determinato diritto di credito impedisce, per il precetto sostanziale da essa espresso, un'opposta azione di ripetizione dell'indebito del convenuto che ha pagato: i due diritti «*in gioco*» (il diritto di credito originario e quello *ex art. 2033 c.c.*) non sono i medesimi, ma la portata del primo giudicato impedisce la *condictio indebiti*. Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 107 ss. Rispetto all'estensione del vincolo oggettivo promanante dalla sentenza, cfr. anche S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 986: «*Per stabilire quale sia il grado di tutela che la parte riceve dalla decisione, si deve guardare all'efficacia della cosa giudicata: maggiore è l'utilità che il vincitore ritrae dalla sentenza, se di più ampia portata sono gli effetti attributivi, preclusivi e conformativi del giudicato*».

Dall'altro lato, in questo quadro i motivi della decisione potrebbero senz'altro assumere rilievo. È infatti ormai consolidato il «principio secondo cui la portata oggettiva della pronuncia [...] dipende, oltre che dal tenore, anche dal *motivo* della statuizione giudiziale»¹⁸⁷; quest'ultima può manifestare un'«*efficacia* variabile in considerazione del *motivo* che la sorregge»¹⁸⁸.

Come noto, la ricostruzione che, a partire dalla metà del secolo scorso, è assurta a inválido punto di riferimento delle possibili discettazioni *in subjecta materia* – contribuendo a distinguerla dal «“giudicato sulla motivazione” di stampo savignano»¹⁸⁹ – è quella della *Begründungstheorie*¹⁹⁰, che ha coagulato importanti adesioni tra gli interpreti, fino a riecheggiare (peraltro in una versione significativamente difforme da quella «originale»¹⁹¹)

¹⁸⁷ Cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 93, nota 7.

¹⁸⁸ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 987.

¹⁸⁹ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 93, nota 7.

¹⁹⁰ Prospettata da A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß*, Tübingen, 1959. Su tale teorica, si richiamano, nella nostra dottrina, A. BONSIGNORI, *I limiti oggettivi della cosa giudicata in un recente libro tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 236 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., p. 140 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 500 ss.; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., p. 215 ss.; ID., *Il giudizio sulle nullità (anche inesenziali) e il Giudice «omniinspiciente»: pensieri operazionali e verificabili (nuove prove di truth-telling processual-civilistico)*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 196 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pp. 131 ss., 327 ss.; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 311 ss.; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, cit., p. 155 ss.; L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 290 ss.; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, cit., p. 62, nota 76; MOTTO, *Note in tema di limiti oggettivi e soggettivi di efficacia della sentenza nei giudizi di impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, cit., p. 555 ss.; S. DELLA BONTÀ, *Una «benefica inquietudine». Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 891 ss. In Germania, mentre nella giurisprudenza sono rinvenibili plurime applicazioni dei dettami zeuneriani, nella dottrina la teorica in questione ha vissuto fortune alterne (cfr., per tutti, A. BLOMEYER, *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, Berlin, 1985, p. 485 ss.). Al riguardo, cfr. anche *infra*, nota 212.

¹⁹¹ V. la nota che segue.

nella giurisprudenza delle Sezioni Unite¹⁹², e che è possibile ripercorrere in questa sede solo sommariamente.

A fronte dei postulati classici in punto di propagazione degli effetti del giudicato nel successivo giudizio *inter partes*¹⁹³, Zeuner si spinge verso diversi, e in parte inesplorati, lidi, ponendo in evidenza la possibilità che l'oggetto del secondo giudizio presenti, rispetto al primo, un peculiare nesso «teleologico-giuridico» (*rechtlicher teleologischer Sinnzusammenhang*); e che, in tal caso, l'effetto giuridico ascrivibile all'esito del primo giudizio possa ricondursi ad altro rapporto *sub iudice* anche al di fuori delle ipotesi di formale pregiudizialità-dipendenza e, di converso, l'effetto giuridico richiesto nel secondo processo rientrare in quello «garantito dalla “regolamentazione giuridica” del primo giudicato»¹⁹⁴. In simili frangenti, per scongiurare che il nesso di cui sopra subisca un *vulnus*, occorre estendere il vincolo promanante dalla pregressa sentenza anche al suo c.d. «motivo portante». Il giudice successivamente adito non potrebbe discostarsi dal motivo, o dai motivi, che costituiscono il fondamento della pregressa decisione, e ciò proprio in quanto il nesso teleologico che lega le fattispecie ne uscirebbe pregiudicato.

Il vincolo in questione, peraltro, non si impone per uno scopo autonomo, ma unicamente affinché sia riconosciuto, nel suo «intero contenuto»,

¹⁹² Si allude in particolare a Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit. Si tratta di arresto che implementa e porta a compimento un percorso esegetico iniziato nel 2012, con la pronuncia di Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2275. In tema, v., per tutti, l'analisi di C. CONSOLO, *Il giudizio sulle nullità (anche inessenziali) e il Giudice «omniinspiciente»: pensieri operazionali e verificabili (nuove prove di truth-telling processual-civilistico)*, cit., p. 193 ss., ove anche l'illustrazione della significativa distanza tra la lezione di Zeuner e quanto prospettato dalle Sezioni Unite; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 157, nota 2. Sui dettami di Cass., Sez. Un., n. 26242/2014 (e n. 26243/2014), v. anche A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 944 ss.; S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, *ivi*, c. 931 ss.; I. PAGNI, *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, p. 71 ss.

¹⁹³ E quindi, basilarmente, del naturale orientamento di tali effetti al successivo giudizio avente il medesimo oggetto di quello conclusosi col giudicato, ovvero, in caso di esistenza di un rapporto di pregiudizialità-dipendenza in senso tecnico, nel successivo giudizio sul diritto dipendente.

¹⁹⁴ S. DELLA BONTÀ, *Una «benefica inquietudine». Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, cit., p. 895.

quanto già accertato giudizialmente rispetto all'effetto dedotto nel processo. E invero, il giudicato è chiamato a tutelare le peculiari relazioni che «sussistono tra ciò che è stato accertato come oggetto del precedente processo e l'effetto attualmente dedotto. Il giudice del successivo processo è corrispondentemente impedito di discostarsi dai motivi di una decisione passata in giudicato in tanto – e solo in tanto – in quanto una valutazione contraddittoria caducherebbe tale relazione. Il vincolo introdotto in questo senso con riferimento ai motivi della precedente decisione è pertanto [...] non uno scopo autonomo, ma solo un mezzo per portare al riconoscimento l'intero contenuto, di ciò che il giudice ha accertato sull'effetto fatto valere»¹⁹⁵.

I postulati zeuneriani sono poi declinati dallo stesso Autore in una variegata – e disputata – casistica (*Fallkonstellationen*). Volendo richiamare ipotesi sulle quali si tornerà nel corso dell'indagine, l'illustrato peculiare nesso di interdipendenza è riscontrato, tra l'altro, in relazione agli effetti giuridici di tipo sinallagmatico, ricorrendo in tali casi un c.d. *nesso di uguaglianza* (*Ausgleichszusammenhang*), come in particolare accade per le prestazioni di scambio nascenti dal medesimo rapporto, con la conseguenza che, in tale ipotesi, la condanna all'adempimento di una prestazione avrebbe effetto vincolante rispetto all'esistenza del rapporto nel successivo giudizio avente a oggetto la controprestazione; ancora, il medesimo ragionamento potrebbe essere speso laddove l'effetto di cui alla seconda domanda sia riferibile alla *medesima regolamentazione* di cui al giudicato pregresso, come accadrebbe allorché il primo giudizio abbia avuto a oggetto l'annullamento di un atto reiterabile, ritenendosi in tal caso il secondo giudice, adito per l'impugnazione di un nuovo atto, vincolato ai motivi posti alla base della prima pronuncia di annullamento¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Così, traducendo testualmente Zeuner, A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, cit., p. 140, nota 29.

¹⁹⁶ Su tali fattispecie, cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 513-514; MOTTO, *Note in tema di limiti oggettivi e soggettivi di efficacia della sentenza nei giudizi di impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, cit., p. 555; S. DELLA BONTÀ, *Una «benefica inquietudine»*. *Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, cit., p. 898 ss. Un qualificato collegamento giuridico-funzionale potrebbe ricorrere, ancora, qualora l'effetto di cui alla seconda domanda integri una *sanzione* rispetto alla regolamentazione di cui al giudicato pregresso, come nel caso in cui sia stata dedotta in giudizio una pretesa c.d. di omissione (*Unterlassungsanspruch*) di un certo comportamento, violativo di un determinato diritto attoreo, e, nel successivo giudizio, la pretesa al risarcimento del danno scaturito dalla lesione del di-

Al di là della ricostruzione affacciata da Zeuner – la quale, come si vedrà anche in seguito¹⁹⁷, appare riferita a specifici nessi sostanziali e, quindi, «chirurgica» (con la conseguenza che ogni eventuale applicazione espansiva non potrebbe che essere vagliata *cum grano salis*) –, il quadro che precede presenta un'indubbia rilevanza rispetto al tema della graduazione delle questioni di merito.

Se, infatti, la portata oggettiva della pronuncia dipende, oltre che dal tenore della stessa, anche dal *motivo* della statuizione giudiziale; e se si considera altresì che tale motivo è determinato dalla *questione* che fonda l'accertamento¹⁹⁸; se ne potrebbe inferire un tangibile interesse della parte al condizionamento delle questioni meritali. «Se la decisione ha *efficacia* variabile in considerazione del *motivo* che la sorregge, se, dunque, la tutela che il vincitore riceve dal processo è più o meno intensa a seconda della questione che fonda l'accertamento, la parte ha *interesse che il giudice decida una difesa in via prioritaria* rispetto alle altre, ogni volta che dall'accoglimento di quella indicata come principale derivi per lei un maggior soddisfacimento del suo interesse materiale»¹⁹⁹. Il percorso argomentativo, rilevante ai nostri fini, si dipana dunque dalla *questione*, la quale vale a determinare il *motivo* portante della sentenza e, quindi, ne definisce la *portata oggettiva*; conseguentemente, potrebbe essere ascritto alla parte un interesse a imprimere un determinato ordine rispetto alla decisione delle questioni, atteso che da esse potrebbe dipendere, e variare, l'efficacia dell'emananda pronuncia.

Può quindi osservarsi, sintetizzando quanto fin qui emerso, che l'interesse di cui dev'essere portatrice la parte graduante, necessariamente oggettivo e giuridicamente rilevante, va scrutinato alla luce della latitudine oggettiva del giudizio e degli effetti dell'emananda decisione; e che, in questo quadro, può assumere rilevanza il motivo assunto a fondamento della decisione stessa, il quale, a monte, dipende dall'allegazione assunta dal

ritto che ha originato la pretesa di omissione; oppure qualora, nel secondo giudizio, sia invocato un effetto che si ponga quale *completamento* di quello del primo giudizio, come potrebbe accadere in caso di domanda di rivendica di un determinato bene e successiva domanda d'indebito arricchimento per l'occupazione del bene già oggetto di rivendica. Per l'analisi di tale casistica, cfr. S. DELLA BONTÀ, *op. cit.*, p. 897 ss.

¹⁹⁷ Cfr. soprattutto *infra*, § 8.

¹⁹⁸ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 987.

¹⁹⁹ S. MENCHINI, *op. loc. cit.*, p. 987 (mio l'ultimo corsivo).

giudice alla base della pronuncia, e, a valle, incide sulla portata di quest'ultima e sul suo spettro effettuale.

Il discorso, peraltro, non potrebbe ritenersi così esaurito.

Posto infatti che, come chiarito²⁰⁰, l'analisi in corso è riferita all'*attore* graduante, e posto quindi che le direttive fin qui enucleate dovrebbero tradursi nella concreta individuazione di ipotesi in cui l'attore sia ammesso alla graduazione, va evidenziato che, rispetto a tale parte processuale, e alla possibilità che la stessa acceda al condizionamento delle questioni di merito, gli interpreti hanno espresso posizioni, da un lato, tendenzialmente *restrittive* e, dall'altro lato, *discordanti*. Veniamo a illustrarle.

7. *Le assunzioni degli interpreti circa l'attore graduante. Le posizioni della dottrina tedesca e italiana. La tendenziale esclusione di un condizionamento attoreo. Il limitato riconoscimento di una possibile utilità rinveniente all'attore graduante, in particolare rispetto ai diritti dipendenti da quello sub iudice*

Nello studio di Kion, un interesse attoreo alla graduazione dei fatti posti a fondamento della domanda è, nella sostanza, escluso.

Premesso che, anche *in subiecta materia*, è rilevante la portata oggettiva della decisione²⁰¹, l'Autore, da un lato, riconosce che allegazioni diverse potrebbero in effetti incidere sull'utilità marginale ritraibile dall'attore. L'esempio è quello di una decisione avente a oggetto la restituzione di un bene sul fondamento di un titolo contrattuale ovvero, in subordine, del diritto di proprietà («Verlangt der Kläger zum Beispiel die Herausgabe einer Sache in erster Linie mit der Begründung, der Beklagte sei aufgrund einer zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Vereinbarung zur Rückgabe verpflichtet, und behauptet er nur hilfsweise, Eigentümer der Sache zu sein»²⁰²), ipotesi rispetto alla quale non è escluso che la pronuncia fondata sulla questione principale possa generare un vantaggio per la parte attrice, avuto riguardo, per esempio, ad altre prestazioni contrattualmente

²⁰⁰ V. *supra*, § 1, nonché cap. I, § 16.

²⁰¹ H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., pp. 113-114: «Ein rechtliches Interesse an der Eventualstellung nur dann als begründet angesehen werden darf, wenn die Begründungen *objektiv* von unterschiedlicher Tragweite sind, das heißt, wenn sich diese aus dem Gesetz ergibt».

²⁰² H. KION, *op. cit.*, p. 114.

previste («Möglicherweise lassen sich nämlich infolge dieser Urteilsbegründung nunmehr weitere Ansprüche – etwa Mietzinsforderungen – ohne Schwierigkeiten verwirklichen»²⁰³).

Ciononostante, Kion nega l'allegazione subordinata dei fatti costitutivi, e ciò sulla base dell'assunto secondo il quale sarebbe possibile ascrivere una simile facoltà all'attore soltanto postulando una decisione vincolante sulla *causa petendi*, il che, nel caso prospettato, è invece da escludersi («das auf Vertrag gestützte Herausgabeurteil keinesfalls auch das Bestehen eines Vertrages bindend feststellt»²⁰⁴). Se, in linea astratta, è individuato un margine di utilità ricavabile dall'attore in relazione al fatto costitutivo posto a fondamento della decisione, la conclusione rispetto all'ammissibilità del condizionamento resta negativa in ragione del fatto che una diversa conclusione postulerebbe un vero e proprio «giudicato sulla *causa petendi*», e quindi un'inaccettabile estensione dell'istituto all'allegazione²⁰⁵.

Anche nei contributi successivi, l'ammissibilità di una graduazione delle questioni di merito da parte dell'attore appare fundamentalmente esclusa o, comunque, viene considerata in termini del tutto peculiari.

Si osserva infatti che, per un verso, quello del condizionamento delle allegazioni su iniziativa di parte va riguardato come istituto residuale («Von solchen Sonderfällen abgesehen wird man ein Recht der Parteien, Tatsachen in einer das Gericht bindenden Eventualstellung vorzutragen, jedenfalls grundsätzlich nicht mehr anerkennen können»²⁰⁶); e che, per altro verso, le principali ipotesi in cui lo stesso sarebbe ammissibile possono essere individuate in relazione a determinate *eccezioni*, e quindi a fattispecie che (attenendoci per ora a uno schema processuale «tradizionale»²⁰⁷) sono da riferire alla posizione, non già dell'attore bensì, del *convenuto* (si menzionano in particolare le eccezioni, onerose per il convenuto, di compensa-

²⁰³ H. KION, *op. loc. cit.*

²⁰⁴ *Ibidem.*

²⁰⁵ Sul pensiero di Kion, e sulla specifica argomentazione di cui al testo, cfr. anche E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 148, nota 125 (ove anche l'espressione tra virgolette nel testo). Si tornerà, in questo stesso paragrafo, sulla posizione dell'Autrice.

²⁰⁶ C. KERN, *Verfahren*, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., vor § 128, 4, p. 914. In senso analogo, cfr. anche L. ROSEMBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., pp. 340-341.

²⁰⁷ Sarà considerata nel prosieguo dell'indagine la tematica dell'attore che deduca nel processo fattispecie impeditive, modificative ed estintive.

zione e di pagamento, nonché quella di inesigibilità del credito²⁰⁸, sulle quali si tornerà ampiamente in seguito).

Un discorso a parte merita la posizione di Grunsky. L'Autore ammette infatti che non soltanto il convenuto, ma anche l'attore possa accedere al condizionamento delle questioni meritali; peraltro, tale facoltà è prospettata in relazione ai motivi di *rigetto* della domanda: «Sowohl der Kläger als auch der Beklagte haben [...] das Recht, eine das Gericht bindende Reihenfolge von *Abweisungsgründen* vorzugeben, wobei der nachrangige Grund erst dann herangezogen werden darf, wenn der vorrangige Grund vom Gericht verneint worden ist»²⁰⁹. Ne discende che, anche a voler prescindere dai rilievi che potrebbero essere mossi rispetto a una simile impostazione (se il punto di riferimento è il rigetto della domanda, l'attore è a graduare la propria *sconfitta*, il che, come sarà argomentato²¹⁰, pare invero da escludersi), le fattispecie prese in considerazione rispetto al condizionamento attoreo sono, di nuovo, *eccezioni* – oltre alla compensazione, soprattutto quelle che fondano un rigetto della domanda «zur Zeit»²¹¹ –, e quindi entità tipicamente riconducibili al *convenuto* graduante.

Anche nella nostra dottrina il condizionamento delle questioni meritali da parte dell'attore è stato oggetto di letture tendenzialmente restrittive; emergono anche prospettazioni di diverso tenore, peraltro relative all'eventuale incidenza dell'allegazione posta a fondamento della decisione rispetto a diritti *diversi* da quello oggetto della decisione stessa.

Nella sua analisi del condizionamento delle allegazioni, Consolo, pur esprimendo riserve rispetto a un'ipotetica incondizionata adesione alla lezione zeuneriana²¹², considera anzitutto, in relazione alle allegazioni su-

²⁰⁸ Cfr. C. KERN, *Verfahren*, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., vor § 128, 4, p. 915 («Dies gilt z. B. für die in Eventualstellung zulässige Aufrechnung [...], sollte aber z. B. auch für den Fall anerkannt werden, dass der Beklagte in erster Linie die Entstehung seiner Verpflichtung bestreitet und nur hilfsweise sich mit Tatsachen verteidigt, aus denen sich die fehlende Fälligkeit der Verpflichtung ergeben soll [...], oder sich nur hilfsweise auf eine Zahlung»).

²⁰⁹ W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, cit., p. 167 (mio il corsivo).

²¹⁰ V. *infra*, il paragrafo che segue.

²¹¹ Cfr. W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, cit., pp. 165-166.

²¹² C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 502: «Ciò, beninteso, non significa che poi tutte le ipotesi di *Sinnzusammenhang*, e così di rilievo “mirato” del motivo portante, affacciate da Zeuner, e soprattutto dalla ricca letteratura

bordinate attoree, l'ambito di applicazione della *Begründungstheorie* «probabilmente [...] meno problematico»²¹³, «in cui meglio si coglie lo sforzo di completamento dell'insegnamento classico»²¹⁴, e cioè l'ipotesi nella quale «i due successivi processi considerati abbiano ad oggetto la medesima domanda»²¹⁵. Sennonché, nel seguito dell'indagine, l'Autore richiama casi di sentenze di *rigetto*²¹⁶, e quindi di pronunce rispetto alle quali un'ipote-

postasi sulla sua scia, risultino effettivamente condivisibili: oltre ad ipotesi (relativamente) sicure, se ne danno varie altre senz'altro dubbie, che non hanno mancato di suscitare autorevoli ed equilibrati dissensi nella stessa dottrina tedesca più sensibile alla nuova lezione; inoltre non va neppure sottovalutata, proprio perché si tratta di individuare collegamenti inscindibili fra rapporti giuridici sanzionati univocamente dal diritto privato [...], la eventuale diversa incidenza del dettato legislativo italiano. Non è questa, chiaramente, la sede appropriata per scendere all'esame di una casistica sostanziale – quale quella addotta da Zeuner e dai suoi successori – assai vasta e di non sempre facile intelligenza, almeno al di fuori di una indagine *ex professo* ad un tempo comparatistica ed interdisciplinare».

²¹³ C. CONSOLO, *op. loc. cit.*

²¹⁴ *Ibidem.*

²¹⁵ *Ibidem.*

²¹⁶ «Il motivo portante su cui si regge una *decisione di rigetto* della domanda può acquistare preciso rilievo differenziatore in vista del successivo giudizio in cui venga nuovamente proposta la stessa *domanda* sulla base della sopravvenienza di fatti nuovi» (C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 503); «per esemplificare, con un caso pressoché paradigmatico nella letteratura in materia, dovrà ritenersi che, dopo il rigetto dell'azione di rivendica per carenza della proprietà in capo all'attore, quest'ultimo non potrà riproporre la domanda semplicemente adducendo che nel frattempo il convenuto ha finalmente ottenuto quel possesso della cosa rivendicata che in precedenza non avrebbe avuto» (*op. loc. cit.*); «secondo alcuni autori il vincolo promanante dai motivi della precedente decisione sarebbe peraltro ancor più intenso: il riesame della (stessa) domanda, dischiuso dall'intervento di fatti nuovi relativi al motivo portante della precedente decisione di rigetto, sarebbe poi specificamente limitato anche contenutisticamente; si darebbe cioè un vincolo per il giudice alle soluzioni delle questioni risolte a favore dell'attore nella precedente sentenza, che pur concluse poi nel senso della infondatezza della sua domanda», ma «tale impostazione, che dai suoi fautori si è voluta dedurre dal principio di "parità delle armi" fra le parti [...], tuttavia non persuade [...], trattandosi dopotutto della attribuzione di un notevole, ma incongruo e non giustificato, rilievo processuale a meri *obiter dicta*» (*op. cit.*, pp. 503-504); «residua [...] un profilo, teoricamente abbastanza sicuro e praticamente non trascurabile, di rilievo differenziatore dei motivi – *recte*: del motivo "portante" – nella determinazione della portata della tutela offerta al convenuto dal giudicato di *rigetto* nel merito della domanda: la sua riproposizione [...] in tanto sarà per l'attore ammissibile in quanto egli possa allegare una novità sopravvenuta proprio in ordine a quello dei presupposti di fondatezza ravvisato carente nel primo giudizio. Su tale base non risulterà evidentemente, ed almeno all'atto pratico, la medesima cosa, ad es. per il

tica, ammissibile, graduazione, sarebbe quella operata da parte del *convenuto* (come già accennato, e come si evidenzierà diffusamente a breve²¹⁷, principio cardine è appunto quello per cui soltanto il convenuto può svolgere un condizionamento delle questioni in vista della pronuncia di rigetto della domanda altrui, e non già l'attore, legittimato per contro alla graduazione in vista della pronuncia di *accoglimento* della propria domanda).

Si passa quindi all'esame dei casi in cui il secondo processo non presenti identità di oggetto rispetto al pregresso, bensì contenga domande *collegate* a quella già definita, laddove l'effetto giuridico *sub iudice* possa essere considerato già ricompreso nel regolamento di cui alla prima pronuncia. L'esito di tale esame è peraltro, rispetto alla posizione dell'attore, ancora una volta sostanzialmente negativo.

Sono, per vero, adombrate ipotesi che *in astratto* potrebbero assumere rilevanza.

In particolare, è menzionato il caso del contratto sinallagmatico, e del vincolo che discenderebbe rispetto all'esistenza e alla validità del rapporto fondamentale, con ciò che ne consegue in punto di controprestazione: «L'attore che richieda il pagamento di un credito sulla base di un contratto sinallagmatico e, concorrentemente, sulla base di un riconoscimento di debito talora avrà senz'altro motivo di preferire quale motivo portante della condanna tale seconda soluzione, in quanto dalla prima sarebbe scaturito – almeno seguendo la concezione zeuneriana dello *Ausgleichszusammenhang* [...] – l'accertamento vincolante della esistenza e validità del contratto in ordine alla futura eventuale domanda del convenuto attinente all'adempimento della controprestazione (oppure, anche, non potrà l'attore richiederne la restituzione in via di esercizio della *condictio indebiti*). Qui, ove la seconda lite a parti invertite giunga ad attualizzarsi giudizialmente, la scelta di un motivo portante piuttosto che di altro, meno impegnativo e pregiudicante, sarebbe fonte di uno specifico ineliminabile pregiudizio processuale per la parte, di una compressione, in sé irreparabile, delle sue future facoltà difensive»²¹⁸. La fattispecie è però prospettata con ampie riserve, soprattutto dal punto di vista della natura *meramente eventuale* della seconda lite, con la conseguenza che il caso sarebbe «tuttora dubbio quanto

debitore convenuto, ottenere il rigetto della domanda per radicale inesistenza del credito (o comunque per sua estinzione) piuttosto che a ragione semplicemente della sua attuale inesigibilità» (*op. cit.*, pp. 505-506, mio il corsivo).

²¹⁷ V. *infra*, il paragrafo che segue.

²¹⁸ C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, pp. 513-514.

alla sua attualizzazione a seguito dello sfociare in giudizio della lite così pregiudicata»²¹⁹.

È altresì menzionato il caso – sul quale si tornerà più volte nel corso dell'indagine – in cui il diritto autodeterminato sia sorretto da plurime fattispecie costitutive, la cui diversa datazione potrebbe assumere rilevanza in un successivo giudizio dipendente, avuto riguardo, per esempio, ai frutti percepiti dal possessore: «L'attore, che rivendichi un bene asserendo di averlo acquistato in una certa data e, comunque, usucapito dieci anni dopo, potrà certo preferire l'accoglimento della domanda sulla base del primo titolo di acquisto in quanto ciò spiana la via altresì ad una più estesa pretesa di restituzione dei frutti percepiti dal possessore di mala fede», ai sensi dell'art. 1148 c.c. Peraltro, anche in tale ipotesi è fondamentale esclusa l'ammissibilità di una graduazione da parte dell'attore sulla base dell'assunto per cui, dall'accoglimento della rivendica sulla base del titolo di acquisto più recente, non scaturirebbe «alcun pregiudizio davvero irreparabile: accadrà solamente che, nel successivo processo sui frutti, colui che fu riconosciuto proprietario sulla base del titolo “più recente” potrà contare su di un già acquisito accertamento della proprietà solo con quella decorrenza, dovendo invece ancora onerarsi della dimostrazione – fino ad allora impregiudicata (trattandosi di questione in precedenza assorbita o risolta sfavorevolmente solo *obiter*) – della fondatezza anche (o meglio: effettivamente) della decorrenza “più remota”»²²⁰; e, nuovamente, l'ipotesi è altresì ritenuta «di mera ed incerta eventualità»²²¹.

²¹⁹ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 513. Per il richiamo di tale fattispecie, cfr. anche A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 138, testo e nota 128; A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß*, cit., p. 75 ss.

²²⁰ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 514.

²²¹ C. CONSOLO, *op. loc. cit.*, ove anche il seguente rilievo rispetto alla fattispecie, appena riportata nel testo, del contratto sinallagmatico: «Qui, a differenza che nella ipotesi esemplificata precedentemente, non si constata alcun secco pregiudizio conseguente alla scelta di un determinato titolo acquisitivo quale motivo portante della decisione sulla rivendica; la “perdita differenziale” attiene, per dir così, piuttosto al “lucro cessante” [...] che al “danno emergente”». Per la prospettazione di una, peraltro sempre ipotetica, graduabilità di fattispecie costitutive in relazione a diritti dipendenti, cfr. anche ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., p. 240, testo e nota 52, ove i seguenti rilievi, svolti considerando la tesi che riscontra la sussistenza di due diritti in caso di «concorso di più pretese, l'una reale e l'altra obbligatoria, alla restituzione di una cosa determinata»: «L'alternativa, soggiugiamo, è ravvedere fatti

La conclusione tratta da Consolo rispetto ai rilievi che precedono è coerente e univoca: «Se si dovesse, comunque, condividere la indicazione ricostruttiva qui suggerita dovrebbe concludersi allora che – se non carente del tutto – senz'altro assai circoscritta risulti la sfera di ammissibile svolgimento di allegazioni graduate; da individuarsi *solo in presenza di una pluralità di allegazioni difensive del convenuto* e specificatamente nei casi in cui l'accoglimento di alcune di esse lasci spazio per una facile riproponibilità della domanda e così dia luogo ad una decisione di rigetto solo parzialmente soddisfacente»²²². L'area della possibile graduazione delle allegazioni è quindi da riferirsi, nella sostanza, al *convenuto*²²³.

Diverse sono le conclusioni espresse da altra parte della dottrina.

In particolare, Merlin, nell'analizzare la posizione di Consolo, osserva che, se per un verso quest'ultimo ammette che il potere di graduazione delle allegazioni «dovrebbe piuttosto fare capo al fatto che la parte sia in gra-

costitutivi di uno stesso diritto sostanziale e domanda giudiziale, spendibili al suo interno (poiché non individualizzatori): o in via alternativa – ammissibile in un tal caso – o, più spesso, subordinatamente l'uno all'altro. Lo stesso vale per le diverse fattispecie acquisitive del diritto reale di godimento [...]: vero che qui, tutt'al contrario, sul piano sostanziale la più remota esclude la rilevanza delle altre anziché vedere superata la propria; eppure all'atto della deduzione nel processo può ben aversi la loro spendita alternativa o subordinata a sostegno della stessa domanda. In tutti questi casi il giudicato di accoglimento, come al solito, non accerta il fatto costitutivo (ma non identificativo), ritenuto esistente, ad ogni effetto; non di meno può creare al riguardo un vincolo selettivo (solo) allorché vengano in un nuovo giudizio in gioco diritti-corollario del diritto riconosciuto per i quali rilievi, ad es., il diverso momento temporale del suo sorgere». Richiama il caso del diritto ai frutti, in relazione al titolo acquisitivo della proprietà, anche A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 138, tesato e nota 127.

²²²C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 521 (mio il corsivo). Cfr. anche ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., p. 222, nota 10.

²²³Merita infine richiamare che lo stesso Autore, nelle sue «Spiegazioni», menziona, nell'ambito dello studio delle dinamiche impugnatorie, anche una serie di esempi di graduazione di questioni di merito e, insieme a esemplificazioni incentrate sulle eccezioni (e difese) del convenuto, ricorre anche, nell'esame del disposto dell'art. 346 c.p.c., «l'esempio di un fatto costitutivo dedotto dall'attore in via subordinata (l'usucapione, ad es., rispetto al contratto di acquisto della proprietà del bene rivendicato), sul quale il giudice di primo grado, avendo trovato fondata l'allegazione principale, non abbia portato, nel rispetto della volontà stessa dell'attore, la sua attenzione» (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 506). L'esempio è peraltro svolto ad altro fine (quello di chiarire l'istituto della riproposizione in appello), senza nessun rilievo in merito alle ragioni dell'ammissibilità del subordine.

do di dimostrare uno specifico interesse all'ordine indicato»²²⁴, e che, in linea di principio, «l'interesse della parte alla allegazione subordinata dovrebbe essere riconosciuto anche quando il fatto allegato può incidere in senso differenziatore sulla *portata oggettiva* della pronuncia»²²⁵, per altro verso tale assunto «è poi di fatto completamente contraddetto»²²⁶, e ciò sulla base dell'affermazione per cui, comunque, l'interesse della parte si misura in tali casi in relazione a diritti diversi (ancorché connessi) da quello posto a oggetto di giudizio, e quindi «si prospetterebbe come un interesse meramente eventuale ed “ipotetico”»²²⁷; con la conseguenza che, in sostanza, il condizionamento di questioni meritali sarebbe ammissibile in casi «concretizzabili solo dal lato del convenuto»²²⁸.

Si tratta, secondo l'Autrice, di conclusione eccessivamente limitativa. E invero, laddove si ammetta che «il potere del giudice di stabilire l'ordine di esame e decisione delle questioni non ha positivo fondamento in prevalenti esigenze di ordine strettamente cogente od inderogabile – e risponde soltanto ad una generica tensione per il “buon andamento” del processo –, appare legittimo ritenere che esso possa essere limitato dal contrario interesse delle parti»²²⁹. In sostanza, «non perché la legge processuale investe il giudice del potere di procedere di propria iniziativa a delineare il percorso cognitivo da seguire deve in ciò sempre ravvisarsi un ostacolo impermeabile all'influenza degli interessi privati di cui le parti si facciano portatrici»²³⁰. Conseguentemente, il condizionamento dovrebbe ritenersi ammissibile, anche avuto riguardo alla posizione dell'attore, «ogniquale volta la articolazione delle allegazioni di parte appaia ispirata da un *ragionevole motivo*»²³¹, il quale a sua volta «fa capo essenzialmente alla portata oggettiva della pronuncia»²³².

Peraltro, i rilievi che precedono sono declinati in una casistica che, per

²²⁴ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 146, nota 120.

²²⁵ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 147.

²²⁶ E. MERLIN, *op. loc. cit.*

²²⁷ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 148.

²²⁸ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 146, nota 121.

²²⁹ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 152.

²³⁰ *Ibidem.*

²³¹ *Ibidem.*

²³² E. MERLIN, *op. cit.*, p. 153.

un verso, non si discosta da quella già richiamata da Consolo e, per altro verso, si focalizza comunque su diritti *diversi* da quello oggetto della sentenza. Si menzionano, di nuovo, il caso del rapporto sinallagmatico, per rilevare che in tale ipotesi, aderendo alla lezione di Zeuner, la «portata precettiva della pronuncia risulta effettivamente differenziata in virtù della idoneità di una delle *causae petendi* (rapporto negoziale sinallagmatico) a coinvolgere [...] un controdiritto del convenuto, quale è il diritto alla controprestazione»²³³; nonché quello delle pretese dipendenti da un determinato fatto costitutivo, rispetto al quale si esclude che possa essere dirimente che «il giudicato di accoglimento per l'un motivo non impedisce all'attore di dimostrare nel successivo processo, in cui siano azionate pretese accessorie o dipendenti, [...] l'esistenza dell'altro più favorevole fatto costitutivo»²³⁴, e ciò in quanto, in ogni caso²³⁵, «non si vede perché l'interesse a vedere acclarata l'esistenza del proprio diritto come nascente da un certo fatto costitutivo, anziché da un altro, non dovrebbe trovare riconoscimento già all'interno del processo che proprio tale diritto ha ad oggetto principale»²³⁶.

Da menzionare è, ancora, la prospettazione rinvenibile negli studi di Menchini.

Nel suo scritto sul giudicato del 2016²³⁷, emerge un quadro che, rispetto all'ammissibilità della graduazione attorea, resta piuttosto angusto. Si osserva infatti che la sentenza di accoglimento della domanda – e quindi la sentenza invocata dall'attore – «esprime un vincolo oggettivo costante, in quanto sempre è riconosciuta l'esistenza del diritto dell'attore, sulla base di una fattispecie legale; al contrario, la pronuncia di rigetto ha una portata precettiva variabile, la quale dipende dal motivo posto a suo fondamento: la disciplina sostanziale applicabile alla relazione giuridica sottoposta all'esame del giudice è differente, a seconda della ragione per la quale la situazione soggettiva è stata dichiarata inesistente»²³⁸. Il punto è di estrema

²³³ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 148, nota 125.

²³⁴ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 154, nota 139.

²³⁵ E cioè quand'anche si escluda che operi per contro una preclusione a carico dell'attore vincitore del primo processo.

²³⁶ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 154, nota 139.

²³⁷ S. MENCHINI, in S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit.

²³⁸ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 55.

rilevanza rispetto all'analisi che ci occupa: di regola è la sentenza di rigetto, chiesta dal *convenuto*, che manifesta una portata effettuale sulla quale incide il motivo posto a fondamento della stessa. Se ne può inferire l'ammissibilità del condizionamento delle questioni da parte, appunto, del *convenuto*, e quindi un condizionamento, di nuovo, di *eccezioni*. E infatti, puntualmente, così prosegue lo stesso Menchini: «Si impongono ancora alcune precisazioni. In primo luogo, il principio della ragione più liquida incontra un limite in quello del giudicato sulla base del motivo portante. Poiché la portata precettiva della sentenza dipende dal motivo che giustifica l'accertamento, il *convenuto* può avere un interesse meritevole di tutela a che il giudice esamini una questione prima delle altre, potendo ricevere utilità differenti se la domanda è *respinta* in forza di una ragione piuttosto che di un'altra. [...] Ciò apre la prospettiva che, sebbene *in casi eccezionali*, sia ammessa la proposizione di eccezioni con un vincolo di subordinazione imposto dalla parte»²³⁹. È il *convenuto* che, tra l'altro in via eccezionale, può graduare le proprie eccezioni in vista del rigetto della domanda altrui.

Rispetto all'attore, è svolta la notazione per cui, «se la domanda è fondata su una pluralità di titoli costitutivi concorrenti, il giudice può fondare il riconoscimento del diritto su quello di più facile e pronto accertamento, ferma restando la facoltà dell'attore di graduare le proprie allegazioni, dimostrando di avere interesse all'esame di alcune in modo prioritario rispetto alle altre»²⁴⁰. Tuttavia, scendendo nella casistica concreta, i rilievi espressi sono tendenzialmente negativi. In particolare, rispetto al caso della pronuncia accertativa del diritto di proprietà in forza di un titolo avente una certa datazione, e della successiva domanda per la corresponsione dei frutti, si riconosce che la portata oggettiva della prima pronuncia è determinata anche dal titolo (e quindi dalla sua datazione), con la conseguenza che «il riconoscimento del diritto, in forza di una fattispecie costitutiva piuttosto che di un'altra, può presentare per la parte un particolare interesse»²⁴¹. Purtuttavia, in relazione alla graduazione delle allegazioni costitutive si richiama la maggioritaria posizione negativa, dando atto che, da un lato, nel processo sui frutti l'attore potrebbe anche «dimostrare l'esistenza di un titolo di data meno prossima, non allegato in preceden-

²³⁹ S. MENCHINI, *op. loc. cit.* (miei i corsivi).

²⁴⁰ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 54, nota 100.

²⁴¹ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 108.

za»²⁴², e che, dall'altro lato, «per l'orientamento prevalente, non è ammesso, nel primo processo, formulare in modo graduato le allegazioni costitutive, in quanto non esiste un simile potere per la parte, ogni volta che la differente utilità che essa trarrebbe dal giudicato si proietta non verso il diritto oggetto del processo, ma nei confronti di uno diverso, ancorché dipendente»²⁴³.

Il tema è trattato dall'Autore anche in altra coeva opera, dedicata *ex professo* all'ordine di decisione delle questioni di merito²⁴⁴, e in tale intervento i rilievi espressi nel riportato scritto sul giudicato sono, in parte, oggetto di modulazioni.

Premesso che il principio del primato della ragione più liquida è suscettibile di essere derogato in presenza di un interesse al condizionamento meritevole di tutela, Menchini passa a rassegnare una serie di fattispecie rilevanti²⁴⁵ – e, per quanto importa in questa sede, riscontra all'interno di tali fattispecie ipotesi in cui anche l'attore potrebbe essere titolare di un interesse meritevole di tutela alla subordinazione allegatoria.

In particolare, in relazione all'ipotesi in cui il secondo, eventuale, processo si riferisca a diritti *dipendenti*, l'Autore menziona di nuovo il caso del proprietario che azioni il suo diritto ai frutti nei confronti del possessore di mala fede. E ribadisce che, nel caso in questione, «il motivo portante della sentenza permette di determinare il tempo in cui, secondo il giudice, è sorto il diritto di proprietà e, di conseguenza, il *dies a quo* per la decorrenza dei frutti»²⁴⁶; come altresì ribadisce che, peraltro, nel successivo processo l'attore potrà, invece che far leva sulla prima sentenza per il riconoscimento dei frutti fino alla data del fatto costitutivo accertato, sostenere una decorrenza anteriore dimostrando «l'esistenza di un titolo di data meno recente, non allegato precedentemente oppure, benché dedotto, non esami-

²⁴² S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 108, nota 244 (sul punto è richiamata anche la posizione di Consolo).

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit.

²⁴⁵ Distinte in tre categorie, a seconda che i motivi della prima sentenza possano venire in rilievo rispetto alla proposizione di nuove eventuali domande riferite allo «*stesso bene della vita*» di cui al primo processo, ovvero a diritti connessi con quello deciso «in forza di un vincolo di *interdipendenza funzionale* o di *reciproca (inscindibile) interferenza*», ovvero ancora a «*diritti dipendenti* da quello accertato»: S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 987 ss.

²⁴⁶ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 996.

nato dal giudice»²⁴⁷. Sennonché, la conclusione in punto graduazione è *diversa* da quella espressa nello scritto sul giudicato, e ammissiva di un interesse attoreo al condizionamento già nel primo processo: la facoltà di azionare nel secondo giudizio un eventuale *causa petendi* anteriore «non incide sulla sussistenza di un *interesse* dell'attore a dedurre in via principale il fondamento costitutivo più risalente e, soltanto subordinatamente, quello più prossimo: da un lato, in caso di accoglimento, egli, nel primo caso, ritrae dalla decisione un'utilità maggiore, e, dall'altro lato, il fatto che, nel successivo processo riguardante la restituzione dei frutti, non sia impedito di allegare e provare l'esistenza di un titolo anteriore rispetto a quello riconosciuto con la prima pronuncia, non esclude che per la parte sia proficuo ottenere, già nel primo giudizio, un accertamento più vantaggioso»²⁴⁸.

Occorre infine dar conto che, sempre in relazione alla posizione dell'attore graduante, Menchini menziona anche un caso ricondotto all'ipotesi di identità tra gli oggetti del primo e del secondo processo, e cioè quello dei «giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali (potere di licenziamento, potere assembleare nelle società e nei condomini, ecc.)»²⁴⁹, rilevando che, «poiché, dopo un primo atto, il potere, di regola, non si estingue, per determinare se, successivamente ad una pronuncia, che, accogliendo la domanda, ha caducato l'atto, il titolare del potere possa o meno, ed eventualmente entro quali limiti, rinnovarne l'esercizio, sfuggendo all'efficacia preclusiva del giudicato anteriore, assume decisiva rilevanza il motivo accolto e sul quale è fondata la statuizione di annullamento»²⁵⁰, con la conseguenza che, per esempio, «se il licenziamento è stato annullato per vizi formali, il datore di lavoro può reiterare l'atto di recesso, avendo cura di non incorrere nel medesimo vizio dichiarato dal primo giudice; se, invece, il licenziamento è stato caducato per motivi sostanziali, soltanto un fatto sopravvenuto costituente giusta causa o giustificato motivo consentirà al datore di lavoro di dare corso ad un nuovo licenziamento»²⁵¹, e che, in tale scenario, si può «consentire alla parte di istituire, mediante la *graduazione* delle difese, un vincolo al potere decisorio nel merito del giudice, in

²⁴⁷ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 997.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 989.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ *Ibidem*.

deroga al parametro della ragione più pronta»²⁵². Va peraltro annotato che, così argomentando, il potere di condizionamento attoreo è collegato alle ipotesi peculiari (i giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali) nelle quali l'attore, mirando alla caducazione dell'atto, deduce in giudizio fattispecie aventi efficacia impeditiva ed estintiva, e si colloca quindi in una posizione sovrapponibile, dal punto di vista sostanziale, a quella del convenuto. Si esamineranno partitamente tali ipotesi²⁵³, atteso che, come si chiarirà subito, l'indagine si focalizzerà per ora sull'attore graduante fatti *costitutivi*.

8. *Il principio della legittimazione alla graduazione. Il necessario riferimento della graduazione attorea alla pronuncia di accoglimento della domanda giudiziale. Inaccettabilità delle tesi che prospettano un condizionamento delle questioni da parte dell'attore in vista del rigetto della domanda giudiziale. Focalizzazione dell'indagine sull'attore graduante fatti costitutivi in vista della pronuncia di accoglimento della domanda; l'attore graduante eccezioni: rinvio. Sussistenza di un interesse attoreo alla graduazione dei fatti costitutivi, in relazione alla portata precettiva manifestata dalla sentenza rispetto al contegno futuro delle parti funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata*

All'esito della disamina che precede, sembra che, pur conducendo la propria indagine sulle allegazioni subordinate alla luce di premesse sostanzialmente *comuni*, la dottrina prospetti, avuto riguardo al condizionamento delle questioni di merito da parte dell'attore, soluzioni, da un lato, tendenzialmente *restrittive* e, dall'altro lato, di *dubbia* individuazione. Ancorché si convenga che il fulcro sia la portata effettuale della decisione, che a sua volta discende dal motivo posto a fondamento della pronuncia, si affacciano prospettazioni che escludono la graduazione attorea o che, laddove la ammettano in linea di principio, declinano la stessa in un quadro che rimane incerto rispetto all'effettiva casistica rilevante, comunque incentrata su diritti *diversi* da quello dedotto *sub judice*.

In questo scenario, sembra opportuno procedere con ordine, provando

²⁵² S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 990.

²⁵³ V. *infra*, § 18.

a premettere a un'indagine casistica la focalizzazione di alcuni dettami che valgono a orientare lo studio della graduazione meritale da parte dell'attore.

Anzitutto, occorre assumere quale principio cardine, da cui prendere le mosse per ogni successivo scrutinio, quello secondo il quale l'*unico limite di portata generale* rispetto alla graduazione delle questioni di merito su istanza di parte è quello che segue: l'istanza di subordinazione deve riferirsi alla pronuncia di *accoglimento della propria domanda*, ovvero di *rigetto della domanda altrui*, mentre non può, di converso, assurgere a idoneo punto di riferimento il rigetto della propria domanda, o l'accoglimento di quella altrui. Non è ammissibile, in altri termini, una graduazione dei fatti che giustificerebbero la propria *sconfitta*. Vale dunque il rilievo per cui «l'ammissibilità della allegazione subordinata della parte è condizionata dal fatto che la pronuncia tenuta presente nella scelta dell'articolazione condizionale sia quella di *accoglimento della sua domanda o di rigetto della domanda avversaria*. Infatti, dev'essere in linea generale escluso il rilievo della preferenza che l'attore esprimesse per una certa motivazione della pronuncia di rigetto della sua domanda o il convenuto per una certa motivazione della pronuncia di accoglimento della domanda attrice»²⁵⁴.

Deve quindi essere affermato il principio della *legittimazione alla graduazione*²⁵⁵, che, per quanto concerne l'attore, comporta che il condizionamento delle allegazioni si riferisca alla pronuncia di *accoglimento della domanda* (e, per quanto concerne il convenuto, la cui posizione sarà esaminata nel prosieguo dell'indagine, comporta che il condizionamento delle allegazioni si riferisca alla pronuncia di rigetto della domanda). Di converso, l'attore non è legittimato a proporre un'istanza di condizionamento afferente alla pronuncia di rigetto della propria domanda (e il convenuto

²⁵⁴ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 153, nota 138 (mio il primo corsivo), nonché anche p. 145, nota 116, ove il rilievo per cui l'interesse dell'eccepiente alla subordinazione, «trattandosi appunto di eccezioni, va sempre inteso come interesse ad una motivazione piuttosto che ad altra della pronuncia di *rigetto* (e così nel nostro caso come interesse preferenziale per una pronuncia di rigetto che statuisca l'inesistenza del credito dell'attore per motivi diversi dalla compensazione)».

²⁵⁵ Cfr. ancora E. MERLIN, *op. cit.*, p. 153, nota 138, ove l'assunto – nell'ambito dell'esame critico della posizione di Grunsky, ammissiva della possibilità, per l'attore, di «delineare l'ordine di esame e decisione dei diversi *motivi di rigetto* della sua domanda» – che, in tale ipotesi (*i.e.* quella della graduazione attorea dei motivi di rigetto), è «dal punto di vista della *legittimazione* che l'allegazione graduata va considerata a nostro avviso comunque inammissibile».

non è legittimato a proporla in relazione alla pronuncia di accoglimento della domanda attorea).

Quanto precede comporta due rilevanti corollari.

In primis, non possono essere accolte – e quindi non valgono a integrare casi di ammissibile graduazione attorea – le teoriche che affacciano un condizionamento, da parte dell'attore, di questioni di merito in vista di una (in ipotesi meno gravosa) pronuncia di *rigetto* dell'azione promossa dallo stesso attore. Per esempio, invocare il tema del giudicato *zur Zeit*²⁵⁶ rispetto all'attore soccombente, per inferirne che lo stesso potrebbe aspirare, con l'impugnazione, a un *rigetto* soltanto temporaneo della propria azione, in luogo di uno definitivo («Für den unterlegenen Kläger bedeutet das soeben Ausgeführte, daß er dann beschwert ist, wenn die Klage endgültig abgewiesen worden ist und er statt dessen eine Abweisung als zur Zeit unbegründet anstrebt [...]. Dabei kann das Ziel des Klägers in einem Austausch der Abweisungsgründe oder darin bestehen, daß bei einer mehrfachen Begründung des angefochtenen Urteils der „Dauergrund“ beseitigt wird und die Klageabweisung nur noch auf einen in Zukunft möglicherweise behebbaren Grund gestützt wird»²⁵⁷) e, conseguentemente, già in primo grado, al pari del convenuto, potrebbe indicare un *ordo decisionis* dei motivi di *rigetto* della propria domanda giudiziale («Sowohl der Kläger als auch der Beklagte haben [...] das Recht, eine das Gericht bindende Reihenfolge von *Abweisungsgründen* vorzugeben»²⁵⁸), non sembra condivisibile. L'ipotesi della graduazione della propria sconfitta – rispetto all'attore, del condizionamento avente quale riferimento il rigetto della propria domanda – non è invero accettabile (e quindi foriera di casi di condizionamento attoreo effettivamente ammissibili), collidendo con l'illustrato principio della legittimazione alla graduazione.

In secondo luogo, se, per quanto rileva in questa sede, e dunque per quanto concerne la posizione dell'attore, viene in questione la pronuncia di accoglimento della domanda, è possibile focalizzare un ulteriore assunto, afferente alla tipologia di questioni graduate. La posizione dell'attore va correlata, primariamente e principalmente, al condizionamento delle allegazioni *constitutive*. L'indagine sul condizionamento si sostanzia,

²⁵⁶ Sul quale si tornerà ampiamente nel seguito dell'indagine. V., in particolare, *infra*, § 15.

²⁵⁷ Si tratta della già riferita posizione di W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, cit., p. 163.

²⁵⁸ W. GRUNSKY, *op. cit.*, p. 167 (mio il corsivo).

collocandosi «nella prospettiva dell'attore, nell'alternativa fra diversi concorrenti fatti costitutivi del diritto esercitato»²⁵⁹ (mentre ovviamente, per quanto concerne il convenuto, «nell'alternativa fra diversi motivi di rigetto della domanda attrice»²⁶⁰). Questa è l'opzione fondamentale, riferendosi alla fattispecie che, di regola, è quella che viene dedotta nel processo dalla parte che agisca giudizialmente (la formula scolpita dall'art. 2697 c.c. è soltanto la più evidente tra le possibili conferme). Possiamo quindi focalizzarci sull'attore graduante allegazioni costitutive concorrenti – *rectius*, *astrattamente* concorrenti²⁶¹ –, lasciando per ora

²⁵⁹ Così E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 153.

²⁶⁰ E. MERLIN, *op. loc. cit.*

²⁶¹ Si è precisato «astrattamente» in quanto, di regola, è da escludersi che, *in effetti*, due titoli possano coesistere: uno di essi prevale, ancorché, in giudizio, gli stessi possano essere spesi entrambi (in regine di alternatività ovvero, questo è il tema, subordinate). Cfr., rispetto al diritto di proprietà (e in contrapposizione alla tesi per cui un soggetto potrebbe essere, «nello stesso periodo di tempo, proprietario per più di una volta della stessa cosa»), A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 420 ss.: «Invero, non sembra difficile dimostrare che l'ordinamento non ammette che la proprietà possa fondarsi, come suole dirsi in modo del tutto improprio, su di un "doppio titolo". Si pensi all'usucapione, anche se si potrebbero fare altri esempi [...]: appare difficilmente discutibile che la fattispecie di cui all'art. 1159 c.c. assuma, al fine di definire l'acquisto del diritto di proprietà [...], un titolo idoneo in astratto a trasferire la proprietà stessa [...], ma che nel concreto non abbia potuto produrre quell'effetto perché, ad esempio, il dante causa non era proprietario». Nello stesso senso, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 164-165, testo e nota 196: «È parimenti evidente che il medesimo diritto sostanziale può sorgere dall'integrazione di diverse fattispecie costitutive, che si definiscono concorrenti [...]. In questi casi, l'operare di una fattispecie esclude che, contemporaneamente, possa operare una diversa fattispecie: il diritto sorge per l'operare di una o dell'altra, ma non di entrambe insieme [...]. In questi casi, la dichiarazione di esistenza del diritto, per la verifica di una fattispecie, esclude che trovi applicazione l'altra»; «ad esempio, un diritto di usufrutto può essere acquistato per usucapione o per contratto; ma se è acquistato per contratto, non può esserlo per usucapione». Cfr. anche, rispetto a un diritto di credito, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., pp. 184-185: «Unicità si è detto, e su ciò vale la pena di insistere ulteriormente prendendo come esempio il diritto alla consegna di una cosa [...]. I titoli costitutivi di un tale diritto sono potenzialmente assai numerosi: contratto di compravendita, cessazione del rapporto di locazione, deposito, comodato ecc. [...]; e tuttavia uno soltanto potrà aver rilievo nel caso. Infatti, se pure si concepiscono più titoli concretamente realizzati ed efficaci, essi spiegano la loro rilevanza in tempi diversi e l'efficacia di quello posteriore incide su quello anteriore. Il pensiero corre immediatamente alla novazione oggettiva per mutamento di titolo e, dunque, ad una vicenda che si evolve nell'unità, poiché il nuovo subentra all'antico [...]. D'al-

da parte²⁶² i casi in cui chi agisce in giudizio deduca nel processo allegazioni non già costitutive, ma, al contrario, provviste di efficacia impeditiva, modificativa o estintiva (si pensi all'ipotesi paradigmatica della domanda di accertamento negativo²⁶³).

Se, giusta quanto precede, si ha cura di:

a) limitare l'indagine sull'attore graduante alla sentenza di *accoglimento*, unico possibile punto di riferimento del condizionamento allegatorio posto in essere da tale parte processuale;

b) focalizzarsi quindi sull'ipotesi «primaria», che è quella della deduzione di fattispecie *costitutive*, in vista dell'accoglimento della domanda giudiziale proposta dall'attore;

diventano rilevanti una serie di ulteriori considerazioni.

Per un verso, e in senso *negativo* (rispetto all'ammissibilità del condizionamento attoreo), emergono, si crede, con maggiore chiarezza le ragioni per le quali ricorrono in dottrina posizioni volte a escludere un potere di graduazione in capo all'attore.

La prima, e obiettivamente più rilevante, sembra quella che, in caso di accoglimento della domanda giudiziale, la portata oggettiva della sentenza appare, focalizzandosi sul diritto oggetto della sentenza stessa, *sempre la*

tra parte, la conclusione non muta se la successione avviene tra titoli integralmente identici, poiché il negozio rinnovativo sostituisce i suoi effetti a quelli del negozio rinnovato. In definitiva, si ripete qui quanto viene affermato per la proprietà: se potenzialmente plurimi sono i fatti costitutivi, uno ed uno soltanto può spiegare rilevanza nel momento in cui il diritto viene fatto valere ed unico può essere questo diritto».

²⁶² Per tornarvi in seguito (v. *infra*, § 18).

²⁶³ Ovvero a quella della domanda di sentenza costitutiva diretta all'estinzione di un rapporto *inter partes* (domande al cui accoglimento consegue peraltro la dichiarazione di *inesistenza* del diritto dedotto; mutuando la ricostruzione di R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 62, sulla quale si tornerà anche a breve: «Corrispondentemente la pronuncia d'inesistenza della situazione giuridica dedotta in giudizio consegue: a) al rigetto della domanda dell'attore che afferma la violazione di un dovere da parte del convenuto; b) all'accoglimento di una domanda di accertamento negativo o di una domanda di sentenza costitutiva diretta ad estinguere un rapporto intercorrente tra le parti; c) al rigetto della domanda dell'attore che afferma l'illegittimo esercizio da parte del convenuto di un potere di estinzione di un rapporto in corso tra le parti; d) al rigetto di una domanda di tutela costitutiva diretta alla costituzione del rapporto»; come si vede, basilamente è la sentenza di rigetto – invocata dal convenuto – a dar luogo a una pronuncia di inesistenza della situazione giuridica dedotta nel processo, tranne appunto i casi dell'«accoglimento di una domanda di accertamento negativo o di una domanda di sentenza costitutiva diretta ad estinguere un rapporto intercorrente tra le parti»).

medesima, consistendo nell'attribuzione all'attore dell'invocato bene della vita. «A prescindere dall'apprezzamento del contenuto logico-ricognitivo dei presupposti della statuizione, la dichiarazione di esistenza di una situazione giuridica ha una precisa portata pratica precettiva, che consiste nell'attribuzione all'attore del bene della vita, che, in base alla normativa sostanziale, il diritto gli garantisce; tale portata pratica precettiva esclude la proponibilità di successive domande da parte del convenuto soccombente aventi ad oggetto diverse situazioni giuridiche, che, se dichiarate esistenti, valgono ad attribuire al vincitore del secondo processo un bene della vita e, contestualmente, a disconoscere al vincitore del primo giudizio l'utilità che gli è assicurata dalla sentenza»²⁶⁴. Orbene, rispetto a tale profilo è decisiva l'obiettiva portata attributiva della sentenza, *a prescindere* dalle questioni meritali affrontate e risolte dalla sentenza, e quindi *a prescindere* dai motivi della sentenza stessa. Conseguentemente, se in linea generale non può essere obliterato il dettame secondo il quale i motivi della decisione possono assumere rilevanza rispetto alla latitudine effettuale della sentenza, purtuttavia ciò *non* avverrebbe rispetto alla pronuncia di accoglimento della domanda dell'attore: «Il fenomeno per cui, al variare del motivo posto a fondamento dell'accertamento, muta la portata precettiva della statuizione, non ricorre nelle sentenze di accoglimento (*rectius*, che dichiarano l'esistenza della situazione giuridica)»²⁶⁵, e ciò poiché «la portata pratico-precettiva della pronuncia è sempre la medesima, in quanto essa si identifica con il bene della vita garantito all'attore dalla situazione giuridica che è dichiarata esistente dalla sentenza»²⁶⁶. Esemplificando: «L'attore chiede l'accertamento dell'esistenza della servitù allegando come fatti costitutivi: un'usucapione, una destinazione del padre di famiglia, un acquisto per atto tra vivi. Il giudice accoglie la domanda per una di queste fattispecie costitutive, rigettando o assorbendo le altre. Il giudice dà all'attore esattamente la stessa tutela sia che accolga l'una o l'altra delle prospettazioni. L'attore non ha, infatti, una servitù diversa (maggiore o minore) a seconda del fatto costitutivo che ha dedotto in giudizio, e che è stato riconosciuto dal giudice. Anche qui si applica il principio della ragione più liquida»²⁶⁷.

In secondo luogo, e come già rilevato, le eventuali ipotesi di graduazio-

²⁶⁴ A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 491.

²⁶⁵ A. MOTTO, *op. cit.*, p. 493.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, cit., p. 308.

ne attorea sono per lo più rinvenute – tenuto conto anche di quanto si è appena detto rispetto al *diritto accertato* dalla sentenza – avendo quale riferimento diritti *diversi* da quello sottoposto ad accertamento (esempio «classico»: la misura del diritto ai frutti rispetto all'accertato diritto di proprietà), con la conseguenza che la dottrina contraria alla graduazione ha buon gioco nell'evidenziare l'opinabilità dell'estensione della portata della prima pronuncia, in relazione al titolo posto a fondamento della stessa, fino a conformare il distinto diritto oggetto del secondo, e tra l'atro meramente eventuale, processo²⁶⁸.

Va infine aggiunto che, a fronte di quanto precede, la mera applicazione della *Begründungstheorie*, avuto riguardo alla sua casistica di riferimento, non sembra in grado di condurre a risultati dirimenti rispetto alla risoluzione – e *a fortiori* alla risoluzione in senso positivo – della questione dell'ammissibilità del condizionamento dei fatti costitutivi da parte dell'attore. E invero, la teorica zeuneriana appare fondata sull'esame «chirurgico» di una serie di specifiche fattispecie²⁶⁹, le quali, in sé considerate, potrebbero supportare un interesse attoreo al condizionamento parimenti circoscritto. Non a caso, rispetto alla nostra area di indagine, e cioè quella dell'attore graduante fatti costitutivi in vista della decisione di accoglimento accertativa dell'esistenza del suo diritto, è usualmente richiamata soltanto l'ipotesi del contratto a prestazioni corrispettive: se la prima domanda è accolta sulla base di un determinato contratto, quest'ultimo non potrebbe che validamente fondare anche il diritto del convenuto alla controprestazione²⁷⁰, donde la possibilità di prospettare un interesse attoreo a spendere

²⁶⁸ Cfr. *supra*, il paragrafo che precede.

²⁶⁹ Cfr., per tutti, C. CONSOLO, *Il giudizio sulle nullità (anche inessenziali) e il Giudice «omniinspiciente»: pensieri operazionali e verificabili (nuove prove di truthtelling processual-civilistico)*, cit., p. 196 ss.; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., p. 226 ss. Sulla prospettazione di Zeuner, cfr. anche *supra*, § 6.

²⁷⁰ Cfr. C. CONSOLO, *Il giudizio sulle nullità (anche inessenziali) e il Giudice «omniinspiciente»: pensieri operazionali e verificabili (nuove prove di truthtelling processual-civilistico)*, cit., p. 197, nell'ambito dell'analisi delle categorie proprie della teorica zeuneriana: «Il caso più classico è proprio quello del contratto a prestazioni corrispettive: la parte che abbia ottenuto, in un primo processo, la condanna della controparte alla prestazione da quella dovuta, non potrà, ove in un altro processo convenuta per l'adempimento della controprestazione da essa dovuta e legata da nesso di sinallagmaticità a quella oggetto del primo processo, difendersi sollevando o facendo rilevare la questione della nullità del contratto, per vedersi così liberare dal vincolo. La scissione del nesso di sinallagmaticità, qui, è contraria a buona fede, sì che il vincolo al motivo portante può essere visto quasi come appli-

soltanto in subordine il titolo contrattuale. Sennonché, si tratterebbe di una conclusione limitata (al caso *de quo*) e, come si è visto²⁷¹, tutt'altro che pacifica, basandosi, ancora una volta, su un diritto *diverso* da quello accertato nella prima sentenza (e, per vero, *nemmeno facente capo all'attore*, bensì al convenuto aspirante alla contropartita contrattuale).

Purtuttavia, e per altro verso, in senso *positivo* (rispetto all'ammissibilità del condizionamento attoreo), sembra possano essere svolti due specifici, diversi, rilievi.

In primo luogo, la pronuncia di accoglimento della domanda dell'attore, e quindi la pronuncia accertativa dell'esistenza del diritto, che si fonda su un determinato fatto costitutivo, non può che rinvenire, quale suo non defettibile punto di riferimento, appunto tale fatto. Come osservato da Tarzia nelle pagine dedicate all'esame critico della prospettazione di un «accertamento alternativo», e quindi della possibilità di discettare di una sentenza alternativa nella motivazione o nel dispositivo, e della dottrina che tale accertamento ha propugnato²⁷², va «fermamente contestato, e da un punto di vista non puramente logico ma strettamente giuridico, il concetto ispiratore della citata dottrina: che possa, cioè, essere accertata la conseguenza giuridica, espressa nel *petitum* e poi autoritariamente pronunciata nel dispositivo della sentenza, lasciandone incerto – sia pure entro un ambito limitato di ipotesi – il fondamento. In un sistema nel quale oggetto della sentenza, e dell'accertamento che ne promana quale tipico effetto, non è soltanto la concreta misura richiesta, ma altresì il titolo che la giustifica, una pronuncia che non determini univocamente questo titolo (il fatto costitutivo del diritto e la qualificazione del diritto medesimo) non adempie alla funzione propria della giurisdizione»²⁷³. Nello stesso senso, Attardi annota che «l'accertamento, che opera come reiterazione dell'astratta volontà di legge, non può non fare riferimento alla fattispecie da questa prevista»²⁷⁴; «volendo esemplificare, se l'attore, affermando di essere titolare del diritto di proprietà su un dato bene in base ad usucapione, chieda

cazione dell'*exceptio boni fidei*». Cfr. anche ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., p. 227 s.

²⁷¹ Cfr. ancora *supra*, il paragrafo che precede.

²⁷² In tema, cfr. già *supra*, cap. I, § 13.

²⁷³ G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, cit., p. 144 (ivi anche il rilievo per cui una simile pronuncia sarebbe da equipararsi a «una qualsiasi pronuncia a contenuto dubitativo o di semplice *non liquet*»).

²⁷⁴ A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 499.

l'accertamento del suo diritto, la sentenza che accolga la domanda renderà incontrovertibile l'esistenza della proprietà, in capo all'attore, per effetto dell'usucapione»²⁷⁵. In senso analogo si esprime la dottrina successiva, richiamando la lezione di Tarzia: «Allorché la domanda è accolta, è stata riscontrata l'avvenuta integrazione di una fattispecie legale astratta ad opera dei fatti storici allegati»²⁷⁶, «l'accertamento contenuto nella sentenza *implica il riferimento anche al fatto giuridico* dal quale scaturisce la situazione sostanziale affermata»²⁷⁷.

Il profilo trova conferma anche laddove si prenda in considerazione l'aspetto, «connaturale» all'accertamento basato su un fatto di tipo *costitutivo*, dell'*origine* (e quindi anche della relativa datazione) del diritto. Si rileva così che, in caso di accertamento della proprietà, «la regola precettiva che scaturisce dall'accertamento è non soltanto che l'attore è proprietario del bene, ma che lo è *da quando* si è realizzato il titolo»²⁷⁸ posto a fondamento della decisione; «la sentenza stabilisce non soltanto che egli è proprietario al momento della pronuncia, ma che lo è stato anche per il periodo anteriore, sin dalla realizzazione della fattispecie costitutiva accertata dal giudice»²⁷⁹. Lo stesso può dirsi per qualsiasi altro diritto accertato sulla base di un determinato fatto costitutivo, ivi inclusi i diritti di credito, nei limiti in cui potrebbero venire in rilievo nell'analisi che ci occupa²⁸⁰. Luiso – allorché analizza il rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra i crediti per capitale e interessi (osservando che «l'esistenza dell'obbligo di pagare il capitale è fatto costitutivo dell'obbligo di pagare gli interessi: gli interessi presuppongono sempre che vi sia o vi sia stato l'obbligo di pagare il capitale»²⁸¹, e annotando che «qui la pregiudizialità ha caratteristiche peculiari, perché gli interessi maturano ratealmente, quindi sono correlati al periodo di tempo in cui si è avuta la debenza del capitale. Pertanto la pregiudizialità non riguarda l'attuale esistenza del diritto al capitale, ma la passata esistenza del diritto stesso»²⁸²) e si interroga sulla sentenza accertativa del

²⁷⁵ A. ATTARDI, *op. cit.*, p. 501.

²⁷⁶ S. MENCHINI, in S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 53.

²⁷⁷ S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, cit., p. 29 (mio il corsivo).

²⁷⁸ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 996-997.

²⁷⁹ S. MENCHINI, in S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 108.

²⁸⁰ Cfr. *supra*, §§ 2 e 3.

²⁸¹ F.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 163.

²⁸² *Ibidem*.

credito per il capitale (in particolare rispetto alla sua valenza nel successivo giudizio sugli interessi) – conclude che, nel successivo processo sugli interessi, viene in rilievo che, nel primo processo, si è per esempio «stabilito che il capitale era dovuto dall'1 ottobre 2010»²⁸³. Al di là del tema (su cui si tornerà anche in seguito) degli effetti della pronuncia sul diritto pregiudiziale nel giudizio su *altri* diritti (e, in particolare, sul diritto dipendente), è confermato che la sentenza accertativa del diritto azionato trova il suo indefettibile riferimento nel relativo fatto costitutivo.

Siamo quindi di fronte a un accertamento giudiziale del diritto che, per definizione, non resta «librato nel vuoto», ma si riferisce alla relativa *causa petendi*. La sentenza accerta esistente un determinato diritto come nascente da una determinata fattispecie. L'accertamento suscettibile di passare in giudicato, si badi, resta soltanto quello del *diritto*, il quale peraltro è accertato come scaturente da una determinata fattispecie. Non ha luogo discettare, rispetto a quanto precede, di un vero e proprio «accertamento a tutti gli effetti»²⁸⁴. In altri termini, senza che sia configurabile un accertamento giudiziale del fatto costitutivo posto a fondamento della pronuncia di accoglimento della domanda, tale pronuncia, in ogni caso, statuisce sull'esistenza del diritto azionato *come nascente da quel determinato fatto*, ancorché al (limitato) fine di assicurare la stabilità della decisione resa sul diritto accertato.

In secondo luogo, venendo all'altro dei preannunciati rilievi, pare che le posizioni negative circa il condizionamento attoreo trascurino di considerare che la sentenza di accoglimento della domanda giudiziale, accertando, per definizione, un illecito sostanziale, manifesta un *peculiare contenuto precettivo*. Segnatamente, la sentenza accerta l'illecito ed esprime «la regola della condotta futura delle parti funzionale alla rimozione di quest'ultimo e alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata»²⁸⁵. Orbene, sintetizzando il discorso che verrà esplicitato, rispetto a tale portata precettiva della sentenza di accoglimento, il fatto costitutivo posto a fondamento della decisione è idoneo a incidere sulla regola che promana dalla pronuncia, con la conseguenza che la decisione potrebbe presentare una differente portata precettiva a seconda del presupposto sul quale si fon-

²⁸³ F.P. LUISO, *op. cit.*, p. 164.

²⁸⁴ Cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 148, nota 125.

²⁸⁵ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 70 (il passaggio riportato nel testo è ripreso anche da S. MENCHINI, *Cosa giudicata*, cit., p. 76, nota 150, nell'ambito dell'analisi dell'efficacia «regolamentare» del giudicato).

di la dichiarazione di esistenza della situazione giuridica dedotta nel processo (e, in questo senso, resta fondamentale l'insegnamento di Zeuner²⁸⁶).

Veniamo a illustrare quanto precede.

Come posto in evidenza dalla dottrina sul giudicato (avuto particolare riguardo ai relativi limiti cronologici), laddove sia emessa una pronuncia di accoglimento della domanda – si ribadisce, esclusivo punto di riferimento della graduazione attorea –, «l'accertamento giudiziale assume un distinto aspetto precettivo, che ha per oggetto la condotta futura delle parti»²⁸⁷. Il fulcro della ricostruzione che perviene a individuare tale profilo risiede nel fatto che, in caso di accoglimento della domanda, la sentenza, proprio in quanto di accoglimento, accerta la commissione di un *illecito*, e quindi di una condotta difforme dalla regola di condotta scolpita dalla norma sostanziale. Mentre l'aspetto dichiarativo della volontà della legge preesistente caratterizza tutte le sentenze definitive di merito, «l'accertamento della commissione di un illecito è proprio invece di tutte le pronunce di accoglimento»²⁸⁸. Orbene, in tali casi, avuto riguardo al comportamento da tenersi in futuro, occorre chiedersi se la regola di condotta sarà, di nuovo, quella prevista dalla norma, oppure invece quella di cui all'intervenuta sentenza. «A chi ritiene che tale modello normativo possa essere offerto proprio dalla norma sostanziale violata, sembra di poter replicare efficacemente che la condotta antiggiuridica ha determinato ormai una novità nella realtà sostanziale, novità che denuncia l'incapacità della norma giuridica di tutelare da sola l'interesse protetto. Si può poi aggiungere che il sistema di diritto sostanziale conosce il processo come forma di reazione all'illecito. È verosimile allora che proprio l'accertamento giudiziale, nelle sentenze di merito che constatano la presenza di un illecito»²⁸⁹, e dunque in tutte le sentenze di accoglimento, «esprima la regola della condotta futura delle parti funzionale alla rimozione di quest'ultimo e alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata»²⁹⁰. Si tratta di pro-

²⁸⁶ A prescindere, come si è appena detto nel testo, dalla specifica casistica prospettata dall'Autore.

²⁸⁷ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 109.

²⁸⁸ R. CAPONI, *op. cit.*, p. 69.

²⁸⁹ R. CAPONI, *op. cit.*, pp. 69-70.

²⁹⁰ R. CAPONI, *op. cit.*, p. 70. L'assunto è ribadito dall'Autore in ID., *In tema di limiti temporali del giudicato civile sulle situazioni soggettive che proteggono un interesse durevole nel tempo*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1193 ss. Rispetto alla portata precettiva della pronuncia giudiziale in relazione al successivo contegno delle parti, cfr. anche B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel pro-*

spettazione che appare ormai consolidata: «È stato definitivamente dimostrato che, poiché il processo serve a porre rimedio ad una crisi di cooperazione verificatasi sul piano del diritto sostanziale, integrata dalla commissione di un illecito [...], nella sentenza che concede la tutela richiesta deve essere riconosciuto, oltre l'aspetto dichiarativo dell'esistenza della situazione giuridica violata – fondato sulla ricognizione dei presupposti di fatto e di diritto necessari per la sua esistenza –, altresì il profilo di carattere precettivo, consistente nell'enunciazione della regola di condotta vincolante il futuro comportamento delle parti, funzionale alla realizzazione dell'interesse sostanziale leso»²⁹¹.

Ciò posto, come anticipato, tale portata precettiva *in posterum* della sentenza di accoglimento della domanda appare suscettibile – non in via generale, ma comunque rispetto a una non trascurabile serie di ipotesi – di essere *determinata dal fatto costitutivo* posto a fondamento della pronuncia, con la conseguenza che, laddove ciò accada, l'attore è portatore di un interesse a vedere accertata l'esistenza del proprio diritto, dello *stesso diritto azionato sub iudice*, come *nascente da un determinato fatto costitutivo, anziché da un altro*. In particolare, quanto precede è riscontrabile in relazione a due connessi profili, e cioè quelli, sintetizzando il discorso che si verrà a svolgere, del *contenuto* della regolamentazione funzione alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, nonché della *stabilità* di tale realizzazione.

Sotto il primo profilo, occorre ulteriormente distinguere, venendo in questione la realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, tra pronunce insuscettibili di esecuzione forzata e pronunce di condanna.

Rispetto alla prima tipologia di pronunce, la sentenza di accoglimento della domanda può *essa stessa* realizzare l'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, attraverso la *creazione* di una nuova regola di condotta (ovvero anche specificando la regola astratta). Si tratta, in particolare, dell'ipotesi delle pronunce costitutive e inibitorie. In caso di sentenza costitutiva, la pronuncia è espressiva di «una nuova regola di condotta, che

cesso civile e amministrativo, cit., p. 177 ss. (ove l'indagine sulla «sentenza civile quale fonte di qualificazione di comportamenti futuri delle parti»); F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., pp. 13-14.

²⁹¹ A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 65 s. Il richiamo di tale aspetto precettivo della sentenza ricorre anche nella dottrina tedesca. Cfr., per tutti, M. JACOBS, *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, Tübingen, 2005, p. 185 ss.

comporta una modificazione della precedente situazione giuridica in corso tra le parti»²⁹²; in senso analogo, «la sentenza inibitoria, determinando e specificando anche il comportamento che in concreto dovrà essere evitato, si avvicina [...] alla categoria delle sentenze costitutive, che *innovano* il diritto sostanziale»²⁹³. La sentenza di accoglimento della domanda, quindi, formula la nuova regola applicabile al rapporto tra le parti. Ma, se è ascrivibile alla sentenza un simile contenuto, il fatto costitutivo, ponendosi a base e giustificazione della sentenza stessa, appare idoneo a venire in rilievo rispetto al precetto da quest'ultima espresso.

Valgano alcuni esempi.

In relazione alla tutela costitutiva, va premesso che ci occuperemo in seguito²⁹⁴ delle sentenze di tipo «demolitorio», atteso che l'ipotesi qui considerata è quella della pronuncia di accoglimento della domanda richiesta dall'attore sulla base di un determinato fatto *costitutivo*; il che peraltro non esclude – è bene evidenziare subito – che, come si vedrà, le decisioni impugnatorie, soprattutto se relative a un atto di esercizio di un potere sostanziale (per tale intendendo la prerogativa ascritta a un soggetto di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui), manifestino anch'esse una specifica portata precettiva rispetto al futuro comportamento delle parti²⁹⁵, in alcuni casi riconosciuto anche *ex lege*²⁹⁶.

²⁹² R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 70.

²⁹³ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 81.

²⁹⁴ V. *infra*, § 18.

²⁹⁵ Cfr., per tutti, S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 990, nota 33: «Con riferimento ai giudizi d'impugnazione di atti costituenti esercizio di poteri sostanziali [...] la pronuncia di accoglimento della domanda ha un duplice contenuto: a) di annullamento dell'atto viziato; b) di accertamento circa il potere ed il suo esercizio; essa, oltre ad un effetto caducatorio, ha un effetto conformativo, in quanto esprime la *regola vincolante* in ordine al riesercizio del potere»; A. MOTTO, *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed «accertamento in prosecuzione» nei giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali*, cit., p. 155: «La sentenza di accoglimento della domanda di impugnazione non ha un mero contenuto casatorio-caducatorio, ma ha anche un contenuto di accertamento, di carattere precettivo-conformativo; la sentenza accerta, in via diretta, le ragioni di invalidità dell'atto e, sostanzialmente, dichiara la regola di esercizio del potere di cui quello è espressione. Per tal via è dettata la regola vincolante, a cui si deve attenere il soggetto attivo, in occasione della rinnovazione del potere in futuro».

²⁹⁶ Cfr. in particolare quanto previsto dall'art. 2434-*bis*, comma 3, c.c., norma sulla quale si tornerà nel prosieguo (v. ancora *infra*, § 18).

Ciò premesso, laddove, per esempio, la parte che agisca *ex art.* 2932 c.c. indichi (e, nel nostro caso, gradi) diversi titoli costitutivi del suo diritto, per esempio perché siano intervenuti tra le parti due accordi ai quali potrebbe essere ascritta la valenza di contratto preliminare²⁹⁷, la scelta dell'uno o dell'altro titolo potrebbe non essere indifferente rispetto alla regolamentazione del futuro contegno delle parti, come per esempio potrebbe accadere se un determinato titolo prevedesse un termine, o una condizione, o un obbligo accessorio (tra l'altro suscettibili di essere specificati già all'interno della stessa sentenza conclusiva del giudizio). L'attore potrebbe quindi essere portatore di un interesse a dedurre in principalità il titolo da cui discenderebbe una regolamentazione a sé più utile (per esempio, che contenesse, laddove l'attore fosse un promissario acquirente, un più stringente termine di consegna) e, soltanto in subordine, per l'eventualità che il titolo speso in prima battuta fosse per qualsiasi ragione ritenuto invalido o inefficace, l'altro dei titoli concorrenti.

Rispetto alla tutela inibitoria, non è inutile premettere che la stessa è ritenuta emblematica dell'efficacia precettiva predicabile rispetto alle pronunce di accoglimento della domanda. Caratteristica comune delle ipotesi di tutela inibitoria è infatti quella di proteggere «aspetti non transeunti della sfera personale dell'individuo, come il nome o l'immagine; il diritto di proprietà o di servitù; la posizione dell'impresa nel mercato, ecc. La durevolezza della situazione giuridica presupposta è alla base dell'interesse dei titolari di queste situazioni, riconosciuto e tutelato dall'ordinamento, ad ottenere non solo una condanna che si limiti ad eliminare gli effetti di eventuali violazioni già compiute, ma anche a prevenire le eventuali violazioni future»²⁹⁸. Conseguentemente, la sentenza provvede a «dettare la qualificazione di comportamenti futuri»²⁹⁹, «si inserisce tra l'astratto precetto normativo individuato come applicabile al rapporto intercorrente tra le parti e i loro comportamenti, ponendosi quale precipuo ed immediato criterio di valutazione giuridica di questi»³⁰⁰. Orbene, in relazione a tale

²⁹⁷ Dei quali l'uno ha novato, o riprodotto con alcune previsioni accessorie, l'altro. Rispetto agli immobili, laddove intervenga un mediatore, si tratta di prassi invalsa: le parti concludono un contratto preliminare tramite lo scambio di proposta e accettazione e, successivamente, un nuovo contratto preliminare (con l'assistenza del mediatore).

²⁹⁸ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 86.

²⁹⁹ R. CAPONI, *op. cit.*, p. 87.

³⁰⁰ Il passaggio è di B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, cit., p. 183, e, pur

spettro effettuale della pronuncia, laddove l'attore indichi (e, nel nostro caso, gradi) più fattispecie costitutive del suo diritto, la tutela allo stesso ascritta potrebbe essere suscettibile di variazioni. Se, per esempio, il diritto di utilizzare un determinato marchio sorga dal fatto costitutivo «preuso»³⁰¹,

non essendo esplicitamente riferito alla tutela inibitoria, è senz'altro mutuabile anche in relazione a essa (cfr. R. CAPONI, *op. cit.*, p. 88, nota 63). È appena il caso di richiamare che l'ipotesi dell'inibitoria è anche presente nella casistica di Zeuner (cfr. ID., *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß*, cit., spec. p. 58 ss.), peraltro in relazione al diverso scenario in cui, dopo la pronuncia dell'inibitoria, sia introdotta una diversa causa risarcitoria per inottemperanza al pregresso ordine di astensione. Cfr. S. MENCHINI, in S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 78, nota 154: «La capacità delle pronunce a contenuto inibitorio e di quelle sanzionatorie di violazioni di altrui diritti a dettare la regola sostanziale, da applicarsi anche rispetto a condotte dello stesso tipo, che rinnovano la lesione della situazione soggettiva accertata dal giudice, è riconosciuta, in dottrina, da Zeuner [...], il quale, per la verità, si occupa del rapporto tra una domanda inibitoria volta all'omissione di una determinata condotta, violatrice di un diritto dell'attore, e una successiva azione di risarcimento del danno provocato dalla lesione di quel diritto (peraltro, è evidente che, nel successivo processo risarcitorio, il giudicato concerne la qualificazione della prima condotta in termini di antigirudicità)».

³⁰¹ Cfr. art. 2571 c.c.: «Chi ha fatto uso di un marchio non registrato ha la facoltà di continuare ad usarne, nonostante la registrazione da altri ottenuta, nei limiti in cui anteriormente se ne è valso» (nonché art. 2569, comma 2, c.c., ai sensi del quale «in mancanza di registrazione il marchio è tutelato a norma dell'art. 2571»). Cfr. anche art. 12, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30: «Non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni che alla data del deposito della domanda: a) siano identici o simili ad un segno già noto come marchio o segno distintivo di prodotti o servizi fabbricati, messi in commercio o prestati da altri per prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell'identità o somiglianza tra i segni e dell'identità o affinità fra i prodotti o i servizi possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni. Si considera altresì noto il marchio che ai sensi dell'articolo 6-bis della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, testo di Stoccolma 14 luglio 1967, ratificato con legge 28 aprile 1976, n. 424, sia notoriamente conosciuto presso il pubblico interessato, anche in forza della notorietà acquisita nello Stato attraverso la promozione del marchio. L'uso precedente del segno, quando non importi notorietà di esso, o importi notorietà puramente locale, non toglie la novità, ma il terzo preteute ha diritto di continuare nell'uso del marchio, anche ai fini della pubblicità, nei limiti della diffusione locale, nonostante la registrazione del marchio stesso. L'uso precedente del segno da parte del richiedente o del suo dante causa non è di ostacolo alla registrazione; b) siano identici o simili a un segno già noto come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio usato nell'attività economica, o altro segno distintivo adottato da altri, se a causa della identità o somiglianza fra i segni e dell'identità o affinità fra l'attività d'impresa da questi esercitata ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è registrato possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni. L'uso precedente del segno, quando

la regolamentazione del contegno futuro tra le parti promanante dalla sentenza potrebbe differenziarsi (rispetto, per esempio, all'ambito materiale e territoriale dell'inibitoria) da quella che le parti dovrebbero seguire se la sentenza si basasse sulla diversa circostanza dell'affermata (ma, in ipotesi, contestata) intervenuta registrazione del marchio in questione³⁰².

Una portata determinativa del contegno futuro delle parti, ancora, potrebbe essere ascritta anche alla sentenza di mero accertamento. Va infatti osservato che «non si deve confondere l'accertamento [...] che il giudice deve effettuare in relazione all'attuale esistenza del diritto fatto valere»³⁰³ con «l'accertamento (in senso prescrittivo, normativo) che è contenuto nella sentenza»³⁰⁴ e che «*guarda al futuro*, in quanto stabilisce i comportamenti leciti e doverosi che ciascuna parte deve tenere *dopo* il processo»³⁰⁵. In questo quadro, laddove l'attore indichi (e, nel nostro ca-

non importi notorietà di esso, o importi notorietà puramente locale, non toglie la novità. L'uso precedente del segno da parte del richiedente o del suo dante causa non è di ostacolo alla registrazione».

³⁰² Cfr., rispetto all'uso del marchio non registrato e alla sua valenza costitutiva, Trib. Napoli, Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 28 giugno 2005, in *DeJure*: «L'uso del marchio non registrato è sufficiente ad integrare la fattispecie costitutiva del segno distintivo e il correlativo acquisto del diritto assoluto sul marchio da parte di colui che, attraverso l'uso, abbia realizzato la funzione individuatrice del medesimo in presenza dei requisiti della liceità e della novità; detto uso conferisce, perciò, al titolare del marchio di fatto il diritto di utilizzazione esclusiva nell'ambito dell'uso di fatto, generale o locale, per lo stesso genere di prodotto, nonché il diritto di inibirne l'utilizzazione, entro questi limiti, da parte di altri». Cfr. anche Cass., 23 giugno 2020, n. 12239, *Riv. dir. ind.*, 2020, II, p. 348: «Va ribadito il principio secondo cui “la portata precettiva di una pronuncia giurisdizionale va individuata, in linea generale, tenendo conto non soltanto delle statuizioni formalmente contenute nel dispositivo, ma anche delle enunciazioni inserite nella motivazione che si risolvano nello accertamento *ex professo* dell'esistenza o inesistenza di un diritto o di una situazione giuridica oggetto della controversia, talché la *potestas decidendi* sul punto controverso debba considerarsi completamente esercitata” (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 5796 del 1982; Cass. 10409/2002; Cass. 3336/2007; Cass. 19074/2015; Cass. 5122/2018 [...]). Nella specie, il dispositivo è stato ritenuto sufficientemente determinato, dovendosi procedere ad una lettura dello stesso unitamente alla motivazione, risultando pertanto chiariti e specificati, sia i prodotti [...] tutelati, sia i prodotti della ricorrente ritenuti in contraffazione».

³⁰³ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., pp. 13-14.

³⁰⁴ F.P. LUISO, *op. cit.*, p. 14.

³⁰⁵ *Ibidem*. Cfr. anche A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 68, nota 19, ove il rilievo per cui anche la sentenza meramente dichiarativa dell'esistenza di una situazione giuridica contiene, «in modo del tutto omologo alla sentenza di condanna, un comando [...], che si identifica con l'insieme delle facoltà e dei doveri, che costituisco-

so, gradi) diverse fattispecie costitutive del diritto, e la sentenza faccia riferimento a una di esse rispetto alla declaratoria di esistenza del diritto medesimo, la portata della sentenza di accoglimento della domanda attorea potrebbe non essere la medesima. Se, per esempio, il diritto di servitù di passaggio è accertato come nascente da un determinato contratto, le parti troveranno quale riferimento – rispetto al loro futuro contegno realizzativo dell'interesse leso (e quindi, a seconda della lesione specificamente dedotta³⁰⁶, l'interesse a passare in un determinato luogo, ovvero in un determinato modo) – appunto quel determinato contratto, la cui regolamentazione potrebbe non essere equivalente a quella mutuabile da altra pattuizione contrattuale, ovvero da altro fatto giuridico generativo della servitù. È vero che, dal punto di vista della declaratoria di esistenza del diritto, le plurime *causae petendi* appaiono equipollenti (il diritto è, *comunque*, dichiarato esistente); purtuttavia, il ragionamento potrebbe non essere replicabile rispetto alla regolamentazione del contegno futuro delle parti. Ancora, laddove il giudizio abbia a oggetto l'esistenza di un diritto reale di garanzia³⁰⁷, la realizzazione dell'interesse protetto potrebbe *dipendere essa stessa dall'atto da cui si origina il diritto*, sicché il titolare del diritto di garanzia potrebbe essere portatore di un interesse a far accertare che quest'ultimo è sorto da un determinato titolo, e non da un altro. Per esempio, se, nel giudizio scaturito da una controversia distributiva, è contestato al creditore di aver novato l'atto di pegno in una data successiva, potrebbe sussistere un interesse

no il contenuto della situazione giuridica dichiarata, a cui corrisponde l'illiceità della condotta che con essi si ponga in contrasto».

³⁰⁶ Sul punto, cfr. ancora F.P. LUISO, *op. cit.*, p. 13: «Sorta contestazione circa l'esistenza della servitù di passo a favore del fondo x sul fondo y, la sentenza – se accerta l'esistenza della servitù – stabilisce che il proprietario del fondo x ha il potere di tenere il comportamento, consistente nell'utilizzare il fondo y per accedere al fondo x. Dal canto suo, il proprietario del fondo y ha il dovere di non ostacolare il proprietario del fondo x, quando costui vorrà tenere il comportamento, accertato lecito dalla sentenza. Ma se la contestazione verte non sull'esistenza, sibbene sulla natura pedonale o veicolare della servitù, l'accertamento cade sulla liceità o meno del comportamento, consistente nel percorrere la strada con un'autovettura (e, correlativamente, sul dovere del proprietario del fondo servente di non ostacolare il comportamento, accertato come lecito)»; «l'accertamento dell'esistenza, del contenuto, del modo di essere del diritto da tutelare è effettuato con specifico riferimento alla lesione da esso subita, e quindi all'illecito altrui. Il diritto, quindi, è accertato non in sé, sibbene per quanto si rende necessario in relazione all'illecito, per rimuoverne le conseguenze pregiudizievoli».

³⁰⁷ In relazione alla natura autodeterminata delle domande aventi a oggetto tali diritti, v. *supra*, § 2.

del creditore stesso a far valere in principalità il titolo anteriore, e soltanto in subordine quello asseritamente successivo³⁰⁸. È infine appena il caso di richiamare che, laddove l'accertamento giudiziale abbia per oggetto un potere sostanziale, e il suo esercizio, la sentenza manifesta una rilevante efficacia precettiva rispetto al contegno futuro delle parti, avuto particolare riguardo a nuovo esercizio del potere stesso³⁰⁹.

Venendo alla pronuncia di condanna, essa «qualifica la condotta della parte volta ad eseguire la condanna»³¹⁰; esecuzione che, tenuto conto della tipologia di sentenza, può essere, oltre che spontanea, coattiva. Ciò posto, laddove la sentenza abbia a oggetto un obbligo di *fare* o di *non fare* – con la precisazione che anche questi ultimi si risolvono, nella prospettiva dell'esecuzione in forma specifica, in un obbligo di fare³¹¹ – il fatto costitutivo appare idoneo a determinare la portata precettiva della sentenza. Per

³⁰⁸ Cfr. il caso deciso dall'ordinanza emessa da Trib. Milano, 19 luglio 2022 (inedita), la quale, premesso che era oggetto del giudizio «l'inopponibilità del pegno del creditore intervenuto», atteso che, secondo altro creditore, «se il prestito, ed il pegno, sono stati rinnovati in data successiva alla loro scadenza, il nuovo pegno, sorto nel 2019, non potrebbe ritenersi opponibile al creditore che ne ha pignorato l'oggetto nel 2018», così ha deciso: «Ora, al di là delle tempistiche di rinnovazione del prestito e del conseguente pegno, 2 o 5 luglio 2019, tempistiche che non paiono avere alcuna rilevanza ai fini della decisione, ciò che è necessario verificare è se il pegno del 2014 sia mai venuto meno. E la risposta non può che essere negativa, in quanto l'obbligazione dallo stesso garantita non è mai stata adempiuta. Che, poi, vi sia stata una rimodulazione dei tempi di prestito e pegno non può che essere elemento secondario: ciò che rileva è che il pignoramento è stato effettuato su beni già oggetto di garanzia pignoratoria, che non è mai venuta meno in assenza di adempimento dell'obbligazione garantita. L'opponente sceglie infatti di inquadrare il pegno “nell'ambito dell'operazione del 2019”, ma non considera che ben prima di quella data era stata costituita una garanzia pignoratoria che non è mai venuta meno, risultando solo rimodulata dal punto di vista temporale».

³⁰⁹ Come già anticipato, si tornerà a suo tempo sul tema (v. *infra*, § 18), non trattato qui *ex professo* in quanto relativo all'attore che *impugni* l'atto di esercizio del potere (e quindi deduca fattispecie impeditive o estintive, e non già costitutive).

³¹⁰ Così R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 70.

³¹¹ Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, 9ª ed., Milano, 2017, p. 240: «Nonostante che di solito si parli di esecuzione per obblighi di fare e “di non fare”, in sede di esecuzione forzata si tratta sempre e solo degli obblighi di fare: o perché non è adempiuto un obbligo di fare (art. 2931 c.c.); o perché non è adempiuto un obbligo di disfare (art. 2933 c.c.) cioè che non si doveva fare ed è stato fatto. In entrambi i casi l'obbligo, originario o derivato, è sempre di fare». Nello stesso senso, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 81.

esempio, in caso di condanna alla rimessione in pristino³¹², la sentenza, a seconda della sua motivazione e, quindi, del titolo posto a fondamento della stessa, potrebbe essere impositiva di una determinata attività e l'attore potrebbe, in forza della stessa sentenza, esigere un determinato contegno dal convenuto soccombente. Non solo: in difetto di adempimento spontaneo, l'attore potrebbe ricorrere ai sensi dell'art. 612 c.p.c., e, in tal caso, lo stesso giudice dell'esecuzione, rispetto alla determinazione delle modalità esecutive della pronuncia, dovrebbe considerare la portata precettiva della sentenza, in relazione alla relativa motivazione. E invero, «il giudice dell'esecuzione, chiamato a dare i provvedimenti necessari per l'attuazione di un obbligo di fare, accertato con sentenza emessa in un giudizio di cognizione, è tenuto – per renderne possibile la concreta attuazione – a interpretare la sentenza, individuandone la *portata precettiva* sulla base delle statuizioni contenute nel dispositivo e delle considerazioni enunciate in *motivazione*, che costituiscono le premesse logiche e giuridiche della decisione»³¹³. Ma analogo ragionamento potrebbe essere svolto rispetto agli obblighi di *consegna* (o rilascio) di un determinato bene, ovvero di *pagamento*. «La qualificazione giudiziale del comportamento futuro delle parti avrà in questo caso per oggetto l'attività di consegna del bene e/o il pagamento di una somma di denaro»³¹⁴. Anche in tali ipotesi, ancorché riferite a una situazione soggettiva «istantanea», che realizza cioè l'interesse al conseguimento di un bene (e non il «mantenimento» nel tempo dello

³¹² Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla fattispecie di cui all'art. 1079 c.c., ai sensi del quale «il titolare della servitù può farne riconoscere in giudizio la esistenza contro chi ne contesta l'esercizio e può far cessare gli eventuali impedimenti e turbative. Può anche chiedere la rimessione delle cose in pristino, oltre il risarcimento dei danni»; ovvero a quella di cui all'art. 1590, comma 1, c.c., ai sensi del quale «il conduttore deve restituire la cosa al locatore nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta, in conformità della descrizione che ne sia stata fatta dalle parti, salvo il deterioramento o il consumo risultante dall'uso della cosa in conformità del contratto».

³¹³ Cass., 22 marzo 1996, n. 2510, in *DeJure* (miei i corsivi); la pronuncia precisa altresì che tale interpretazione «è incensurabile in sede di legittimità, sempreché non risultino violati i criteri giuridici che regolano l'estensione e i limiti della cosa giudicata e il procedimento interpretativo sia immune da vizi logici»; nello stesso senso, *ex multis*, Cass., 12 dicembre 2018, n. 32196, in *DeJure*: «In materia di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare spetta al giudice dell'esecuzione accertare la portata sostanziale della sentenza di cognizione e determinare le modalità di esecuzione dell'obbligazione idonee a ricondurre la situazione di fatto alla regolamentazione del rapporto ivi stabilita».

³¹⁴ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 80.

stesso³¹⁵), il titolo posto alla base della sentenza potrebbe determinarne la portata precettiva. Per esempio, «in un processo nel quale sia fatto valere il diritto alla consegna di un appartamento, diverso è il godimento di tale bene che l'attore vuole realizzare a seconda che deduca a fondamento della sua pretesa un contratto di compravendita od uno di locazione»³¹⁶; nel secondo caso, l'attuazione del diritto riconosciuto dalla sentenza di accoglimento della domanda attorea dovrà avvenire «nei limiti, anche di durata, che discendono dalla funzione del contratto di locazione»³¹⁷. Parimenti, anche l'eventuale esecuzione forzata non potrà che fare riferimento al termine, e alle eventuali ulteriori condizioni, ricavabili dalla sentenza di condanna e quindi dal titolo fondativo della stessa (cfr. art. 605, comma 2, c.p.c.). Anche rispetto al pagamento di una somma di denaro (attività per vero «standardizzata», anche sul fronte esecutivo, facendo capo ai modelli di cui ai vari tipi espropriativi; e, peraltro, obiettivamente residuale rispetto al tema che ci occupa, riferendosi alle domande usualmente ritenute eterodeterminate), non può essere escluso che la regolamentazione del pagamento stesso sia, in ragione del titolo posto a fondamento della sentenza, e quindi della motivazione della decisione, suscettibile di subire variazioni. Se, per esempio, l'accoglimento della domanda sulla base di un determinato titolo comportasse l'emissione di una condanna condizionata, l'utilità rinveniente all'attore potrebbe risultare inferiore rispetto a quella che sca-

³¹⁵ Cfr. ancora R. CAPONI, *op. cit.*, pp. 9-10: «È importante segnalare fin d'ora che l'istantaneità o la durezza non afferiscono alla considerazione del fatto se le situazioni giuridiche hanno o meno un apprezzabile sviluppo temporale: tale sviluppo è proprio di regola anche delle situazioni giuridiche istantanee, che sorgono in un momento determinato (ad es. al momento della stipulazione del contratto di compravendita) e si estinguono in un altro momento (al momento dell'esecuzione dell'obbligo di pagamento del prezzo) che può essere anche distante nel tempo dal primo; la stessa esecuzione dell'obbligo istantaneo può poi avere un distinto sviluppo temporale: si pensi al pagamento a rate del prezzo. L'istantaneità o la durezza delle situazioni giuridiche rispecchiano invece l'istantaneità o la durezza dell'interesse che esse mirano a realizzare. Istantaneo è solo l'interesse a conseguire un bene che il soggetto desidera, ma non ha. Durevole è sempre l'interesse a conservare un bene che il soggetto ha già nella sua disponibilità e a difenderlo da ogni ingerenza altrui; durevole è talvolta anche l'interesse a conservare un bene che il soggetto non ha, quando il bisogno che il bene da acquisire è diretto a soddisfare si ricollega ad un modo di essere del soggetto o ha comunque un apprezzabile sviluppo temporale (ad esempio: i bisogni soddisfatti dai contratti di somministrazione: artt. 1559 ss. c.c.)».

³¹⁶ A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 502.

³¹⁷ *Ibidem*. Nello stesso senso, citando Attardi, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 167, nota 202.

turirebbe dall'accoglimento della domanda sulla base di altro concorrente titolo. Per esempio, se il conduttore agisca in giudizio per il pagamento dell'indennità per perdita dell'avviamento e, nel contratto, il locatore si sia impegnato al pagamento immediato, rinunciando all'eccezione di mancato rilascio del bene locato, il conduttore potrebbe nutrire interesse a dedurre in principalit  tale titolo, rispetto ad altro concorrente (per esempio, un altro contratto poi novato, o un riconoscimento di debito) che non preveda tale rinuncia ³¹⁸.

³¹⁸ Cfr. Cass., 7 marzo 2017, n. 5603, in *DeJure*: «Nell'ipotesi di locazioni per uso diverso dall'abitazione, il conduttore pu  agire per la determinazione dell'indennit  di avviamento e la condanna al suo pagamento ancorch  non abbia rilasciato l'immobile perch  quella non gli sia stata corrisposta e, nel caso, il giudice di merito deve pronunciare una condanna condizionata al rilascio, o alla liberazione con *mora credendi*, atteso che l'art. 34 della l. n. 392 del 1978, laddove subordina l'esecuzione del rilascio alla corresponsione dell'indennit , implica che il concreto adempimento delle due obbligazioni [...] debba essere contemporaneo, ammettendo, cos , la condanna condizionale». Cfr. anche Trib. Roma, 26 novembre 2008, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2827, con nota di L. FALTONI, *Brevi note in tema di condanna a una prestazione condizionata*: «Nel caso in cui la sentenza di condanna azionata abbia ad oggetto una prestazione condizionata, il diritto ad agire esecutivamente pu  sorgere solo dopo l'adempimento della prestazione dedotta in condizione, poich  fino a tale momento risulta accertata solo l'esistenza del diritto di credito. Di conseguenza, prima dell'avveramento della condizione, il precetto, contro il quale sia stata fatta opposizione sulla base dell'eccezione relativa alla condizione contenuta nella statuizione di condanna, dovr  essere dichiarato inefficace per l'inesistenza del diritto di procedere esecutivamente». Sulla figura della sentenza condizionata, v., per tutti, e anche per ulteriori riferimenti, A. CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *OneLegale*, pp. 30-31, ove in particolare una serie di rilievi volti a chiarire l'effettiva natura dell'istituto: «Si pensa al caso della sentenza di condanna, detta appunto condizionata, che pu  ottenere il fideiussore nei confronti del debitore principale: infatti, solo se e nella misura in cui il fideiussore stesso adempia, la sentenza acquister  efficacia esecutiva [...]. In realt , in questa situazione non sussiste nessun bisogno di immaginare l'operativit  di una condizione, in quanto solo si riscontra che non tanto viene accertata l'esistenza di un diritto del creditore anteriormente all'adempimento dell'obbligo del debitore, quanto la sentenza conterr  "una pronuncia in merito alla posizione giuridica del debitore con esclusivo riferimento all'epoca successiva" al realizzarsi del fatto che completa la fattispecie, ossia l'adempimento da parte del fideiussore o la scadenza del termine nel caso di condanna in futuro [...]. Questo spiega poi l'idoneit  al giudicato della sentenza, in quanto come gi  rilevato da Carnelutti con riferimento alla sentenza *si iuraverit* [...], ma il rilievo ha valore generale, la sentenza condizionata – diversamente dal negozio che non produce effetti *si condicio deficit* [...] – sar  sempre in grado di produrre certezza sul rapporto, in quanto se si realizzer  l'evento condizionante avremo una sentenza di accoglimento, se quello non si realizzer  sar  sentenza di rigetto [...]. Ci sembra di poter dire, allora, che la particolarit  che deriva dall'anticipazione della condanna rispetto al realizzarsi di uno degli elementi costitutivi della fattispecie del diritto, induce a ritenere che in questo caso non si tratter  di un

Ciò detto circa la possibile rilevanza della *causa petendi* rispetto al contenuto della regolamentazione funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, va aggiunto che il fatto costitutivo posto a fondamento della pronuncia di accoglimento appare idoneo a incidere anche sulla *stabilità* di tale realizzazione, e quindi del risultato conseguito dall'attore nel primo giudizio.

Va premesso che, secondo dettami sull'efficacia del giudicato nel tempo che appaiono consolidati, i fatti idonei a superare il pregresso accertamento sono quelli che, oltre che sopravvenuti – avuto riguardo al referente temporale della precisazione delle conclusioni (sia essa svolta in udienza, ovvero, secondo modelli procedimentali già invalsi e destinati a prevalere definitivamente, in forma scritta³¹⁹) –, sono anche *rilevanti* alla stregua del compiuto accertamento. Segnatamente, «deve trattarsi di fatti giuridici che: *a*) alla stregua della legge sostanziale regolatrice della relazione giuridica ritenuta operante dal primo giudice, siano in grado di produrre effetti [...] che condizionano l'esistenza e il modo d'essere del diritto o del rapporto accertato; *b*) rappresentino un elemento rilevante per l'esistenza e modo d'essere del diritto o rapporto, alla stregua dell'accertamento compiuto»³²⁰. Nella specie, avendo l'analisi a oggetto la sentenza di accogli-

fatto nuovo idoneo a superare il giudicato in ragione delle norme che ne regolano gli effetti nel tempo, in quanto quel medesimo fatto non è assunto come nuovo ma è dato come già avvenuto al momento della sentenza (non certo per la produzione degli effetti consequenziali sul piano sostanziale), con l'effetto che in questa direzione vi è piuttosto una parziale deroga ai dettami generali (per il nostro ordinamento) che regolano il principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile».

³¹⁹ Cfr. *infra*, cap. III, § 2.

³²⁰ S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2016, p. 159. Cfr. anche A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 155-156: «Nuovi fatti, idonei a superare il giudicato sostanziale, sono soltanto quelli qualificati come rilevanti dalla norma giuridica, in base alla quale il diritto è stato dichiarato esistente, atteso che solo tali fatti, alla stregua della fattispecie del diritto, sono idonei a produrre una modificazione giuridica su di esso incidente»; dello stesso Autore la rilevante precisazione che «il vincolo alla norma applicata, che consente di individuare i nuovi fatti rilevanti, è funzionale ad assicurare la stabilità dell'accertamento reso e, quindi, l'effettività del risultato del processo» (*ivi*, p. 167), mentre non opera nei casi in cui non viene in considerazione l'esigenza di assicurare tale risultato. Cfr. anche F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., p. 427: «Per quanto concerne i fatti sopravvenuti, intendendosi quindi con essi i fatti successivi all'udienza di precisazione delle conclusioni, va ancora evidenziato che, per “superare” il giudicato, non è sufficiente che essi siano, appunto, fatti successivi; occorre anche che tali fatti siano rilevanti, e cioè incidano sul c.d. “motivo portante” della sentenza».

mento dichiarativa dell'esistenza della situazione giuridica controversa, rilevano «i fatti giuridici, che, alla stregua della legge sostanziale regolatrice della situazione giuridica accertata, esplicano efficacia estintiva o modificativa della sua esistenza»³²¹.

Orbene, la latitudine dei fatti che possono valere a superare la prima statuizione, e quindi dei fatti sopravvenuti provvisti di efficacia estintiva, ovvero anche modificativa, del diritto accertato dalla sentenza di accoglimento, è suscettibile di essere determinata dal titolo posto a fondamento della sentenza di accoglimento, con conseguente emersione, in tali casi, di un interesse attoreo al condizionamento.

Veniamo, anche in questo caso, a una possibile casistica.

Si pensi all'accertamento del diritto in forza di un acquisto *a titolo originario*, ovvero *a titolo derivativo*. L'acquisto a titolo derivativo, in quanto tale, potrebbe essere esposto a una serie di vicende obliterative alla luce dello stesso titolo (che potrebbe contenere un termine, una condizione, o ascrivere alla controparte poteri sostanziali penitenziali, come per esempio quello di recesso, i quali, se non deducibili *ope exceptionis*, sono spendibili anche dopo, e «contro», il pregresso giudicato³²²), ovvero anche previste *ex lege*³²³, che l'acquisto a titolo originario, per definizione, non potrebbe subire. Si osserva che, «ad esempio, il diritto reale minore costituito per contratto è soggetto a cause estintive diverse dal medesimo diritto acquistato a titolo originario»³²⁴; in tale prospettiva, se l'attore agisca per l'accertamento del suo diritto di usufrutto, sarebbe difficilmente negabile il suo interesse a far valere, in principalità, di aver usucapito tale diritto e, solo in subordine, di aver conseguito il medesimo diritto in forza di un contratto a termine. Nello stesso senso, non potrebbe escludersi che l'attore possa ammissibilmente affermare di essere *ab origine* proprietario di un de-

³²¹ Così S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. cit.*, p. 160. Nello stesso senso, A. MOTTO, *op. cit.*, p. 511 ss.

³²² Cfr. ancora S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. cit.*, p. 165 ss.; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 141 s. Si tornerà sul punto anche a breve, nel testo.

³²³ Come per esempio quelle di revoca, che, in caso di sottoposizione della controparte a procedura concorsuale, potrebbero essere fatte valere (non già da terzi rispetto ai quali il giudicato non sarebbe opponibile, bensì) dal curatore della stessa controparte, al quale invece potrebbe ritenersi opponibile un pregresso giudicato che accerti la titolarità *ab origine* di un determinato bene, in luogo del conseguimento dello stesso in forza di un'operazione traslativa contestabile dal curatore.

³²⁴ A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 167, nota 202.

terminato bene, e solo in subordine in forza di successive vicende traslative³²⁵. In uno scenario del tutto diverso, ma in senso sostanzialmente analogo, anche la graduazione tra titolo cambiario, per definizione autonomo e astratto, e titolo causale (ovviamente ove sia ammessa la spendita concorrente dei due titoli e ove l'ipotesi sia ricondotta al condizionamento tra *causae petendi*, e non già tra diverse domande³²⁶) potrebbe essere consi-

³²⁵ Al riguardo, potrebbe essere menzionata un'illustre controversia (arbitrale), concernente la proprietà di un pacchetto azionario, descritta e variamente commentata da autorevole dottrina (si tratta della vicenda alla quale si riferiscono gli scritti di V. COLESANTI, *Noterelle «controcorrente» in tema di arbitrato e litisconsorte non compromittente*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 791 ss.; C. CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, cit., p. 1406 ss.; B. SASSANI, *Di modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *Judicium*, 16 settembre 2013). Nella specie, da quanto si apprende, «con una certa domanda d'arbitrato viene chiesto dichiararsi, nei confronti di dati soggetti, la proprietà esclusiva di un certo numero di azioni, peraltro formalmente intestate ad un terzo soggetto per via di un negozio intercorso con i convenuti. La domanda postula l'irrelevanza della provenienza dell'intestazione fiduciaria da parte dei convenuti, e quindi la formalità di tale intestazione, inidonea ad escludere o menomare l'effettivo ed autonomo diritto reale del richiedente sulle azioni. Con il che nessuna rivendicazione di confliggenti diritti reali da parte dei convenuti avrebbe potuto prevalere su tale diritto, asserito come preesistente e indifferente ad ogni episodio strumentale all'acquisto. Più tardi [...] l'attore modifica la prospettazione originaria, sostenendo che al terzo intestatario andava riconosciuta la proprietà (fiduciaria) dei titoli con l'obbligo di girarli ad esso attore in ragione di un proprio esercizio di volontà. Si passa quindi dall'accertamento di un diritto autonomo – e prevalente su ogni ragione contraria – all'accertamento di una vicenda di trasferimenti rilevanti (dai convenuti al fiduciario, dal fiduciario all'attore)» (B. SASSANI, *op. cit.*, pp. 2-3). Va aggiunto, per quanto rileva in questa sede, che le due prospettazioni, volte a fondare l'accertamento della proprietà in capo all'attore, sono state poste dall'attore stesso *in subordine*: «L'attore sosteneva che i mandati formalmente costituiti a nome dei figli presso una società fiduciaria fossero simulati quanto all'intestazione e che egli fosse l'effettivo proprietario delle azioni successivamente inserite nei *dossiers* intestati ai figli; ma poiché nei mandati era stato previsto il potere del padre di procedere alla relativa estinzione e alla costituzione di nuovi mandati a proprio nome, la tesi subordinata prospettata sin dalla prima memoria era incentrata proprio sull'avvenuto acquisto della proprietà a seguito dell'esercizio dei menzionati poteri. Questi atti di esercizio, erano in definitiva configurati come esercizio della proprietà da sempre spettante al padre sulle azioni (tesi principale); o come modo di acquisto della stessa proprietà in virtù dell'esercizio del diritto potestativo contemplato nei mandati a favore del padre (tesi subordinata svolta sin dalla prima memoria per la eventualità che il Collegio Arbitrale avesse ritenuto la proprietà fiduciaria dei figli)» (C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 1409, nota 6). Orbene, a quanto sembra di poter ricavare dai richiamati contributi sul caso, la deduzione di un titolo *in subordine* è stata ritenuta, nella specie, senz'altro ammissibile.

³²⁶ Cfr. *supra*, § 3, nonché cap. I, § 13. E, ancora, a condizione che si ammetta la spendita delle due pretese, in via subordinata, nello stesso giudizio. Cfr. Cass., 19 luglio 2005,

derata ammissibile in ragione dell'astrattezza della pretesa cambiaria (essendo invece quella causale esposta a eventuali successive vicende contrattuali³²⁷).

Ma non è escluso che una diversità di disciplina possa apprezzarsi anche in relazione a due titoli derivativi. Per esempio, qualora concorra, tra i titoli di acquisto della proprietà azionati dall'attore, un atto a titolo gratuito, la tutela ascritta all'attore stesso potrebbe non essere la medesima, in relazione al peculiare regime cui quest'ultimo è soggetto. Chi, sempre a titolo esemplificativo, versi una somma di denaro e poi riceva la consegna di un determinato bene dal percipiente il versamento, potrebbe avere interesse a dedurre, ai fini dell'accertamento del suo diritto sul bene controverso, che tra le parti è stato concluso (e poi eseguito) un contratto di compravendita, e soltanto in via subordinata che, in forza della *traditio* del bene, si è perfezionata una donazione di modico valore³²⁸ (atto soggetto, *inter alia*, a revocazione da parte della stessa controparte, donante)³²⁹. Nello stesso ordine di idee, qualora concorrano, quale titoli di acquisto del diritto di proprietà su un determinato bene, la compravendita e una successione

n. 15190, in *DeJure*: «L'azione causale, in quanto normalmente esercitata, sulla base del rapporto sottostante, da chi potrebbe anche invocare la tutela cartolare, riguarda normalmente il rapporto tra emittente e primo prenditore o il rapporto di trasmissione tra successivi giranti e giratari. Tuttavia, allorquando l'azione causale sia proposta (in alternativa o in subordine rispetto a quella cartolare) dal giratario non prenditore nei confronti dell'emittente, nulla esclude che possa far capo ad un rapporto sostanziale diverso da quello derivante dal rapporto di trasmissione, corrente tra attore e suo girante; infatti in tal caso non è necessario il preventivo protesto, ai fini dell'ammissibilità dell'azione diversa da quella cartolare, poiché la levata del protesto è esclusa quando l'azione sia proposta contro l'emittente del vaglia cambiario, che non dispone di regresso verso alcuno degli altri obbligati cambiari».

³²⁷ Nella prassi, allorché il creditore, oltre che in forza di una cambiale, ha agito sulla base di un riconoscimento di debito, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata rilevando che l'attore, a fondamento del suo credito, «aveva allegato anche un riconoscimento di debito», effettuato dal debitore «in virtù di scrittura privata diversa dal titolo cambiario, per cui, prescritta l'azione cambiaria, sulla domanda fondata su detta *causa petendi* il giudice del merito avrebbe dovuto pronunciarsi» (Cass., 19 luglio 2005, n. 15190, cit.).

³²⁸ Che comunque gli consentirebbe di ottenere il positivo accertamento della sua proprietà anche laddove sia negato che l'avvenuto versamento della somma di denaro integri il pagamento del prezzo del bene (rappresentando invece, per esempio, l'atto estintivo di un debito pregresso).

³²⁹ E quindi suscettibile di essere vanificato nei suoi effetti anche prescindendo dal diverso tema dell'eventuale azione revocatoria dei creditori del donante.

mortis causa, l'accertamento del diritto in capo all'attore in ragione del fatto che quest'ultimo aveva già a suo tempo acquistato la proprietà dal *de cuius* (sicché il bene neppure è caduto in successione) potrebbe rivestire una maggiore utilità per l'attore stesso, ponendolo al riparo da un'eventuale azione di riduzione della controparte, volta alla restituzione del medesimo bene. Anche rispetto a un diritto di credito la concorrenza di due titoli contrattuali potrebbe legittimare l'attore alla graduazione. Si rileva per esempio che, «dopo una sentenza che riconosca all'attore quale locatario il diritto alla consegna di un immobile da parte del convenuto locatore»³³⁰, l'attore non potrebbe fronteggiare la successiva richiesta di «rilascio a seguito dell'avvenuta scadenza della locazione opponendo che il contratto stipulato con la controparte era di compravendita, e non di locazione»³³¹. L'esempio appare prospettato in relazione alla qualificazione giuridica del medesimo contratto, ma sembra che possa essere trasposto anche in caso di concorrenza di più titoli contrattuali (come tali suscettibili di essere graduati). Se, ancora a titolo esemplificativo, rispetto alla concessione del medesimo bene in godimento sia stato concluso prima un comodato precario (senza indicazione di un termine, *ex art.* 1810 c.c.) e, poi, un contratto di locazione, l'attore, che ottenesse il godimento del bene in virtù del primo titolo, non potrebbe poi opporre, a fronte della richiesta del medesimo bene da parte del convenuto, il termine di cui al contratto di locazione; sotto questo profilo, l'attore potrebbe far valere il proprio interesse a spendere in via principale il titolo che gli consenta di ottenere il bene controverso con un maggior grado di stabilità, e dunque il contratto di locazione, e soltanto in subordine, per l'eventualità che il titolo speso in prima battuta fosse per qualsiasi ragione ritenuto invalido o inefficace, quello di comodato³³².

Ancora, non può essere escluso che, dall'accoglimento della domanda sulla base di una determinata *causa petendi*, possa discendere l'applica-

³³⁰ A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 503.

³³¹ *Ibidem*.

³³² Per uno spunto al riguardo, cfr. S. MENCHINI, in S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 53, testo e nota 96: «Il bene della vita attribuito al vincitore muta in ragione del titolo giuridico in base al quale è dichiarata esistente la pretesa [...] avanzata dall'attore»; «per convincersi di ciò, basta considerare la differente utilità e la diversa disciplina che discendono da un giudicato che riconosce il diritto dell'attore a godere del bene in forza di un comodato con potere di disdetta *ad nutum* oppure di una locazione soggetta alla disciplina vincolistica».

zione di una regola concreta – *i.e.*, prevista dalle parti nello stesso titolo – diversa, e più sfavorevole, rispetto a quella scaturente da altro titolo. Se, per esempio, il titolo è sottoposto a condizione, e «si è verificato il fatto dedotto come condizione risolutiva degli effetti contrattuali, la quale opera, di regola, retroattivamente, estinguendoli a far tempo dalla conclusione del negozio (art. 1360 c.c.)»³³³, «il nuovo effetto giuridico, operando *ex tunc*, investe la situazione giuridica dichiarata, privando di tutela l'interesse del vincitore del processo, il quale si vede così *sottratto il bene della vita attribuitogli dal giudicato*»³³⁴ (con la precisazione che «ciò, però, è inevitabile: è la norma regolatrice del rapporto a prevedere questa evenienza e il giudicato – che rende incontrovertibile l'accertamento compiuto in base ad essa – non può impedire il pieno dispiegarsi dell'effetto giuridico; se così non fosse, sarebbe cosa grave, perché ciò significherebbe che il processo muta la disciplina sostanziale del diritto o del rapporto giuridico»³³⁵). Va aggiunto che, come si è già accennato, rispetto a eventuali «poteri a funzione penitenziale (che attribuiscono al titolare la signoria in ordine alle sorti di un certo diritto o rapporto giuridico)»³³⁶, ai quali «non corrisponde un'eccezione, deducibile dal soggetto che ne è titolare nel processo in cui è convenuto»³³⁷, dovrebbe escludersi che «il giudicato, in quanto tale, possa impedire al soggetto di farvi ricorso dopo la chiusura del processo»³³⁸. Per esempio, laddove si versi «di fronte al potere di dare rilevanza ad una precedente dichiarazione di volontà»³³⁹, come tipicamente accade per «il potere di opzione (art. 1331 c.c.); il diritto di riscatto del venditore (art. 1500 c.c.)»³⁴⁰, e laddove sia stata accertata in giudizio l'esistenza di un rapporto contrattuale a cui inerisce un potere di estinzione o di modificazione del tipo appena accennato, l'effetto estintivo o modificativo *non è precluso* per il fatto che il relativo potere non è stato esercitato entro il referente temporale del giudicato. Tale effetto è ricollegato esclusivamente alla dichiarazione di volontà del sog-

³³³ S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 162.

³³⁴ S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. loc. cit.* (mio il corsivo).

³³⁵ S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. loc. cit.*

³³⁶ S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. cit.*, p. 167.

³³⁷ S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. cit.*, p. 169.

³³⁸ *Ibidem.*

³³⁹ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 141.

³⁴⁰ *Ibidem.*

getto titolare del potere di modificazione, la quale, se intervenuta successivamente al giudicato, produce un effetto giuridico rilevante, che non incontra ostacolo nell'accertamento giudiziale»³⁴¹; conseguentemente, «tale modificazione giuridica rimane nella disponibilità della parte che la può produrre con una successiva dichiarazione di volontà, con la sola condizione che siano rispettati i termini e le forme di diritto sostanziale, senza che ciò determini una violazione del giudicato»³⁴². In questo quadro, laddove concorrano più titoli rispetto al medesimo bene della vita, potrebbe emergere un interesse al condizionamento. Per esempio, se, conclusa una vendita con patto di riscatto a favore del venditore, sorga controversia circa l'esecuzione del contratto e le parti concludano una transazione novativa che, *inter alia*, non contenga il patto di riscatto, potrebbe essere interesse del compratore, che agisca in giudizio per la consegna del bene, dedurre in principalità l'intervenuto il titolo novativo e, soltanto in subordine, per l'eventualità che il titolo speso in prima battuta fosse per qualsiasi ragione ritenuto invalido o inefficace, l'originaria vendita, attributiva peraltro del diritto di riscatto a favore della controparte. Ma lo stesso ragionamento potrebbe essere svolto a fronte di un titolo che permetterebbe poi al convenuto di esercitare i poteri sostanziali che sono previsti in *quel determinato* contratto e che consentirebbero al convenuto stesso di rimettere in discussione il bene della vita ottenuto dall'attore.

In sintesi, può affermarsi, alla luce della casistica fin qui rappresentata, che la regolamentazione posta dalla pronuncia di accoglimento della domanda rispetto alla «condotta futura delle parti funzionale [...] alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata»³⁴³ è suscettibile – ancorché non in termini generali, bensì in relazione alla disciplina scaturente dal titolo dedotto – di essere determinata dal fatto costitutivo posto a fondamento della decisione, e ciò avuto riguardo al contenuto della regolamentazione stessa e alla stabilità del risultato conseguito dall'attore in forza di tale regolamentazione.

È necessaria, in chiusura, un'importante precisazione.

Potrebbe invero svolgersi (ed è stata svolta da una parte della richiamata dottrina sul condizionamento, seppur soprattutto in relazione alle con-

³⁴¹ R. CAPONI, *op. cit.*, p. 142 (mio il corsivo).

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ Così il già più volte richiamato passaggio di R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 70.

troversie vertenti su *altri* diritti, diversi da quello *sub judice*), l'obiezione secondo la quale le vicende di cui sopra restano peraltro meramente eventuali, e quindi inidonee a supportare un tangibile interesse attoreo alla graduazione. Sennonché, ciò che appare dirimente in senso contrario rispetto all'obiezione che precede è che il processo pendente rimane l'*unica sede* a disposizione dell'attore per far sì che il *diritto dedotto* nel processo sia accertato nella sentenza come *nascente da un determinato fatto costitutivo*. Definito, con il giudicato, il processo pendente, l'attore *non potrà più contestare* nei rapporti *inter partes* che quel diritto è nato da quella determinata fattispecie allorché verrà in questione la *realizzazione dell'interesse protetto dal diritto stesso*³⁴⁴; e ciò, tenuto conto dell'incidenza del fatto costitutivo sulla descritta portata precettiva *in posterum* ascrivibile alla sentenza, pare sufficiente a concretare un interesse attoreo a ottenere che l'accertamento del diritto promani da un determinato fatto costitutivo, piuttosto che da un altro. È vero che non v'è certezza che tale profilo divenga, nei futuri sviluppi dei rapporti *inter partes*, avuto particolare riguardo alla realizzazione del diritto azionato, effettivamente rilevante; ma, laddove lo diventi, l'attore resterà, rispetto alla regolamentazione dei contegni futuri delle parti, soggetto al primo giudicato.

Ovviamente, spetterà poi all'attore graduante, in relazione alla specifica fattispecie *sub judice*, e all'*effettiva* esistenza di un interesse al condizionamento meritale, dar conto dell'interesse stesso in relazione alla portata precettiva dell'emananda sentenza³⁴⁵. Il tutto con la precisazione che tale interesse, almeno in alcune ipotesi, potrebbe forsanche essere ritenuto *in re ipsa*, come nei casi in cui sia richiesta una pronuncia costitutiva, ovvero inibitoria, sulla base di titoli che comportino differenti regole comportamentali da applicarsi al rapporto *inter partes*, ovvero, sotto altro profilo, laddove sia dedotto, in via subordinata rispetto a un acquisto a titolo originario, un atto di acquisto a titolo derivativo³⁴⁶. Del resto, come più volte evidenziato

³⁴⁴ Impregiudicata la posizione che si ritenga di accreditare rispetto all'eventuale deducibilità di una diversa scaturigine del diritto laddove sia oggetto del contendere un *altro diverso diritto*. Al riguardo, cfr. *infra*, il paragrafo che segue.

³⁴⁵ In questo senso, A. CARRATTA, *sub art.* 112, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 175, ove il rilievo per cui la parte dev'essere «in grado di dimostrare positivamente al giudice l'interesse a che la decisione venga fondata sull'uno piuttosto che sull'altro fatto costitutivo e ad una diversa estensione oggettiva della pronuncia». Analogamente anche E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 154.

³⁴⁶ Uno spunto rispetto alla sussistenza (almeno in alcuni casi) di un interesse *in re ipsa*

la portata precettiva della sentenza ritenuta rilevante in relazione alla graduazione attorea è da riferirsi allo *stesso diritto* accertato nella pronuncia di accoglimento (o, comunque, al medesimo bene della vita da quest'ultima attribuito). La sentenza, che accerta il diritto come scaturente da una determinata *causa petendi*, detta la regola di condotta funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla *stessa situazione accertata* nella sentenza; e può, *essa stessa*, essere invocata nei rapporti futuri tra le parti, laddove vengano in rilievo fatti volti alla realizzazione dell'interesse tutelato da *quello stesso diritto*. In questo scenario, si comprende come, almeno a fronte di determinate fattispecie, l'interesse attoreo al condizionamento meritale potrebbe anche essere considerato «auto-evidente».

Traendo le fila del discorso, e sintetizzando quanto fin qui rilevato:

a) la graduazione attorea concerne necessariamente la sentenza di *accoglimento* della domanda giudiziale;

dell'attore alla graduazione dei fatti costitutivi potrebbe trarsi anche da alcune considerazioni svolte in dottrina rispetto al caso (invero non raro) in cui l'attore deduca, pianamente, un *unico* fatto costitutivo a sostegno della sua domanda autodeterminata e, inoltre, emergano nel processo – dalle deduzioni formulate da una qualsiasi delle parti, e quindi anche dal convenuto, o comunque dagli atti di causa, o dalle prove esperite – anche altri fatti di tipo costitutivo che, in quanto *non* individuatori della domanda, siano rilevabili d'ufficio. Orbene, in relazione a una simile ipotesi si è affermato – tra l'altro da parte della dottrina che, nel collocarsi in una posizione ammissiva del potere di allegazione subordinata dell'attore, ha peraltro nel contempo affermato la necessità di un'analisi «caso per caso», rispetto all'effettiva sussistenza di un interesse alla graduazione – che, posto che «la rilevanza d'ufficio dei fatti principali costitutivi (non individuatori della domanda) non costituisce [...] ostacolo alla possibilità che l'attore possa vincolare il giudice a seguire un determinato ordine nella decisione» (E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 336, nota 245), «nel medesimo senso, dovrebbe ritenersi, ad es., che il fatto costitutivo emergente dagli atti e rilevabile d'ufficio non possa essere fatto oggetto di decisione se non in via subordinata rispetto al diverso fatto costitutivo valorizzato dall'attore nelle sue deduzioni, dovendosi in tale comportamento ravvisare l'implicita indicazione di un ordine preferenziale di decisione» (E. MERLIN, *op. loc. cit.*; per tale prospettazione dell'Autrice, cfr. già *supra*, cap. I, § 15). Ma, se l'allegazione di un unico fatto vale quale implicita, e soprattutto senz'altro efficace (*a prescindere* da un'indagine sull'interesse eventualmente sotteso), graduazione delle questioni, parrebbe che una simile prospettazione potrebbe essere considerata indirettamente confermativa del fatto che, quantomeno in presenza di determinate allegazioni costitutive, l'attore possa validamente esprimere un efficace condizionamento esplicitando precettivamente un ordine tra le questioni dedotte, anche eventualmente a prescindere dall'indicazione dell'interesse sotteso. Il rilievo secondo il quale l'allegazione di un unico fatto integra la prospettazione, non esplicitata, di un ordine preferenziale, potrebbe essere declinato anche nell'ipotesi di plurime allegazioni, fermo il fatto che, in tal caso, l'ordine preferenziale dovrebbe essere indefettibilmente reso esplicito.

b) rispetto a tale sentenza, l'entità «fatto costitutivo» assurge a *indefettibile punto di riferimento* dell'accertamento della situazione soggettiva dedotta in giudizio;

c) la sentenza di accoglimento della domanda manifesta una peculiare *portata precettiva* in posterum, che si sostanzia nel fatto che la pronuncia, a fronte dell'illecito sostanziale, esprime la regola della condotta futura delle parti funzionale alla rimozione di quest'ultimo e alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata;

d) il fatto costitutivo è idoneo a incidere su tale portata precettiva della sentenza, avuto particolare riguardo al *contenuto* della regolamentazione funzione alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, nonché alla *stabilità* di tale realizzazione;

e) l'attore, laddove il fatto costitutivo dedotto in giudizio incida sull'evidenziata portata precettiva della sentenza, può risultare portatore di un interesse a vedere accertata l'esistenza del proprio diritto, dello stesso diritto azionato *sub iudice*, come *nascente da un determinato fatto costitutivo*, anziché da un altro.

9. Segue. *Graduazione attorea e oggetto del processo. La portata precettiva della pronuncia di accoglimento, rispetto alla quale si manifesta un interesse attoreo alla graduazione, è riferibile allo stesso diritto dedotto nel processo*

A completamento di quanto osservato nel paragrafo che precede, non sono inutili ulteriori rilievi in relazione all'ambito oggettivo del giudizio nel quale l'attore svolge il condizionamento e, in tale ambito, alla valenza della *causa petendi*.

Per quanto concerne il primo aspetto, va ribadito che l'interesse dell'attore alla graduazione allegatoria, che è parso emergere alla luce delle osservazioni fin qui svolte, si fonda in sostanza sul rilievo secondo il quale, se si consideri l'attore che condizioni fattispecie costitutive in vista dell'accoglimento della sua domanda, e se si consideri altresì la descritta portata precettiva della sentenza, l'attore stesso appare portatore di un interesse a vedere accertata l'esistenza del *diritto dedotto sub iudice* come nascente da un determinato fatto costitutivo, anziché da un altro. La sentenza pone la regolamentazione del futuro contegno delle parti funzionale a realizzare l'interesse proprio della *situazione sostanziale accertata*. Non è necessario (e potrebbe anzi risultare opinabile), riferire tale efficacia ad *altri diritti*, per

definizione estranei al giudizio pendente e quindi, di regola, non incisi dalla sentenza.

Si è, in altri termini, consapevoli che i rilievi in punto di graduazione attorea, se focalizzati su altri diritti, diversi da quello azionato, potrebbero condurre a conclusioni negative – o, quantomeno, non univoche – rispetto al potere di condizionamento attoreo.

Al riguardo, possono essere considerati soprattutto i diritti *dipendenti* dal diritto accertato nel primo processo. Si torni al tormentato caso dell'accertamento della proprietà in relazione al diritto ai frutti, rispetto al quale si dibatte se la statuizione sulla proprietà possa anche vincolativamente determinare la data a partire dalla quale sono dovuti i frutti; oppure, la struttura che avvince i diritti è analoga, al rapporto tra accertamento del diritto a un determinato importo a titolo di capitale e datazione degli interessi³⁴⁷.

Laddove si opini che l'efficacia conformativa del giudicato concerne anche il profilo temporale, e dunque la misura del diritto dipendente, e quindi che «la domanda di accertamento della proprietà di un bene può essere accolta per l'uno o l'altro dei possibili fatti giuridici costituenti titolo di acquisto della proprietà e, a seconda della datazione del titolo di acquisto che dà motivo alla sentenza, la decisione sulla successiva domanda con cui si chiedi il pagamento dei frutti *ex art.* 1148 c.c. sarà conformata in misura differenziata quanto all'entità dei frutti riconoscibili all'attore (che appunto spetteranno solo dalla data in cui si è verificato il titolo di acquisto che il giudice ha posto a fondamento della decisione sulla proprietà)»³⁴⁸, pare evidente che, per l'attore, non sia equipollente che la sentenza si fondi sull'uno o sull'altro titolo. Analogamente, rispetto al rapporto capitale-

³⁴⁷ Ma i casi potrebbero essere molteplici. Per esempio, accertata la proprietà di un immobile in capo alla controparte in relazione a una determinata data, il successivo proprietario potrebbe provvedere alla dovuta bonifica dell'immobile per poi agire in surrogazione *ex art.* 1203, n. 3, c.c., il quale presuppone che il surrogante sia «tenuto con altri o per altri al pagamento del debito». Cfr. Cass., 15 novembre 2017, n. 26957, in *DeJure*: «In materia di danno ambientale, a vantaggio del cessionario del fondo inquinato – il quale esegue le opere di bonifica (essendo altrimenti tenuto a rispondere del danno cagionato dalla propria dante causa *ex art.* 14 d.lgs. n. 22 del 1997) e così estingue il debito risarcitorio del responsabile dell'inquinamento in favore dello Stato o degli enti locali *ex art.* 18 legge n. 349 del 1986 – opera la surrogazione legale di cui all'art. 1203, n. 3, c.c., poiché la norma non richiede né che il surrogante sia tenuto al pagamento del debito in base allo stesso titolo del debitore surrogato, né che egli sia direttamente obbligato nei confronti dell'*accipiens*, ma soltanto che il surrogante abbia un interesse giuridicamente qualificato alla estinzione dell'obbligazione».

³⁴⁸ E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 101.

interessi, laddove si opini che, «quando si sia definito con sentenza passata in giudicato il modo di essere del diritto pregiudiziale e nel secondo processo si discute della situazione dipendente, le parti e il giudice del secondo processo sono vincolati a ciò che è stato deciso sulla situazione pregiudiziale»³⁴⁹, e quindi in particolare che, «se si è stabilito che il capitale era dovuto dall'1 ottobre 2010, rimane incontestabile, nel successivo processo relativo agli interessi, che questi sono dovuti dall'1 ottobre 2010 fino al momento in cui il capitale è stato pagato»³⁵⁰, allora non è indifferente per l'attore che la sentenza si fondi sull'uno o sull'altro titolo.

Purtuttavia, potrebbe anche assumersi, in senso opposto, che «il vincolo positivo discendente dal primo giudicato nel secondo processo, che è postulato come necessario, al fine di ottenere un accertamento del rapporto dipendente coerente con la disciplina di diritto sostanziale, è solo il vincolo all'accertamento reso: è sufficiente, cioè, che l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza della situazione dipendente non sia fondato sull'inesistenza della situazione pregiudiziale, invece dichiarata esistente dal primo giudicato, o sulla sua inesistenza, a fronte di un primo giudicato che invece la dichiara esistente»³⁵¹, con la conseguenza che, fermo quanto precede rispetto all'esistenza o meno del secondo bene della vita, «la decisione in ordine all'attribuzione di questo bene, proprio in quanto bene diverso da quello a cui si riferisce il rapporto pregiudiziale, dovrà essere per ogni altro profilo autonomamente assunta; in specie, le parti devono avere la possibilità di pienamente discutere – quindi, di non essere vincolate dal primo giudicato – circa quei profili, che, pur attenendo alla fattispecie del rapporto pregiudiziale, nondimeno sono rilevanti per la misura in cui il bene oggetto del secondo processo deve essere attribuito»³⁵², ivi inclusa quindi la datazione del titolo fondativo. In questo senso, pare meritevole di essere rimarcata soprattutto l'opportunità di ascrivere *piena tutela alle parti* rispetto alla possibilità di *contraddire* circa un profilo che, obiettivamente, non è stato oggetto del primo giudizio: «Frequentemente, infatti, ai fini delle controversie relative a due beni della vita così connessi, i fatti rilevanti per l'esistenza della situazione pregiudiziale assumono, in concreto, valori affatto diversi nei due processi. In specie, può accadere che, nel primo

³⁴⁹ F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 163.

³⁵⁰ F.P. LUIO, *op. cit.*, p. 164.

³⁵¹ A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 168, nota 203.

³⁵² *Ibidem*.

processo, per le parti sia sostanzialmente indifferente quale delle più fattispecie concrete sia ritenuta operante, atteso che, in questo processo, l'attribuzione del bene della vita concretamente richiesto, alla luce della lesione lamentata, è soddisfacente della richiesta di tutela, sol che la situazione giuridica sia riconosciuta esistente, indipendentemente dal fatto in base al quale tale riconoscimento è compiuto. In questo processo, conseguentemente, le parti *non contraddicono* sul punto (né hanno interesse a farlo, alla luce della domanda proposta). Per contro, può avvenire che, nel processo sul rapporto dipendente, la misura dell'attribuzione del bene della vita rivendicato è decisamente influenzata, a seconda del fatto costitutivo del rapporto pregiudiziale, di guisa che, in questo giudizio, assume un valore affatto diverso, da quello assunto nel primo processo, la questione relativa a quale fatto costitutivo effettivamente operi per l'esistenza della situazione giuridica pregiudiziale»³⁵³. La posizione che esclude che, nel processo sul diritto dipendente, sussista un vincolo al motivo della decisione pregiudiziale presenta non trascurabili addentellati anche con il profilo della tutela del diritto delle parti a contraddire sul diritto stesso.

Per vero, vale la pena di aggiungere, un diverso grado di utilità ascritto all'attore, già dalla prima sentenza, sembra sussistere anche laddove si assuma la posizione che precede. Appare infatti rilevante osservare che, già in relazione a quanto accertato dalla prima sentenza, l'attore «è proprietario del bene al momento della pronuncia, ma [...] lo è stato anche per il periodo anteriore, fin dalla realizzazione della fattispecie constatata dal giudice»³⁵⁴, e che l'attore stesso – sebbene possa anche, nel secondo giudizio sui frutti, «sostenere una decorrenza anteriore»³⁵⁵, dovendo tuttavia «dimostrare l'esistenza di un titolo di data meno recente, non allegato precedentemente oppure, benché dedotto, non esaminato dal giudice, in quanto assorbito»³⁵⁶ – cionondimeno ben «potrà, nel successivo processo, far leva sulla prima sentenza, per il riconoscimento dei frutti fino alla data del fatto costitutivo accertato»³⁵⁷. Qualora sia «proposta la domanda per i frutti nei confronti del possessore di mala fede, poiché la loro entità varia in ragione del momento in cui l'attore è divenuto proprietario, questo po-

³⁵³ *Ibidem* (mio il corsivo).

³⁵⁴ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 299.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Ibidem* (mio il corsivo).

trà opporre al convenuto la precedente statuizione, per determinare il momento di decorrenza dei frutti civili»³⁵⁸. Il punto è significativo per il discorso che stiamo svolgendo: la prima sentenza, accertando il diritto come nascente da un determinato fatto costitutivo, permetterebbe all'attore di *opporre alla controparte* una statuizione che afferma che l'attore stesso è proprietario fin da una certa data. Anche se si ammetta che il convenuto, assumendosi i relativi oneri dimostrativi, possa contestare tale statuizione rispetto ad altri diritti, diversi da quello accertato, quest'ultimo è accertato come nascente da una determinata fattispecie e, quindi, in una determinata data, il che non è privo di utilità per l'attore vincitore del primo processo. Quand'anche, rispetto ad altri diritti, l'efficacia precettiva della sentenza possa (secondo la lettura restrittiva) «degradare» a mera opponibilità (comunque rilevante a livello dimostrativo), permane l'utilità che l'attore trae dalla sentenza di accoglimento della sua domanda. In sintesi, «il riconoscimento della nascita del diritto, in forza di un titolo piuttosto che di un altro, può avere ripercussioni significative, in ordine alle situazioni soggettive dipendenti»³⁵⁹, e «tale indubbio interesse dell'attore è [...] soddisfatto, piuttosto che da immotivate restrizioni dell'oggetto del processo, accordando eventualmente alle parti il potere di vincolare il giudice nell'ordine di trattazione delle questioni, ossia *ammettendo la possibilità di allegazioni graduate*»³⁶⁰. Sono collocabili in questo quadro le già richiamate os-

³⁵⁸ S. MENCHINI, in S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 108.

³⁵⁹ S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, cit., p. 29, nota 135.

³⁶⁰ S. MENCHINI, *op. loc. cit.* (mio il corsivo). Il riferimento alle immotivate restrizioni dell'oggetto del processo è svolto rispetto alla nota posizione di Attardi, in relazione alla quale Menchini osserva che «vengono confusi aspetti che stanno su piani diversi: dall'esatta considerazione che l'accertamento del giudice non può non fare riferimento al complesso fattuale sulla base del quale è riconosciuta o negata la tutela richiesta non può ricavarsi l'errato principio che l'oggetto della domanda è delimitato dal titolo indicato dall'attore; una cosa sono le questioni relative all'identificazione della domanda ed altra cosa sono i criteri che guidano l'operato del giudice nella fase della decisione. Non sussiste alcuna consequenzialità logica tra questi due momenti: i confini della possibile cognizione del magistrato e della preclusione del giudicato non coincidono con i profili fattuali e giuridici concretamente esaminati, ma sono ben più ampi, in quanto ricomprendono tutti gli elementi che in astratto sono rilevanti, in quanto concorrono a comporre la fattispecie del diritto controverso [...]. Da tutto ciò consegue, in conclusione, che non soltanto esigenze di carattere pubblicistico, le quali inducono ad affermare che debba aversi certezza per il futuro circa il modo di essere del diritto materiale irrevocabilmente accertato, ma anche il principio della parità delle armi, il quale esige che le parti abbiano all'interno del processo lo stesso trattamento, spingono a riaffermare la validità della teoria tradizionale che indivi-

servazioni di chi, nel negare che l'allegazione condizionale possa essere di per sé esclusa affermando che «il giudicato di accoglimento per l'un motivo non impedisce all'attore di dimostrare nel successivo processo, in cui siano azionate pretese accessorie o dipendenti, [...] l'esistenza dell'altro più favorevole fatto costitutivo»³⁶¹, ha rilevato che «non si vede perché l'interesse a vedere acclarata *l'esistenza del proprio diritto come nascente da un certo fatto costitutivo, anziché da un altro*, non dovrebbe trovare riconoscimento già all'interno del processo che proprio tale diritto ha ad oggetto principale»³⁶², anziché soltanto in seguito in altri processi.

Ciò detto, resta però il fatto che, se ci si collochi in quest'ultimo ordine di idee, non verrebbe in questione un vero e proprio vincolo precettivo della sentenza, ma soltanto l'*opponibilità* della stessa. In altri termini, in tale prospettiva il principio della ragione più liquida sarebbe derogato, non già in relazione alla portata effettuale della sentenza passata in giudicato, bensì soltanto rispetto all'eventuale spendibilità della stessa in un diverso processo, nel quale la decisione – in relazione alla sua idoneità a incidere sul diritto dipendente – sarebbe ancora suscettibile di superamento. Non a caso, nell'assumere una posizione di sostanziale esclusione del condizionamento delle allegazioni da parte dell'attore (sulla base del già riferito assunto per cui «la portata pratico-precettiva della pronuncia è sempre la medesima, in quanto essa si identifica con il bene della vita garantito all'attore dalla situazione giuridica che è dichiarata esistente dalla sentenza»³⁶³), si è aggiunto che tale conclusione non appare «smentita dal rilievo per cui, al variare del fatto costitutivo della situazione giuridica, possono mutare alcune delle utilità consequenziali alla titolarità del diritto (ad esempio: a seconda che la proprietà sia dichiarata esistente in base ad un fatto costitutivo che si colloca in un momento risalente nel tempo oppure nel recente passato, può variare la misura del diritto ai frutti del

dua l'oggetto del giudizio non in una mera *Rechtsfrage*, ma in un *Recht*, negando così al fatto costitutivo, pur in un sistema concretato di preclusioni (iniziali) per le parti, qualsivoglia autonomo ruolo per l'identificazione della domanda giudiziale ed attribuendo ad esso unicamente valore quale mezzo di specificazione del diritto sostanziale fatto valere, rispetto a tutti gli altri di uguale contenuto eventualmente sussistenti tra i medesimi soggetti» (*op. cit.*, p. 29).

³⁶¹ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 154, nota 139 (in antitesi alle posizioni espresse da Consolo e Kion).

³⁶² E. MERLIN, *op. loc. cit.* (mio il corsivo).

³⁶³ Cfr. A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 493.

proprietario nei confronti di colui che l'abbia posseduta illegittimamente; a seconda del momento a partire dal quale il credito è dichiarato esigibile, varia la misura degli interessi che spettano al creditore)»³⁶⁴, in quanto, appunto, «è coinvolto un bene, il quale, seppur connesso a quello oggetto del precedente giudizio, è tuttavia diverso»³⁶⁵, e, come tale, ancora «contendibile».

Al di là dei margini di opinabilità dell'assunto – è invero prospettata, come si è visto, anche l'estensione dell'efficacia conformativa della pronuncia alla misura del diritto dipendente – quella dei diritti diversi dal diritto azionato resta, in quanto tale, un'area suscettibile di condurre a esiti non univoci in punto di graduazione attorea.

Per contro, la focalizzata portata precettiva *in posterum* della sentenza, ritenuta rilevante rispetto alla sussistenza di un interesse attoreo alla graduazione delle questioni, è riferibile allo *stesso diritto oggetto del processo* conclusosi con la sentenza di accoglimento della domanda giudiziale e alla realizzazione dell'interesse da esso protetto.

10. *Segue. Graduazione attorea e fatto costitutivo. Il fatto esula dall'oggetto del giudizio, ma è idoneo a venire in rilievo rispetto alla portata della sentenza ed è quindi suscettibile di condizionamento*

Come anticipato, un ulteriore approfondimento può essere svolto in relazione alla circostanza che, nella prospettiva fin qui assunta, indubbiamente il fatto costitutivo assume una non trascurabile rilevanza, concorrendo a determinare l'efficacia precettiva della sentenza.

Sembra peraltro di poter ribadire che, se, da un lato, resta fermo il postulato per cui oggetto del processo e del giudicato è soltanto il diritto sostanziale dedotto *sub iudice*, dall'altro lato ciò *non* implica che il fatto costitutivo non possa venire in rilievo rispetto alla portata effettuale della sentenza e, per quanto in particolare rileva in questa sede, alla graduazione delle questioni.

Al riguardo, non sembra inutile riportare le riflessioni di Cerino Canova sul rapporto tra domanda e allegazione.

³⁶⁴ A. MOTTO, *op. cit.*, p. 493, nota 354.

³⁶⁵ *Ibidem*.

L'Autore, dopo aver scorporato i fondamentali dettami³⁶⁶ per cui «né i fatti sono l'oggetto del giudizio, [...] né i fatti sono "disponibili" sul piano sostanziale»³⁶⁷, e dopo aver altresì illustrato come, quand'anche si vagli il fenomeno alla luce del principio del contraddittorio, occorra comunque «distinguere tra domanda ed allegazione, [...] sceverare nel contesto dell'atto formalmente unico quanto è proprio della prima e quanto è proprio della seconda»³⁶⁸, passa a esaminare la problematica «di fronte al giudicato»³⁶⁹.

³⁶⁶ Già richiamati nel corso della presente indagine.

³⁶⁷ A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 131.

³⁶⁸ A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 133. In relazione al principio del contraddittorio, l'iter argomentativo dell'Autore (*op. cit.*, p. 132 s.) è quello per cui, rispetto alle allegazioni fattuali che attengono alla fondatezza della domanda, «il diritto di un'efficace difesa non esclude certamente tutte queste deduzioni nel corso del processo, anzi trova in esse il suo immediato sviluppo [...]. Impone solo che all'iniziativa di una parte debba poter seguire una consentanea replica della controparte e in particolare che a questa siano conferiti poteri equivalenti nonché i congrui strumenti – comunicazione ed adeguato *spatium deliberandi* – per esercitarli. Questo *spatium deliberandi* per il convenuto non si può ritenere meglio salvaguardato di fronte alle allegazioni dell'attore nell'atto di citazione che rispetto a quelle compiute in corso di causa: il rinvio dell'udienza finisce per offrire, anche e solo per la sua entità temporale, un'opportunità di difesa superiore a quella garantita dall'intervallo tra notifica della citazione e la comparsa di risposta [...]. In linea generale, si deve osservare che il problema delle allegazioni successive deve essere risolto in modo uniforme per attore e per convenuto, poiché all'identità della funzione – di cospirare al giudizio di merito – deve corrispondere eguale disciplina. Una diversità di trattamento sarebbe del tutto ingiustificata, né potrebbe essere motivata con un'osservazione di questo tipo: il convenuto può esercitare le sue difese solo nel processo pendente, mentre l'attore potrebbe proporre una nuova azione per le allegazioni vietate [...]. Un'argomentazione siffatta nasce dalla discrasia tra diversi ordini di fatti, quelli ricompresi nell'area della domanda per il convenuto e quelli che vi eccedono per l'attore. Quando l'indagine viene ricondotta, tuttavia, su un piano omogeneo e non è in gioco l'identificazione della domanda, comune è la sorte delle allegazioni omesse perché per entrambe le parti discende dalla regola che il "giudicato copre il dedotto ed il deducibile" [...]. In definitiva, pretendere dall'attore nella domanda introduttiva l'allegazione dei fatti principali può suggerire sì riflessioni sul principio del contraddittorio, ma riflessioni non tanto di conformità quanto di inosservanza del principio stesso. Ciò avviene quando all'attore si pone una preclusione che non è sancita egualmente per il convenuto e dunque si introduce un'arbitraria disparità dei diritti difensivi». L'Autore considera anche (*op. cit.*, p. 133 s.) il processo che preveda «una regola di preclusione dei *nova* che scatti, per entrambe le parti, dal momento degli atti introduttivi», confrontandosi al riguardo con l'interrogativo se «una disciplina così congegnata induce pur sempre a distinguere tra domanda ed allegazione, ossia a sceverare nel contesto dell'atto formalmente unico quanto è proprio della prima e quanto è proprio della seconda». La risposta, per Cerino Canova, è affermativa, e ciò, anzitutto, in relazione all'«arti-

Al riguardo, svolti alcuni rilievi rispetto al rapporto tra cosa giudicata e nuovo giudizio sulla domanda già decisa, e in particolare circa il problematico rapporto tra il dettame secondo il quale la cosa giudicata copre il dedotto e il deducibile e una struttura processuale improntata a severe preclusioni *in limine litis* (prospettando sul punto «un'alternativa piuttosto rigida: o la preclusione si riflette con funzione limitativa sul giudicato o altrimenti crea un contrasto intimo e profondo nel sistema processuale»³⁷⁰, poiché una «consunzione che eccede il dedotto consisterebbe, invero, in una presunzione di deducibilità di quanto le parti potevano non essere in grado di allegare effettivamente nel tempo loro concesso»³⁷¹), Cerino Ca-

colazione tra giudizio di ammissibilità e giudizio di fondatezza, che anche nel regime ora esaminato si riproduce necessariamente», posto che «la sola allegazione non può essere misura efficiente per la valutazione di ammissibilità perché [...] la congruenza dei fatti dedotti rispetto alla tutela richiesta può essere apprezzata solo con giudizio di merito ed in relazione agli atteggiamenti processuali della controparte»; inoltre, «la stessa distinzione si giustifica anche per un secondo motivo, concernente il profilo della modificazione della domanda. Senza dubbio la preclusione dei *nova* restringe l'ampiezza del problema, poiché nell'escludere in radice ogni variazione del materiale allegativo travolge conseguentemente la discriminazione tra innovazioni che comportano una *mutatio libelli* ed innovazioni che non la comportano. Il problema conserva, tuttavia, un ambito di applicazione più ridotto ma sempre consistente: i limiti al mutamento della tutela richiesta sulla base delle allegazioni effettuate [...]. Invero i fatti dedotti possono, non di rado, sorreggere vari tipi di tutela e, quindi, l'identità dei fatti medesimi può permettere alterazioni di tutela, di cui è necessario valutare l'ammissibilità».

³⁶⁹ A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 135.

³⁷⁰ A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 136.

³⁷¹ A. CERINO CANOVA, *op. loc. cit.* In proposito, l'*iter* argomentativo dell'Autore (*op. cit.*, p. 135 s.) è quello secondo il quale «la regola per cui “il giudicato copre il dedotto ed il deducibile” sembrerebbe in grado di giustificare una generale preclusione, la quale ha come criterio di misura la domanda proposta e decisa; sembrerebbe in grado, si è detto, perché può soddisfare soltanto chi si accontenta di svolgere il ragionamento su un piano di rigido dogmatismo. Se l'attenzione viene estesa alle ragioni ed alle premesse su cui la regola rammentata si fonda, appare chiaro che la consunzione delle difese non utilizzate deriva appunto dalla deducibilità [...]. Proprio perché le iniziative pretermesse potevano essere effettuate nel processo precorso, non è più consentito instaurare un nuovo giudizio per ottenere tutela in virtù di tali deduzioni trascurate. La giustificazione appena enunciata deve essere commisurata ad un processo con rigide preclusioni iniziali e specificata nel seguente interrogativo: tale schema procedimentale è in grado di ricevere tutte le difese delle parti? La risposta affermativa al quesito può nascere solo dalla convinzione che ogni profilo della controversia è previamente conosciuto alle parti: presuppone questa convinzione poiché solo così si può proclamare che in *limine litis* le parti hanno in mano tutto quanto serve alla loro difesa. Questa visione della controversia giudiziaria è, tuttavia, troppo inge-

nova passa a esaminare «l'effetto positivo spiegato [dal giudicato] sulle situazioni giuridiche dipendenti»³⁷², in particolare alla luce della *Begründungstheorie*.

Orbene, in proposito l'esito del ragionamento dell'Autore è, in estrema sintesi, *negativo* per quanto concerne il suo specifico tema di indagine – e quindi confermativo della necessaria distinzione tra domanda giudiziale e allegazione –; ma, e ciò è quanto qui rileva, tendenzialmente *ampliativo* rispetto al problema dell'ammissibilità della graduazione dei fatti costitutivi.

Segnatamente, il percorso argomentativo seguito è quello per cui, posto che secondo la *Begründungstheorie* «il valore del giudicato varia in funzione del motivo portante della decisione»³⁷³, «la teoria richiamata potrebbe suggerire un ragionamento articolato nelle tre seguenti proposizioni: il valore del giudicato si diversifica in conformità al motivo portante ed ai fatti relativi, l'allegazione influisce dunque decisamente sulla tutela offerta dal processo, perciò la stessa allegazione deve integrare il contenuto della domanda»³⁷⁴. Come anticipato, la posizione dell'Autore al riguardo è recisamente negativa in relazione al rapporto tra domanda e allegazione, doven-

nua perché si debba attribuirle un pur minimo credito. Il processo nasce e vive sotto il segno dell'incertezza obiettiva e soggettiva che avvolge sia il modo di essere degli accadimenti storici sia il significato delle disposizioni normative [...]. La trama della controversia si dipana solo nel processo attraverso la dialettica delle parti: più questa dialettica è vivace, come impone il metodo dell'oralità, maggiore coscienza acquistano gli stessi protagonisti della vicenda giudiziaria. Il processo non riceve, quindi, una controversia interamente preformata, ma ha la funzione di delinearla progressivamente attraverso i successivi contributi delle parti contrapposte ed attraverso l'attiva partecipazione dell'organo giudicante, sì da trasformare in misura anche ampia l'originaria ed unilaterale impostazione»; da tali considerazioni sorge l'«alternativa piuttosto rigida» indicata nel testo, corroborata dal rilievo per cui, non a caso, «i sistemi caratterizzati da rigide preclusioni hanno sempre assunto storicamente il modello di giudizi polarizzati più sul fatto che sul diritto, attuando le più drastiche idee della “sostanziazione” [...]. E sempre gli stessi sistemi hanno limitato sensibilmente l'effetto preclusivo del giudicato in corrispondenza ai soli fatti dedotti [...]. Ma si capisce del pari che le preclusioni finiscono così per ritorcersi contro quell'esigenza di accelerazione da cui sono ispirate e che l'ampia ripetibilità del processo per la stessa controversia è un prezzo troppo grave in un ordinamento giudiziale moderno [...]. Sicché divengono necessari gli adeguati correttivi che stemperino il rigore delle preclusioni e – per restare all'argomento che ora ci interessa – differenzino anche cronologicamente domanda ed allegazioni».

³⁷² A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 137.

³⁷³ A. CERINO CANOVA, *op. loc. cit.*

³⁷⁴ A. CERINO CANOVA, *op. loc. cit.*

do essere tenuto fermo il dettame per cui oggetto del processo pendente è soltanto il *diritto sostantivo* in esso calato, mentre non rilevano eventuali successive controversie *inter partes*. Merita riportare i rilievi svolti sul punto: «La domanda isola una delle situazioni che compongono il rapporto, la astrae dalle altre per farne l'oggetto del processo e segna con questo i contorni della attuale controversia. Ciò di cui ci si deve occupare e fondamentalmente preoccupare è che venga dichiarato esistente o inesistente il diritto affermato nella domanda; ed è questa l'unica preoccupazione attuale e resa evidente dal processo, poiché l'esito del giudizio può consistere nel riconoscimento o nel disconoscimento del relativo bene della vita. Sfugge, invece, alla considerazione del processo l'intero rapporto sostanziale fra le parti: sfugge, perché non vi è dedotto, ed assume un ruolo puramente eventuale, poiché solo ipotetica e futura può essere una controversia al riguardo [...]. Ma niente riuscirebbe più artificioso ed arbitrario che una prevalente importanza attribuita agli sviluppi ipotetici e futuri rispetto al conflitto attuale. Una visione siffatta non corrisponde agli intenti palesati dalle parti, le quali hanno mostrato di volere disputare su quel diritto e su quel diritto soltanto. La stessa visione ancor meno corrisponde alla funzione del processo, che è di statuire sulla situazione fatta valere e non di definire per sempre tutta la relazione intercorrente tra le parti. Ebbene, la visione ora respinta – e, si crede, da nessuna dottrina fatta propria – finisce per essere un correlato del ragionamento che si voleva verificare. Il limite della domanda all'allegazione viene posto dalla prodromica valutazione di una rilevanza ipotetica, perché futura ed incerta; il medesimo limite distrae l'attenzione da ciò che di effettivo ed attuale vi è nella controversia esistente, ossia l'attribuzione di un bene della vita. Viene, quindi, capovolta la prospettiva con cui deve essere riguardato il fenomeno processuale, poiché si attribuisce funzione ricostruttiva agli sviluppi remoti ed eventuali anziché all'oggetto del giudizio pendente. L'errore, che è assai grave e deve essere corretto, fa meglio risaltare la sola impostazione esatta ed i suoi corollari: il processo si svolge per l'attribuzione di un bene della vita ed impegna le parti a compiere tutte le allegazioni all'uopo necessarie. La rilevanza futura ed ipotetica del giudicato [...] non determina la nozione della *res in iudicium deducta*»³⁷⁵.

Sennonché, proprio nell'ambito di tale ricostruzione, cristallina e nel contempo restrittiva dell'oggetto del processo, si ha cura di precisare – e

³⁷⁵ A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, pp. 138-139.

ciò appare rilevante in questa sede – che *diverse* dovrebbero essere le conclusioni in punto di graduazione allegatoria. Precisamente, se, alla luce delle argomentazioni testé riportate, le ipotetiche propagginzioni del conflitto attuale non possono concorrere a determinare la nozione della *res in iudicium deducta*, di contro «le parti contendenti possono anche avere ora presenti gli ulteriori e più complessi sviluppi del loro litigio e, per questo, *graduare le loro difese in vista di una tutela di maggiore consistenza*»³⁷⁶; «se il riferimento all'una piuttosto che all'altra fattispecie si converte in una *diversa rilevanza della tutela concessa*, forse merita di essere rimeditata la convinzione che la scelta del giudice può appuntarsi su una o su altra questione secondo le sole esigenze dell'economia processuale»³⁷⁷.

Al di là del fatto che si tratti di rilievi incidentalmente espressi, appare magistralmente confermato che, altro è il profilo dell'oggetto del processo e dell'accertamento a ogni effetto ascrivibile al giudicato, rispetto al quale le allegazioni, anche costitutive, non possono che restare estranee, altro è il profilo – qui allo studio – del condizionamento allegatorio, che invece ben può restare permeabile alla rilevanza della motivazione rispetto al precetto contenuto nella sentenza (e, secondo quanto si è fin qui prospettato, rispetto alla descritta portata precettiva funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione giuridica accertata).

Pertanto, erra chi, come Kion, lega i due profili, per escludere l'ammissibilità del secondo sulla base del primo³⁷⁸; mentre invece colgono nel segno i rilievi di chi evidenzia che escludere «l'allegazione subordinata dei fatti costitutivi con la motivazione secondo cui ciò significherebbe riconoscere un giudicato sulla “*causa petendi*” al di fuori dei casi eccezionalmente consentiti dalle legge»³⁷⁹ non convince appieno, poiché il titolo posto a fondamento della decisione, pur senza costituire «autonomo oggetto del giudicato e dell'accertamento facente stato ad ogni effetto»³⁸⁰, è comunque idoneo a segnare «la portata precettiva della pronuncia *con riguardo al diritto fatto valere*»³⁸¹.

³⁷⁶ A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 139 (mio il corsivo).

³⁷⁷ A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 139, nota 131 (mio il corsivo).

³⁷⁸ V. *supra*, § 7.

³⁷⁹ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 148, nota 125.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ *Ibidem* (mio il corsivo).

11. *La posizione del convenuto. La graduazione delle eccezioni. Il convenuto graduante fatti costitutivi: rinvio*

Svolte le considerazioni che precedono rispetto alla posizione dell'attore, veniamo a quella, distinta (ovviamente in termini generali, ma *a fortiori* ai fini della nostra analisi), del convenuto.

In relazione a tale soggetto, e al relativo potere di allegazione subordinata, da un lato, si ripropongono alcuni nodi problematici già emersi nel corso dell'indagine sulla graduazione attorea; dall'altro lato, come si vedrà, non potrà essere svolto un ragionamento omologo a quello effettuato rispetto al condizionamento attoreo.

Va premesso che, come a suo tempo evidenziato³⁸², sono «questioni di merito» rilevanti rispetto all'indagine che ci occupa quelle che si riferiscono ai fatti giuridici principali, e dunque, oltre che ai fatti costitutivi (già scrutinati avuto riguardo all'attore), ai fatti impeditivi, modificativi ed estintivi. La graduazione da parte del convenuto integra quindi un condizionamento di *eccezioni*³⁸³. Deve altresì richiamarsi che parrebbe invece da escludersi il condizionamento di una mera *difesa*, mentre resta ammissibile la graduazione di un'*eccezione* rispetto, oltre che ad altra eccezione, a una semplice difesa³⁸⁴.

Va inoltre premesso che, come già rilevato (seppur «a parti invertite») rispetto alla posizione dell'attore, non è esclusa la configurabilità, all'interno del sistema, di casi in cui il convenuto introduca nel processo non già eccezioni, ma, al contrario, allegazioni costitutive. Si pensi ancora una volta all'ipotesi della domanda di accertamento negativo, laddove si postuli che, in tale frangente, sia appunto la parte convenuta a dover allegare e provare gli elementi costitutivi del diritto affermato inesistente da parte dell'attore. In tali casi, peraltro, il convenuto assume una posizione peculiare, che, sotto il profilo sostanziale, appare riconducibile a quella dell'attore stesso. L'analisi di tale eventuale graduazione del convenuto sarà quindi svolta all'esito della presente analisi, insieme a quella (per certi versi «opposta») dell'attore eccipiente³⁸⁵.

Ciò detto preliminarmente, come si è anticipato l'analisi da svolgere

³⁸² V. *supra*, cap. I, §§ 6 e 10.

³⁸³ V. *supra*, cap. I, § 11.

³⁸⁴ V. *supra*, cap. I, § 12.

³⁸⁵ V. *infra*, § 18.

non può ovviamente prescindere dal mutuare parte degli elementi che sono emersi nel corso dell'analisi della posizione dell'attore. Peraltro, prima di ogni altro rilievo occorre prendere in considerazione una previsione normativa che, potenzialmente, potrebbe essere ritenuta idonea a porre un accettabile, e generale, criterio discretivo rispetto alle eccezioni graduabili; ma che, per contro, come veniamo a illustrare, non sembra dirimente *in subiecta materia*.

12. *Graduazione del convenuto ed eccezioni in senso stretto. La caratteristica qualificante dell'eccezione riservata, rinvenibile nella strutturale disponibilità degli effetti oggetto di eccezione, non rileva rispetto all'ammissibilità della graduazione. Il carattere riservato dell'eccezione non vale di per sé a giustificare un potere di condizionamento del convenuto*

Come noto, ai sensi dell'art. 112 c.p.c. il giudice «non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti».

La previsione «riprende la classica distinzione fra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto, sebbene già in passato si sia sottolineato come, da questo punto di vista, la funzione essenziale della disposizione non si rinviene tanto nella previsione del potere ufficioso di rilievo delle eccezioni, considerando normale il legislatore la possibilità che si abbia la pronuncia d'ufficio su fatti modificativi, impeditivi o estintivi, quanto nell'introduzione del divieto per il giudice di pronunciarsi d'ufficio in questi «*casus particolari*, nei quali l'iniziativa della parte è invece indispensabile»³⁸⁶.

Appunto sulla base di tale previsione, si è prospettata la tesi secondo la quale, in relazione alle eccezioni in senso stretto, riservate all'iniziativa della parte interessata, sussisterebbe un «naturale» potere di graduazione. *Et pour cause*: se la parte può evitare di spendere le eccezioni *de quibus, a fortiori* dovrebbe poter imporre, in capo al giudice, un vincolo rispetto al relativo *ordo decisionis*.

Con la chiara esemplificazione di Liebman, le eccezioni riconducibili a tale categoria possono «limitare la libertà del giudice nella scelta dell'ordine logico delle questioni, perché l'interessato, così come può discrezio-

³⁸⁶ A. CARRATTA, *sub* art. 112, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 216, richiamando le parole di Grasso.

nalmente opporre oppure non opporre una eccezione di tale natura, può anche opporla subordinatamente ad altre difese od eccezioni e in tal caso il giudice non potrebbe esaminarla in un ordine diverso da quello voluto dal convenuto. Perciò [...], se la parte convenuta avesse proposto l'eccezione di prescrizione in via espressamente subordinata allo esame dell'esistenza del fatto costitutivo del diritto [...], in tal caso il giudice avrebbe indubbiamente dovuto attenersi all'ordine delle questioni voluto dal convenuto e dare la precedenza a quella relativa al vizio del consenso»³⁸⁷.

Ciò detto, plurime possono essere le giustificazioni sottese a una simile lettura.

La prima di esse è quella che riconduce il potere di eccezione riservata a un «controdiritto» del convenuto. Con Chiovena, nell'ambito di una ricostruzione dell'azione in senso concreto³⁸⁸, l'eccezione riservata rappresenta «un *contro-diritto* di fronte all'azione: e per l'appunto un diritto potestativo diretto all'annullamento dell'azione»³⁸⁹; conseguentemente, «finché il convenuto non dichiara di voler esercitare l'eccezione, l'azione esiste e produce i suoi effetti: soltanto, l'azione trovasi in uno stato analogo a quello di ogni diritto soggetto una impugnativa, cioè in uno stato *di pendenza*; il quale si risolve *a favore* dell'azione quando l'eccezione non è fatta valere; si risolve *contro* l'azione nel caso contrario»³⁹⁰. Con Liebman, in una prospettiva (relativamente) astratta del diritto di azione³⁹¹, esistono

³⁸⁷ E.T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, cit., p. 542.

³⁸⁸ E quindi considerando la stessa alla stregua di «un potere giuridico riconosciuto alla parte al fine di ottenere un provvedimento giudiziale di merito favorevole, nel senso che in tanto esiste il potere di azione in quanto la posizione giuridica affermata dalla parte sia effettivamente e in concreto esistente. In questo modo l'azione si caratterizza come un potere in senso concreto, qualificato dal fine dell'ottenimento di un provvedimento di merito positivo» (così, per tutti, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., p. 82).

³⁸⁹ G. CHIOVENA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, cit., p. 272.

³⁹⁰ *Ibidem*. Sulla teorica chiovendiana sull'eccezione, cfr. già *supra*, cap. I, § 11, ove anche ulteriori riferimenti.

³⁹¹ E quindi considerando lo stesso alla stregua di «un potere giuridico riconosciuto alla parte al fine di ottenere un provvedimento di merito non necessariamente favorevole, ma anche eventualmente negativo», a fronte di una concezione totalmente astratta, secondo la quale l'azione è un potere giuridico «riconosciuto alla parte al fine di ottenere un provvedimento giurisdizionale di qualsiasi contenuto, cioè anche eventualmente un provvedimento meramente processuale» (così, per tutti, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., p. 82).

fatti «il cui effetto estintivo od impeditivo non si produce se il convenuto non li fa espressamente valere allo scopo di ottenere il rigetto dell'azione [...]»; e in questi casi l'eccezione acquista il suo significato più ristretto, divenendo un vero diritto del convenuto, il quale può opporla o non opporla secondo che più li piaccia, e se non lo fa, il giudice *non può tener conto* di quel fatto nemmeno se risulti dagli atti (art. 112 cod. proc. civ. citato). Ciò vuol dire che, se l'eccezione non è proposta, il giudice deve accogliere l'azione, la quale in sé e per sé è fondata, fino a che il convenuto non l'impugna con la sua eccezione. L'eccezione è in questi casi un diritto *processuale* analogo e contrapposto all'azione [...]; ed è perciò anch'essa un diritto al giudizio, e propriamente il diritto al giudizio sul fatto estintivo, modificativo od impeditivo che si fa valere»³⁹².

Qualora si accedesse a tali ricostruzioni, ascrivendo all'eccezione in senso stretto la natura di vero e proprio «controdiritto» del convenuto, il potere di graduazione di tale parte potrebbe trovare giustificazione, avuto riguardo alle eccezioni *de quibus*, addirittura nella stessa *Dispositionsmaxime*³⁹³. Come perspicuamente rilevato, laddove «con l'eccezione in senso stretto si desse espressione ad un “diritto processuale analogo alla azione” [...] ebbene allora non potrebbe fondatamente dubitarsi della giustezza della conclusione così tratta in punto di illimitata ammissibilità di una proposizione in via subordinata di tali eccezioni. Il fenomeno cui, in questo ordine di ipotesi, si darebbe luogo si approssimerebbe addirittura, a ben vedere, piuttosto all'istituto – appunto di incontrovertita ammissibilità – del cumulo condizionale di diverse domande giudiziali (ed eventualmente di diversi diritti sostanziali dedotti in altrettante cause), che a quello della semplice articolazione in via condizionale di più allegazioni difensive nell'ambito della pendenza di un'unica domanda giudiziale e di un'unica causa»³⁹⁴.

Occorre però richiamare che, secondo insegnamenti che appaiono ormai consolidati, dev'essere negato che l'eccezione in senso stretto integri espressione di un controdiritto del convenuto; e invero, una simile ricostruzione, «se portata alle sue estreme, ma naturali conseguenze»³⁹⁵, sottende l'idea «dell'eccezione come iniziativa volta ad ampliare l'oggetto del

³⁹² E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, cit., pp. 161-162.

³⁹³ Già considerata, e non ritenuta dirimente rispetto all'ammissibilità di una graduazione meritate, rispetto alla posizione dell'attore (cfr. *supra*, § 1).

³⁹⁴ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 522-523.

³⁹⁵ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., p. 214.

giudizio e del giudicato»³⁹⁶; laddove invece va tenuto fermo che «sempre chi eccepisce allarga i limiti della *quaestio facti*; mai chi eccepisce allarga per ciò solo i limiti del giudicato [...]: se l'azione è il potere di ottenere una pronuncia di merito, l'eccezione non è il potere di annullare l'azione, perché l'eccezione di merito tende solo a condizionare il contenuto della pronuncia, scontandone appunto l'emanazione; se l'azione è il potere di segnare al giudice i limiti oggettivi entro i quali può e deve emanare il suo *dictum*, l'eccezione non è l'azione del convenuto, perché l'eccezione opera sui confini della *quaestio facti*, non su quelli dell'oggetto della pronuncia; se l'azione è il potere di dedurre in giudizio un determinato diritto soggettivo, l'eccezione non è l'azione del convenuto, perché non implica come tale l'introduzione in giudizio di alcun diritto soggettivo del convenuto»³⁹⁷.

Ciò detto, sarebbe peraltro riduttivo ricondurre il collegamento tra eccezione riservata e potere di graduazione alla teorica del «controdiritto» del convenuto. E invero, tale collegamento è rinvenibile anche in altre ricostruzioni.

Si consideri in particolare la prospettazione di Oriani, il quale, nel ribadire³⁹⁸ che «l'eccezione è il potere, *rectius* l'atto mediante il quale il convenuto esercita il potere processuale di inserire nella *quaestio facti* tutte le circostanze di fatto che, secondo la costruzione legale della fattispecie, sono collegate al fatto costitutivo affermato dall'attore da un nesso di efficacia imp., mod., est.»³⁹⁹, segnalando peraltro l'opportunità di non trascurare, rispetto all'eccezione riservata, anche «la disciplina sostanziale ed avulsa alla logica del processo»⁴⁰⁰, quando passa a considerare il tema dell'ordine di esame delle eccezioni osserva che, se di regola «avrà precedenza la questione “più limpida”, “semplificante”»⁴⁰¹, è peraltro lecito chiedersi «se possa il convenuto vincolare il giudice ad un ordine nell'esame delle eccezioni da lui proposte, o se invece il collegio rimanga libero di esaminarle nell'ordine che sembrerà caso per caso più conveniente»⁴⁰². Ciò po-

³⁹⁶ E. MERLIN, *op. loc. cit.*

³⁹⁷ G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, cit., p. 276.

³⁹⁸ Richiamando la lezione di Fabbrini.

³⁹⁹ R. ORIANI, *Eccezione*, cit., p. 309.

⁴⁰⁰ R. ORIANI, *op. loc. cit.*

⁴⁰¹ R. ORIANI, *op. cit.*, p. 305.

⁴⁰² *Ibidem*.

sto, l'Autore svolge alcuni rilievi critici rispetto a quanto prospettato da parte di Consolo, richiamando che, secondo quest'ultimo, se l'eccezione in senso stretto fosse ritenuta un controdiritto del convenuto, sarebbe allora predicabile un'«illimitata possibilità di una proposizione in via subordinata di tale eccezione»⁴⁰³, mentre, considerando la stessa un potere di arricchire la *quaestio facti*⁴⁰⁴, non potrebbe «trarsi “alcun argomento pertinente per differenziare la portata del giudicato di rigetto a seconda che esso si fondi sulla officiosa rilevazione giudiziale di una *exceptio facti* oppure sulla proposizione da parte del convenuto di una *exceptio iuris*”»⁴⁰⁵. Per Oriani, sarebbe invece più corretto ritenere che «l'interprete debba in primo luogo comprendere le ragioni per cui la legge sottrae determinati fatti est., mod., imp., al rilievo d'ufficio, lasciando la parte libera di dedurli o meno»⁴⁰⁶; rispetto, per esempio, all'eccezione di prescrizione – ma «un discorso non diverso può farsi anche per le altre eccezioni in senso stretto»⁴⁰⁷ –, «se è vero che l'impossibilità per il giudice di rilevarla d'ufficio si spiega considerando che la parte deve giudicare essa solo della convenienza di farla valere, poiché alla sua allegazione possono collegarsi in fatto delle conseguenze sfavorevoli [...], non è dubbio che tale giudizio di convenienza possa e debba esprimersi non soltanto con la decisione di non eccepire la prescrizione, ma anche con quella di eccepirla *solo il via subordinata*»⁴⁰⁸.

Orbene, il discorso desta qualche perplessità laddove evoca le «conseguenze sfavorevoli» dell'eccezione a preteso fondamento dell'eccezione riservata. E invero, già sul piano *sostanziale* (che, anche per Oriani, è quello rilevante rispetto alla comprensione delle ragioni del fenomeno dell'eccezione riservata), «l'eccezione in senso stretto si manifesta essenzialmente come scelta tra l'attuazione (per adempimento) e la liberazione dall'obbligo, sicché (per quanto si possa trarre suggestioni da taluni aspetti “immorali” della prescrizione) essa non può che considerarsi portatrice di effetti *oggettivamente favorevoli* per il debitore»⁴⁰⁹.

⁴⁰³ R. ORIANI, *op. cit.*, pp. 305-306.

⁴⁰⁴ Come appunto prospettato da Consolo.

⁴⁰⁵ R. ORIANI, *op. cit.*, p. 306, citando Consolo.

⁴⁰⁶ R. ORIANI, *op. loc. cit.*

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ R. ORIANI, *op. loc. cit.* (mio il corsivo).

⁴⁰⁹ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 151, nota 134.

Ma soprattutto, sul piano *processuale*, e quindi su quello del condizionamento tra questioni meritali, che rileva in questa sede, «il problema assume inevitabilmente una visione dinamica ed astratta completamente diversa»⁴¹⁰. Nella prospettiva processuale, infatti, «l'eccezione si propone, anziché come mezzo di scelta tra attuazione e liberazione da un obbligo (postulato in termini di effettiva esistenza, come è sul piano sostanziale), come mezzo di scelta tra liberazione per l'uno o altro motivo, vale a dire come mezzo di scelta (per il tramite della allegazione subordinata) tra l'una e l'altra motivazione della sentenza di rigetto relativamente a un diritto che si postula comunque come inesistente»⁴¹¹; il tutto con la conseguenza che diventa inconferente, rispetto alla tratteggiata dinamica processuale, «il richiamo all'elemento di "indiretta dispositività" [...] insito nell'eccezione in senso stretto (che sarebbe appunto richiamato su di un piano diverso da quello su cui si fonda), di modo che il problema deve essere impostato *pre-scindendo dal carattere di eccezione in senso stretto o in senso lato* dell'allegazione difensiva del convenuto»⁴¹². La graduazione del convenuto, e quindi la scelta tra l'una e l'altra motivazione della sentenza di rigetto, nulla ha a che vedere con la caratteristica qualificante dell'eccezione in senso stretto, che è rinvenibile – sulla premessa che l'effetto impeditivo, modificativo o estintivo si verifichi «di diritto», in forza della realizzazione dei soli elementi oggettivi della fattispecie⁴¹³ – nella *strutturale disponibilità degli effetti oggetto di eccezione riservata*, suscettibili di preclusione in caso di comportamento realizzativo di un risultato pratico opposto a quello che sarebbe consentito dall'eccezione, e dunque in caso di volontaria attuazione del rapporto debitorio, con la rilevante conseguenza che «l'adempimento del diritto cui potrebbe opporsi l'eccezione non è valutato dall'ordinamento come indebito e non fonda l'azione di ripetizione, e dunque il diritto, pur se, in senso "affievolito", estinto-impedito-modificato, mantiene la funzione di valida causa della *solutio*»⁴¹⁴.

⁴¹⁰ *Ibidem.*

⁴¹¹ *Ibidem.*

⁴¹² E. MERLIN, *op. loc. cit.* (mio il corsivo).

⁴¹³ Escludendosi così una ricostruzione «sostanziale» dell'eccezione di cui trattasi, giusta la quale occorrerebbe l'istanza dell'eccepiente per il prodursi dell'effetto estintivo, impeditivo, modificativo. Al riguardo, cfr., anche per riferimenti, quanto già evidenziato *supra*, cap. I, § 11.

⁴¹⁴ Così E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 304.

Il tutto con l'ulteriore precisazione che è peraltro invalso, soprattutto in giurisprudenza, un orientamento sostanzialmente *agnostico* rispetto al reperimento di una giustificazione «contenutistica» della figura dell'eccezione in senso stretto. E invero, con un noto arresto del 1998, poi richiamato in plurime successive pronunce, le Sezioni Unite hanno evidenziato che, posto che l'art. 112 c.p.c. e le norme che, nell'assoggettare l'esercizio dell'attività processuale delle parti a un regime preclusivo, strumentale alla sollecita e puntuale determinazione della latitudine della controversia, si riferiscono alle eccezioni riservate, e non a quelle in senso lato, limitandosi «a presupporre questa distinzione, senza fissare esse stesse le coordinate della linea di discriminare, onde il problema esegetico che si pone all'interprete è quello di determinare i casi nei quali la fattispecie impeditiva, modificativa o estintiva può essere rilevata “soltanto” dalla parte»⁴¹⁵; ciò posto, ne discende l'alternativa per cui «o l'art. 112 è una norma di rinvio alle disposizioni che prevedono caso per caso l'indispensabile iniziativa della parte, senza che sia necessario o possibile per l'interprete la ricerca di un principio unitario che informi quei casi; oppure, affermando l'esistenza di eccezioni “che possono essere proposte soltanto dalle parti” la norma richiama un criterio generale di individuazione che resta in essa inespresso e che dovrebbe desumersi da altra norma o dall'intero sistema»⁴¹⁶. Orbene, secondo la Corte, si deve accreditare la prima alternativa, e ciò in quanto, salvi solo i casi di eccezione corrispondente alla titolarità di un'azione costitutiva, «*difetta nel nostro ordinamento un qualsiasi criterio contenutistico* che si possa identificare come comune denominatore dei vari casi in cui la legge prevede l'iniziativa della parte quale condizione indispensabile per la pronuncia: è stato, in tal senso, opportunamente rilevato che la previsione legale di riserva dell'eccezione alla disponibilità della parte ricomprende ipotesi disparate, che vanno dai meri fatti alla titolarità di azioni costitutive, sicché non è lecito all'interprete isolare una *ratio* unificante, suscettibile, in quanto tale, di estensione a casi non espressamente previsti»⁴¹⁷. Si tratta di orientamento in seguito più volte confermato dalla Suprema Corte, in relazione a molteplici tipologie di eccezione. Si è così ribadito che, a prescindere da discettazioni di tipo «contenutistico», è da escludere la sus-

⁴¹⁵ Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Foro it.*, 1998, I, c. 764 (relativa all'eccezione di *aliunde perceptum* nel rito del lavoro).

⁴¹⁶ Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099, cit.

⁴¹⁷ Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099, cit. (mio il corsivo).

sistenza di un'eccezione riservata allorché «non si rientra nei casi specificamente previsti dalla legge e non v'è eccezione correlata alla titolarità di un'azione costitutiva»⁴¹⁸. La Suprema Corte esclude quindi che sia rinve-

⁴¹⁸ Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit. (sull'eccezione di limitazione della responsabilità derivante dall'accettazione con beneficio d'inventario). Ribadisce la posizione riferita nel testo, da ultimo, Cass., 17 agosto 2022, n. 24838, in *Ilprocessocivile.it*, 27 ottobre 2022. Per l'illustrazione di tale assetto giurisprudenziale, v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., pp. 152-153: «Appare assai significativo che, nei casi più tipici di eccezione in senso stretto (prescrizione, compensazione, di inadempimento, di beneficio d'escussione), nella legge sostanziale ricorra costantemente una *regola particolare secondo cui l'effetto estintivo-impeditivo-modificativo non esclude la spontanea attuazione dell'obbligo da parte del debitore*. Ciò si desume in particolare da quelle norme che escludono che il debitore che ha provveduto al pagamento del debito estinto possa esercitare l'azione di ripetizione dell'indebito (artt. 2940 e 1251 c.c. per la prescrizione e la compensazione). Azione di ripetizione che dovrebbe invece, secondo i principii, senza dubbio spettare a chi ha adempiuto un debito non più esistente (perché estintosi o modificatosi) oppure mai sorto (perché impedito). Ammettendo che tale regime sia generalizzabile, può dirsi che le eccezioni in senso stretto corrispondono ai casi in cui l'effetto estintivo-impeditivo-modificativo è unilateralmente disponibile da parte del debitore e non esclude la possibilità di una valida attuazione spontanea del debito. [...] L'impostazione da ultimo richiamata, indubbiamente interessante, può però oggi dirsi essa pure superata dalla posizione assunta al riguardo dalle sez. un., assai lineare e certamente condivisibile. La questione della distinzione tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto, infatti, è stata affrontata in più occasioni dalle sez. un., che hanno individuato il seguente criterio distintivo: in linea generale le eccezioni sono sempre eccezioni in senso lato, a meno che la legge non le qualifichi esplicitamente come eccezioni in senso stretto, oppure il fatto integrante l'eccezione corrisponda all'esercizio di un diritto potestativo (*recte*, per noi: un potere di azione costitutiva) riservato, in via di azione, all'iniziativa della parte»; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principii*, Bari, 2019, pp. 89-90, ove le seguenti notazioni circa il criterio discrezionale delle eccezioni (riservate e rilevabili d'ufficio): «Nella dottrina e nella giurisprudenza più recenti [...] si è fatta strada la convinzione che il principio sia rappresentato dalla rilevanza d'ufficio di tutti i fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto azionato, siano essi fatti semplici oppure fatti-diritti che potrebbero essere oggetto di accertamento in un autonomo giudizio [...]; conclusione che vien fatta discendere, argomentando *a contrario*, dalla formulazione dell'art. 112, secondo cui il giudice «(...) non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti» [...]. Tale principio subisce deroga – stando all'opinione ora riferita – nei soli casi in cui la stessa legge dispone diversamente (v. ancora, ad es., l'art. 2938 c.c. in tema di rilievo della prescrizione), nonché quando l'effetto estintivo, impeditivo o modificativo si ricollega all'esercizio di un diritto potestativo oppure di un controdiritto che potrebbe esser fatto valere con un'autonoma azione costitutiva (si pensi, ad es., all'eccezione di annullabilità del contratto, oppure di risoluzione per inadempimento); o più in generale, secondo altri, ogniqualvolta sia possibile ritenere che la parte interessata è libera di disporre di quell'effetto

nibile un criterio sostanziale giustificativo dell'onere di proposizione delle eccezioni in senso stretto.

In sintesi, dunque, non sembra che la *ratio* sottesa all'eccezione riservata possa essere trasposta *telle quelle* sul piano della graduazione delle questioni di merito. Quest'ultima, infatti, si risolve nella scelta, eminentemente processuale, tra diverse motivazioni della sentenza di rigetto (appunto per il tramite della allegazione subordinata), mentre il potere di eccezione va ricondotto, ove si ammetta una spiegazione «contenutistica» dell'eccezione riservata (il che peraltro è negato, soprattutto in giurisprudenza), sul piano sostanziale della strutturale disponibilità del potere di eccezione.

13. *Applicazione al convenuto del principio della legittimazione alla graduazione. Il necessario riferimento della graduazione del convenuto alla pronuncia di rigetto della domanda giudiziale. La pronuncia di rigetto è priva dell'efficacia precettiva riscontrata rispetto a quella di accoglimento*

Escluso che, *in subiecta materia*, la natura riservata di determinate eccezioni possa valere quale dato sistemico dirimente in punto di condizionamento delle questioni di merito da parte del convenuto, occorre tornare al tema, come si è già visto centrale, della portata della pronuncia richiesta dal convenuto e del suo rapporto con la questione posta a fondamento della decisione.

Rispetto a tale analisi, due osservazioni preliminari appaiono rilevanti e, soprattutto, idonee a orientare il prosieguo dell'indagine.

In primo luogo, va ribadito il già evidenziato principio della *legittimazione* alla graduazione⁴¹⁹. Occorre infatti sottolineare, anche rispetto alla posizione del convenuto, che il principio, teorico e operativo, da cui si è

estintivo, impeditivo o modificativo, eventualmente rinunciando a farlo valere. Sebbene la lettera dell'art. 112 appaia, in realtà, piuttosto ambigua, questa soluzione sembra meglio accordarsi col principio di ricerca della verità materiale cui parrebbe essersi tendenzialmente ispirato il codice del 1940, nonché, probabilmente, con un certo *favor rei*; evitando che, laddove il convenuto ometta di partecipare attivamente al processo (rimanga, cioè, contumace), il giudice sia costretto ad accogliere la domanda pur quando dagli atti della causa, e magari dagli stessi documenti prodotti dall'attore, risulti un fatto che ne dimostra l'infondatezza».

⁴¹⁹ V. *supra*, § 8.

preso le mosse per prospettare una soluzione del problema della graduazione allegatoria⁴²⁰, è quello per cui la parte deve riferire la subordinazione alla pronuncia di *accoglimento della propria domanda* ovvero di *rigetto di quella altrui*, mentre non può, di converso, assurgere a punto di riferimento del graduante il rigetto della propria domanda ovvero l'accoglimento di quella altrui. Non è ammissibile una graduazione dei fatti che giustifichino la propria *sconfitta*: la «pronuncia tenuta presente nella scelta dell'articolazione condizionale»⁴²¹ dev'essere, per la parte graduante, «quella di *accoglimento della sua domanda o di rigetto della domanda avversaria*»⁴²². Si è quindi evidenziato il principio della *legittimazione alla graduazione*, che, se per quanto concerne l'attore comporta che il condizionamento delle allegazioni si riferisca necessariamente alla pronuncia di *accoglimento della domanda*, per quanto concerne il convenuto comporta che il condizionamento delle allegazioni si riferisca necessariamente alla pronuncia di *rigetto della domanda*. Il riferimento del condizionamento delle questioni meritali da parte del convenuto è, in via esclusiva, la sentenza di rigetto della domanda dell'attore.

Ciò detto, e venendo al secondo dei preannunciati rilievi, va osservato che, rispetto alla sentenza di rigetto, e al convenuto graduante eccezioni in vista della reiezione della domanda attorea, non sono replicabili le riflessioni svolte in relazione al condizionamento dei fatti costitutivi da parte dell'attore in vista della sentenza di accoglimento della domanda dallo stesso formulata, e cioè della pronuncia che costituisce il punto di riferimento della graduazione attorea.

In estrema sintesi, si è visto che, se la sentenza accerta il diritto dedotto, e lo accerta sulla base di una determinata *causa petendi*, l'attore potrebbe risultare titolare di un interesse a vedere accertata l'esistenza del diritto azionato come nascente da un determinato fatto costitutivo, anziché da un altro, e che tale interesse si manifesta in relazione alla portata precettiva della sentenza rispetto alla regolamentazione del contegno futuro delle parti funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata⁴²³.

⁴²⁰ E che è stato applicato alla posizione dell'attore graduante.

⁴²¹ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 153, nota 138.

⁴²² E. MERLIN, *op. loc. cit.*

⁴²³ V. *supra*, §§ 8, 9 e 10.

Orbene, rispetto alla parte, quella convenuta, che svolga una graduazione di fatti impeditivi, modificativi ed estintivi in vista della sentenza di rigetto della domanda proposta dall'attore, il discorso da svolgersi non è evidentemente sovrapponibile. La pronuncia di rigetto, fondata su un fatto impeditivo, modificativo o estintivo del diritto controverso, non manifesta la peculiare portata precettiva sopra richiamata: la sentenza, in quanto reiettiva della domanda, non accerta la sussistenza di un illecito sostanziale, con la conseguenza che, rispetto a essa, non può discettarsi di una regolamentazione dei contegni futuri delle parti funzionali alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata. Secondo la già richiamata dottrina che ha ritenuto tipico delle pronunce di accoglimento l'effetto di determinare la regola del contegno futuro delle parti, in caso di rigetto della domanda «il risultato del processo dice che il convenuto ha svolto solo attività lecita e tutta l'attività doverosa prevista dalla norma sostanziale. Il suo comportamento corrisponde pienamente al modello normativo»⁴²⁴. Ne discende che «il convenuto e l'attore troveranno il criterio di qualificazione dei loro comportamenti successivi al momento a cui si riferisce l'efficacia della sentenza esclusivamente nelle norme astratte. La sentenza di rigetto reitera il criterio di qualificazione della normativa astratta relativamente ai comportamenti passati delle parti, ma non contiene alcun comando concreto indirizzato ai contegni futuri delle parti»⁴²⁵. Il tutto con la precisazione che le particolari ipotesi rispetto alle quali, secondo la richiamata dottrina, è prospettabile la presenza di un aspetto precettivo anche in relazione alle sentenze di rigetto della domanda, e cioè le ipotesi in cui la sentenza di rigetto sia considerabile come accertativa dell'*esistenza* del diritto dedotto in giudizio⁴²⁶, non concernono, almeno allo stato, la nostra indagine, atteso che il convenuto che deduca (e gradi) le proprie *eccezioni* in vista di una pronuncia di *rigetto* della domanda altrui non può che mirare a una decisione accertativa dell'*inesistenza* del diritto⁴²⁷.

Sembra quindi possibile escludere che, in capo alla parte convenuta, sia predicabile un potere di subordinazione delle questioni di merito secondo

⁴²⁴ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 75.

⁴²⁵ R. CAPONI, *op. cit.*, pp. 75-76.

⁴²⁶ Cfr. ancora R. CAPONI, *op. cit.*, p. 61.

⁴²⁷ Come già anticipato, si considererà in seguito l'ipotesi del convenuto graduante fatti costitutivi (v. *infra*, § 18).

la linea interpretativa tracciata, rispetto alle allegazioni costitutive, in relazione all'attore.

Conseguentemente, occorre tornare a considerare *ex novo*, da un lato, quale sia l'efficacia della sentenza di rigetto basata su un fatto impeditivo, modificativo o estintivo – esclusa la portata effettuale che, nella nostra prospettiva, è apparsa rilevante rispetto alla pronuncia di accoglimento della domanda giudiziale e alla posizione dell'attore che condizioni i fatti costitutivi dallo stesso immessi nel processo – e, dall'altro lato, rapportarla alle entità graduabili da parte del convenuto.

È in questa direzione che deve procedere l'indagine.

14. *L'efficacia processuale della pronuncia di rigetto. Equipollenza, in tale limitata prospettiva, delle eccezioni del convenuto e assenza di interesse alla graduazione*

L'analisi della sentenza di rigetto (ovviamente di rigetto nel merito, occupandoci in questa sede della graduazione afferente al merito della causa⁴²⁸) può prendere le mosse dai rilievi già mutuati per escludere, rispetto a essa, la possibilità di replicare quanto assunto in relazione a quella di accoglimento. Si è affermato, al riguardo, che «la sentenza di rigetto reitera il criterio di qualificazione della normativa astratta relativamente ai comportamenti passati delle parti, ma *non contiene alcun comando concreto indirizzato ai contegni futuri delle parti*»⁴²⁹.

Tale assunto spiega anche la consequenziale notazione secondo la quale «chi intenda cogliere il contenuto indefettibile del provvedimento giurisdizionale di merito in un comando che il giudice rivolge alle parti, può espungere le pronunce di rigetto dal novero di quelle di merito per farle rifluire in quello dei provvedimenti di rito»⁴³⁰. Se, in caso di rigetto, è assente un comando alle parti, e se quest'ultimo è ritenuto il nucleo ineliminabile della decisione di merito, allora la sentenza che respinga la domanda si colloca fatalmente nell'area dei pronunciamenti di rito. In questo senso, si è autorevolmente affermato che «sono “di merito” soltanto i provvedi-

⁴²⁸ Per quanto concerne l'eventuale condizionamento delle questioni di rito, cfr. *supra*, cap. I, §§ 4 e 5.

⁴²⁹ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 76 (mio il corsivo).

⁴³⁰ *Ibidem*.

menti “*giurisdizionali*”, quelli cioè che, in accoglimento della domanda, irrogano una delle misure riparatrici che costituiscono la “giurisdizione” (condanna, o accertamento, o costituzione): sono essi a svolgere effetti sostanziali nel patrimonio delle parti»⁴³¹, mentre, di converso, «la “pronuncia di rigetto” della domanda – il rifiuto di irrogare quella misura – è da considerarsi “*di rito*”, perché svolge effetti solo nel processo»⁴³².

Una simile prospettiva, seppur, è opportuno immediatamente precisare, non appagante – ritenendosi di dover accogliere la diversa, e largamente maggioritaria, ricostruzione secondo la quale anche la sentenza di rigetto è da annoverarsi a pieno titolo tra i pronunciamenti di merito, essendo «sempre una sentenza d'accertamento, che accerta infondata l'azione proposta e inesistente il diritto fatto valere e conseguentemente assolve il convenuto dalla domanda»⁴³³ –, appare peraltro di non trascurabile rilevanza in relazione all'indagine in corso.

⁴³¹ E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, 7^a ed., Padova, 1994, p. 378.

⁴³² *Ibidem*. L'Autore rileva ancora, nello stesso senso, che i provvedimenti di rito «incidono soltanto sul processo e non anche sul merito; essi si possono anche qualificare [...] come giurisdizionali, ma solo *lato sensu* (infatti, non realizzano misure giurisdizionali). Si tratta ancor qui di volizioni (precedute, ovviamente, dalle ricognizioni dei rispettivi presupposti). Così, la sentenza di “*rigetto*” della domanda (nel processo civile) o di “*assoluzione*” dalla domanda di condanna svolta dal p.m. (nel processo penale) consiste, appunto, nel “*rifiuto*” [...] di emettere – perché il giudice non ne ha riscontrato gli estremi – un provvedimento giurisdizionale in senso stretto (o di merito: in civile, condanna o accertamento o costituzione); è l'opposto del provvedimento di merito, e incide, appunto, sul solo processo» (*op. cit.*, p. 423).

⁴³³ E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, p. 235. Cfr. anche R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 76: «Chi invece, come chi scrive, ritiene che il contenuto indefettibile della sentenza di merito sia l'accertamento della volontà preesistente della legge e che esso esprima un comando ogniqualvolta sia stata constatata la presenza di un illecito sul piano sostanziale, non può che riaffermare l'appartenenza delle sentenze di rigetto al novero delle pronunce di merito: la sentenza di rigetto accetta la volontà della legge sostanziale che qualifica come lecito il comportamento tenuto dal convenuto». Appare peraltro interessante notare come lo stesso Autore ammetta un'eccezione, e quindi una pronuncia di rigetto da riguardarsi in termini meramente processuali, «nell'ipotesi in cui il rigetto consegua all'inesistenza di una norma astratta che qualifichi giuridicamente i fatti dedotti in giudizio dall'attore» (*ibidem*). La fattispecie è quella della proposizione di domanda che ripugni a qualsiasi configurazione legale, come nell'ipotesi della «domanda di arresto del debitore insolvente» (*op. cit.*, p. 332), ovvero di quella «diretta a far valere come fonte di obbligazione un fatto che sia radicalmente privo di tale qualità, come di ogni altra qualità giuridicamente rilevante» (*ibidem*). In tali casi, «una prima prospettazione [...] muove dalla considerazione che ci sono molti settori della vita

E invero, se si accede alla ricostruzione di cui trattasi, le eccezioni (e difese) svolte dal convenuto nel processo pendente appaiono tutte *equipollenti* rispetto all'efficacia della sentenza di rigetto, con conseguente *assenza di interesse* del convenuto alla graduazione. L'effetto assolutorio del convenuto dalla domanda spiegata nel giudizio pendente è parimenti assicurato dall'accoglimento di qualsiasi allegazione del convenuto stesso, il quale dunque, in questa limitata prospettiva, non risulta portatore di un interesse al condizionamento.

Non sembra inutile rimarcare l'assunto, in quanto appare rappresentativo della situazione «di base», da cui prendere le mosse per l'analisi di ipotesi più articolate: se il contenuto della sentenza di rigetto è considerato quello – obiettivamente ineliminabile anche in una prospettiva «riduzioni-

sociale che non vengono disciplinati dal diritto e che ricadrebbero nel c.d. *spazio giuridico vuoto* [...]; quest'ultimo sarebbe il fondamento di un presupposto processuale negativo: la possibilità di esprimere la distinzione tra ciò che è giuridicamente irrilevante e ciò che è giuridicamente protetto sussisterebbe solo dal punto di vista processuale, attraverso la distinzione tra rigetto della domanda per inammissibilità e rigetto per infondatezza. Quando il comportamento del convenuto è preso in considerazione dall'ordinamento giuridico ed è approvato da esso, il rigetto della domanda dell'attore avverrebbe per infondatezza: ciò significa non solo che la pretesa dell'attore non esiste, ma anche che il comportamento del convenuto viene protetto. Quando invece il comportamento del convenuto è giuridicamente irrilevante, il rigetto non conterrebbe alcun giudizio sul comportamento di quest'ultimo, ma solo una rinuncia ad una decisione sul merito: il rigetto avverrebbe quindi per inammissibilità»; il tutto con la conseguenza che il trattamento delle ipotesi di cui sopra «dovrebbe essere assimilato a quello delle pronunce di carattere meramente processuale: la decisione di rigetto non accerterebbe l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica sostanziale tra le parti ma solo l'inesistenza del dovere del giudice di emettere una decisione di merito» (*op. cit.*, pp. 335-336). Secondo diversa prospettiva, invece, «una domanda con la quale si fa valere una pretesa in sé conosciuta dall'ordinamento e quella con la quale si fa valere una pretesa ad esso estranea ricadrebbe[ro] pur sempre nell'ambito delle questioni attinenti alla fondatezza della domanda; l'ultimo caso non presenterebbe in particolare quel vizio di natura processuale che giustificerebbe una pronuncia d'inammissibilità» (*op. cit.*, p. 336). Orbene, in questo quadro l'Autore propende per la prima delle divise letture, così rilevando: «Decisiva è la considerazione che si è alla presenza di un'ipotesi tutta particolare di sentenza di rigetto per questione preliminare: la questione preliminare non è data dall'esistenza di un fatto impeditivo modificativo o estintivo, o dall'inesistenza di un fatto costitutivo, bensì dalla inesistenza di una norma astratta che qualifichi la situazione di fatto fatta valere in giudizio dall'attore. Orbene, siccome la formula "fatto irrilevante" constata l'impossibilità di un giudizio giuridico, l'assenza di un fatto giuridico [...], la pronuncia non è in grado di pervenire ad alcun accertamento della volontà della legge sostanziale. [...] Decisiva è la circostanza che la sentenza di rigetto non è in grado, in questo caso, di rinviare ad una qualificazione legislativa (in termini di doverosità o di liceità) del comportamento del convenuto».

sta» – del rifiuto di irrogare il provvedimento richiesto, sicché la pronuncia di rigetto resta confinata nell'ambito delle sentenze processuali, allora un interesse alla graduazione rimane fatalmente assente. Posto che la sentenza cui aspira il convenuto graduante è quella di rigetto della domanda, e posto che tale sentenza è, anzitutto, una sentenza assolutoria, di rifiuto di emissione del comando richiesto, tutte le allegazioni sono equipollenti rispetto all'ottenimento di tale pronuncia e conseguentemente difetta, in questo quadro, un interesse del convenuto a proporre in via condizionata le proprie eccezioni. Tale posizione restrittiva rispetto alla graduazione della parte evocata in giudizio appare – beninteso fin a quando si permanga nella (invero inaccettabile) prospettiva fin qui assunta – senz'altro lineare, e costituisce, come si è detto, il punto di partenza delle possibili discettazioni avuto riguardo alla posizione del convenuto graduante.

Soprattutto, sembra che tale ricostruzione concorra a evidenziare che, se l'angolo visuale è *esclusivamente* quello del *giudizio pendente*, nel quale il contegno del convenuto è limitato alla richiesta del rigetto della domanda attorea (in disparte la riconvenzione, rispetto alla quale il convenuto diventa attore), allora ogni deduzione meritoriale riveste la medesima utilità (*et pour cause*: essa conduce *comunque* alla reiezione della domanda attorea e all'assoluzione del convenuto), con conseguente esclusione di un interesse al condizionamento.

La prospettiva, rispetto al condizionamento attoreo, appare nella sostanza invertita. L'attore graduante, già considerando l'ambito del giudizio pendente (anche quindi a prescindere dai, comunque possibili, successivi giudizi sul medesimo bene della vita da questi invocato), è risultato aspirare a un esito, la pronuncia accertativa dell'illecito e determinativa del futuro contegno delle parti, provvisto di un'efficacia suscettibile di essere incisa dal titolo posto a fondamento della decisione. Il convenuto aspira invece a un provvedimento, quello di rigetto della domanda attorea e di assoluzione del convenuto stesso, che, se riguardato considerando esclusivamente il giudizio pendente, manifesta un'efficacia che è sempre la medesima, a prescindere dall'entità posta a fondamento della decisione.

La conseguenza è rilevante rispetto allo sviluppo dell'indagine. Onde individuare un interesse del convenuto al condizionamento delle eccezioni, e quindi prospettare un'ammissibile graduazione delle questioni meritali proveniente da tale parte processuale, è necessario focalizzarsi sull'efficacia della pronuncia di rigetto – intesa, com'è consolidato, quale decisione di merito – rispetto ad *altri eventuali giudizi*.

15. *La portata sostanziale della pronuncia di rigetto, in relazione al medesimo diritto oggetto di causa. Il giudicato zur Zeit e le relative eccezioni. Graduabilità*

La portata della pronuncia di rigetto può essere scrutinata in relazione a successivi giudizi aventi a oggetto, anzitutto, il *medesimo* diritto azionato dall'attore (rinviando al paragrafo successivo il discorso afferente a diritti *diversi*).

In relazione al medesimo diritto oggetto del primo processo, viene ovviamente in rilievo il principio del *ne bis in idem*. Se, dopo la reiezione della domanda su un determinato diritto, quest'ultima è riproposta, al giudice è vietato compiere al riguardo un nuovo accertamento (neppure conforme a quello già reso) e lo stesso giudice «deve limitarsi a definire in rito il processo»⁴³⁴, giusta il principio *de quo*.

Orbene, in relazione a tale efficacia della pronuncia di rigetto la *Begründungstheorie*, secondo la quale la questione posta a fondamento della decisione assurge a motivo portante della pronuncia e determina la variabilità del vincolo dalla stessa esplicito⁴³⁵, torna a essere fecondo punto di riferimento avuto riguardo alla graduazione, da parte del convenuto, di eccezioni il cui accoglimento non dà luogo alla compiuta esplicazione dello stesso *ne bis in idem*, lasciando aperta la possibilità, per l'attore, di riproporre validamente la medesima domanda. I classici, e invalsi, esempi sono quelli del giudicato *zur Zeit*, in relazione alle eccezioni di inesigibilità del credito, soggetto a temine o a condizione, ovvero dell'eccezione di inadempimento della prestazione da parte del creditore⁴³⁶. Questo genere di eccezioni, in quanto meramente «sospensive», e non «durevoli»⁴³⁷, permettono la reiterazione dell'azione. Ed è evidente che, sul piano del condizionamento, possa emergere in tali ipotesi l'interesse del convenuto a subordinare la deduzione che consenta la reiterazione rispetto a quella che

⁴³⁴ E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, Parte generale, cit., p. 93.

⁴³⁵ Cfr. *supra*, § 6.

⁴³⁶ Cfr., per tutti, C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., p. 222, nota 10; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, Parte generale, cit., p. 88; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 667, nota 813; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, cit., pp. 255-256. Per richiami al giudicato *zur Zeit*, cfr. anche *supra*, §§ 7 e 8.

⁴³⁷ Cfr. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 316, nota 11.

per contro precluda definitivamente la possibilità attorea di riproporre l'azione, con piena operatività dell'efficacia negativa della pronuncia di rigetto e del principio del *ne bis in idem*.

Se, per un verso, resta da respingersi la teorica della *Waffengleichheit* – che, appunto sulla base dell'invocata «parità delle armi», postula l'estensione del giudicato anche alle *Vorfragen* risolte *a favore dell'attore* che ha visto respinta la sua domanda, e quindi la configurabilità di una soccombenza del convenuto vittorioso, a prescindere da quale sia il motivo portante della decisione, con conseguente rilevanza, ai fini che ci occupano, anche dei meri *obiter dicta*⁴³⁸ –, per altro verso, può convenirsi che, in ogni ipotesi in cui, in ragione della questione risolta *a favore del convenuto*, l'ef-

⁴³⁸ Cfr. H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., pp. 116-117: «Erweist es sich somit als zutreffend, daß im Hinblick auf eine Klageerneuerung auch der Klagabweisungsgrund an der Rechtskraft teilnimmt, so kann der Auffassung von Grunsky jedoch insoweit nicht gefolgt werden, als er bei einer Klagabweisung darüber hinaus auch jede positive Feststellung über ein Anspruchserfordernis von der Rechtskraft mitumfaßt wissen möchte. Dient die Rechtskraft dem Bestandschutz einer Entscheidung, dann ergibt sich hieraus zwingend, daß allenfalls die *tragenden* Entscheidungsgründe in den Rechtskraftbereich einzubeziehen sind, nicht aber auch solche, die für die konkrete Entscheidung bedeutungslos sind und sich als überflüssiges *obiter dictum* darstellen». Nella nostra dottrina, cfr. i (già in parte richiamati: cfr. *supra*, nota 216) rilievi di C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 503 s.: «Secondo alcuni autori il vincolo promanante dai motivi della precedente decisione sarebbe peraltro ancor più intenso: il riesame della (stessa) domanda, dischiuso dall'intervento di fatti nuovi relativi al motivo portante della precedente decisione di rigetto, sarebbe poi specificamente limitato anche contenutisticamente; si darebbe cioè un vincolo per il giudice alle soluzioni delle questioni risolte a favore dell'attore nella precedente sentenza, che pur concluse poi nel senso della infondatezza della sua domanda [...]. Nell'esempio della rivendica, ove si fosse nel primo processo accertata la situazione di possesso del convenuto ma indi negata la proprietà dell'attore e così respinta la sua domanda, nel nuovo processo instaurato adducendo l'acquisto della proprietà da parte dell'attore non si potrebbe ridiscutere anche della questione della situazione possessoria *nomine proprio* (salvo ovviamente che, anche qui, si siano avute novità); oppure, venendo ad un altro caso ricorrentemente focalizzato in questo dibattito, in ipotesi di previo rigetto dell'azione di condanna per ritenuta inesigibilità del credito dell'attore, ravvisato però esistente, una volta riproposta la azione dopo la scadenza del termine, non si dovrebbe più potere ridiscutere sulla sussistenza (almeno al tempo della precedente sentenza) del diritto di credito. Tale impostazione, che dai suoi fautori si è voluta dedurre dal principio di "parità delle armi" fra le parti [...], tuttavia non persuade [...], trattandosi dopotutto della attribuzione di un notevole, ma incongruo e non giustificato, rilievo processuale a meri *obiter dicta*, quali appunto risulterebbero essere le eventuali soluzioni di talune questioni a favore dell'attore, la cui domanda venga però rigettata per un motivo di rilievo assorbente». Nello stesso senso, v. anche L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 289 ss.

ficacia preclusiva della sentenza sia soltanto relativa, potendo avvenire la riproposizione della già spiegata domanda, emerge in effetti, in capo al convenuto stesso, un interesse alla graduazione meritevole di tutela. E invero, la preclusione di cui alla sentenza di rigetto a ragione sarebbe ritenuta dal convenuto in grado di assicurargli una tutela inferiore rispetto a quella ottenibile attraverso altre eccezioni (o difese).

Il punto è ribadito, in modo pressoché unanime, dagli interpreti che si sono confrontati col tema della graduazione delle questioni meritali.

Si rileva in questo senso, nella dottrina tedesca, che il condizionamento è da ammettersi nel caso in cui «der Beklagte in erster Linie die Entstehung seiner Verpflichtung bestreitet und nur hilfswise sich mit Tatsachen verteidigt, aus denen sich die fehlende Fälligkeit der Verpflichtung ergeben sol»⁴³⁹; e si annota anche che, a ben vedere, le deduzioni del convenuto che conducono a un giudicato *zur Zeit* sono estremamente ricorrenti («entgegen der landläufigen Vorstellung die meisten Abweisungsgründe nur zu einer Abweisung als zur Zeit unbegründet führen»⁴⁴⁰), menzionandosi *inter alia*, oltre al mancato spirare del termine, il mancato avveramento della condizione (purché ovviamente la stessa possa ancora avverarsi), ovvero il difetto di un'autorizzazione, nell'attesa della sua concessione, ovvero ancora il difetto di una situazione di fatto suscettibile di evoluzione (come per esempio l'insussistenza dello stato di bisogno dell'alimentando)⁴⁴¹.

In senso analogo, nella nostra dottrina si osserva che, nei casi in questione, è limitata «l'incontrovertibilità dell'accertamento negativo di un diritto in quanto non è precluso che la controversia, direttamente o meno, si riapre: come avviene se si respinga la domanda in quanto si ritenga che in ogni caso non si è verificata la condizione, anziché escludere che il contrat-

⁴³⁹ C. KERN, *Verfahren*, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., vor § 128, 4, p. 915.

⁴⁴⁰ W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, cit., p. 165.

⁴⁴¹ W. GRUNSKY, *op. cit.*, pp. 165-166: «An praktisch beliebig vermehrbaren Beispielen seien genannt: Nichteintritt einer Bedingung, sofern diese in Zukunft noch eintreten kann; Fehlen einer erforderlichen, aber noch nicht verweigerten Genehmigung durch einen Dritten; Nichtzustandekommen eines Vertrags (der Vertrag kann künftig noch abgeschlossen werden); Fehlen des Eigentums des Klägers bei einer auf § 985 BGB gestützten Herausgabeklage (der Kläger kann das Eigentum später erwerben); Abweisung einer Unterhaltsklage mangels Bedürftigkeit des Klägers oder Leistungsfähigkeit des Beklagten».

to sia stato stipulato»⁴⁴². E, ancora, che, «se dopo il rigetto della domanda per il pagamento di un credito sopravviene la sua esigibilità, per scadenza del termine o avveramento della condizione, sarà ammissibile la riproposizione della domanda per il superamento del limite cronologico del giudicato solo se la decisione era effettivamente motivata con l'assenza di esigibilità e non con l'inesistenza in sé del credito per altri motivi (ad es. per la nullità del contratto su cui è fondato)»⁴⁴³; di qui la possibilità per il convenuto di condizionare, stando all'esempio, l'eccezione di nullità del contratto. Laddove l'attore abbia azionato un proprio credito, «come negare che il convenuto possa richiedere che il giudice, prima di rigettare senz'altro per la mancata scadenza del termine di esigibilità, esamini la questione circa la validità del contratto, dal quale il credito sarebbe sorto? Un rigetto, basato [...] su tale motivo, anziché (solo) sull'altro, chiuderebbe infatti definitivamente la controversia»⁴⁴⁴.

Al di là delle singole fattispecie, il criterio enucleato in dottrina per distinguere tra un rigetto definitivo della domanda e uno meramente provvisorio – basato quindi su una deduzione che, appunto per tale ragione, è spendibile anche solo in seconda battuta – dovrebbe riscontrarsi nella possibilità che il motivo di rigetto posto a fondamento della decisione sia suscettibile di superamento in ragione dell'insorgenza di nuovi fatti («maßgebliches Kriterium zur Abgrenzung beider Kategorien von Abweisungsgründen ist die Möglichkeit, dass der Abweisungsgrund durch den Eintritt neuer Tatsachen in Zukunft entfallen kann»⁴⁴⁵), ovviamente rilevanti in relazione al motivo portante della prima decisione.

È peraltro appena il caso di aggiungere che, per le ragioni già esposte⁴⁴⁶, desta invece perplessità la possibilità di graduare, sempre in ragione di quanto fin qui detto, anche le mere difese (oltre alle eccezioni). Si menziona, a titolo di esempio, il caso in cui, «respinta la richiesta di esecuzione

⁴⁴² A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 505, nota 16.

⁴⁴³ E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 100.

⁴⁴⁴ Così M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, cit., p. 171, nota 365. Nello stesso senso, *ex multis*, S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 988; E. MERLIN, *op. cit.*, p. 88; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, cit., pp. 255 s.

⁴⁴⁵ W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, cit., p. 165.

⁴⁴⁶ V. *supra*, cap. I, § 12.

del preliminare, per non avere il promittente acquirente eseguito (od offerto) la propria prestazione, è ammessa la riproposizione della domanda, se l'attore affermi di avere effettuato (od offerto) la prestazione; questa difesa, invece, è irrilevante, ove la precedente azione sia stata rigettata sulla base della riconosciuta nullità del preliminare»⁴⁴⁷. Sennonché, laddove si consideri l'esecuzione della prestazione un fatto costitutivo⁴⁴⁸, parrebbe che, almeno di regola, non dovrebbe ritenersi precluso al giudice di considerare senz'altro la mancanza dello stesso, anche a fronte della spendita di un'eccezione da parte del convenuto, e anche a fronte della spendita di tale eccezione in principalità.

Ciò detto, e quindi dato atto dell'opinione invalsa che ammette la graduabilità delle eccezioni che fondano un rigetto della domanda suscettibile di essere superato dall'insorgenza di un nuovo fatto, sembra peraltro utile ribadire dal punto di vista sistematico che, allorché il convenuto si ponga in tale prospettiva, e quindi condizioni un'eccezione che potrebbe dar luogo a un giudicato *zur Zeit*, il suo riferimento *non* è il giudizio pendente: se si limitasse il campo visuale a tale giudizio, le sue deduzioni tornerebbero ad apparire equipollenti; ma è soltanto un ipotetico successivo giudizio, quello che potrebbe eventualmente essere reiterato dall'attore allorché cessi l'effetto preclusivo scaturente dalla pronuncia di rigetto, avuto riguardo al suo motivo portante. L'interesse del convenuto, in questo quadro, non discende senz'altro dalla portata della pronuncia di rigetto, bensì emerge laddove tale efficacia sia posta *in relazione* a un successivo, ipotetico, giudizio, reiterativo della pretesa attorea.

È vero quindi che esiste «un profilo, teoricamente abbastanza sicuro e praticamente non trascurabile, di rilievo differenziatore dei motivi – *recte*: del motivo “portante” – nella determinazione della portata della tutela offerta al convenuto dal giudicato di rigetto nel merito della domanda: la sua riproposizione [...] in tanto sarà per l'attore ammissibile in quanto egli possa allegare una novità sopravvenuta proprio in ordine a quello dei pre-

⁴⁴⁷ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 989.

⁴⁴⁸ Cfr. Cass., 11 maggio 2012, n. 7409, in *DeJure*: «L'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, avente per oggetto il trasferimento della proprietà di cosa determinata, postula che l'attore esegua la sua prestazione, o ne faccia offerta nei modi di legge (art. 2932, comma 2, c.c.). Pertanto l'attore che sostenga di non essere più tenuto a quell'adempimento, per aver già eseguito la prestazione dovuta, ha l'onere di fornire la prova del proprio assunto, a norma dell'art. 2697 c.c., trattandosi di un fatto costitutivo della pretesa di trasferimento della proprietà *ope iudicis*».

supposti di fondatezza ravvisato carente nel primo giudizio»⁴⁴⁹; e «su tale base non risulterà evidentemente, ed almeno all'atto pratico, la medesima cosa, ad es. per il debitore convenuto, ottenere il rigetto della domanda per radicale inesistenza del credito (o comunque per sua estinzione) piuttosto che a ragione semplicemente della sua attuale inesigibilità»⁴⁵⁰. Ma si tratta appunto di un interesse che emerge soprattutto «all'atto pratico», avuto riguardo alla reiterazione dell'azione da parte dell'attore.

Sembra confermato che il quadro non è sovrapponibile a quello disegnato rispetto all'attore. Le entità graduate dal convenuto – nella specie, le deduzioni fattuali che non precludono la reiterazione dell'azione – si manifestano idonee a incidere sull'efficacia dell'invocata sentenza di rigetto, ma avuto riguardo a *eventuali diversi giudizi*. E invero, l'efficacia negativa della pronuncia (temporalmente limitata in caso di giudicato *zur Zeit*) si riferisce alla celebrazione di un nuovo giudizio avente il medesimo oggetto di quello pregresso. Mentre rispetto alla graduazione attorea dei fatti costitutivi l'entità condizionata è apparsa idonea a incidere sull'aspetto precettivo della sentenza che concerne il futuro contegno delle parti (anche, quindi, a prescindere dall'insorgenza di un successivo contenzioso afferente a tale contegno), è invece la prospettiva di un nuovo, ipotetico, giudizio che dà ragione del subordine del convenuto.

In questo quadro, potrebbe finanche essere sostenuto che, poiché l'interesse della parte graduante va considerato in relazione al giudizio pendente, mentre sono irrilevanti altre ipotetiche future controversie, allora nemmeno in caso di eccezioni che non impediscono la reiterazione della domanda attorea sarebbe rinvenibile un interesse del convenuto alla graduazione. Se si considera il giudizio in essere, anche le eccezioni di inesigibilità si pongono infatti quali strumenti di difesa equipollenti alle altre possibili eccezioni⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 505.

⁴⁵⁰ C. CONSOLO, *op. cit.*, pp. 505-506.

⁴⁵¹ Anche per questo motivo non parrebbe potersi accedere alla lettura (a suo tempo richiamata: cfr. *supra*, cap. I, § 15) secondo la quale, in caso di eccezione di inesigibilità, il giudice sarebbe tenuto a dare la precedenza ad altre ipotetiche eccezioni addirittura a *prescindere* da un'eventuale graduazione del convenuto, rimasto silente in punto di condizionamento (cfr., in questo senso, D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, cit., p. 256, secondo il quale, nel caso di giudicato *zur Zeit*, sarebbe «l'interesse generale pubblicistico di economia processuale» a imporre al giudice il rigetto della domanda per altra ragione, anche rilevabile d'ufficio, «piuttosto che per attuale inesigibilità del credito»).

Il punto di caduta – e quindi la soluzione preferibile, che ammette in questo caso la graduazione – è da rinvenirsi nel fatto che, in caso di eccezione «sospensiva», l'eventuale nuovo giudizio che viene in rilievo in relazione all'interesse del convenuto al condizionamento risulta, in quanto reiterativo della causa pendente, per così dire «autoevidente», nel senso che i suoi connotati sono i medesimi di quelli della causa *sub judice*. L'interesse alla graduazione da parte del convenuto è, in tal caso, riconducibile all'ambito oggettivo del processo pendente, atteso che l'eccezione si riferisce alla reiterazione della medesima causa da parte dell'attore e, quindi, alla reiterazione della medesima richiesta, quella di rigetto della domanda già proposta dall'attore, da parte del convenuto. In questo scenario, laddove il convenuto subordini l'eccezione «sospensiva», attraverso un'espressa graduazione («preceativa», e non soltanto «narrativa»⁴⁵²), un interesse al condizionamento potrebbe essere considerato *in re ipsa*, risiedendo lo stesso nell'impedimento della reiterazione del giudizio già pendente.

Il punto sarà, si crede, confermato anche alla luce dell'analisi successiva, nella quale saranno evidenziati ulteriori elementi alla luce dei quali emergerà che, nella sostanza, il convenuto è privo di un tangibile interesse al condizionamento se si considera soltanto il giudizio pendente, nei limiti oggettivi fissati dall'attore, potendo tale interesse divenire manifesto – e dunque suscettibile di tutela – soltanto nel caso di introduzione nel processo pendente di un ulteriore e diverso diritto da parte del convenuto stesso, attraverso quindi la proposizione di domanda riconvenzionale. Orbene, nel caso di specie tale ulteriore domanda del convenuto sarebbe reiterativa di quella già proposta nel processo pendente (sostanzandosi nella domanda di – definitivo, e non già meramente provvisorio – rigetto dell'azione attorea, e quindi di accertamento negativo della pretesa dell'attore) e avrebbe a oggetto il, già dedotto, «controdiritto» del convenuto a essere libero dall'obbligo corrispondente, secondo il modello dell'accertamento negativo⁴⁵³. Tale domanda, proprio perché meramente reiterativa, non risulta necessaria affinché sia manifesto – e quindi suscettibile di tutela – l'interesse al condizionamento delle eccezioni che non impediscono la riproposizione della domanda attorea.

⁴⁵² Cfr. *supra*, cap. I, § 15.

⁴⁵³ Sul punto, cfr., per tutti, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, cit., p. 144.

16. Segue. *La portata sostanziale della pronuncia di rigetto, in relazione a diritti diversi da quello oggetto di causa. Le eccezioni che implicano attuazione del diritto sub judice. Adempimento e novazione: graduabilità soltanto qualora sia proposta domanda riconvenzionale. Compensazione: graduabilità*

Occorre ora interrogarsi se la portata della pronuncia di rigetto possa concernere anche diritti *diversi* da quello *sub judice*.

Rispetto a tale indagine, giova anzitutto considerare, nel novero delle allegazioni del convenuto, le eccezioni che implicano *attuazione* del diritto azionato, rispetto alle quali la pronuncia che respinge la domanda attorea, invocata dal convenuto e assunta a punto di riferimento della graduazione dallo stesso effettuata, potrebbe in effetti pregiudicare un *controdiritto* del convenuto stesso. Il tutto con la conseguenza, rilevante ai nostri fini, per cui la pronuncia di rigetto potrebbe risultare, per il convenuto, *onerosa*, donde il relativo interesse alla graduazione. Si tratta, in particolare, delle eccezioni di *adempimento*, di *novazione*, di *compensazione*.

Ciò posto, giova premettere che gli esiti dell'analisi di tali eccezioni saranno estremamente rilevanti, valendo a porre in luce alcuni profili che permetteranno di trarre conclusioni di valenza più generale rispetto al tema che ci occupa.

Procediamo con ordine.

Prendendo le mosse dall'eccezione di *adempimento*, va anzitutto osservato che anch'essa – a dispetto della natura «pregiudizievole» rispetto al convenuto debitore, che *prima facie* potrebbe esserle ascritta – è stata oggetto, nell'analisi degli studiosi che si sono dedicati alla tematica della graduazione, di prospettazioni difformi. Segnatamente, sono individuabili tre distinte letture.

In un primo ordine di idee, si è ritenuto che nemmeno l'eccezione di adempimento potrebbe essere subordinata, escludendosi un vincolo del giudice rispetto a un eventuale ordine decisorio nel caso, per esempio, della contestazione in via prioritaria della stessa esistenza del credito azionato dall'attore e della proposizione in subordine dell'eccezione di adempimento («das Gericht auch in dem Fall, daß der Beklagte das Bestehen einer Forderung bestreitet und hilfsweise den Einwand der Erfüllung erhebt, an die Eventualstellung nicht gebunden»⁴⁵⁴). Anche l'eccezione di adempi-

⁴⁵⁴ H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 119, nota 59.

mento, idonea a condurre a una reiezione della domanda al pari delle altre dedizioni del convenuto, si collocherebbe in una posizione di equipollenza rispetto a queste ultime⁴⁵⁵.

In senso opposto, la gradazione dell'adempimento è considerata senz'altro ammissibile. Si rileva per esempio che, «per il convenuto, è più utile una sentenza che rigetta la domanda perché il credito originario non esiste, piuttosto che una fondata sul rilievo che esso è stato estinto per adempimento, posto che, nel primo caso e non anche nel secondo, egli può successivamente agire per far valere il diritto di ripetere ciò che, in ipotesi, ha corrisposto all'attore»⁴⁵⁶.

In un ancora diverso ordine di idee, si è accreditata una ricostruzione dell'eccezione di adempimento in termini di eccezione necessariamente subordinata, prospettandosi un vincolo di condizionamento scaturente *ex lege*. Si è così rilevato che, nel novero delle questioni rispetto alle quali il giudice può liberamente fissare un determinato *ordo decisionis*, «non possono [...] farsi rientrare quelle che concorrano nel determinare la portata sostanziale della definizione della controversia tra le parti e che, se riproposte e risolte diversamente in un nuovo processo, potrebbero svuotare, quindi, di ogni valore il precedente giudicato. In altre parole, quando i motivi concorrono a stabilire la portata dell'accertamento giudiziale, rovesciare l'ordine logico [...] significa limitare l'incontrovertibilità dell'accertamento negativo di un diritto in quanto non è precluso che la controversia, direttamente o meno, si riapre: come avviene se si respinga la domanda [...] per il fatto che comunque il diritto si sarebbe estinto per adempimento o per compensazione, invece che negare che il diritto stesso sia mai sorto»⁴⁵⁷; il tutto con la precisazione che sarebbe «anche un'esigenza di economia processuale che viene qui in gioco a richiedere che la deci-

⁴⁵⁵ Cfr. H. KION, *op. loc. cit.* In senso analogo, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 539, nota 128. Sulla posizione di tali Autori, cfr., diversamente orientata, E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., pp. 108, nota 39, e 147, nota 124. Si tornerà a breve nel testo su tali prospettazioni e sulla relativa *ratio* (da indagarsi avuto riguardo alla successiva *condictio indebiti* del convenuto).

⁴⁵⁶ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1011. Nella dottrina tedesca, cfr. C. KERN, *Verfahren*, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., vor § 128, 4, p. 915.

⁴⁵⁷ A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 505, nota 16.

sione contenga una definitiva composizione della lite tra le parti»⁴⁵⁸.

A fronte di un simile quadro, sembra che i profili rilevanti per affrontare il tema del condizionamento dell'eccezione di adempimento siano, *in primis*, quello dell'efficacia da ascrivere alla sentenza di rigetto della domanda attorea, in accoglimento dell'eccezione di cui trattasi, negli eventuali successivi giudizi aventi a oggetto l'altro, diverso diritto, che nella specie assume rilevanza, e cioè quello di ripetizione di quanto corrisposto e «speso» con l'eccezione di adempimento; e, in secondo luogo, quello dell'«attualità» o meno, avuto riguardo al giudizio pendente, dell'interesse del convenuto a una successiva *condictio indebiti*.

Per quanto concerne il primo profilo, appare evidente che, se si ritenesse che il rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione di adempimento non assurga a ostacolo della successiva proposizione dell'azione di ripetizione, ne dovrebbe conseguire l'esclusione dell'interesse al condizionamento, atteso che, in tale prospettiva, il convenuto non subirebbe nessun ipotetico detrimento per effetto del rigetto della domanda attorea, e l'eccezione qui in esame si porrebbe sullo stesso piano delle altre, eventualmente sollevate, questioni di merito. Chi esclude che l'eccezione di adempimento sia suscettibile di graduazione si colloca, appunto, in quest'ordine di idee⁴⁵⁹.

La tesi, peraltro, schiude la prospettiva che il convenuto, che ha già definitivamente speso il proprio adempimento per ottenere il rigetto della domanda di controparte, possa «riaprire le danze» sul punto, attraverso una successiva azione ripetizione. A fronte di un simile scenario, sembra possa valere il rilievo che, sul piano sostanziale, «il pregiudizio dell'azione di ripetizione in virtù del rigetto per adempimento risponde ad un'esigenza assolutamente inderogabile del sistema»⁴⁶⁰, atteso che, il profilo del «dover ricevere» (e quindi il diritto dell'attore a ricevere l'utilità oggetto del primo

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

⁴⁵⁹ Cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., p. 288, nota 154: «Il caso di un giudicato di rigetto della domanda per già avvenuto adempimento del credito (con assorbimento di ogni altra questione, compresa quella di esistenza del diritto), non credo precluda l'azione di ripetizione basata sulla prova della inesistenza del credito». Coerentemente, come si è già accennato, la posizione dell'Autore rispetto alla possibilità di subordinare l'eccezione di adempimento è negativa (cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 539, nota 128), salva l'ipotesi della riconvenzione (sulla quale si tornerà anche *infra*, nel testo). In senso analogo, H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 119, nota 59.

⁴⁶⁰ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 112, nota 46.

giudizio, conclusosi col rigetto per avvenuto adempimento) non può essere scisso – pena la negazione della portata sostanziale della pronuncia reiettiva – da quello del «poter ritenere», e cioè dal corrispondente diritto dell'attore, soccombente nel primo giudizio, di poter trattenere la prestazione che ha giustificato il rigetto della sua azione per adempimento.

Ciò posto, due possono essere le ricostruzioni, sul piano degli effetti della sentenza, che permettono di «preservare» il nucleo sostanziale della pronuncia di rigetto, escludendo la ripetizione dell'indebito.

Una prima opzione ricostruttiva è quella secondo la quale il giudice che rigetti l'azione per adempimento debba verificare sempre, prioritariamente, l'esistenza del diritto azionato dall'attore; in tale ottica, la *condictio indebiti* è preclusa dall'efficacia *dichiarativa* della sentenza: il diritto oggetto del processo principale e il diritto di ripetizione sono collocati in un rapporto di *pregiudizialità-dipendenza* (di tipo negativo), sicché l'accertamento del primo – *ex necesse* avvenuta nel giudizio nel quale il convenuto ha eccepito l'adempimento – porta con sé, sul piano dell'efficacia riflessa della pronuncia, l'inesistenza del secondo.

Le conseguenze rispetto all'analisi che ci occupa sono di immediata rilevanza: laddove si opini che il giudice verifichi sempre, prioritariamente, l'esistenza del diritto azionato dall'attore, allora l'eccezione di adempimento sarebbe condizionata *ex lege*, con conseguente espunzione della possibilità di discettare di un'ipotetica graduazione da parte del convenuto eccipiente⁴⁶¹.

Sembra peraltro preferibile accedere a una ricostruzione diversa, che, se da un lato è idonea a impedire l'incongrua *condictio indebiti* del convenuto vittoriosamente eccipiente l'adempimento, dall'altro lato perviene a un simile assetto senza prospettare l'indefettibile accertamento del credito azionato nel primo processo. E invero, desta perplessità postulare che il giudice, nella sua attività cognitiva, sia vincolato a considerare in via prioritaria l'attuale esistenza del credito, invece di potersi volgere, sussistendone i presupposti, a considerare direttamente la questione «adempimento», con assorbimento (improprio⁴⁶²) del profilo costitutivo afferente all'esistenza del credito dell'attore.

⁴⁶¹ Cfr., in questo senso, la già riferita ricostruzione di A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 505, nota 16.

⁴⁶² Cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 142. L'assorbimento è definito tale in quanto contrario alla *consecutio* logico-giudica delle questioni meritali. Cfr. anche L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I,

Si colloca in tale prospettiva l'opzione ricostruttiva secondo la quale è dirimente, rispetto all'efficacia della sentenza di rigetto che accolga l'eccezione di adempimento, non già il previo accertamento del credito di parte attrice, il quale sarebbe anzi ultroneo, bensì la portata oggettiva della pronuncia di rigetto⁴⁶³. Rileva dunque il precetto sostanziale stabilito dalla sentenza, il quale sarebbe vanificato da una «doppia spendita» del controcredito: «La pronuncia, che respinge la domanda del creditore per adempimento, attribuisce a questo il diritto di trattenere la prestazione; d'altro canto, il debitore ha speso il valore economico-giuridico di ciò che ha costituito l'oggetto dell'adempimento, allo scopo di estinguere il proprio obbligo»⁴⁶⁴. Conseguentemente, dopo la reiezione dell'azione del creditore in ragione dell'avvenuto adempimento, il debitore «non può utilizzare una seconda volta la prestazione compiuta, al fine di richiedere la ripetizione di ciò che ha versato, sul presupposto che il credito altrui non esisteva; se così non fosse, l'attore perderebbe il bene della vita ricevuto dal processo ed il convenuto potrebbe valorizzare la prestazione prima per estinguere il suo

cit., pp. 191-192, ove i seguenti rilievi sull'assorbimento proprio e improprio: «Atteggiansi in funzione dell'oggetto del giudizio [...], esso introduce nel processo di formazione della decisione un'esigenza innegabile di economia [...], giacché si propone di legittimare empiricamente un'omissione di esame e di pronuncia, in base ad una valutazione (asseritamente razionale) della sufficienza, della fungibilità o dell'interdipendenza delle concorrenti ragioni che possono giustificare l'accoglimento o, alternativamente, il rigetto della domanda. Il problema consiste, qui, nel vedere se ed in che modo l'anticipazione prudenziale degli effetti di questa manifestazione "economica" del potere decisorio possa condizionare l'attività del giudice istruttore. Ai fini dell'indagine, mi sembra fondamentale una duplice configurazione: 1) in accezione ortodossa (o propria), l'invocato criterio ricalca *sic et simpliciter* l'ordine della pregiudizialità logico-giuridica, ed agisce, se così può dirsi, "in avanti", dalla questione priore (assorbente) a quella posteriore (assorbita), laddove faccia presumere che la soluzione della prima, quale sarà adottata con le maggiori probabilità dal collegio giudicante, possa *precludere* (o direttamente *implicare*) la soluzione della seconda, elidendone comunque la trattazione e l'esame [...]; 2) in senso improprio, esso prescinde dall'esistenza di una *consecutio* logico-giuridica delle diverse questioni, oppure vi apporta una deroga, agendo "a ritroso" ed (ove occorra) attribuendo la priorità decisoria anche ad una questione, che a rigore sarebbe susseguente, con l'effetto di escludere la trattazione di quelle antecedenti o successive, se la medesima sia probabilmente in grado di definire da sola il giudizio (ed implichi, o precluda, la soluzione delle altre), senza richiedere, a differenza di quelle, alcun accertamento istruttorio».

⁴⁶³ In questo senso, E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., pp. 92 ss., 106 ss.; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 1009 ss.

⁴⁶⁴ S. MENCHINI, *op. cit.* p. 1010.

obbligo e poi per ottenerne la ripetizione»⁴⁶⁵. Ma, quel che più rileva, tale (senz'altro congruo) assetto dei rapporti *inter partes* non discende dal percorso logico-cognitivo compiuto dal giudice del primo procedimento, bensì dall'obiettiva portata pratico-attributiva della sentenza⁴⁶⁶, che ne uscirebbe obliterata nel caso in cui il convenuto, già vincitore in forza dell'eccezione di adempimento, potesse vittoriosamente accedere alla *condictio indebiti*.

La conseguenza in punto di ammissibilità della graduazione è di immediato rilievo: l'eccezione di adempimento non è subordinata *ex lege*, ma è invece soggetta all'eventuale graduazione da parte del convenuto, potenzialmente interessato a evitare che, almeno in prima battuta, sia emessa una sentenza preclusiva dell'azione di ripetizione.

Ciò detto, diventa peraltro rilevante il secondo degli indicati profili di indagine, e cioè quello dell'«attualità» o meno, rispetto al giudizio pendente, dell'interesse del convenuto a un'eventuale successiva azione per la ripetizione dell'indebitato.

Al riguardo, ponendosi sempre nella – per noi fondamentale punto di riferimento – posizione del convenuto che invochi una pronuncia di rigetto del diritto dedotto *ex adverso*, va considerato che il detrimento del controdiritto del convenuto stesso, e cioè il fatto che, con l'adempimento, questi avrebbe *in ipotesi* sacrificato il proprio controcredito da *condictio indebiti*, resta, nel processo oggettivamente limitato alla domanda attorea, a fronte della quale il convenuto si sia limitato a sollevare il fatto estintivo «adempimento», fatalmente estraneo. E invero, in questo limitato – volutamente limitato da parte del convenuto – quadro processuale, non emerge nessun pregiudizio in capo al convenuto stesso, poiché l'adempimento rimane un mero fatto estintivo del diritto attoreo, di per sé incompatibile con la stessa esistenza, e quindi con l'eventuale pregiudizio, di qualsivoglia *ipotesico* (rispetto ai tracciati confini del giudizio in corso) diritto di ripetizione. Fino a quando «il convenuto, con l'eccepire l'adempimento, non prospetta l'esistenza di un proprio diritto di ripetizione, sul piano del processo non ha nemmeno occasione di concretizzarsi l'eventualità del “sacrificio” del controdiritto. Infatti, se conosciuto come causa estintiva l'adempimento esclu-

⁴⁶⁵ S. MENCHINI, *op. loc. cit.* Cfr. anche A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß*, cit., p. 80 ss.

⁴⁶⁶ Cfr. E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 179 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 486 ss., 650 ss.

de per definizione l'esistenza (e dunque il sacrificio) del diritto di ripetizione, poiché l'efficacia estintiva presuppone naturalmente anche l'esistenza effettiva del diritto estinto. Che poi l'adempimento sia conosciuto come causa estintiva nel giudizio discende linearmente dal fatto che esso rappresenti qui un'eccezione del convenuto»⁴⁶⁷.

L'esito di quanto precede è univoco e di estremo rilievo in relazione ai risultati dell'indagine circa il convenuto graduante: occorre, anche nell'ipotesi dell'eccezione di adempimento – che a un primo esame potrebbe indurre alla conclusione della «naturale» subordinazione dell'eccezione onerosa – un *quid pluris* di attività da parte del convenuto. E tale supplemento di attività, idoneo a determinare l'«uscita» del convenuto dall'area del mero rigetto della domanda altrui in forza del fatto estintivo «adempimento», non può che essere la domanda riconvenzionale; in questo caso, di ripetizione dell'indebito.

Potrebbe in effetti anche sostenersi che sia sufficiente, invece del dispiego di domanda riconvenzionale, anche la mera *prospettazione* del diritto alla ripetizione, e quindi l'esplicitazione, da parte del convenuto, del proprio interesse al subordine. Sennonché, la soluzione parrebbe invero meno lineare, in quanto ammissiva di contegni non univoci rispetto al quadro difensivo del convenuto (che, per un verso, allega l'estinzione del credito per adempimento e, per altro verso, allega la possibile ripetizione di quanto oggetto di adempimento) e forse anche obiettivamente contraddittori, concretandosi nella spendita di un fatto e, insieme, nella prospettazione di un futuro contegno con esso incompatibile. Non a caso, la stessa dottrina che ha fatto riferimento anche alla mera «prospettazione» del diritto di ripetizione, osservando che «ad evidenziare l'interesse ad un esame in via subordinata non basta che essa sia accompagnata da altre difese o da contestazioni sull'esistenza originaria del diritto dell'attore»⁴⁶⁸, e che «solo ove il convenuto effettivamente *prospetti* – come conseguenza delle censure elevate sull'esistenza originaria del credito dell'attore – l'esistenza del proprio diritto di ripetizione può dirsi concretizzato l'interesse ad un esame in via subordinata»⁴⁶⁹, in relazione all'eccezione di adempimento e alla necessità che l'interesse al subordine si sostanzi nella riconvenzione rileva che,

⁴⁶⁷ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 156, nota 142.

⁴⁶⁸ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁶⁹ *Ibidem*.

«nel caso specifico della *condictio*, la soluzione potrebbe essere giustificata dal fatto che l'interesse del convenuto trae origine da una "prospettazione" che è *inconciliabile* con il significato (= estintivo del diritto dell'attore) con cui l'adempimento compare *nell'ambito del processo*»⁴⁷⁰, pervenendo quindi alla conclusione che «potrebbe qui, forse, financo esigersi che la prospettazione del convenuto sia concretizzata dalla immediata proposizione di una domanda riconvenzionale per il credito da *condictio indebiti*»⁴⁷¹. Proprio tali ultime notazioni paiono rilevanti, anche rispetto al prosieguo dell'indagine: se ci si pone nella prospettiva del convenuto graduante le proprie eccezioni in vista del pronunciamento di rigetto della domanda, e quindi se ci si colloca entro l'*ambito del processo* pendente, di per sé non emerge un interesse alla graduazione, neppure avuto riguardo all'eccezione, onerosa, di adempimento; occorre per contro un'ulteriore e diversa attività, rappresentata dalla riconvenzione.

Venendo alla seconda delle individuate eccezioni che implicano attuazione del diritto fatto valere dall'attore, e cioè a quella di *novazione*⁴⁷², sembra che, rispetto a tale eccezione, possano essere formulate conclusioni sostanzialmente consentanee.

Premesso che anch'essa costituisce una forma di «esecuzione» del rapporto che risulta novato, assimilabile sotto quest'aspetto all'adempimento⁴⁷³, l'eccezione di novazione, ponendosi nella posizione della parte convenuta che invochi una pronuncia di rigetto della domanda attorea, integra un fatto estintivo dell'obbligazione dedotta *sub iudice*, sostituita da una nuova obbligazione, diversa per l'oggetto o per il titolo (art. 1230 c.c.).

Ai nostri fini, si consideri la seguente ipotesi. «Se il debitore doveva una somma di denaro a titolo di prezzo di una vendita, le parti possono convenire che questa obbligazione si estingua con la sostituzione ad essa di una nuova obbligazione per la quale la medesima somma di danaro sia dovuta dal debitore a titolo di mutuo: con la conseguenza, in questo esempio, che il nuovo rapporto sarà regolato dalle norme sul mutuo e non più da quelle della vendita (e il debitore, essendo obbligato a titolo di restituzione di

⁴⁷⁰ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 160, nota 150 (miei gli ultimi due corsivi).

⁴⁷¹ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁷² Ovviamente *oggettiva*.

⁴⁷³ Per il rilievo che il «significato sostanziale» dell'eccezione di novazione «implica una forma di *attuazione* del diritto fatto valere», cfr. ancora E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 155.

mutuo, e non più a titolo di prezzo di vendita, dovrà la somma in questione *anche se l'altra parte non consegna la cosa vendutagli*)»⁴⁷⁴. Il detrimento del controdiritto del convenuto, e cioè il fatto che, con la novazione, questi *avrebbe in ipotesi* sacrificato il proprio controcredito alla consegna della cosa venduta, resta, nel processo avente a oggetto la domanda attorea di pagamento del prezzo, a fronte della quale il convenuto si sia limitato a sollevare il fatto estintivo «novazione», fatalmente estraneo. In questo limitato quadro processuale, non emerge nessun pregiudizio in capo al convenuto, poiché la novazione rimane un mero fatto estintivo del diritto attoreo, il che è incompatibile con l'esistenza (e quindi il sacrificio) di un *ipotetico* (rispetto ai tracciati confini del giudizio in corso) controdiritto del convenuto, presupponendo l'efficacia estintiva anche l'effettiva esistenza del diritto estinto.

Anche in questo caso, il supplemento di attività, idoneo a determinare l'«uscita» del convenuto dall'area del mero rigetto della domanda altrui in forza del fatto estintivo «novazione», è da individuarsi nella domanda riconvenzionale; nell'esempio svolto, nella domanda di consegna della cosa venduta. Il convenuto può difendersi deducendo in via gradata l'eccezione di novazione laddove il suo interesse al subordine sia reso «attuale», nel processo pendente, dalla domanda riconvenzionale che, in quanto fondata sul titolo «vendita», sarebbe respinta in caso di accoglimento dell'eccezione di novazione, appunto per questo spendibile in via condizionata.

Venendo alla terza richiamata eccezione che implica attuazione del diritto *sub iudice*, e cioè a quella di *compensazione*, non occorrono particolari esplicazioni rispetto all'assoluta peculiarità della fattispecie: ancorché attraverso un'eccezione, il convenuto deduce in giudizio un proprio *controdiritto* omogeneo a quello azionato. Si tratta di una situazione che, come emergerà anche nello sviluppo del discorso, è peculiare anche rispetto alle riferite fattispecie dell'adempimento e della novazione, con le quali, attraverso la spendita della mera eccezione, nessun controdiritto è opposto in atti.

Premessa necessaria è che il nostro esame si riferisce alla proposizione dell'eccezione di compensazione e al rigetto della domanda attorea in accoglimento di tale eccezione, laddove il controcredito opposto si mantenga – in assenza di contestazione e, quindi, in assenza dell'operatività dell'estensione *ex lege* dell'oggetto del giudizio ai sensi dell'art. 35 c.p.c. – estraneo a tale oggetto; in caso di contestazione dell'attore, infatti, il con-

⁴⁷⁴F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1999, p. 98 (mio il corsivo).

trocredito del convenuto è deciso con efficacia di giudicato in un processo cumulativo, estraneo alla presente indagine⁴⁷⁵.

Ciò premesso, sono individuabili, secondo un percorso che, sotto que-

⁴⁷⁵ Come noto, l'art. 35 c.p.c. prevede che, «quando è opposto in compensazione un credito che è contestato ed eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, se la domanda è fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile, può decidere su di essa e rimettere le parti al giudice competente per la decisione relativa all'eccezione di compensazione, subordinando, quando occorre, l'esecuzione della sentenza alla prestazione di una cauzione; altrimenti provvede a norma dell'articolo precedente» (il quale a sua volta disciplina l'accertamento incidentale, prevedendo che «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»). Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., pp. 168-169: «Dall'art. 35 c.p.c. (e, in particolare, dai presupposti cui esso collega la nascita di una problematica di incompetenza, che su una mera eccezione mai giunge a porsi, e così l'eventuale spostamento di competenza presso il giudice superiore) si desume che *se il controcredito* – omogeneo, liquido ed esigibile: si pensa qui alla fattispecie della compensazione legale *ex art. 1242* (ma l'art. 35 è compatibile anche con la compensazione giudiziale *ex art. 1243*) – è contestato dall'attore, di esso si deciderà con efficacia di giudicato anche se le parti non hanno avanzato alcuna domanda di accertamento incidentale: perciò si argomenta che l'accertamento incidentale del controcredito contestato è qui necessario “per volontà di legge”. Il controcredito, la cui esistenza sia stata esclusa, non solo non avrà estinto il credito dell'attore (la cui domanda potrà allora essere accolta), ma non potrà più essere fatto valere, né eccepito in compensazione in alcun altro processo (ove opererà il *ne bis in idem*). Se invece il controcredito sia accertato sussistente, la domanda attrice andrà comunque respinta, ma altresì si accerterà l'effetto *mutuamente estintivo dei due crediti*; sì che, di nuovo (ma all'evidenza per assai diverse ragioni), quello del convento non potrà più essere fatto valere»; E. MERLIN *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 186 s., che, nell'abito dell'esame dei casi di accertamento incidentale *ex lege*, richiama l'art. 35 c.p.c., così rilevando: «La compensazione implica la deduzione di un distinto credito che il convenuto oppone in via di eccezione per fondare l'estinzione del credito dell'attore. Il controcredito del convenuto è così *questione pregiudiziale negativa*, nel senso che solo se esso *non* esiste può concludersi per l'esistenza del credito dell'attore (se il controcredito esiste, infatti, ricorrendo anche gli specifici requisiti di legge, dovrebbe considerarsi fondata l'eccezione di compensazione e dovrebbe essere rigettata la domanda dell'attore). Dal complessivo tenore dell'art. 35 c.p.c. si desume che, se fra le parti insorge contestazione circa l'esistenza del controcredito e anche se nessuna delle parti lo chieda, esso diviene oggetto di accertamento incidentale e di decisione con efficacia di giudicato». Cfr. anche EAD., *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 97, nota 16, ove l'Autrice, rispetto alla sua analisi degli effetti della pronuncia di rigetto fondata sulla compensazione, precisa appunto che «si muove dal presupposto che il controcredito, in quanto non contestato, sia rimasto estraneo all'oggetto del giudizio».

sto profilo, non differisce nella sostanza da quello svolto rispetto all'eccezione di adempimento, tre distinte letture.

In un primo ordine di idee, accreditato dalla dottrina tedesca della *Klagabweisungstheorie*, peraltro senza significative adesioni tra i nostri interpreti, si affaccia la possibilità di addivenire all'immediato rigetto della domanda dell'attore sulla base dell'eccezione di compensazione sollevata dal convenuto⁴⁷⁶, lasciando assorbita la questione dell'esistenza del credito principale azionato con la domanda attorea. In tale ottica, «anche in presenza di difese ulteriori, e prioritariamente svolte, rispetto alla compensazione la domanda di condanna attrice dovrebbe venire respinta, qualora il controcredito appaia certo e compensabile, immediatamente e senza dunque esigenza di accertare la esistenza del credito principale, lasciando così indeterminata (*Alternativbegründung* o motivazione "aperta") [...] la ragione su cui si fonda tale decisione di rigetto e, con ciò, la stessa ulteriore sopravvivenza o meno del controcredito opposto in compensazione»⁴⁷⁷. Quest'ultimo, coerentemente, potrebbe successivamente venire azionato in un nuovo processo: la compensazione è dichiarata in forma meramente ipotetica, con la conseguenza che «la sentenza che la pronuncia lascia aperta la questione relativa alla pregressa esistenza del diritto dell'attore e non impedisce al convenuto di proporre successivamente l'azione di adempimento del proprio controcredito»⁴⁷⁸.

Fermo il fatto che tale ricostruzione presta il fianco a significative critiche – in considerazione, tra l'altro, dell'incongruità di una soluzione che non definisca la controversia nel suo complesso, ma al contrario la procrastini diseconomicamente in un successivo processo⁴⁷⁹ –, sul piano del con-

⁴⁷⁶ «Sempre che, ovviamente, si prospetti [...] come non contestato o facilmente accettabile il controcredito del convenuto, di modo che sia conveniente, dal punto di vista dell'economia endoprocedurale, provvedere all'immediato rigetto della domanda per compensazione» (E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 99, nota 23). Nella dottrina tedesca, tale prospettazione è ricondotta, in particolare, ad A. STÖLZEL, *Schulung für die zivilistische Praxis*, II, Berlin, 1914, p. 387 ss.

⁴⁷⁷ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 534.

⁴⁷⁸ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 1005, nota 67, nel riferire appunto le conseguenze della *Klagabweisungstheorie*.

⁴⁷⁹ Cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 100, nota 25: «Non può non vedersi che essa finisce per fare della compensazione un vero e proprio "monstrum" processuale. Essa induce infine ad affermare [...] che la lite scaturente da un'eccezione di compensazione non possa essere stabilmente definita se non attraverso lo svolgimento di due distinti giudizi (anziché di uno solo, come sarebbe normale)».

dizionamento essa comporta l'esclusione di un possibile interesse alla graduazione: se il convenuto fosse davvero libero, nel successivo giudizio, di dimostrare l'originaria inesistenza del credito principale, e di chiedere l'adempimento del proprio intatto controcredito, nessun apprezzabile interesse al condizionamento sarebbe allo stesso ascrivibile.

La seconda teorica, maggioritaria, prende le mosse dal postulato per cui, in caso di rigetto della domanda attorea – che è l'ipotesi che qui rileva; ma conclusioni in sostanza analoghe valgono per il caso di suo accoglimento –, il controdiritto eccepito dal convenuto è *definitivamente* speso in giudizio (a prescindere dalla contestazione dell'attore *ex art. 35 c.p.c.*). E invero, se in caso di accoglimento della domanda attorea la pronuncia di condanna pregiudica definitivamente l'eccezione di compensazione, in ossequio al principio della preclusione del dedotto e del deducibile⁴⁸⁰, in caso di rigetto della domanda per effetto dell'accoglimento dell'eccezione di compensazione «il diritto del convenuto è stato utilizzato, nella sua efficacia giuridica, per estinguere quello principale; l'effetto compensativo ha caducato entrambe le situazioni soggettive, che, dal punto di vista *sostanziale*, si sono reciprocamente eliminate»⁴⁸¹. In tale ipotesi, evidente è «l'esigenza di impedire che il controcredito possa ancora liberamente esercitarsi in via di azione per la parte già spesa in compensazione e di assicurare, di conseguenza, che la declaratoria di quest'ultima abbia valore vincolante anche rispetto a esso»⁴⁸².

Se il «dispositivo» del ragionamento – in caso di rigetto della domanda attorea per effetto della compensazione, va escluso che il convenuto possa vittoriosamente agire per il controcredito già speso – non appare seriamente controvertibile, disputata è, invece, la relativa «motivazione»; e le conclusioni che si ritenga di accreditare rispetto ad essa, occorre subito preci-

⁴⁸⁰ Cfr. E. MERLIN, *op. cit.*, p. 161. Cfr. anche, *ex pluribus*, S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1004: «Anche se la compensazione è stata negata, sulla base del riconoscimento dell'insussistenza del controcredito, questo è colpito dall'efficacia precettiva-preclusiva del giudicato; il valore economico-giuridico del diritto del convenuto (il c.d. valore compensabile) è stato messo in campo con la scelta di utilizzarlo come fatto estintivo dell'altrui credito e, di conseguenza, quale che sia il contenuto della decisione, deve essere considerato parte integrante del bene della vita conteso tra le parti ed oggetto del vincolo promanante dalla sentenza».

⁴⁸¹ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 1003.

⁴⁸² Così E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 96.

sare, hanno significative ricadute rispetto al tema della graduazione dell'eccezione di compensazione da parte del convenuto.

Tra gli studiosi tedeschi, e poi nella nostra dottrina, si è affermata, in contrapposizione alla richiamata *Klagabweisungstheorie*, la *Beweiserhebungstheorie*. Essa accredita, rispetto alla prima teorica, un diverso *iter* decisorio: il giudice è tenuto, *in primis*, alla verifica dell'esistenza del credito dedotto dall'attore e, soltanto qualora tale verifica abbia esito positivo, può procedere a considerare l'esistenza del controcredito e la sua idoneità compensativa. Alla luce del, in sé condivisibile, rilievo per cui sarebbe incongruo e diseconomico posporre la definitiva composizione della questione della compensazione nel successivo giudizio, nel quale il convenuto azioni il controcredito, tale ricostruzione postula che il primo giudice verifichi anzitutto l'esistenza del credito principale, per poi trascorrere alla compensazione⁴⁸³. Non sarebbe quindi possibile l'assorbimento (improprio⁴⁸⁴) delle questioni relative all'originaria esistenza del credito principale, che, per contro, dovrebbero essere sempre previamente scrutinate dal giudicante. Con il congruo corollario che il convenuto *olim* vincitore, in virtù dell'accoglimento dell'eccezione di compensazione, non potrebbe, nel successivo giudizio, azionare vittoriosamente il controcredito già speso nel primo processo.

Ora, in punto di condizionamento dell'eccezione di compensazione tale ricostruzione dà luogo a una rilevante conseguenza. Ancorché sia prospettato che occorra comunque, anche in un simile scenario, un'espressa manifestazione della volontà del convenuto di sollevare la compensazione in via subordinata rispetto all'accertamento del credito principale affinché il giudice segua il tracciato *ordo decisionis* (e che, in difetto di tale manifestazione, il giudice potrebbe per contro respingere la domanda dell'attore a prescindere dalla verifica del credito di quest'ultimo)⁴⁸⁵, è accreditata, e appa-

⁴⁸³ V., nella dottrina tedesca, L. ROSEMBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 565 ss.; H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 27 ss. Nella nostra dottrina, cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 535 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 505, nota 16; M.C. DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 357 ss.

⁴⁸⁴ E cioè, come già ricordato, operante in senso opposto al nesso di *consecutio* logico-giuridica tra le questioni.

⁴⁸⁵ Cfr., nella dottrina tedesca, W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfabrensrechts*, cit., p. 149 ss.; nonché, anche per ulteriori riferimenti, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 536, testo e nota 125.

re in effetti più coerente con la tesi in commento, la posizione secondo la quale la compensazione si risolverebbe in un'eccezione subordinata *ex lege*, anche se formulata dal convenuto in modo incondizionato, potendo il giudice conoscerla soltanto dopo avere accertato la sussistenza del credito azionato dall'attore. Laddove si sposi la teorica di cui trattasi, risulta invero «giuridicamente (pur se forse non psicologicamente) superfluo specificare espressamente che la compensazione viene opposta solo in via subordinata rispetto alla infruttuosità delle altre difese; si tratterebbe in realtà di una mera *condicio iuris*, non comunque di una allegazione propriamente e potestativamente proposta dalla parte in via condizionale, in quanto è la stessa disciplina sostanziale della compensazione che imporrebbe al giudice di previamente accertare l'esistenza "in sé" del credito principale»⁴⁸⁶. Così opinando, peraltro, sarebbe di nuovo⁴⁸⁷ da escludersi la sussistenza di un interesse alla graduazione di parte, scaturendo il subordine dalla normativa applicabile al meccanismo compensativo⁴⁸⁸.

Secondo una diversa lettura, l'indiscutibile – e necessario al fine di impedire al convenuto di «riaprire la partita» rispetto alla sussistenza del credito principale dopo che è stata accolta la sua eccezione di compensazione – vincolo di cui al primo giudicato è da ricondursi, non già a quanto il giudice avrebbe conosciuto nel processo da cui è scaturito il primo pronunciamento, bensì (*ad instar* di quanto illustrato rispetto all'eccezione di adempimento) alla portata pratica della decisione, che impedisce l'instaurazione di un nuovo giudizio volto a contestare l'utilità che, seppur attraverso l'operare del meccanismo compensativo, il primo giudizio ha «ideal-

⁴⁸⁶ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 537. Cfr. anche H. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, cit., p. 27 ss.

⁴⁸⁷ Al pari di quanto si è illustrato in relazione alla *Klagabweisungstheorie*.

⁴⁸⁸ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1006, che descrive in questi termini le conseguenze della *Beweisrhebungstheorie* rispetto al tema del condizionamento dell'eccezione: «Ove il convenuto si sia difeso, sollevando contestazioni (in senso lato) circa la pregressa sussistenza del credito dell'attore, oppure il giudice abbia rilevato eccezioni riguardanti questo punto (pregiudiziale), non è possibile che tali questioni siano assorbite e che la domanda venga respinta immediatamente per compensazione, essendo questa eccezione *necessariamente subordinata* alla risoluzione in senso negativo delle altre, relative al modo di essere del diritto principale. Il vincolo di condizionamento circa il *modus procedendi* del giudice è *automatico* e dipende dalla necessità che l'accertamento del diritto dell'attore preceda *sempre* la risoluzione della questione di compensazione, al fine di ottenere dal processo una pronuncia capace di *bloccare* per il futuro ogni tentativo di rimetterne in discussione il risultato finale».

mente» riconosciuto all'attore. Non rilevano le questioni che il primo giudice avrebbe scrutinato, bensì l'oggettiva portata della prima pronuncia. E invero, la portata della decisione dipende «non dall'attività *logico-cognitiva* compiuta dal giudice, ma dalla *regola* per il caso concreto che questo ha stabilito, la quale è tratta dalla decisione resa e dal motivo che la sorregge; ciò che rileva è non quali questioni il giudice ha affrontato e risolto, su quali punti si è appuntata la sua cognizione, ma soltanto quale *precetto* è stato dettato in ordine al bene della vita controverso»⁴⁸⁹. Alla pronuncia di rigetto fondata sulla compensazione appartiene «inderogabilmente la definizione della questione della esistenza del credito azionato sotto il profilo della sua idoneità a dare legittimo titolo allo stabile conseguimento della, qui ideale, prestazione»⁴⁹⁰, e tale portata pratica del *dictum* giudiziale prescinde dall'obiettivo contenuto accertativo ascrivibile alla pronuncia. Con l'ulteriore conseguenza che – fermo il fatto che non può discettarsi di un «“accertamento” sul controcredito»⁴⁹¹, restando «impregiudicata la libertà del secondo giudice di decidere intorno all'esistenza del controcredito ai fini dell'importo esuberante quello speso in compensazione»⁴⁹² – in ogni caso, proprio in virtù della compensazione che fonda la pronuncia di rigetto, «l'azione diretta all'esercizio successivo del controcredito (di quel controcredito che, di per sé riguardato, appare come autonomo e semmai interdipendente, nella sua vitalità, dal credito principale) assume inequivocabilmente il carattere di un'azione che è *incompatibile rispetto al primo giudicato*»⁴⁹³.

Orbene, come si è visto per l'eccezione di adempimento, quest'ultima ricostruzione appare idonea ad assicurare un congruo assetto dei rapporti *inter partes* (scongiurando la possibilità che il convenuto, dopo che abbia ottenuto il rigetto della domanda attorea in forza dell'eccezione di compensazione, possa vittoriosamente azionare il suo controcredito), senza peraltro far necessariamente dipendere tale risultato

⁴⁸⁹ S. MENCHINI, *op. loc. cit.*

⁴⁹⁰ Così E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 115.

⁴⁹¹ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 120.

⁴⁹² *Ibidem.*

⁴⁹³ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 118, ove anche il rilievo che tale incompatibilità «va in particolare commisurata alla portata *pratica e precettiva* e non tanto al contenuto dichiarativo della pronuncia, di modo che è lo stesso conflitto a *dover essere in linea generale impostato prescindendosi dai limiti tipici della efficacia dichiarativa del giudicato*» (*ivi*, pp. 118-119).

dal percorso logico-cognitivo compiuto dal giudice del primo procedimento; conta, ed è bastevole al risultato, l'obiettiva portata della sentenza.

In questo scenario, anche l'eccezione di compensazione torna a essere un'eccezione «ordinaria», e cioè non necessariamente subordinata rispetto alla verifica dell'esistenza del credito principale, e quindi idonea a provocare l'assorbimento delle questioni concernenti l'originaria sussistenza di quest'ultimo. Ne discende che «il vincolo all'attività decisoria del giudice [...] non è *automatico*, non opera a prescindere dalla *volontà della parte*. Il *condizionamento* dell'eccezione di compensazione trova fondamento, piuttosto, nell'*interesse* del convenuto»⁴⁹⁴. Al pari di qualsivoglia eccezione, «il limite all'assorbimento»⁴⁹⁵ – *i.e.*, all'assorbimento (improprio) provocato dalla decisione *prioritaria* sull'eccezione, a prescindere dall'esistenza originaria del credito principale – «deve essere trovato soltanto nell'*interesse* del convenuto eccipiente, e dunque nell'espressione di una *sua contraria volontà* [...], che valga appunto, attraverso la subordinazione dell'eccezione, ad impedire al giudice di ispirare l'ordine della decisione al primato della "liquidità"»⁴⁹⁶.

Ciò detto, occorre peraltro verificare se, sotto il profilo dinamico, l'interesse del convenuto postuli, per essere «attuale», e quindi rilevante, nel processo in corso, l'esplicazione di un'attività ulteriore rispetto alla proposizione dell'eccezione (si è prospettata, in relazione ad adempimento e novazione, la necessità della riconvenzione).

Rispetto alla compensazione, la risposta appare negativa. Diversamente da quanto accade per l'eccezione di adempimento o di novazione, in caso di compensazione l'interesse al condizionamento è reso esplicito dalla mera eccezione, atteso che, con la stessa eccezione, il convenuto pone «direttamente» in gioco, *nell'ambito del processo* pendente, il proprio controdiritto; ancorché non si verifichi un'estensione della latitudine oggettiva del processo, il controdiritto, per l'ossimoro della compensazione, è definitivamente speso in giudizio (nei limiti dell'importo compensato). Può quindi ammettersi che, ferma la necessità di formulare un'espressa graduazione

⁴⁹⁴ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., pp. 1007-1008.

⁴⁹⁵ In questi termini, E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 144.

⁴⁹⁶ E. MERLIN, *op. cit.*, pp. 144-145.

(«precettiva», e non soltanto «narrativa»⁴⁹⁷), la deduzione di un interesse al condizionamento sia insita nella stessa eccezione: se il condizionamento concerne un'eccezione che implica «definitiva spendita» del diritto del convenuto, può ritenersi che, nell'effettuare la graduazione, il convenuto dia implicitamente atto del rilevante interesse sotteso.

È del resto appena il caso di aggiungere che, a ben vedere, le due richiamate teorie (esclusa l'isolata *Klagabweisungstheorie*), nell'ammettere il subordinare – *ex lege*, o soltanto su eccezione del convenuto – pongono entrambe in evidenza come, in caso di eccezione di compensazione, si sia in effetti in presenza di una relazione di *interdipendenza* tra i diritti in gioco. Accredendosi una subordinazione già in forza di legge, perché il giudice dovrebbe comunque previamente accertare il credito principale, si rileva che «occorre ravvisare nel peculiarissimo fenomeno processuale cui dà luogo la deduzione in compensazione di un controcredito piuttosto una ipotesi di stretta *interdipendenza* fra una pluralità di oggetti di giudizio (cause) dovuta ad obbiettive ragioni di diritto sostanziale [...], che un ulteriore caso di ammissibile esercizio del potere di formulare eccezioni ed allegazioni difensive in via subordinata l'una all'altra»⁴⁹⁸; focalizzandosi invece sulla portata pratica della pronuncia, si osserva che, rispetto all'eventuale successivo giudizio sul controcredito, è impedita «l'emanazione di una *decisione* che si porrebbe in relazione di vera *incompatibilità* con la *portata pratica e precettiva* del primo giudicato. Circostanza, questa, che può ben darsi *sia se è la stessa relazione tra i diritti sostanziali ad essere modellata secondo uno schema di diretta incompatibilità, sia se, invece, tale relazione è conformata secondo uno schema di interdipendenza* fondato, per lo più, dall'operare di una comune vicenda di vitalità (come è, appunto, nel caso della compensazione)»⁴⁹⁹. I diritti sono interdipendenti e il rigetto della domanda per compensazione comporta, in ragione di tale relazione, la definitiva spendita del controcredito (limitatamente all'importo compensato). Di qui (laddove si escluda il condizionamento *ex lege*) l'attualità, già nel giudizio pendente, dell'interesse del convenuto a graduare l'eccezione di compensazione.

⁴⁹⁷ Cfr. *supra*, cap. I, § 15.

⁴⁹⁸ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 538-539.

⁴⁹⁹ Così E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 129.

17. Segue. *Le altre eccezioni. La necessaria «immissione» nel processo del diritto al quale si riferisce l'interesse del convenuto alla graduazione. La necessaria proposizione di domanda riconvenzionale. Applicazione dei risultati raggiunti*

L'analisi svolta sulla portata della pronuncia di rigetto – sia avuto riguardo al medesimo diritto oggetto della causa pendente⁵⁰⁰, sia avuto riguardo a diritti diversi, in relazione all'attuazione del diritto dell'attore⁵⁰¹ – sembra consentire di individuare un dato significativo rispetto allo sviluppo e agli esiti dell'indagine. Si tratta del dato (suscettibile di modulazioni, ma idoneo a orientare i casi che potrebbero porsi all'interprete) secondo il quale l'interesse del convenuto al condizionamento postula l'emersione nel giudizio pendente – a vario titolo, ma comunque in modo riconoscibile – di un controdiritto dello stesso convenuto.

È infatti risultato ammissibile il condizionamento:

a) delle eccezioni «sospensive», che non impediscono la riproposizione della domanda attorea, tenuto conto che, in tali ipotesi, la «contropretesa» del convenuto (alla libertà dall'obbligo corrispondente al diritto azionato *ex adverso*) è la medesima già spesa nel processo pendente;

b) delle eccezioni onerose (in particolare, di adempimento e di novazione), in caso però di *domanda riconvenzionale* avente a oggetto il diritto del convenuto che la sentenza, in relazione al sua portata oggettiva, potrebbe pregiudicare;

c) dell'eccezione di compensazione, che peraltro manifesta il peculiare effetto di provocare la spendita, nel processo pendente, del controdiritto del convenuto.

Sembra possa inferirsene che, delle due, l'una: o il diritto del convenuto, diverso da quello azionato, *entra* nel processo, e quindi, di regola, è dedotto in via riconvenzionale (si è vista l'eccezionalità del meccanismo compensativo, come pure è peculiare l'ipotesi in cui la pretesa del convenuto è la medesima già spesa con la richiesta di rigetto della domanda attorea), oppure *esula* dall'ambito oggettivo del processo pendente, con la rilevante conseguenza che non è rintracciabile un apprezzabile interesse al condizionamento, atteso che le eccezioni formulate dal convenuto si collocano,

⁵⁰⁰ Cfr. *supra*, § 15.

⁵⁰¹ Cfr. *supra*, § 16.

tutte, sul medesimo piano del rigetto della domanda attorea, e presentano quindi la medesima utilità.

In tale ottica, estremamente rilevanti appaiono le prospettate ricostruzioni relative alle eccezioni di adempimento e di novazione: queste stesse eccezioni, ancorché onerose per il convenuto, postulano comunque, secondo l'impostazione che si è ritenuto di accreditare⁵⁰², la *domanda riconvenzionale*. Il ragionamento dovrebbe poter valere *a fortiori* per le altre tipologie di eccezioni.

Possiamo passare al vaglio di tale rilievo attraverso un esame casistico.

Si consideri, per esempio, la categoria delle eccezioni che concernono il titolo dedotto dall'attore a fondamento della propria domanda. Il convenuto potrebbe essere ritenuto portatore di un interesse a spendere in subordine tali eccezioni rispetto a quelle relative al singolo diritto azionato, e ciò per preservare il proprio diritto a ottenere altre eventuali prestazioni in forza del medesimo rapporto. È lecito chiedersi se la possibilità che il convenuto azioni di nuovo il comune titolo per conseguire quanto dovuto *ex adverso* valga, di per sé, e quindi anche se si mantenga soltanto ipotetica, a sostanziare l'interesse alla graduazione della parte evocata in giudizio.

In senso positivo si rileva che «la sentenza di rigetto, in considerazione del motivo sul quale è fondata la declaratoria d'inesistenza del diritto, stabilisce *regole differenti*; se il giudice ha respinto la domanda in forza della nullità del contratto, tale accertamento, anche in assenza di domanda di parte, fa stato ad ogni effetto circa la riconosciuta invalidità del negozio; invece, se il credito è stato disconosciuto perché prescritto, non si ha alcun vincolo in ordine al modo di essere del titolo costitutivo, in grado di operare relativamente a liti concernenti ulteriori effetti giuridici scaturenti da questo»⁵⁰³; e, nello stesso senso, che, «nelle azioni di adempimento, se il giudice respinge la domanda, in quanto il contratto è inesistente o invalido, anziché sulla base del rilievo che il credito è prescritto, la pronuncia detta una regola di condotta che si estende al titolo del diritto fatto valere ed ha una portata attributiva-preclusiva più intensa, giacché colpisce anche il modo di essere del rapporto giuridico che funge da comune fondamento delle più posizioni elementari»⁵⁰⁴.

⁵⁰² Cfr. ancora *supra*, il paragrafo che precede.

⁵⁰³ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 992.

⁵⁰⁴ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 993, nota 38.

Si tratta di rilievi che fotografano la portata effettuale della pronuncia di rigetto⁵⁰⁵; sembrerebbe peraltro che, una volta che si siano prospettati tali effetti, non si consideri che, nell'ambito del processo pendente, e ponendosi nella prospettiva del convenuto che, in tale processo, si limiti a chiedere il rigetto della domanda attorea, il diverso grado di tutela che potreb-

⁵⁰⁵ Ancorché suscettibili, quantomeno, di «modulazioni», laddove si afferma che, se il giudice ha respinto la domanda attorea in ragione della nullità del contratto, tale accertamento, anche in assenza di domanda di parte, farebbe stato a ogni effetto circa la riconosciuta invalidità del negozio. E invero, anche alla luce di Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., «gli effetti provocati dalla nullità divergono a seconda che essa sia dichiarata solo in motivazione o anche in dispositivo. In questo secondo caso, la nullità del contratto sarà oggetto di accertamento idoneo al giudicato. Nel primo caso (dichiarazione solo in motivazione) non si formerà alcun giudicato sulla nullità del contratto, poiché manca la domanda di parte. Le parti, invero, saranno sì vincolate dalla dichiarazione, ma a questi soli effetti: sarà loro preclusa la possibilità di agire in giudizio per ottenere un vantaggio speculare a quello che la controparte si è vista negare nel primo processo a motivo della (dichiarata solo in motivazione) nullità del contratto. Così, ad es., se nel primo giudizio l'attore aveva chiesto la condanna del convenuto ad adempiere al contratto di compravendita pagando il prezzo del bene, e si è visto rigettare la domanda a motivo della nullità del contratto, il convenuto non potrà poi rendersi attore in un nuovo processo per chiedere la condanna dell'originario attore alla consegna del bene in adempimento di quel contratto [...]. Le sez. un. fanno dunque propria l'impostazione [...] della teorica di matrice tedesca (Zeuner) del c.d. "vincolo al motivo portante". Ossia, nei casi in cui il motivo portante del rigetto della domanda è la nullità del contratto, tale nullità (ancorché non dichiarata con efficacia di giudicato, in assenza di domanda di parte *ex art. 34*) rileverà ugualmente in successivi giudizi tra le stesse parti ove si voglia conseguire un vantaggio strettamente connesso (legato da vincolo di sinallagmaticità) a quello negato nel precedente giudizio a motivo della nullità del contratto. Si evitano così, e giustamente, irragionevoli disparità di tratta. Se quel vincolo al motivo portante non vi fosse, il giudice del secondo processo dovrebbe valutare *ex novo* la questione della nullità del contratto, e magari giungerebbe a negarla e così ad accogliere la domanda dell'originario convenuto. Le sez. un., parlano, anche in questo caso – ma, per noi, non del tutto puntualmente – di una sorta di efficacia di giudicato della mera dichiarazione solo in motivazione della nullità. Non si forma però qui alcun giudicato in senso tecnico, ed in effetti lo riconoscono anche le sez. un. che, da un lato, ritengono espressamente non convincente la teorica della c.d. pregiudizialità logica (secondo cui quando la domanda giudiziale ha ad oggetto uno degli effetti del contratto, il giudicato si formerà sempre anche sul rapporto fondamentale [...]). Dall'altro lato, le sez. un. valorizzano al massimo la domanda di accertamento incidentale *ex art. 34*, che poco senso avrebbe se si riconoscesse che il giudicato sempre si forma sulla nullità del contratto. In realtà, si tratta, per noi, più propriamente di una preclusione per le parti di nuove iniziative volte a trarre ingiusti vantaggi a fronte del precedente esito dell'iniziativa avversaria»: così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 157, testo e nota 2.

be ottenere il convenuto stesso a seconda della motivazione delle pronuncia di rigetto resta fatalmente ipotetico. Si colloca in questo quadro – e appare convincente – il rilievo per cui, laddove «il soggetto convenuto per l'adempimento di un credito contrattuale, oltre a difendersi attraverso una pluralità di eccezioni, *proponga in via riconvenzionale domanda per l'adempimento della controprestazione*»⁵⁰⁶, «tutt'altro che equivalente, in ordine al successo di tale seconda causa, risulterà dunque la circostanza che la domanda attrice venga rigettata accogliendo la eccezione di già avvenuto pagamento oppure un'altra eccezione che attenga alla validità (o anche solo all'efficacia attuale: ad es. allegandosi l'attuale vigenza di un *pactum de non petendo* reciproco) del comune titolo contrattuale»⁵⁰⁷. Per contro, laddove il convenuto continui ad attestarsi nell'ambito della domanda altrui e del suo rigetto, eventuali liti afferenti al rapporto fondamentale non sembrano sufficienti a giustificare l'imposizione di un *ordo decidendi* diverso da quello scaturente dall'applicazione del principio del primato della ragione più liquida, e quindi dovrebbe in linea di principio essere esclusa la differenziazione tra un'eccezione relativa al singolo credito e un'eccezione relativa al rapporto sottostante. Pare andare oltre il segno dettato dall'economia processuale limitarsi a «sfruttare» la domanda altrui per ottenerne un rigetto soltanto in ipotesi, avuto riguardo alla latitudine del giudizio, e agli effetti dell'invocata sentenza, più utile; il processo è attrezzato ad accogliere anche la domanda del convenuto, onde «attualizzare», con una pronuncia di *accoglimento*, le ulteriori regolamentazioni cui aspiri la parte chiamata in giudizio⁵⁰⁸.

Si consideri ancora, sempre quale possibile esemplificazione, l'eventuale graduazione dell'eccezione di prescrizione, per esempio rispetto a quella di

⁵⁰⁶ Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 489, nota 41 (mio il corsivo).

⁵⁰⁷ Cfr. C. CONSOLO, *op. loc. cit.* In tema, cfr. anche ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, cit., p. 221 ss.

⁵⁰⁸ L'esempio di cui al testo ricalca, sotto il profilo della dinamica processuale, quello (già esaminato: cfr. *supra*, il paragrafo che precede) della subordinazione dell'eccezione di adempimento, attraverso la riconvenzionale di ripetizione dell'indebito. Si pensi alla deduzione, in via principale, dell'inesistenza del credito azionato, e, in via subordinata, dell'eccezione di adempimento, in uno con la domanda riconvenzionale di ripetizione del pagamento. In tali ipotesi, il diritto del convenuto rimarrebbe intatto, in caso di rigetto della domanda attorea in ragione della deduzione spesa dal convenuto in principalità, e sarebbe invece pregiudicato, in caso di rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione, quella appunto di adempimento, spesa dal convenuto in subordine.

adempimento⁵⁰⁹. L'eccezione di prescrizione, che il convenuto intenderebbe subordinare, si pone, rispetto al quadro delle prospettazioni del convenuto e agli effetti della richiesta sentenza di rigetto, sul medesimo piano di quella spesa in principalit : in entrambi i casi sarebbe accertata l'inesistenza del diritto attoreo, per estinzione dello stesso, e in entrambi i casi, collocandosi sempre nella prospettiva del convenuto, quest'ultimo si porrebbe, per effetto dell'invocata sentenza di rigetto, al riparo da qualsiasi reiterazione dell'azione attorea⁵¹⁰. Si comprende quindi l'assunto secondo il quale non potrebbe assurgere a idonea «*ratio distinguendi* una differenza sufficientemente apprezzabile e netta quanto all'efficacia pregiudicante in ordine ad ulteriori liti diverse, ma collegate, rispetto a quella definita con la sentenza di rigetto. Ove, quindi, [...] il convenuto-debitore preferisca vedere riconosciuta la estinzione del credito sulla base del riscontrato suo sollecito adempimento, piuttosto che della sua pi  tarda prescrizione, ponendosi cos  al riparo da richieste di pagamento degli interessi maturati prima del perfezionamento della prescrizione, tale giustificabile interesse potr  linearmente soddisfarsi *facendo riconvenzionalmente valere una domanda* di accertamento negativo del debito degli interessi nel processo pendente. Solo a tal punto risulter , si crede, sicuramente ammessa una proposizione in via graduata delle due eccezioni intese a far valere diverse cause estintive del credito azionato dall'attore»⁵¹¹. Analogo ragionamento

⁵⁰⁹ Graduazione che dovrebbe ritenersi ammissibile, al contrario di quella che, in senso opposto, vede il condizionamento dell'adempimento rispetto alla prescrizione. Il profilo   gi  stato trattato a suo tempo (cfr. *supra*, cap. I, § 15).

⁵¹⁰ E l'effetto preclusivo di un'eventuale sua azione di ripetizione sarebbe collegato all'eccezione (di adempimento) spesa *in principalit *, e quindi a nulla rileverebbe rispetto a un ipotetico interesse alla graduazione.

⁵¹¹ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., pp. 528-529 (mio il corsivo). In senso contrario rispetto alla posizione di Consolo, escludendo la necessit  della riconvenzionale, cfr. M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, cit., p. 171, nota 365: «Si immagini che [...] in questione stia, accanto all'invalidit  del contratto, l'avvenuta estinzione del credito: qui in effetti i due motivi di rigetto sono altrettanto definitivi, con riferimento al giudizio in corso; eppure, anche in questo caso, non avrei dubbi circa la possibilit , per il convenuto, di anteporre il primo al secondo, in quanto idoneo ad escludere senz'altro anche l'eventuale credito per gli interessi». Peraltro, lo stesso Autore postula l'esistenza, in capo al convenuto graduante, di un interesse a «ottenere un rigetto il pi  definitivo possibile della domanda» (M. FORNACIARI, *op. cit.*, p. 174) e, se si considera appunto il diritto di credito oggetto della domanda, parrebbe che i divisati motivi di rigetto restino, con le riportate parole di Fornaciari, «altrettanto definitivi».

potrebbe essere speso, sempre a titolo esemplificativo, rispetto all'interesse del convenuto a condizionare la prescrizione rispetto a una mera difesa, avente a oggetto l'inesistenza del credito, spesa in *principalità*⁵¹².

Volendo provare a sistematizzare le possibili casistiche, può rilevarsi che la domanda del convenuto idonea ad «attualizzare», nel processo in corso, l'interesse alla graduazione, è una domanda avente a oggetto un diritto del convenuto, ovvero anche (in caso di accertamento negativo) dello stesso attore, la quale si pone in correlazione con le eccezioni (o difese) svolte dal convenuto; in particolare, essa risulta accoglibile in caso di rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione (o della difesa) spesa dal convenuto *in principalità*, mentre, di converso, non risulta accoglibile (o comunque accoglibile accordando al convenuto un'utilità inferiore) in caso di rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione spesa dal convenuto *in subordine*.

Si torni, a titolo esemplificativo, alla graduazione delle eccezioni che concernono il comune titolo dedotto dall'attore a fondamento della propria domanda, e che il convenuto potrebbe avere interesse a spendere in subordine rispetto a quelle relative al singolo diritto azionato, per preservare il proprio diritto alla controprestazione. La domanda del convenuto avente a oggetto tale controprestazione è accoglibile⁵¹³ in caso di rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione (o della difesa) spesa dal convenuto in via principale, e relativa al singolo credito fatto valere dall'attore, mentre sarebbe invece da respingersi nell'ipotesi di rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione spesa dal convenuto in via graduata, e concernente il rapporto *tout court*.

Nello stesso senso, si torni al condizionamento dell'eccezione di prescrizione rispetto a quella di adempimento, in relazione alla domanda di accertamento negativo della debenza degli interessi. In tale ipotesi, la do-

⁵¹² Cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., pp. 154-155, testo e nota 140 (peraltro nell'ambito di una prospettazione che non postula la necessità, per un'ammissibile subordinazione su istanza del convenuto, della domanda riconvenzionale): «Dal lato del convenuto, assai attenuato è l'interesse, ad esempio, a proposito dei fatti estintivi – come la prescrizione – che, pur presupponendo in senso logico l'esistenza del diritto, non ne implicano alcuna forma di *attuazione*, eppure non perciò può escludersi in linea del tutto generale l'ammissibilità della allegazione subordinata»; e infatti, «ammesso, come non è pacifico, che la prescrizione non elida il diritto anche in tutte le sue manifestazioni accessorie maturate prima della scadenza del termine, può appunto pensarsi, per ammetterne l'allegazione subordinata, all'interesse del convenuto ad ottenere una pronuncia che, col sancire la originaria inesistenza del credito, lo metta definitivamente al riparo anche dalle pretese accessorie di interessi».

⁵¹³ Se, ovviamente, fondata.

manda del convenuto ha a oggetto un diritto dello stesso attore (al percepimento degli interessi maturati fino al concretarsi della prescrizione), e tale diritto è appunto insussistente, con conseguente accoglimento della riconvenzionale, in caso di rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione, di (tempestivo) adempimento, spesa dal convenuto in principalità, mentre rimarrebbe intatto in caso di rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione di prescrizione, spesa dal convenuto in subordine in considerazione del tempo trascorso tra il pagamento e la maturazione del termine prescrizione.

La considerata casistica risulta confermativa della prospettazione formulata in apertura del presente paragrafo: escluse le eccezioni che paralizzano solo provvisoriamente l'azione attorea e l'eccezione di compensazione, il convenuto *non* appare portatore di un apprezzabile interesse alla graduazione rispetto all'invocata pronuncia di rigetto, salva l'ipotesi – di per sé eccentrica rispetto alla prospettiva del convenuto graduante le proprie eccezioni – della proposizione di domanda riconvenzionale. In difetto, qualora cioè il convenuto rimanga inattivo sul punto, potrà trovare applicazione, in relazione alle plurime questioni di merito dedotte da tale parte processuale, il principio del primato della ragione più liquida.

In sintesi, quindi, il convenuto è titolare di un interesse alla proposizione in via gradata:

- a) delle eccezioni «sospensive», che non impediscono la riproposizione della domanda avente a oggetto il diritto *sub iudice*;
- b) dell'eccezione di compensazione;
- c) di altre eventuali eccezioni, allorché l'interesse alla graduazione sia esplicitato attraverso una correlata (nei termini illustrati) domanda riconvenzionale.

18. *L'attore graduante eccezioni e il convenuto graduante fatti costitutivi. Le azioni di accertamento negativo e le azioni impugnatorie. L'oggetto dell'azione di accertamento negativo: diritto o questioni. L'interesse al condizionamento del convenuto graduante fatti costitutivi e dell'attore che impugni l'atto di esercizio di un potere sostanziale*

È a questo punto possibile sciogliere le riserve assunte nel corso dell'indagine⁵¹⁴ rispetto alle peculiari ipotesi in cui l'attore, sempre in vista della

⁵¹⁴ Cfr. *supra*, §§ 7, 8 e 11.

pronuncia di accoglimento della domanda, deduca fatti impeditivi, modificativi o estintivi, ovvero anche l'inesistenza dei fatti costitutivi, e, di converso, il convenuto, sempre in vista della pronuncia di rigetto della domanda, deduca fatti costitutivi.

Si tratta, in particolare, dei casi di azione di accertamento negativo e di azione impugnatoria, e quindi volta a estinguere un rapporto *inter partes* ovvero a obliterare un atto di esercizio di poteri sostanziali⁵¹⁵.

Occorre al riguardo verificare se, rispetto a tali fattispecie, possano essere mutuati i rilievi fin qui svolti rispetto alla posizione dell'attore e del convenuto graduante, ovvero se gli stessi debbano essere modulati in ragione della posizione sostanziale assunta dalle parti nei giudizi di cui trattasi. Va aggiunto che, visti i risultati dell'indagine e la differenza che si è ritenuto di poter tratteggiare rispetto alle due posizioni, si tratta di tema non irrilevante. Giova infatti richiamare, in estrema sintesi, che si è prospettato un potere di graduazione attoreo in considerazione del fatto che la pronuncia cui si riferisce il condizionamento allegatorio di tale parte processuale (e cioè quella di accoglimento della domanda) è provvista di una peculiare efficacia precettiva rispetto al futuro contegno delle parti, suscettibile di essere incisa dall'entità processuale graduata. Di converso, rispetto al convenuto, e alla pronuncia cui si riferisce la graduazione allegatoria di tale parte processuale (e cioè quella di rigetto della domanda), si è esclusa la situazione che precede, e si è individuato un interesse al condizionamento soltanto in relazione alle eccezioni non impeditive della riproposizione della domanda e di compensazione, con esclusione di altre ipotesi (salva, ma collocandosi su un piano necessariamente distinto, l'estensione dell'oggetto del giudizio per il tramite di una nuova domanda dello stesso convenuto).

Venendo a una succinta analisi dei casi prospettati, possiamo prendere le mosse dall'azione di accertamento negativo.

Va premesso che – al di là delle dense riflessioni che tale istituto ha suscitato⁵¹⁶, come si darà sinteticamente conto a breve – si tratta di azione

⁵¹⁵ Cfr. ancora la ricostruzione di R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., pp. 62, 317 ss.

⁵¹⁶ In argomento, si richiamano A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006; L. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano 1969; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, cit., pp. 26-27; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 651 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., pp. 25-26; E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (ca-*

che ricorre *expressis verbis* in plurime previsioni normative. In particolare, sono generalmente richiamati l'art. 949, comma 1, c.c.⁵¹⁷, che ammette l'azione c.d. negatoria esercitata dal proprietario del bene⁵¹⁸, l'art. 248, comma 1, c.c.⁵¹⁹, sulla contestazione dello stato di figlio⁵²⁰, gli artt. 1414 e ss. e 1418 e ss. c.c., e le relative azioni di simulazione e nullità⁵²¹, l'art. 2844

si e prospettive), in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1064 ss.; V. TAVORMINA, *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 233 ss.; ID., *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 21 ss.; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013.

⁵¹⁷ «Il proprietario può agire per far dichiarare l'inesistenza di diritti affermati da altri sulla cosa, quando ha motivo di temerarie pregiudizio».

⁵¹⁸ In tema, cfr. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 651, ove l'annotazione per cui si tratta, nell'ambito della tipologia di azione di cui trattasi, della «fattispecie più nota e importante, della quale, vale la pena precisare, sembra indubbia la natura dichiarativa e non di condanna»; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., pp. 22-23, in rapporto con l'azione di accertamento positivo dei diritti reali: «Tipica è per i diritti reali l'azione di accertamento positivo dell'esistenza del diritto (di proprietà, di usufrutto, di servitù, ecc.) nei confronti di chi lo contesta (per es. di accertamento positivo della servitù esercitata dal titolare del fondo dominante: art. 1079 c.c.) o di accertamento negativo di diritti che altri vantano sulla cosa (azione c.d. negatoria esercitata dal proprietario: art. 949 c.c.). La natura di mero accertamento dell'azione si coglie con chiarezza se si pensa alla distinzione, presente agli artt. 948-949 c.c., fra azione di rivendica e azione negatoria. Nel caso di azione di rivendica il proprietario agisce contro il possessore o il detentore del bene ed ha l'esigenza non solo di far accertare il suo diritto, ma anche di recuperare materialmente il bene: dunque l'azione esercitata è tipicamente un'azione di condanna, diretta a una sentenza che, accertato il diritto di proprietà, ordini il rilascio del bene, eseguibile anche in via forzata. Nell'azione *negatoria* il presupposto è, invece, che il proprietario sia nel possesso del bene e abbia solo l'esigenza di fare giudizialmente dichiarare l'inesistenza di diritti che altri vantano sulla cosa (tipicamente diritti reali limitati, come servitù od usufrutto), rimuovendo l'incertezza che intralcia il pacifico godimento del suo diritto: dunque l'azione esercitata è tipicamente diretta ad una sentenza di mero accertamento».

⁵¹⁹ «L'azione di contestazione dello stato di figlio spetta a chi dall'atto di nascita del figlio risulti suo genitore e a chiunque vi abbia interesse».

⁵²⁰ Cfr. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 653, ove anche il richiamo, in materia di azioni di stato, dell'art. 263 c.c., sull'impugnazione del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio per difetto di veridicità.

⁵²¹ Cfr. E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., p. 23: «Nell'ambito dei rapporti obbligatori l'azione di mero accertamento ha per lo più ad oggetto il rapporto fondamentale contrattuale, che è fonte di reciproci diritti ed obblighi, sia nel senso di farne dichiarare l'esistenza o permanenza nei confronti del contraente che la contesta, sia nel senso di farne dichiarare l'inesistenza o l'inefficacia (come è tipicamente

c.c.⁵²², sulle azioni nei confronti del creditore ipotecario, ivi inclusa quella sulla nullità dell'iscrizione⁵²³. Ma anche una serie di norme processuali, significative e sistemiche, tratteggiano la nostra azione. Si menzionano, in particolare, le opposizioni esecutive previste dagli artt. 615 e 512 c.p.c.⁵²⁴, nonché l'art. 669-*octies* c.p.c., dai cui snodi si ricava che, rispetto ai provvedimenti anticipatori, come tali suscettibili di mantenere efficacia anche in difetto di instaurazione del giudizio di merito, è la parte incisa dalla misura emessa a doversi attivare appunto per l'accertamento negativo del diritto posto *ex adverso* a fondamento della sua iniziativa cautelare: «L'azione di accertamento negativo è destinata a giocare un ruolo importante con il rito cautelare che [...] prevede una maggiore stabilità per alcuni provvedimenti cautelari (sia quelli idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito che quelli resi *ex art.* 700), che possono sopravvivere anche se non venga instaurato il giudizio di cognizione. In queste ipotesi la parte che ha subito la cautela e che intenda liberarsene non potrà che agire in accertamento negativo per ottenere una sentenza che accerti l'inesistenza del diritto cautelando presupposto della misura»⁵²⁵.

per l'accertamento della nullità di un contratto, art. 1418-1422 c.c., o di simulazione, art. 1414 c.c.)»; EAD., *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, cit., p. 1109; A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 652; A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., p. 148.

⁵²² «Le azioni a cui le iscrizioni possono dar luogo contro i creditori sono promosse davanti all'autorità giudiziaria competente, per mezzo di citazione da farsi alla persona in mani proprie o all'ultimo domicilio da essi eletto. La stessa disposizione si applica per ogni altra notificazione relativa alle dette iscrizioni. Se non è stata fatta elezione di domicilio o se è morta la persona ovvero è cessato l'ufficio presso cui si era eletto il domicilio, le citazioni e le notificazioni possono essere fatte all'ufficio presso il quale l'iscrizione è stata presa. Se si tratta di giudizio promosso dal debitore contro il suo creditore per la riduzione dell'ipoteca o per la cancellazione totale o parziale dell'iscrizione, il creditore deve essere citato nei modi ordinari stabiliti dal codice di procedura civile».

⁵²³ Cfr. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 652.

⁵²⁴ Cfr. ancora A. CHIZZINI, *op. cit.*, pp. 652-653. Per una serie di rilievi sull'opposizione all'esecuzione, nell'ambito della ricostruzione dell'azione di accertamento negativo del credito in termini di azione *su questioni* (tema sul quale si tornerà a breve, nel testo), cfr. E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, cit., p. 1085 ss.

⁵²⁵ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 26. Nello stesso senso, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 653: «Piuttosto vale la pena precisare che sembra oggi poter svolgere un ruolo decisivo, in ragione del combinato disposto dei commi sesto e settimo dell'art. 669-*octies* c.p.c., la regola che vuole che i provvedimenti

A fronte di un simile quadro normativo, e dell'assenza (nel nostro ordinamento al contrario di altri, *in primis* quello tedesco) di una norma ammissiva dell'accertamento negativo *tout court*, è la stessa logica a imporre di confrontarsi con la possibilità di un'applicazione generale dell'istituto, al di là dei casi di legge⁵²⁶.

La risposta, per quanto è consentito dai limiti della presente indagine, deve ritenersi positiva.

È opportuno distinguere le ipotesi in cui l'accertamento negativo è volto a escludere un diritto che limiti il diritto dello stesso attore, secondo lo *specimen* dell'art. 949, comma 1, c.c., da quelle in cui la domanda di accertamento negativo è spesa in vista della declaratoria di inesistenza di un diritto, e in particolare di un diritto di credito, altrui.

Nel primo caso, «la negazione dell'altrui diritto è la negazione di un limite al diritto proprio»⁵²⁷, con la conseguenza che l'accertamento negativo si palesa «una forma di tutela giurisdizionale del diverso diritto del quale si dichiara la mancanza di limiti; e lo stesso art. 24, 1° co., Cost., impone una risposta affermativa»⁵²⁸.

Nel secondo caso, laddove la domanda abbia a oggetto un diritto di credito, il problema è senz'altro più complesso, ma del pari risolvibile positivamente. Ciò, non solo perché, sempre avuto riguardo all'art. 24 Cost.,

cautelari c.d. anticipatori non perdano più efficacia se il processo di cognizione piena non è iniziato entro il termine di cui all'art. 669-*octies*, primo e secondo comma, c.p.c.». In senso difforme, A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., p. 428 s., sulla base del rilievo per cui, in tali ipotesi, si tratterebbe di obliterare l'efficacia di un provvedimento giudiziale, e non già di reagire a un vanto stragiudiziale. Paiono peraltro persuasivi i rilievi espressi sul punto da A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 653, nota 98: «Ma se, come lo stesso R. ha giustamente dimostrato, certo nell'ordinamento possono trovarsi diverse gradazioni dell'interesse che consente di agire in accertamento negativo [...], questo non impedisce che le fattispecie siano comunque raggrumabili nell'unico insieme delle azioni di accertamento negativo e che, pertanto, anche quella volta a far venir meno l'efficacia del provvedimento cautelare per accertata inesistenza del diritto solo ventilato in sede di cautela sia riconducibile appieno al genere e, di fatto, ne diventi una delle più ricorrenti applicazioni».

⁵²⁶ Cfr. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Art. 2907, cit., p. 654: «Tant'è: logica impone che basti che se ne individui *in rerum natura* un esemplare – e questo è fuori dubbio – che si pone il problema della classificazione e nel caso quello della sua possibile atipica applicazione, soprattutto dovendosi lamentare anche qui la mancanza di una disposizione analoga a quella del par. 256 della ZPO tedesca o al par. 228 ZPO austriaca che espressamente si richiamano anche all'accertamento negativo del diritto».

⁵²⁷ E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, cit., p. 27.

⁵²⁸ *Ibidem*.

non sarebbe «azzardato pensare che questa norma, quando parla di “diritti soggettivi”, possa riferirsi – oltre che ai diritti soggettivi tradizionali – anche alle situazioni definibili come “di libertà”, offrendo il processo e la decisione come possibile forma di loro tutela»⁵²⁹; ma soprattutto in quanto, in termini generali, una volta ammessa l'azione di accertamento negativo, il fatto che la stessa possa avere a oggetto, oltre che un diritto limitativo dello stesso diritto dell'attore, anche un diritto di credito altrui, costituisce questione da valutarsi rispetto alla concreta applicazione dell'istituto, in relazione in particolare alla condizione dell'interesse ad agire, ma non già una – questa sì, inammissibile – introduzione nel sistema di un mezzo di tutela escluso in radice dal legislatore (assurgendo infatti a postulato ineludibile quello secondo il quale «il principio di legalità opera come limite estremo al potere di azione e, pertanto, a quello correlato della domanda, sicché a fronte della lesione dell'interesse sostanziale spetta sempre alla legge definire i concreti mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento»⁵³⁰). Si comprende quindi come l'azione di cui trattasi sia generalmente ammessa «anche in relazione a rapporti obbligatori, a fronte di vanti pregiudizievoli da parte del supposto creditore»⁵³¹, atteso che «il mezzo di tutela è in sé previsto dall'ordinamento e non si tratta di una nuova forma, ma solo d'individuare la portata applicativa nel concreto. Sarà poi l'interesse ad agire, richiesto per tutte le azioni di accertamento proposte quale vaglio di ammissibilità, a svolgere la funzione di criterio regolatore»⁵³².

⁵²⁹ *Ibidem*. Cfr. anche E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., pp. 23-24.

⁵³⁰ A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Art. 2907, cit., p. 138.

⁵³¹ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 25.

⁵³² A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Art. 2907, cit., p. 657. Cfr. anche V. TAVORMINA, *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, cit., p. 236: «Non si riesce dunque a far dire alle nostre leggi che oggetto della domanda introduttiva del giudizio di cognizione dev'essere un diritto dell'attore che lo stesso afferma esistente nei confronti del convenuto; può benissimo essere un diritto del convenuto nei confronti dell'attore che questi afferma inesistente [...], purché tale iniziativa corrisponda – come dicono alcune delle richiamate formule legislative straniere, da noi assorbite nella più generale formulazione dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) – ad un interesse dell'attore: requisito legislativo, quest'ultimo, che non può ovviamente significare esistenza (soggetta al controllo del giudice) di una (soggettiva) valutazione psichica di utilità da parte dell'attore, bensì esistenza di un oggettivo specifico vantaggio rispetto alla situazione iniziale che possa derivare all'attore dall'esito del giudizio».

Ciò detto, è appena il caso di aggiungere che, anche in questo scenario, restano comunque dibattuti plurimi profili dell'istituto, avuto particolare riguardo all'oggetto dell'azione *de qua* e dell'onere della prova.

Sul primo fronte, rispetto alla piana ricostruzione secondo la quale oggetto dell'azione di accertamento negativo può essere considerato il *diritto* soggettivo contestato dall'attore, sono stati avanzati, con specifico riferimento all'azione di accertamento negativo dei diritti di credito (in relazione alla quale viene in gioco la "libertà" dall'altrui pretesa⁵³³, e non già un «controdiritto» attoreo), densi e articolati rilievi critici. Mentre non sussistono dubbi rispetto all'azione di accertamento negativo di un diritto altrui incompatibile con l'esistenza, o con la pienezza, di una contrapposta posizione attorea, l'accertamento negativo dei diritti di credito è riguardato in termini di azione su *questioni*⁵³⁴ e le principali perplessità si riferiscono all'ipotesi del *rigetto* della domanda. In particolare, profilo centrale è apparso quello per cui l'attore, agendo per la declaratoria di inesistenza del diritto altrui, potrebbe fondare la sua domanda anche su *una sola* questione (relativa all'inesistenza di un fatto costitutivo, ovvero all'esistenza di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo); ma, se così è, laddove si ritenesse che oggetto del processo sia il diritto soggettivo vantato dal convenuto,

⁵³³ Cfr. E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., pp. 23-24: «Più raro è che vi sia pratico interesse ad esercitare l'azione di mero accertamento in relazione a un singolo diritto di credito, poiché le contestazioni insorgono per lo più quando già è attuale l'obbligo di prestazione e dunque la controversia sfocia nell'esercizio di un'azione di condanna da parte del creditore. L'iniziativa dell'azione di mero accertamento dell'obbligazione è invece sovente esercitata dal soggetto che ritiene di essere infondatamente indicato come debitore od obbligato ed essa assume allora il contenuto di un'azione di mero accertamento *negativo* diretta alla dichiarazione di *inesistenza* dell'altrui diritto. In tale particolare caso l'azione assume funzione di tutela non di un diritto soggettivo dell'attore, ma più in generale della "integrità" della sua sfera giuridica, intesa come "libertà" da un debito o da un obbligo (quello, appunto, che la controparte afferma esistere a suo carico). Si pensi, ad esempio, all'attore che chiede accertarsi che non sussiste la violazione di un diritto di brevetto affermato dalla controparte per vedere affermata la liceità della sua attività di messa in commercio di un determinato prodotto oppure che chiede accertarsi che non sussiste il credito al pagamento di una somma di denaro che la controparte ha stragiudizialmente avanzato nei suoi confronti. Anche la "libertà" da obblighi e debiti è ritenuta un'aspettativa meritevole di tutela giurisdizionale in quando diretta a rimuovere un ostacolo – l'incertezza – al pacifico svolgimento delle relazioni giuridiche».

⁵³⁴ In questo senso, E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, cit., *passim* e spec. pp. 1079 ss., 1093 ss.; V. TAVORMINA, *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, cit., p. 233 ss.; ID., *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, cit., p. 21 ss.

ragioni di simmetria ricostruttiva (e il principio della parità delle parti) imporrebbero di ritenere che il rigetto dell'azione comporti l'accertamento positivo del diritto oggetto di causa, insorgendo così il problema di un accertamento basato, appunto, su una sola questione, laddove lo stesso dovrebbe invece scaturire dalla sussistenza di *tutti* gli elementi costitutivi della fattispecie. «In tale contesto argomentativo si avvalorava quindi consapevolmente l'aderenza dell'oggetto del giudizio e del giudicato al singolo fatto (o ai singoli fatti) posto a fondamento della domanda di accertamento negativo e dunque la caratterizzazione di quest'ultima e dell'azione di cui costituisce esercizio come diretta all'accertamento di singole *questioni*, rispetto alla quale l'esistenza del diritto rileva solo in via mediata»⁵³⁵. Ragionare in termini opposti, e dunque «voler esigere che, anche nell'eventualità di un rigetto, la pronuncia possa compiutamente definire la lite sul diritto controverso e statuirne l'esistenza»⁵³⁶, significherebbe porsi in quella che è definita «scabra alternativa»⁵³⁷: e cioè «ammettere che il giudice possa emettere una declaratoria di esistenza praticamente “librata nel vuoto” (come è se, in ragione delle deduzioni dell'attore, accertata sia soltanto l'infondatezza di una singola eccezione), oppure imporre all'attore di sostanziare sin dall'inizio la *causa petendi* in termini *più estesi* di quelli che sarebbero imposti dalla correlazione funzionale con il *petitum* della sua domanda (e così allora imponendogli non solo di individuare il diritto negato [...] ma

⁵³⁵E. MERLIN, *op. cit.*, p. 1081, richiamando il percorso argomentativo di Tavormina («L'accertamento richiesto con una domanda di mero accertamento negativo ha per oggetto, osserva Tavormina, singoli fatti costitutivi od estintivi-impeditivi-modificativi e la loro rilevanza giuridica quale *causa petendi* della postulata declaratoria di inesistenza del diritto del convenuto [...]. Di conseguenza, se poi il fatto controverso sia viceversa accertato come esistente (in quanto costitutivo) ovvero inesistente (in quanto estintivo-impeditivo-modificativo) la decisione non può che limitarsi ad una corrispondente declaratoria sul singolo fatto. [...] A premessa dell'assunto è posta la regola, in sé pacifica, secondo cui “mentre per affermare l'esistenza di un certo credito (e più in generale di una certa situazione oggettiva) è indispensabile per definizione affermare che si sono verificati tutti i fatti per farlo nascere, per affermarne l'inesistenza basta affermare che non se ne è verificato uno” [...]. La decisione di rigetto di una domanda di accertamento positivo (o di condanna) può infatti essere fondata – come si insegna comunemente – sull'accertamento di un singolo fatto se esso *basti a far dichiarare attualmente inesistente* il diritto azionato [...]. Assimilando il *petitum* della domanda di accertamento negativo al contenuto tipico di una decisione di rigetto, la regola ricordata varrebbe appunto a limitare in senso corrispondente l'oggetto del giudizio»: *op. cit.*, p. 1079 ss.).

⁵³⁶E. MERLIN, *op. cit.*, p. 1090.

⁵³⁷*Ibidem*.

altresì di allegare, contestandoli o riconoscendoli, tutti i fatti che compongono la fattispecie costitutiva del diritto della controparte)»⁵³⁸. Chiaro che, in un simile scenario, l'ipotesi che prende corpo è appunto quella di sfuggire a entrambe tali insoddisfacenti ipotesi, limitando l'oggetto del giudizio e tratteggiando un'azione su singole questioni.

Altro orientamento è invece fermo nel prospettare che oggetto della domanda di accertamento negativo sia «proprio il diritto di credito vantato dal convenuto e contestato dall'attore»⁵³⁹: è vero che quest'ultimo intende contestare il credito vantato *ex adverso*, «ma per farlo dovrà appunto, con la propria domanda, dedurre in giudizio, quale oggetto della cognizione del giudice, proprio quello stesso diritto di credito»⁵⁴⁰. Si tratta di posizione che, oltre che aderente al complessivo impianto ordinamentale, che esclude di regola un giudicato su mere questioni⁵⁴¹, ritiene superabili i rilievi critici testé richiamati alla luce del generale principio della *semplificazione della fattispecie*. E invero, «il giudice, per giungere alla decisione sul merito e all'accertamento, non deve mai di necessità affrontare tutte le questioni di fatto e di diritto che sul piano della logica la struttura sostanziale della fattispecie pone, altrimenti i processi non finirebbero mai: compito del giudice non è quello di compiere un retrospettivo *iter* decisorio, in quanto egli non è uno storico-biografo intento a seguire passo passo, anziché fissarne solo l'attuale stato, le vicende cronologiche del diritto fatto valere e l'andamento dei fatti nei suoi riguardi giuridicamente rilevanti»⁵⁴²; al contrario, «egli decide sul diritto dedotto e a tale scopo affronta solo le questioni che pongono, in concreto, le parti o che la legge gli impone di rilevare d'ufficio»⁵⁴³. Il tutto con la rilevante conseguenza che l'azione di accertamento negativo, lungi da assurgere (se riguardata come avente a oggetto un diritto soggettivo) ad anomalia sistemica nell'ipotesi di suo riget-

⁵³⁸ *Ibidem*.

⁵³⁹ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 25.

⁵⁴⁰ C. CONSOLO, *op. loc. cit.*, con la conseguenza che la posizione dell'attore «è vicina (pur rimanendone però ben distinta) a quella del sostituto processuale, che fa valere in nome proprio un diritto altrui» (*op. cit.*, p. 26).

⁵⁴¹ Laddove invece discettare di un'azione su mere questioni equivarrebbe a postulare l'inammissibilità di un'azione di accertamento negativo *atipica*, essendo la stessa ipotizzabile avendo quale riferimento il diritto soggettivo.

⁵⁴² A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*. Art. 2907, cit., p. 662.

⁵⁴³ *Ibidem*.

to, e conseguente accertamento positivo del diritto vantato dal convenuto, è considerata per contro in linea con quanto accade nella consueta dinamica processuale («non si ha nulla di peculiare, si ha un accertamento del diritto senza che il giudice abbia accertato che nel caso si siano concretizzati tutti i fatti costitutivi del diritto»⁵⁴⁴).

Le divise posizioni si riverberano sul tema dell'onere della prova.

Per chi prospetta la teorica dell'azione su questioni, il (comprensibile e oggi invalso) ripudio della chiovendiana soluzione tradizionale⁵⁴⁵, che onera l'attore della dimostrazione, oltre che dell'esistenza dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, anche dell'inesistenza di quelli costitutivi del diritto del convenuto, non è che l'ulteriore conferma dell'«insostenibilità della ricostruzione dell'azione come avente ad oggetto il *diritto* in sé del convenuto, preparando di fatto il terreno per riconoscere tale oggetto, piuttosto, nella singola questione»⁵⁴⁶.

L'opposta dottrina, dal canto suo, conferma la necessità di superare le tesi incongruamente focalizzate sulla posizione processuale delle parti, laddove invece sia l'art. 2697 c.c., che si riferisce al piano sostanziale (e non già alla posizione di attore e convenuto), sia il principio della vicinanza della prova, depongono per la soluzione che onera l'attore della sola prova dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi⁵⁴⁷, ma non per questo abbandona

⁵⁴⁴ *Ibidem*.

⁵⁴⁵ Prospettata anche da Mortara e, in seguito, da Micheli.

⁵⁴⁶ E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, cit., p. 1099.

⁵⁴⁷ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., pp. 26-27: «Anzitutto vi è che l'art. 2697 c.c., nel dettare la regola-base di ripartizione dell'onere della prova, non fa riferimento alla posizione processuale assunta dalle parti, ma al piano sostanziale, distinguendo a tal fine tra colui che sostiene l'esistenza di un diritto (che dovrà per ciò dimostrare la sussistenza dei fatti costitutivi), e colui che al contrario ne sostiene l'inesistenza (onerato della prova dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi). Inoltre l'impostazione tradizionale non pare dare il giusto rilievo al principio fondamentale della "vicinanza alla fonte di prova", che informa lo stesso art. 2697 c.c., in forza del quale la dimostrazione di un fatto deve gravare sulla parte che più facilmente può darne prova». Nello stesso senso, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., pp. 665-666. Per un richiamo alla posizione sostanziale delle parti, cfr. anche R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 317-318, il quale rileva che, in caso di azione di accertamento negativo, il motivo di accoglimento della domanda, «badando all'assetto sostanziale della situazione soggettiva dedotta in giudizio, si fonderà sull'inesistenza del fatto costitutivo o sull'esistenza di un fatto modificativo, impeditivo o estintivo». Per l'analisi degli oneri probatori nelle azioni di

la già riferita impostazione per cui oggetto del processo rimane il diritto di credito nel suo complesso.

Così succintamente tratteggiate le diverse posizioni degli interpreti, ai fini della nostra indagine possiamo anzitutto considerare l'ipotesi – «incontroversa», giusta quanto fin qui richiamato – in cui l'azione di accertamento negativo è volta a escludere un diritto che limita il diritto dello stesso attore. L'esempio può essere quello della già richiamata azione negatoria *ex art. 949*, comma 1, c.c.

Iniziando dal caso dell'accoglimento della domanda, quanto osservato a suo tempo per l'ipotesi di graduazione attorea – e cioè per il caso dell'attore graduante fatti *costitutivi* – non può essere replicato. Per un verso, la relativa pronuncia, accogliendo appunto la richiesta di tutela giurisdizionale dell'attore, è anch'essa accertativa della commissione di un illecito (*i.e.*, l'affermazione di un diritto in realtà inesistente) e, come tale, anch'essa è provvista dell'efficacia precettiva che, come si è detto, è propria di tutte le pronunce di accoglimento⁵⁴⁸: il diritto è dichiarato inesistente e la condotta futura delle parti dovrà conformarsi a tale declaratoria. Per altro verso, tuttavia, occorre considerare che la pronuncia *de qua* è appunto una pronuncia di *inesistenza* della situazione giuridica dedotta nel processo. Il punto è rilevante per osservare che, contrariamente a quanto accade per l'attore graduante le fattispecie costitutive, in tal caso – laddove cioè le entità graduate dall'attore in vista dell'accoglimento della sua domanda siano provviste di efficacia impeditiva, modificativa ed estintiva – il fatto condizionato non appare idoneo a incidere sulla portata della pronuncia *ad instar* di quanto accade per l'ipotesi di accoglimento della domanda dalla quale scaturisca una dichiarazione di *esistenza* del diritto azionato. In caso di azione negatoria, allorché quindi il proprietario agisca «per far dichiarare l'inesistenza dei diritti affermati da altri sulla cosa», l'attore si pone nella posizione del convenuto eccipiente, e di converso è il convenuto a dedurre il fatto costitutivo del suo contestato diritto. In caso di accoglimento della domanda, e posto che l'attore deduce nel giudizio⁵⁴⁹ fatti obliterativi del diritto vantato *ex adverso*, le eccezioni dallo stesso spe-

mero accertamento, v. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, cit., p. 104 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 499 ss.; nonché, da ultimo, B. SASSANI, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, con Postilla di G. VERDE, in *Judicium*, 18 ottobre 2022, § 8.

⁵⁴⁸ Cfr. *supra*, soprattutto § 8.

⁵⁴⁹ E, come si è visto, ha l'onere di provare.

se sono di regola (trattandosi di far dichiarare *inesistente* il diritto oggetto del processo) equipollenti rispetto all'efficacia della richiesta sentenza. Anorché sia accertato un illecito, rispetto all'efficacia precettiva della sentenza non è, almeno di regola, rilevante che il diritto sia dichiarato inesistente a motivo del verificarsi dell'uno o dell'altro fatto (per esempio, che l'usufrutto sia dichiarato inesistente per prescrizione o scadenza del termine).

Venendo al caso opposto, del rigetto della domanda, l'esito processuale è accertativo dell'esistenza del diritto del convenuto, in relazione al quale lo stesso convenuto immette nel processo i «fatti costitutivi del diritto reale minore – ad es. servitù od usufrutto – dedotto in giudizio dall'attore in accertamento negativo»⁵⁵⁰. Va allora precisato che, secondo la teorica che si è fin qui mutuata, l'accertamento della commissione di un illecito è proprio, oltre che di tutte le pronunce di accoglimento, anche delle «pronunce di rigetto a cui consegue la dichiarazione dell'esistenza di un rapporto tra le parti»⁵⁵¹. Nel caso in esame, anche la pronuncia di rigetto, conseguendo alla stessa la declaratoria di *esistenza* del diritto dedotto in giudizio, manifesta un'efficacia precettiva rispetto al futuro contegno delle parti. Pertanto, laddove il convenuto indicasse più titoli a fondamento del proprio diritto reale minore, il richiamato profilo precettivo della sentenza di rigetto, in tal caso accertativa del diritto, potrebbe dipendere anche dal titolo sul quale si fondi la decisione, secondo la casistica già trattata⁵⁵². In tale ipotesi, quindi, non potrebbe escludersi l'eventuale esistenza di un interesse del convenuto stesso alla spendita di più fattispecie costitutive in via graduata (solo per tornare a esemplificazioni già svolte, un acquisto a titolo originario rispetto a un acquisto a titolo derivativo⁵⁵³).

Rispetto all'accertamento negativo dei diritti di credito, può essere mutuato il medesimo ragionamento.

In particolare, laddove si opini che, anche in tale ipotesi, oggetto del giudizio sia appunto il diritto del convenuto, le eccezioni spese dall'attore in vista della pronuncia di accoglimento della domanda risultano, di regola, equipollenti (tranne quella di compensazione⁵⁵⁴ e quelle che non impe-

⁵⁵⁰ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 27.

⁵⁵¹ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 69.

⁵⁵² Cfr. *supra*, § 8.

⁵⁵³ Cfr. ancora *supra*, § 8.

⁵⁵⁴ Cfr. Cass., 29 marzo 2006, n. 7257, in *DeJure* (la quale ha rilevato che «la proposi-

discono la proposizione di un'azione del convenuto basata sul medesimo diritto). È vero che, anche in tal caso, è accertato un illecito; ma l'efficacia precettiva della pronuncia non è incisa dall'entità graduata dall'attore. Di converso, qualora il convenuto gradui diverse fattispecie costitutive, la pronuncia di rigetto della domanda, accertativa del diritto del convenuto stesso, potrebbe manifestare una variabile efficacia precettiva. Riprendendo un esempio della dottrina relativo alla contestazione di un diritto di brevetto⁵⁵⁵, dall'accertamento del diritto sulla base di uno o dell'altro dei plurimi concorrenti titoli privativi eventualmente dedotti in giudizio potrebbe scaturire una diversa regolamentazione del contegno futuro delle parti.

Sembra peraltro che quanto precede potrebbe valere anche nell'ipotesi in cui oggetto dell'azione fossero ritenute mere questioni, con la conseguenza che, mentre l'accoglimento della domanda di accertamento negativo darebbe luogo senz'altro all'accertamento dell'inesistenza del diritto altrui, la (problematica) ipotesi del rigetto della domanda darebbe luogo a una pronuncia su singole questioni. In particolare, se si ritenga appunto che «il rigetto della domanda [...] si estrinseca soltanto nell'accertamento che il singolo fatto costitutivo negato si è invece verificato»⁵⁵⁶, pare possa emergere (in modo forse ancor più evidente rispetto all'ipotesi ricostruttiva secondo la quale oggetto della pronuncia è il diritto soggettivo *tout court*)

zione dell'eccezione di compensazione non necessita dell'uso di formule sacramentali, essendo sufficiente la manifestazione della volontà del debitore di opporre il controcredito. Tale volontà deve ritenersi sussistente allorché il convenuto proponga domanda di accertamento negativo del credito fatto valere dall'attore, fondandola, oltre che su avvenuti pagamenti, anche sull'esistenza di un proprio controcredito»).

⁵⁵⁵ Cfr. E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., pp. 23-24: «Si pensi, ad esempio, all'attore che chiede accertarsi che non sussiste la violazione di un diritto di brevetto affermato dalla controparte per vedere affermata la liceità della sua attività di messa in commercio di un determinato prodotto».

⁵⁵⁶ TAVORMINA, *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, cit., p. 238. Oltre all'ipotesi riportata nel testo (e cioè quella in cui «il singolo fatto costitutivo negato si è invece verificato»), l'Autore menziona anche quella in cui «il singolo fatto impeditivo, modificativo, estintivo affermato non si è verificato»; ma sembra trattarsi di ipotesi non rilevante ai nostri fini, atteso che, di regola, la parte non può graduare l'affermazione di inesistenza del fatto da ricondursi alla sfera giuridica dell'altra. Così come il convenuto in accertamento positivo non può – si intende: non può in modo vincolante per il giudice – graduare una mera difesa (cfr. *supra*, cap. I, § 12), anche il convenuto in accertamento negativo non può graduare la contestazione dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi spesi dell'attore.

un interesse del convenuto alla graduazione. Esemplicativamente, se l'attore agisce per l'accertamento negativo del diritto avversario al percepimento di un determinato importo per l'occupazione di un determinato immobile, potrebbe non essere indifferente, per il convenuto, che la domanda sia rigettata accertando il giudice che si è verificato il fatto costitutivo «contratto di locazione», ovvero la diversa fattispecie dell'occupazione senza titolo.

Venendo all'ipotesi dell'azione impugnatoria, i rilievi fin qui svolti sono suscettibili di essere riproposti, seppur con una rilevante precisazione.

In caso di accoglimento della domanda, anche rispetto all'azione impugnatoria vale il rilievo per cui la pronuncia constatata la presenza di un illecito ed esprime la regola della condotta futura delle parti. Segnatamente, essendo violato «un dovere che si inserisce in un rapporto giuridico più complesso in corso tra le parti»⁵⁵⁷, «l'ordinamento attribuisce alle parti o ad una di esse la possibilità di chiedere l'estinzione del rapporto più complesso nel quale si inserisce il dovere violato (ad es., le impugnative negoziali di annullamento, risoluzione, rescissione), quando la prosecuzione del rapporto appare incompatibile con la violazione della norma giuridica preesistente»⁵⁵⁸ e, dall'accertamento giudiziale, scaturisce «una nuova regola di condotta, che comporta una modificazione della precedente situazione giuridica in corso tra le parti»⁵⁵⁹; l'efficacia precettiva *in posterum*, propria di tutte le pronunce di accoglimento, è quindi confermata. Peraltro, l'attore deduce in giudizio, quali motivi di impugnativa⁵⁶⁰, fattispecie impeditive o estintive, che, almeno di regola, non vengono in rilievo rispetto alla latitudine di tale efficacia. Per esempio, l'attore potrebbe graduare plurime ragioni di annullamento del contratto (per dolo e, in subordine, per errore; ovvero, in diversa prospettiva, plurimi distinti fatti integranti dolo contrattuale⁵⁶¹), ma esse risulterebbero equipollenti rispetto all'invo-

⁵⁵⁷ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 70.

⁵⁵⁸ R. CAPONI, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁵⁹ R. CAPONI, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁶⁰ Cfr. B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, cit., p. 254; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 262.

⁵⁶¹ Cfr., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 138: «Domanda costitutiva [...] da considerare (a tutti i fini che sappiamo) auto- od etero-determinata? Qualche esempio concreto di diritto civile consentirà di meglio apprezzare la rilevanza,

cata pronuncia di annullamento del rapporto. Sembra possa essere letto in questa prospettiva il rilievo secondo il quale, «se il rapporto complesso è cessato od è esaurito, di regola, un siffatto interesse»⁵⁶², e cioè un interesse della parte alla decisione in via prioritaria di una determinata questione, «dovrà essere escluso»⁵⁶³.

Fa eccezione il caso in cui, oltre al profilo demolitorio, la pronuncia manifesti anche un contenuto di accertamento. In particolare, rispetto alle azioni di impugnativa di atti costituenti esercizio di poteri sostanziali (come per esempio quello di licenziamento, o quello assembleare negli enti collettivi), laddove si postuli che la sentenza di accoglimento della domanda manifesti un duplice contenuto, non soltanto di annullamento dell'atto viziato, ma anche di «accertamento circa il potere ed il suo esercizio»⁵⁶⁴, esprimendo la regola vincolante in relazione al nuovo esercizio del potere, la quale varia in base alla ragione posta alla base della decisione, può inferirsi un interesse alla graduazione da parte dell'attore. Se la pronuncia di

all'atto pratico qui forse ancora più notevole che altrove, della questione (che, fra l'altro, mutato quel che vi è da mutare, si ripresenta anche nello studio dei processi di impugnazione di provvedimenti amministrativi o tributari e così si espande alle più varie esperienze giurisdizionali). Il dolo, l'errore essenziale riconoscibile, la violenza morale, l'incapacità del contraente alimentano differenti poteri di azione costitutiva tesi all'unico risultato dell'annullamento del contratto viziato – dando luogo ad *azioni* connesse per l'oggetto e *concorrenti* – o sono differenti alternativi fondamenti di un potere unitario e così confluiscono in un solo oggetto di giudizio (sia pure eventualmente articolato su una pluralità di *alternative allegazioni* di fatti acquisitivi)? E lo stato di pericolo fonda una azione di rescissione del contratto assunto a condizioni inique diversa da quella giustificata dalla lesione *ultra dimidium* subita da chi versi in stato di bisogno? La risposta prevalente e tradizionale è nel senso della pluralità delle domande, intese quindi come etero-determinate (ma taluni autori dissentono e l'abbandono della equivoca nozione del diritto sostanziale potestativo quale oggetto dei giudizi costitutivi può aiutare tale impostazione). Ad ogni modo, la tesi della pluralità dei fatti costitutivi, ciascuno individuatore di una azione, non può essere portata oltre un certo segno ed invero la giurisprudenza – pur essendo in genere qui tradizionalmente orientata – considera titolo della domanda, ad esempio di annullamento, la fattispecie legale tipica, ad esempio, del dolo, ma non ciascuno dei fatti di raggirio negoziale che l'attore affermi avvenuti in vari momenti ed occasioni delle trattative. Il titolo è dato quindi nel suo complesso, se non dall'insieme dei fatti che giustificano e rendono giudizialmente ottenibile l'effetto di annullamento del contratto, da ciascun *sottoinsieme* (*giuridicamente omogeneo* di tali fatti: tutti quelli che integrano la fattispecie astratta del dolo, dell'errore, della violenza, dell'incapacità, etc.).»

⁵⁶² S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 994.

⁵⁶³ *Ibidem*.

⁵⁶⁴ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 990, nota 33.

accoglimento della domanda, «oltre ad un effetto caducatorio, ha un effetto conformativo, in quanto esprime la regola vincolante in ordine al riesercizio del potere, regola che non è sempre uguale, ma muta in base alla ragione che è posta a fondamento della pronuncia»⁵⁶⁵, allora «l'attore ha interesse che il giudice [...] conosca i motivi d'illegittimità dell'atto nel rispetto di un ordine da lui predeterminato»⁵⁶⁶.

Sembra peraltro che si tratti di una conferma di quanto già detto rispetto alla graduazione svolta dall'attore in relazione alla pronuncia di accoglimento da quest'ultimo invocata. Anche in questo caso, la sentenza, rispetto alla quale è predicabile, oltre al profilo demolitorio, anche un contenuto di accertamento, rileva la commissione di un illecito, e quindi un contegno difforme dalla regola di condotta di cui alla disciplina sostanziale; e, anche in questo caso, l'accertamento giudiziale esprime «la regola della condotta futura delle parti funzionale alla rimozione di quest'ultimo e alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata»⁵⁶⁷. In particolare, in tali casi l'illecito si è concretizzato «nell'infondata affermazione e/o esercizio di un potere, facoltà o pretesa in capo a sé»⁵⁶⁸, e la regola di condotta espressa dall'accertamento contenuto nella sentenza si riferisce al prosieguo del rapporto *inter partes* e, in particolare, al rinnovato esercizio del potere sostanziale.

Anzi, il caso *de quo*, riferendosi a un'ipotesi in cui il potere sostanziale scrutinato nel primo processo è reiterabile, appare emblematico della predicata efficacia precettiva che, a suo tempo, è venuta in rilievo rispetto al condizionamento meritale attoreo⁵⁶⁹. L'efficacia in questione è, in tal caso, scolpita anche normativamente. Significativo è, in particolare, l'art. 2434-bis c.c., sull'invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio, il quale – dopo aver disposto, nei primi due commi, che «le azioni previste dagli articoli 2377 e 2379 non possono essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta l'approva-

⁵⁶⁵ S. MENCHINI, *op. loc. cit.*

⁵⁶⁶ S. MENCHINI, *op. loc. cit.*; ivi l'Autore prospetta anche che, in tali ipotesi, l'attore ha interesse a che il giudice «non si limiti a riconoscere la sussistenza di un vizio, ma espanda il suo sindacato a tutti i vizi denunciati, di modo che il controllo sul potere sia il più esteso possibile» (si tratta del già menzionato – cfr. *supra*, cap. I, § 14 – tema del vincolo giudiziale alla completezza della decisione). Al riguardo, cfr. anche *infra*, nota 574.

⁵⁶⁷ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 70.

⁵⁶⁸ *Ibidem*.

⁵⁶⁹ Cfr. *supra*, § 8.

zione del bilancio dell'esercizio successivo» e che «la legittimazione ad impugnare la deliberazione di approvazione del bilancio su cui il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti ha emesso un giudizio privo di rilievi spetta a tanti soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale» – prevede, al terzo comma, che «il bilancio dell'esercizio nel corso del quale viene dichiarata l'invalidità di cui al comma precedente tiene conto delle ragioni di questa». Al di là della specificità della fattispecie, la previsione appare recepire la predicata efficacia precettiva *in posterum* della pronuncia giudiziale. Se l'azione è accolta, e viene dichiarata l'invalidità della delibera impugnata, anche il bilancio dell'esercizio in corso – la norma parla del bilancio, ma menziona metonimicamente l'oggetto in luogo del suo autore, e cioè gli amministratori – *tiene conto delle ragioni di questa*. La pronuncia definisce anche la norma che deve orientare il successivo contegno delle parti, «si pone quindi come *regola iuris* per i futuri comportamenti della società»⁵⁷⁰. Indubbiamente, il terzo comma dell'art. 2434-*bis* c.c. «costituisce riconoscimento espresso che dalla statuizione giurisdizionale discende una regola precettiva disciplinante la formazione del bilancio relativamente ai nuovi esercizi sociali»⁵⁷¹. Del pari, è evidente che «le caratteristiche ed i limiti di tale vincolo potranno emergere»⁵⁷², e quindi dipenderanno, «dalle “ragioni”, esposte nella parte motiva della sentenza»⁵⁷³, donde la possibile sussistenza di un interesse

⁵⁷⁰ Così S. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, p. 477.

⁵⁷¹ A. MOTTO, *Note in tema di limiti oggettivi e soggettivi di efficacia della sentenza nei giudizi di impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, cit., p. 546. Cfr. anche ID., *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed «accertamento in prosecuzione» nei giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali*, cit., pp. 155-156: «Un riconoscimento implicito, ma chiaro, dell'efficacia dichiarativa della sentenza che decide la domanda di impugnazione, è offerto, nel diritto civile, dall'art. 2434-*bis*, 3° comma, c.c. [...]: dalla statuizione giurisdizionale discende una regola precettiva, che vincola gli organi societari, in occasione della formazione del bilancio relativo ai nuovi esercizi sociali [...]. Nel diritto amministrativo, la legge qualifica come nullo l'atto emesso in violazione o in elusione del giudicato (confronta l'art. 21-*septies*, l. 241/1990 e l'art. 114, 2° comma, lett. *b*), c.p.a.); ciò presuppone che la sentenza di accoglimento dell'azione di impugnazione detti una regola vincolante, a cui l'amministrazione si deve conformare in occasione della rinnovazione del potere».

⁵⁷² U. COREA, *Effetti delle sentenze di annullamento non passate in giudicato e doveri degli amministratori*, in *Società*, 2022, p. 366.

⁵⁷³ *Ibidem*.

alla graduazione, per esempio di un motivo di invalidità meramente formale rispetto ad altro di diversa pregnanza, perché «sostanziale»⁵⁷⁴.

Venendo alla pronuncia di rigetto, essa, nella misura in cui risulti accertativa della situazione giuridica oggetto dell'avversa azione impugnatoria, manifesta anch'essa l'efficacia precettiva fin qui evidenziata. Ribadiamo infatti che l'accertamento della commissione di un illecito è proprio, oltre che di tutte le pronunce di accoglimento, anche delle «pronunce di rigetto a cui consegue la dichiarazione dell'esistenza di un rapporto tra le parti»⁵⁷⁵, ivi incluse quelle di «rigetto di una domanda di sentenza costitutiva diretta ad estinguere un rapporto tra le parti»⁵⁷⁶. Ne consegue che non è da escludersi che possa sussistere, in capo al convenuto che deduca più fatti costitutivi in vista del rigetto dell'azione avversa, un interesse alla graduazione secondo i dettami già visti in relazione alla posizione attorea. Per esempio, qualora si postuli che, laddove il giudice rigetti la domanda di annullamento o di risoluzione, sia accertata la validità del rapporto⁵⁷⁷, potrebbe allora ipotizzarsi che il convenuto possa ammissibilmente graduare

⁵⁷⁴ Cfr. A. MOTTO, *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed «accertamento in prosecuzione» nei giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali*, cit., pp. 161-162: «È da ammettere che l'attore possa validamente istituire un vincolo al potere decisorio del giudice, volto a suscitare il controllo giurisdizionale sul potere sostanziale, in modo da ritrarre dalla pronuncia di accoglimento la maggior tutela possibile. In primo luogo, l'attore, che impugni l'atto, facendo valere sia vizi di natura sostanziale, sia vizi di carattere formale, può chiedere al giudice di esaminare in via prioritaria i primi rispetto ai secondi e, quindi, può fare richiesta all'ufficio di non pronunciare l'accoglimento della domanda sulla base del riconoscimento di un vizio formale, senza avere prima esaminato i vizi sostanziali; il giudice, nel caso in cui la questione relativa al vizio formale sia di più pronta soluzione, non può limitarsi al suo accertamento e, in base ad esso, accogliere la domanda, assorbendo l'esame del vizio sostanziale, ma deve esaminare e risolvere anche la questione relativa a quest'ultimo» (l'Autore fa inoltre riferimento a un possibile vincolo di completezza imposto dalla parte al giudice, rilevando che, «in secondo luogo, l'attore, che impugni l'atto facendo valere più vizi, in specie di natura sostanziale, può richiedere all'ufficio di estendere il suo esame a tutti i profili di invalidità dedotti, quando l'accertamento a più largo raggio gli consenta di ritrarre una tutela maggiore e più effettiva; il giudice non deve arrestarsi alla risoluzione, in senso affermativo, di uno solo di essi, sebbene ciò sia sufficiente a fondare la decisione di accoglimento, ma deve procedere all'esame anche degli altri profili di invalidità dedotti»).

⁵⁷⁵ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 69.

⁵⁷⁶ R. CAPONI, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁷⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., che peraltro affaccia tale eventualità se, in motivazione, il giudice «accerti e si pronunci non equivocamente nel senso della validità del negozio».

diverse fattispecie costitutive dello stesso (per esempio, una locazione e, in seconda battuta, un concorrente contratto di comodato). Se si opini che «il rigetto di una qualsiasi delle domande di impugnativa porta con sé il riconoscimento che gli effetti del contratto sussistono e che, dunque, esiste il rapporto giuridico sul quale l'azione aveva la pretesa di incidere»⁵⁷⁸ – prospettando un esito speculare a quello scaturente dall'accoglimento dell'azione di adempimento⁵⁷⁹ –, allora il convenuto, se nell'ambito delle sue deduzioni affermi diversi fatti costitutivi, potrebbe anche accedere (sussistendone un interesse apprezzabile già nel giudizio pendente) al condizionamento di essi, manifestando anche la sentenza di cui trattasi (di rigetto, ma accertativa dell'esistenza del rapporto) un'efficacia precettiva avuto riguardo al futuro contegno delle parti.

In conclusione, e in via di sintesi, l'analisi fin qui svolta rispetto alle azioni di accertamento negativo e alle azioni impugnatorie è valsa a porre in luce due ulteriori circostanze, che concorrono a confermare e specificare quanto rilevato nel presente capitolo rispetto all'ammissibilità della graduazione delle questioni di merito. Da un lato, rispetto alla sentenza di accoglimento della domanda, è emerso che la portata precettiva *in posterum*, ritenuta caratteristica di tale sentenza, è predicabile anche in caso di accoglimento di un'azione *impugnatoria* (rispetto alla quale l'attore deduca quindi fatti impeditivi, modificativi o estintivi), allorché la stessa, avente a oggetto l'*atto di esercizio di un potere sostanziale*, manifesti, oltre a un'efficacia demolitoria, anche un contenuto accertativo della regola della condotta futura delle parti (in relazione al nuovo esercizio del potere *de quo*). Si tratta, nella sostanza, di una conferma di quanto già evidenziato⁵⁸⁰. Dal-

⁵⁷⁸ S. MENCHINI, in S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 88, in relazione alle azioni di impugnazione contrattuale. L'Autore aggiunge che il riconoscimento del contratto scaturente dal rigetto dell'impugnativa appare potenzialmente idoneo a chiudere ogni discorso sul punto: «Salvi i fatti sopravvenuti, che sono in grado di giustificare la proposizione della domanda di risoluzione posteriormente alla formazione del primo giudicato, sono precluse azioni che o hanno un differente *petitum* (nullità anziché annullamento, rescissione piuttosto che risoluzione, e così via) o che, pur avendo il medesimo *petitum*, sono fondate su motivi differenti rispetto a quello dedotto nel primo giudizio (fatti di inadempimento diversi, episodio di violenza anziché una vicenda che è causa di errore essenziale, ecc.). La regolamentazione di diritto sostanziale, in ordine al rapporto oggetto di contesa, stabilita dalla sentenza, rende incompatibile ogni discussione ulteriore sulla spettanza del bene della vita, aggiudicato al vincitore dalla prima decisione» (*ibidem*).

⁵⁷⁹ Cfr. S. MENCHINI, *op. loc. cit.*

⁵⁸⁰ Cfr. *supra*, in particolare § 8.

l'altro lato, rispetto alla sentenza di rigetto della domanda, è emerso che la predicata portata precettiva della sentenza è riscontrabile anche in relazione a tale tipologia di pronuncia, ma soltanto allorché – *ad instar* di quanto normalmente accade in relazione alla pronuncia di accoglimento della domanda – a essa consegua la dichiarazione di *esistenza* della situazione giuridica dedotta in giudizio e il convenuto gradui, rispetto a tale declaratoria, fattispecie *costitutive*.

19. Rilievi di sintesi

All'esito del percorso svolto, possono essere tracciati i seguenti rilievi di sintesi.

L'analisi effettuata si basa sulla necessità di distinguere, in punto di subordinazione delle questioni di merito, tra la posizione dell'attore e quella del convenuto. Centrale, in particolare, è risultata l'affermazione del principio della *legittimazione alla graduazione*, che, per quanto concerne l'attore, comporta che il condizionamento delle allegazioni si riferisca in via esclusiva alla pronuncia di *accoglimento della sua domanda*; e, per quanto concerne il convenuto, comporta che il condizionamento delle allegazioni si riferisca in via esclusiva alla pronuncia di *rigetto della domanda avversaria*.

Ciò posto, la focalizzazione dell'esame, rispetto all'attore, sulla sentenza di *accoglimento* della domanda basata su una determinata fattispecie *costitutiva*, ha permesso di porre in luce l'esistenza di un interesse dell'attore a vedere acclarata l'esistenza del proprio diritto *come nascente da un certo fatto costitutivo*, anziché da un altro. Tale interesse si manifesta in quanto la sentenza di accoglimento della domanda giudiziale, accertando, per definizione, un illecito sostanziale, presenta un peculiare aspetto *precettivo* in posterum. Segnatamente, la sentenza accerta l'illecito ed esprime la regola della condotta futura delle parti funzionale alla rimozione di quest'ultimo e alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata. Tale portata precettiva della sentenza di accoglimento è suscettibile di essere incisa dal fatto costitutivo posto a fondamento della decisione, in una serie di fattispecie nelle quali la regolamentazione del contegno futuro delle parti dipende, anche sotto il profilo della stabilità della stessa, dal titolo alla base della decisione. In tali ipotesi, l'attore potrebbe risultare portatore di un interesse al condizionamento del fatto stesso. Si tratta, del resto, di interesse riscontrabile già *nel processo in corso*, afferendo allo stesso diritto accertato nella pronuncia di accoglimento della domanda.

La sentenza di *rigetto*, punto di riferimento della graduazione del convenuto, non è invece, in quanto tale, accertativa di un illecito sostanziale, ed è quindi priva della portata effettuale propria di quella di accoglimento, con la conseguenza che, rispetto a essa, non può essere replicato quanto rilevato in relazione all'attore graduante fatti costitutivi. La sentenza di rigetto, peraltro, manifesta anch'essa una portata suscettibile di essere incisa dalla questione posta a fondamento della stessa, ma, se si considera l'*ambito oggettivo del processo pendente*, il convenuto è portatore di un interesse al condizionamento delle sole *eccezioni non impeditive della riproposizione della domanda* e dell'*eccezione di compensazione*. Per contro, il condizionamento di altre eccezioni, ivi incluse quelle che implicano attuazione del diritto azionato dall'attore, mettendo in gioco un controdiritto del convenuto, postula, per essere sorretto da un interesse apprezzabile già nell'ambito del processo pendente, e quindi per essere ammissibile, la proposizione di *domanda riconvenzionale*. Anche le stesse eccezioni di adempimento, ovvero anche di novazione, per definizione «onerose» (e quindi ipotesi elettive di possibile condizionamento), sono parse suscettibili di graduazione laddove sia contestualmente proposta, in via riconvenzionale, la domanda che valga a giustificare l'intesse alla loro proposizione condizionata⁵⁸¹.

Un discorso a parte è stato svolto, da ultimo, in relazione all'attore graduante eccezioni e, di converso, al convenuto graduante fatti costitutivi. In sintesi, è emerso che, da un lato, la predicata portata precettiva *in posterum* della sentenza è riscontrabile anche in caso di accoglimento di un'azione *impugnatoria* avente a oggetto l'*atto di esercizio di un potere sostanziale*; e che, dall'altro lato, sussiste un'ulteriore area di ammissibilità della graduazione, allorché il convenuto deduca in via condizionata fatti costitutivi in relazione alla pronuncia di rigetto dell'altrui domanda di accertamento negativo o dell'altrui domanda impugnatoria.

Possono essere effettuate, in chiusura, ulteriori brevi considerazioni su quanto fin qui prospettato.

Di nuovo, distinguiamo tra attore e convenuto.

Rispetto all'attore, e quindi alla sentenza di accoglimento della domanda da questi invocata, la lezione maggioritaria sul condizionamento delle questioni fa leva su dati ineccepibili: l'estraneità del fatto costitutivo all'oggetto del processo, la tendenziale irrilevanza di altri eventuali giudizi, viepiù su diritti diversi da quello *sub iudice*, l'efficacia attributiva di un de-

⁵⁸¹ Per esempio, in caso di adempimento, quella di ripetizione dell'indebitato.

terminato bene della vita (e quindi preclusiva di qualsivoglia decisione che valga a obliterare, anche indirettamente, tale attribuzione) costantemente ascrivibile a tale sentenza. Poiché il fatto costitutivo *esula* dall'oggetto del giudizio, poiché altre future vertenze restano meramente *eventuali*, come pure l'incidenza su di esse del fatto posto alla base della prima pronuncia, poiché l'efficacia attributiva del bene della vita è *sempre comunque presente* in caso di accoglimento della domanda, allora l'attore, almeno di norma, non è portatore di interesse al condizionamento delle questioni.

Una simile lettura non è contestabile nei suoi presupposti e nel suo consequenziale esito in punto di graduazione attorea; sembra però parziale, poiché trascura di considerare che la sentenza di accoglimento basata su un determinato fatto costitutivo (indefettibile punto di riferimento della pronuncia, ancorché non ricompreso nell'oggetto del processo) manifesta anche una peculiare portata precettiva *in posterum* – avente a oggetto la condotta futura delle parti funzionale alla rimozione dell'illecito e alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata –, la quale concerne lo stesso diritto dedotto nel processo ed è suscettibile di variare a seconda del fatto costitutivo posto alla base della decisione; e che il processo in corso è l'*unica sede* per ottenere la determinazione di tali profili nell'emananda sentenza, emergendo così un interesse attoreo a ottenere che il diritto sia accertato come *promanante da un determinato fatto costitutivo, anziché da un altro*.

In questo quadro pare possa essere letto il rilievo per cui il potere giudiziale di stabilire l'ordine di decisione delle questioni ben può essere «limitato dal contrario interesse delle parti anche quando, *ferma l'“identità” del diritto fatto valere*, sia in gioco soltanto *il modo in cui la pronuncia verrà ad inserirsi nelle loro relazioni sostanziali*»⁵⁸². Ferma la latitudine oggettiva del processo, limitato al diritto fatto valere, la sentenza di accoglimento determina in via definitiva la regolamentazione volta all'attuazione del diritto accertato – e quindi *in quali termini* la pronuncia stessa *si inserisca nelle relazioni sostanziali tra le parti, a prescindere* da eventuali altre e diverse liti –, e ciò concreta l'interesse dell'attore a graduare l'entità processuale (il fatto costitutivo) che incide su tale latitudine effettuale della sentenza.

Anche rispetto al convenuto, e quindi alla sentenza di rigetto della domanda, da questi invocata, la lezione maggioritaria sul condizionamento

⁵⁸² E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 152 (miei i corsivi).

delle questioni fa leva su dati ineccepibili: ogni eccezione sollevata dal convenuto è astrattamente idonea a definire il giudizio e la portata della sentenza di rigetto è soggetta a *sensibili variazioni* in relazione alla questione posta a fondamento della stessa, con la conseguenza che, in plurime ipotesi, potrebbe essere riscontrabile un interesse al condizionamento delle eccezioni da parte del convenuto.

Anche in questo caso, una simile lettura non è contestabile nel suo presupposto e nel suo consequenziale esito in punto di graduazione delle questioni da parte del convenuto; sembra però parziale, poiché trascura di considerare che, se si assume quale riferimento l'*ambito del giudizio pendente*, tutte le eccezioni appaiono di regola *equipollenti* rispetto all'obiettivo che il convenuto si è prefisso (il rigetto della domanda altrui), tranne soltanto le eccezioni meramente «sospensive» dell'azione *ex adverso* spiegata e, altresì, l'*unicum* rappresentato dall'eccezione di compensazione. È vero che la portata della sentenza è soggetta a variazioni, ma esse non sono riscontrabili nel processo pendente, limitato – volutamente limitato dal convenuto che non acceda alla riconvenzione – al diritto attoreo. Così, per esempio, in caso di istanza avente a oggetto la subordinazione dell'eccezione di adempimento, si deve «negare l'asserito vincolo giudiziale»⁵⁸³ (a rispettare l'*ordo decisionis* richiesto dalla parte), «la cui carenza *non perturba la corretta funzionalità del giudicato di rigetto* della domanda»⁵⁸⁴, salvo il caso in cui subito, riconvenzionalmente, il convenuto esperisca la *condictio indebiti*. La circostanza che assurga a motivo portante una determinata eccezione, piuttosto che un'altra, di regola *non inficia la funzionalità della decisione di rigetto*, punto di riferimento della graduazione del convenuto.

Può essere da ultimo osservato che, se il quadro prospettato presenta quale elemento centrale (e pregno di conseguenze applicative) quello della differenziazione tra la posizione dell'attore e quella del convenuto, sembra peraltro che si tratti di differenziazione sintonica rispetto alla, sotto plurimi profili non omologabile, posizione da essi assunta nel processo e, ancora, ai principi che possono ritenersi sottesi alla tematica che ci occupa.

È infatti l'attore il soggetto che, nella sostanza, si assume l'onere di prospettare e giustificare la «*pars construens*» della domanda giudiziale; il convenuto, che non acceda alla riconvenzione (o alla domanda *ex art.* 34

⁵⁸³ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 539, nota 128.

⁵⁸⁴ C. CONSOLO, *op. loc. cit.* (mio il corsivo).

c.p.c.), si pone per contro in una posizione che – viepiù se considerata sotto il profilo che rileva in questa sede, e dunque, nella sostanza, nella prospettiva della parte eccipiente – è quella protesa all'assoluzione dall'altrui domanda, e quindi a un esito processuale che, in sé considerato, e cioè a prescindere dalla prospettazione di diversi scenari, altri rispetto al perimetro oggettivo del processo attivato dall'attore, non appare significativamente differenziabile alla luce dei motivi meritali che lo supportano.

In tale prospettiva, per un verso, assumere una posizione tendenzialmente restrittiva rispetto al potere di graduazione del convenuto si pone senz'altro in linea con il principio del primato della ragione più liquida, e quindi con il principio di economia processuale. Per altro verso, il potere di condizionamento ascritto all'attore (comunque non generale, ma da valutarsi rispetto all'effettiva incidenza del titolo in relazione all'aspetto pre-cettivo della decisione) potrebbe trovare rispondenza in una prospettiva di economia «extraprocessuale». Si allude al fatto che «quella scelta che, all'interno del processo pendente, può operare a favore della economia di attività, propiziando la definizione del giudizio per la via più sollecita, può invero talora rivelarsi controproducente, non appena si ampli la prospettiva alla generale economia giudiziale extraprocessuale»⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 519. L'Autore, peraltro, richiama il tema in questione soprattutto in relazione al profilo dell'inesigibilità del credito dedotto in giudizio («L'interesse della parte previdente alla graduazione pare, almeno in talune ipotesi e muovendo dalla impostazione appena accolta in tema di limiti cronologici ed obbiettivi del giudicato, difficilmente sottovalutabile e poco davvero conta che esso voglia poi definirsi “di fatto” piuttosto che “giuridico”; non dubbia è comunque anche la circostanza per cui la imposizione al giudice di un dato *ordo procedendi* nell'esame delle varie questioni arreca al corso del processo un certo margine di appesantimento, incidendo così su quella che potrebbe dirsi l'economia giudiziale “endoprocessuale”; infine – ed è questa una riflessione che pure deve compiersi, poiché vale ad impostare la questione nella prospettiva più esauriente e così più corretta – va osservato che il vincolo ad un dato ordine, stabilito dalla parte in considerazione della differente portata preclusiva del giudicato di rigetto, può essere invece fonte di un sensibile beneficio sotto il profilo della economia giudiziale che potrebbe definirsi “extraprocessuale”: basti pensare, stando all'esempio classico innanzi addotto, come la scelta di rigettare subito la domanda di condanna per inesistenza del credito, piuttosto che solo “allo stato” per la considerazione – in astratto pure assorbente – della inesigibilità attuale del diritto, varrebbe a precludere in prosieguo quel nuovo processo che diversamente si profila altamente probabile. Se sicura ed immediata è così la diseconomia “endoprocessuale” arrecata dal vincolo ad un certo ordine (che vede, in tale esempio, al primo posto l'accertamento della attuale esistenza del diritto), appare in simili ipotesi quasi altrettanto certo – ma è da ritenere di maggiore peso comparativo – il vantaggio in termini di economia e di concentrazione complessiva della attività giudiziale da svolgere in ordine

Orbene, secondo quanto si è fin qui illustrato, l'attore, nel graduare la fattispecie costitutiva in vista dell'accoglimento della sua domanda, opera un condizionamento rispetto alla determinazione, contenuta nella sentenza, della regolamentazione della condotta futura delle parti funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, anche in relazione alla stabilità della realizzazione stessa. Si tratta di determinazione idonea a incidere, *in primis*, sui profili extraprocessuali del rapporto *inter partes*, a partire da quelli concernenti l'attuazione del diritto accertato e il contegno futuro delle parti a esso relativo (oltre che a venire in rilievo nell'eventuale successivo giudizio avente a oggetto il medesimo bene della vita). L'ordine di decisione indicato dall'attore, quindi, se da un lato limita l'applicazione del principio di economia processuale, dall'altro lato potrebbe rispondere, quantomeno sotto il profilo del «superamento» dell'illecito accertato dalla sentenza di accoglimento e della realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, all'«economia complessiva» della relazione *inter partes*.

alla tutela di quel determinato rapporto giuridico, così da indurre a non contrastare, neppure sotto questo finale profilo pubblicistico, l'ammissibilità di allegazioni graduate»: *op. cit.*, pp. 507-508).

CAPITOLO III

PROFILI DINAMICI

SOMMARIO: 1. Piano dell'indagine. La riforma del 2022. – 2. L'istanza di graduazione dei fatti costitutivi nella dinamica del giudizio di cognizione. Necessità di distinguere allegazione e istanza di graduazione. L'istanza, diversamente dall'allegazione (da proporsi entro la prima memoria successiva agli atti introduttivi), può essere proposta fino alla precisazione delle conclusioni. – 3. L'istanza di graduazione delle eccezioni nella dinamica del giudizio di cognizione. Necessità di distinguere istanza-eccezione, allegazione e istanza di graduazione. L'istanza, diversamente dall'istanza-eccezione (da proporsi, in caso di eccezione riservata, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata) e dall'allegazione (da proporsi entro la prima memoria successiva agli atti introduttivi), può essere proposta fino alla precisazione delle conclusioni. Possibile graduazione dell'eccezione in senso lato dedotta in appello. – 4. Le impugnazioni. Il giudice che violi l'ordine di decisione ammissibilmente impresso dall'istanza di graduazione incorre in un *error in procedendo*, censurabile in sede impugnatoria. Richiamo del principio della legittimazione alla graduazione. Esclusione, alla luce di tale principio, dell'ammissibilità dell'impugnazione della parte che ha visto respinta la propria domanda, in caso di attore graduante, ovvero accolta quella altrui, in caso di convenuto graduante. L'impugnazione è da ascrivere alla sola parte vincitrice. Inutilità di una nozione di soccombenza meramente formale. – 5. L'interesse a impugnare. Autonomia della nozione rispetto a quella dell'interesse ad agire. Il criterio della soccombenza formale e il suo superamento. Il nucleo minimo ed essenziale dell'interesse a impugnare si concreta nel vantaggio marginale che l'impugnante può acquisire attraverso la contestazione della sentenza. – 6. L'impugnazione in caso di proposizione delle questioni in forma concorrente. Assenza di interesse a impugnare. Mera riproposizione, in appello e in sede di rinvio, delle questioni non assurte a motivo portante della pronuncia. Onere di impugnazione (incidentale) in caso di rigetto *ad abundantiam*. – 7. L'impugnazione in caso di proposizione di questioni graduate. Laddove il giudice rispetti il condizionamento, non sussiste l'interesse a impugnare. Mera riproposizione, in appello e in sede di rinvio, delle questioni subordinate. Onere di impugnazione (incidentale) in caso di rigetto *ad abundantiam*. – 8. *Segue*. Laddove il giudice violi il condizionamento, sussiste l'interesse a impugnare in capo alla parte graduante (ancorché vincitrice della causa). Nel caso del convenuto graduante, quest'ultimo deve considerare anche l'impugnazione della correlata domanda riconvenzionale eventualmente proposta. – 9. *Segue*. Le iniziative esperibili dalla parte graduante. Impugnazione principale e incidentale. Mera riproposizione, in appello e in sede di rinvio, della questione spesa in principalità. – 10. *Segue*. Impugnazione della sentenza il cui motivo fondante è l'allegazione dedotta dalla

parte in via subordinata e decisione sull'allegazione spesa in principalità. Se quest'ultima è respinta, la parte ha l'onere di impugnare il rigetto. Se quest'ultima non è esaminata, non è possibile inferirne un rigetto implicito. – 11. Rilievi di sintesi.

1. Piano dell'indagine. La riforma del 2022

Nel secondo capitolo è stato affrontato il tema dell'*ammissibilità* della graduazione delle questioni di merito. Veniamo ora a esaminare la disciplina *dinamica* del processo, in relazione al condizionamento delle allegazioni costitutive, impeditive, modificative ed estintive su istanza di parte.

L'indagine si dipanerà verso due fondamentali direzioni.

In primo luogo, sarà considerato il profilo – «tipico» del giudizio di primo grado, ma rispetto al quale non è esclusa la possibilità di svolgere discettazioni anche rispetto all'appello – delle modalità e della tempistica di proposizione dell'istanza di graduazione della questione.

Successivamente, saranno considerate le impugnazioni, avuto particolare riguardo ai poteri ascrivibili alla parte che ha operato la graduazione, laddove l'effettuato condizionamento – ammissibilmente speso e, tuttavia, non rispettato dal giudice – venga in rilievo rispetto all'impugnazione della pronuncia.

Ciò detto, è infine appena il caso di precisare che, come noto (e come già incidentalmente richiamato nei capitoli che precedono¹), con la legge 26 novembre 2021, n. 206², il Governo è stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi «recanti il riassetto formale e sostanziale del processo civile»³, «in funzione di obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile, nel rispetto della garanzia del contraddittorio»⁴, secondo i principi e i criteri direttivi fissati dalla stessa legge; in particolare, i commi 5, 6, e 7 dell'art. 1 della l. n. 206/2021 contengono una

¹ In particolare, nelle note relative alle norme del codice di procedura civile oggetto di riforma.

² «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata».

³ Art. 1, comma 1, l. n. 206/2021.

⁴ *Ibidem*.

serie di principi e criteri in materia di processo di cognizione di primo grado⁵, mentre i successivi commi 8 e 9 si riferiscono al giudizio di appello e di cassazione. In attuazione della delega, è stato emanato il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149⁶. Anche di tale riforma si terrà conto nell'analisi che segue⁷.

⁵ Avuto riguardo, rispettivamente, ai giudizi davanti al tribunale in composizione monocratica, davanti al tribunale in composizione collegiale e davanti al giudice di pace.

⁶ «Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata».

⁷ Come si è richiamato in apertura, ai sensi dell'art. 35, comma 1, d.lgs. n. 149/2022, come sostituito dall'art. 1, comma 380, l. n. 197/2022, «le disposizioni del presente decreto, salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti». Va qui aggiunto, rispetto alle impugnazioni, che: *a*) ai sensi del comma 4 dell'art. 35, come sostituito dall'art. 1, comma 380, l. n. 197/2022, «le norme dei capi I e II del titolo III del libro secondo e quelle degli articoli 283, 434, 436-*bis*, 437 e 438 del codice di procedura civile, come modificati dal presente decreto, si applicano alle impugnazioni proposte successivamente al 28 febbraio 2023»; *b*) rispetto al ricorso per cassazione, i commi 5, 6 e 7 dell'art. 35, come sostituiti dall'art. 1, comma 380, l. n. 197/2022, così rispettivamente prevedono: «Salvo quanto disposto dal comma 6, le norme del capo III del titolo III del libro secondo del codice di procedura civile e del capo IV delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, come modificati dal presente decreto, hanno effetto a decorrere dal 1° gennaio 2023 e si applicano ai giudizi introdotti con ricorso notificato a decorrere da tale data. Gli articoli 372, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 380-*bis*, 380-*bis*.1, 380-*ter*, 390 e 391-*bis* del codice di procedura civile, come modificati dal presente decreto, si applicano anche ai giudizi introdotti con ricorso già notificato alla data del 1° gennaio 2023 per i quali non è stata ancora fissata udienza o adunanza in camera di consiglio. Le disposizioni dell'articolo 363-*bis* del codice di procedura civile, introdotto dal presente decreto, si applicano anche ai procedimenti di merito pendenti alla data del 1° gennaio 2023». Per una serie di primi rilievi sulle novità di cui alla riforma, si richiamano A. BRIGUGLIO, *Avanti con la ennesima riforma del rito civile perché sia solo (tutt'altro che decisiva ma) modestamente utile e non dannosa*, in *Giustiziacivile.com*, 28 giugno 2021; P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021; G. SCARSELLI, *Mala tempora currunt*, in *Judicium*, 29 novembre 2022; C. CAVALLINI, *Verso il nuovo modello del procedimento ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 161 ss.; G. TOMBOLINI, *Note «a caldo» sulla nuova legge delega di riforma della giustizia civile: le modifiche al giudizio di primo grado*, in *Judicium*, 15 dicembre 2021. Rispetto al ricorso per cassazione, avuto particolare riguardo al nuovo rinvio pregiudiziale interpretativo, v. A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Judicium*, 21 dicembre 2022.

2. *L'istanza di graduazione dei fatti costitutivi nella dinamica del giudizio di cognizione. Necessità di distinguere allegazione e istanza di graduazione. L'istanza, diversamente dall'allegazione (da proporsi entro la prima memoria successiva agli atti introduttivi), può essere proposta fino alla precisazione delle conclusioni*

Occorre prendere le mosse dalla già evidenziata distinzione tra allegazione e istanza di graduazione.

La prima è sottoposta, avuto riguardo alla dinamica processuale e alla tempistica di introduzione nel giudizio, a regole proprie, sulle quali di per sé *non* incide la presenza di un'istanza di condizionamento. Altro è la deduzione in giudizio di una determinata questione merittale, altro è chiedere che la stessa sia decisa soltanto in seconda battuta.

Decliniamo quanto precede avuto riguardo, *in primis*, alle allegazioni costitutive.

Sul piano della relativa allegazione, vengono in questione – rispetto alla casistica che ci concerne – fatti *privi* di portata individualizzante rispetto all'oggetto del giudizio⁸. Ciò non toglie, peraltro, che, per quanto concerne il profilo della trattazione della causa, essi possano essere invece sottoposti a una specifica, e più o meno stringente, disciplina processuale.

Per quanto concerne l'atto di citazione, come noto l'art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c. prevede che lo stesso debba contenere anche «l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni», laddove il successivo art. 164, comma 4, c.p.c. sanziona con la nullità il difetto dell'«esposizione dei fatti di cui al numero 4» dell'art. 163. La riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022 incide parzialmente su tali norme, disponendo che, nell'atto di citazione, i fatti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, di cui all'articolo 163, comma 3, n. 4, c.p.c., siano esposti «in modo chiaro e specifico»⁹ e, soprattutto, che, «nelle controversie di competenza del tribunale che hanno ad oggetto diritti disponibili, il giudice, su istanza di parte, nel corso del giudizio di primo grado, all'esito dell'udienza di cui all'articolo 183, può pronunciare ordinanza di rigetto della domanda quando questa è manifestamente infondata, ovvero se è omesso o risulta assolutamente incerto il requisito di

⁸ Il profilo è stato ampiamente trattato nei precedenti capitoli. Cfr., in particolare, *supra*, cap. I, §§ 8 e 10; cap. II, §§ 2 e 3.

⁹ Art. 3, comma 12, lett. a), n. 2, d.lgs. n. 149/2022.

cui all'articolo 163, terzo comma, n. 3), e la nullità non è stata sanata o se, emesso l'ordine di rinnovazione della citazione o di integrazione della domanda, persiste la mancanza dell'esposizione dei fatti di cui al numero 4), terzo comma del predetto articolo 163»¹⁰. La norma – limitatamente a

¹⁰ Così il comma 1 del nuovo art. 183-*quater*, rubricato «ordinanza di rigetto della domanda» e introdotto dall'art. 3, comma 13, lett. d), d.lgs. n. 149/2022. Il comma 1 precisa altresì che «in caso di pluralità di domande l'ordinanza può essere pronunciata solo se tali presupposti ricorrano per tutte». La norma, nei successivi commi, così dispone: «L'ordinanza che accoglie l'istanza di cui al primo comma è reclamabile ai sensi dell'articolo 669-*terdecies* e non acquista efficacia di giudicato ai sensi dell'articolo 2909 del codice civile, né la sua autorità può essere invocata in altri processi. Con la stessa ordinanza il giudice liquida le spese di lite. L'ordinanza di cui al secondo comma, se non è reclamata o se il reclamo è respinto, definisce il giudizio e non è ulteriormente impugnabile. In caso di accoglimento del reclamo, il giudizio prosegue davanti a un magistrato diverso da quello che ha emesso l'ordinanza reclamata». La Relazione al d.lgs. n. 149/2022 così annota rispetto a tale norma: «Proprio per contrastare *ab origine* richieste pretestuose e strumentali ed evitare il prosieguo del giudizio, con inutile dispendio dell'attività giudiziaria e dell'impiego di risorse umane e organizzative, e con risparmio di tempi e di adempimenti processuali, il nuovo articolo 183-*quater* c.p.c. [...] prevede che, già all'esito dell'udienza di comparizione delle parti e trattazione della causa nelle controversie di competenza del tribunale che hanno ad oggetto diritti disponibili, il giudice, su istanza di parte, possa pronunciare ordinanza provvisoria di rigetto della domanda proposta dall'attore quando la stessa sia manifestamente infondata o sia priva dei requisiti essenziali dell'atto di citazione previsti al comma 3, nn. 3) e 4) dell'articolo 163 c.p.c. e la nullità non è stata sanata, o se, emesso l'ordine di rinnovazione della citazione o di integrazione della domanda, persiste la mancanza dell'esposizione dei fatti di cui al numero 4) del predetto terzo comma. [...] Si è ritenuto di non modificare l'articolo 164, mantenendo in prima battuta la sanabilità dei vizi dell'atto di citazione sopra indicati, ritenendo che il legislatore non si sia espressamente spinto sino ad abrogare tale possibilità di sanatoria. È specificato inoltre che in caso di pluralità di domande l'ordinanza può essere pronunciata solo se tali presupposti ricorrono per tutte, avendo l'ordinanza natura e scopo completamente definitorio del giudizio. Come per l'ordinanza di accoglimento, anche nel caso di specie si prevede che soltanto l'ordinanza che accolla l'istanza (e dunque rigetti la domanda) possa essere reclamata ai sensi dell'articolo 669-*terdecies* c.p.c. e non abbia valore di giudicato né possa essere fatta valere in altri procedimenti. Anche in questo caso, dunque, la non idoneità ad acquisire autorità di cosa giudicata dà conto del carattere di provvisorietà che, in base alla delega, è riconosciuto all'ordinanza in oggetto. È poi previsto che con la stessa ordinanza il giudice liquidi le spese di lite, essendo il giudizio concluso proprio con tale ordinanza. L'ultimo comma specifica inoltre che, in caso di accoglimento del reclamo, il giudizio prosegue innanzi a un magistrato diverso da quello che ha emesso l'ordinanza reclamata, essendo quest'ultima una manifestazione di convincimento del giudice nel merito del giudizio. Anche per l'ordinanza di rigetto si prevede che quando l'ordinanza non sia stata reclamata o quando il reclamo sia stato respinto, la stessa sia idonea a definire il giudizio e non sia ulteriormente impugnabile».

quanto qui rileva, e impregiudicata ogni ulteriore valutazione (che peraltro non sarebbe lusinghiera¹¹) – lascia potenzialmente aperta la questione se la

¹¹ V., con riferimento al testo della legge delega, A. BRIGUGLIO, *Avanti con la ennesima riforma del rito civile purché sia solo (tutt'altro che decisiva ma) modestamente utile e non dannosa*, cit. L'Autore valuta criticamente, anzitutto, la previsione di un'ordinanza di rigetto per manifesta infondatezza: «La Commissione ministeriale ha proposto [...] la introduzione, nel giudizio di primo grado su diritti disponibili innanzi al Tribunale, di una ordinanza provvisoria di accoglimento della domanda denominata "Ordinanza di condanna con riserva", emanabile "quando i fatti costitutivi sono provati e le difese del convenuto appaiano manifestamente infondate". [...] Sennonché nei cennati Emendamenti Governativi (Emendamento-8, *sub art. 3, c. 1, lett. c-undecies*) appare qualcosa che la Commissione ministeriale si era ben guardata dal proporre, e cioè l'ipotesi speculare di una "ordinanza provvisoria di rigetto della domanda proposta, quando quest'ultima è manifestamente infondata ovvero se è omissa o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito dall'articolo 163, terzo comma, numero 3) del codice di procedura civile ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al numero 4) del predetto terzo comma" (seguono parimenti: inidoneità al giudicato ecc., opportunità di reclamo, e prosecuzione del giudizio di merito, innanzi ad altro magistrato se il reclamo è accolto). Questa speculare "ordinanza provvisoria di rigetto" a me pare sommamente inutile e dannosa (e non credo di essere il solo) per le seguenti semplici ragioni. Mentre l'"ordinanza provvisoria di accoglimento", modellata sul *référé* franco-belga e idonea ad attribuire interinalmente ed a certe ragionevoli condizioni il bene della vita oggetto della domanda, può avere una apprezzabile funzione in termini di effettività ed accelerazione della tutela (superandosi – almeno in corso di causa secondo i più limitati intendimenti ministeriali – le perduranti e pur labili ristrettezze dell'art. 700), l'ordinanza provvisoria di rigetto è un totale "non senso" sistematico e pratico. Non ha alcun senso il rigetto della pretesa dell'attore – e cioè l'accertamento negativo circa il diritto vantato dall'attore – in via "provvisoria", essendo evidente che un tale accertamento negativo intanto può avere una concreta funzione solo in quanto sia definitivo. D'altro lato, se la domanda dell'attore si rivela *ictu oculi* infondata (ad esempio per radicale carenza dei suoi giuridici presupposti), il giudice ha già nel sistema vigente, ed *a fortiori* nel sistema del giudizio di primo grado complessivamente immaginato dalla progettata riforma, strumenti sufficienti per accelerare la decisione definitiva e idonea al giudicato. Insomma egli andrà celermente in decisione, e nel frattempo ... non sta accogliendo la domanda e questo semplice "non accogliere" non è sostanzialmente diverso dal rigettare "provvisoriamente". E se proprio vuole dare alle parti un segnale prognostico in forma provvedimentoale, gli basterà scrivere e motivare per bene una ordinanza istruttoria, che è operazione oltretutto più semplice e meno compromettente che scrivere la ordinanza provvisoria di rigetto. Non vi è insomma alcun bisogno di dare al giudice la possibilità di anticipare in via provvisoria la decisione di rigetto costringendo l'ufficio giudiziario a decidere poi una seconda volta con sentenza sullo stesso oggetto (ove la causa non venga abbandonata); ed interponendosi per di più la complicazione del possibile reclamo avverso l'ordinanza provvisoria di rigetto» (*op. cit.*, pp. 9-10). Ciò rilevato, l'Autore aggiunge ulteriori perplessità sull'ordinanza di rigetto per omissione o indeterminatezza di *petitum* e *causa petendi*: «E ancora vi è che la misura del rigetto appare comunque del tutto incongrua e foriera di equivoci quando la domanda dell'attore sia indeterminata quanto a *petitum* o *causa petendi* in fatto, e perciò

previsione che sanziona la mancata indicazione del fatto costitutivo valga *tout court* per tutte le domande, o sia invece da escludersi rispetto a quelle autodeterminate¹². Se, nella prospettiva della sostanziazione, i fatti costitutivi andrebbero comunque già allegati nell'atto di citazione, il distinguo torna rilevante secondo la teorica dell'individuazione, alla luce della quale potrebbe ritenersi sufficiente, nell'atto introduttivo, l'indicazione del diritto azionato e del relativo oggetto¹³. È affacciata, ancora, una lettura inter-

viziata in rito. Ma si tratterà di anticipazione di un rigetto nel merito senza che si sia data la possibilità di sanatoria *ex art. 164*? O di anticipare la declaratoria di inammissibilità in rito dopo la mancata sanatoria? Nel primo caso c'è palesemente qualcosa che non quadra. Nel secondo basta andare velocemente a sentenza (se gioco con Federer tanto vale attendere che mi liquidi 6-0/6-0 in un quarto d'ora senza farmi vedere palla, piuttosto che consentire ad una giuria di puristi a bordo campo di interrompere provvisoriamente la partita per dirmi che sto giocando male). Ed è inutile in proposito che l'emendamento governativo (lett. *c-undecies*, n. 4) disponga, a livello di delega, di coordinare (ma come?) la "ordinanza provvisoria di rigetto" con "la disciplina dell'art. 164 quarto, quinto e sesto comma del codice di procedura civile". Le regole sulla nullità della domanda relativamente alla *editio actionis* sono poste *in limine* a tutela della regolarità del contraddittorio e perciò anche del diritto di difesa della parte che è incorsa nella nullità, alla quale è concesso l'aggiustamento del tiro entro termine perentorio. *In limine litis*, e cioè anche al momento della eventuale emanazione della "ordinanza provvisoria di rigetto", non ha senso trasformarle, da regole di rito, in ragioni di reiezione nel merito della domanda; allora tanto vale eliminarle del tutto come regole di rito. Mentre è ovvio che se le regole di rito sulla nullità della citazione permangono e la loro inosservanza non è sanata mercé i meccanismi dell'art. 164 semplicemente perché la nullità non è stata rilevata, un atto di citazione del tutto incerto quanto a *petitum* o *causa petendi* (e cioè scritto malissimo) sarà verosimilmente destinato comunque alla reiezione nel merito, ma lo si dirà appunto con la sentenza definitiva» (*ivi*, pp. 10-11). Come si è visto nel testo, il d.lgs. n. 149/2022 ha, quantomeno, mantenuto le providenze sananti di cui all'art. 164 c.p.c., ma restano validi i rilievi espressi dall'Autore appunto rispetto a tale eventualità: se la nullità persiste, ben potrebbe pervenirsi alla sentenza definitiva (anche di merito; sotto quest'ultimo profilo, l'ordinanza in commento potrebbe addirittura accordare un – inaspettato – «vantaggio» all'autore dell'atto nullo, abilitato a promuovere immediatamente un nuovo giudizio). Sulla norma, cfr. anche P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, cit., pp. 33-34.

¹² Principale – ancorché non esclusivo – oggetto della nostra indagine. Cfr. *supra*, cap. II, §§ 2 e 3.

¹³ Sulle teoriche di cui al testo, v., anche per ulteriori riferimenti, già *supra*, cap. I, § 7. Per un riassunto della tematica, cfr., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 189: «Due sono le tesi principali. Secondo la prima, detta della "sostanziazione", la *causa petendi* consiste nei fatti costitutivi del diritto fatto valere. Secondo la tesi cosiddetta della "individuazione", invece, la *causa petendi* consiste nel diritto fatto valere. L'adesione alla prima lettura comporta la necessità di allegare i fatti costitutivi del diritto nell'atto di citazione, a pena

media, secondo la quale, anche aderendo alla teorica dell'individuazione, il fatto costitutivo andrebbe comunque indicato in citazione, a tutela del diritto di difesa del convenuto¹⁴. Sembra che, in ogni caso, nella misura in cui si discetti di fatti che non valgano a individuare l'oggetto del giudizio, e rilevino pertanto soltanto ai fini della risposta al quesito posto con la domanda introduttiva circa l'esistenza o meno del diritto *sub iudice*, la stessa allegazione *proveniente dalla parte interessata* non sia dirimente ai fini del loro utilizzo in giudizio¹⁵; in tale prospettiva, si potrebbe propendere per escludere che la domanda autodeterminata sia sottoposta al regime di cui

di nullità dello stesso per indeterminatezza dell'oggetto. L'adesione alla seconda ricostruzione, invece, pone l'ulteriore problema della individuazione proprio del diritto fatto valere. Nel caso, infatti, in cui si tratti di un diritto relativo (diritti etero-determinati), sarà necessario indicarne nell'atto di citazione anche i fatti costitutivi, a pena di nullità dell'*editio actionis*. Laddove, invece, si tratti di un diritto assoluto (diritti auto-determinati), non sarà necessario indicarne i fatti costitutivi ai fini di una sua corretta individuazione. Tuttavia sarà bene allegare comunque quei fatti costitutivi (tenendo in debito conto il regime delle preclusioni) per far accogliere nel merito la domanda stessa, nel rispetto del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato (art. 112). In ogni caso affinché l'atto di citazione consenta l'identificazione della domanda giudiziale non sempre sarà necessario, secondo questa impostazione, allegare i fatti costitutivi del diritto fatto valere. Solo qualora si tratti di un diritto etero-determinato, infatti, questa indicazione risulterà necessaria. Altrimenti sarà sufficiente indicare il tipo di diritto e il suo oggetto».

¹⁴ Cfr. G. TARZIA, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., pp. 14-15, ove i seguenti rilievi in relazione all'art. 164, comma 4, c.p.c.: «Il vizio inficia qui la *editio actionis*, l'individuazione della domanda. Conseguentemente, l'atto di citazione non si può considerare idoneo alla proposizione della domanda né all'esercizio del diritto, agli effetti, in particolare, dell'impedimento della decadenza e dell'interruzione della prescrizione. D'altro lato, il vizio non è sanato dalla costituzione del convenuto perché le sue difese non possono sopperire a queste fondamentali mancanze. L'onere della domanda resta sull'attore, non può trasferirsi in alcun modo sul soggetto passivo del processo. [...] La necessità dell'esposizione dei fatti costitutivi deve però misurarsi sulla base della distinzione tra *domande auto-determinate* (fondate su diritti reali e diritti assoluti in genere) e *domande etero-determinate* (come quelle fondate su un diritto di credito). Si è ritenuto che unicamente per queste ultime, nelle quali soltanto il fatto costitutivo individua la domanda, l'omissione di tale fatto possa comportare la nullità della citazione. Ma il rispetto del principio del contraddittorio (artt. 24, 111 Cost. e art. 101 c.p.c.) sembra piuttosto imporre che il fatto sia sempre allegato, dovendo il convenuto potersi difendere, in via di contestazione e di eccezioni, rispetto alla *causa petendi* invocata dall'attore». Cfr. anche A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, cit., p. 509, ove il rilievo per cui, «se l'art. 163 c.p.c., in combinato disposto con l'art. 164 c.p.c., richiede la deduzione in giudizio del fatto generatore, questo avviene ai meri fini della trattazione, ma non per l'identificazione della domanda».

¹⁵ Cfr. *supra*, cap. I, § 8.

all'art. 164 c.p.c. (o, *a fortiori*, alla peculiare, e già controversa¹⁶, ordinanza di rigetto di cui alla riforma), ferma peraltro la necessità di assicurare adeguati spazi di difesa al convenuto, profilo sul quale si tornerà subito.

Ciò detto in relazione all'atto di citazione, va valutata anche la possibilità di introdurre nel contenitore processuale un ulteriore fatto costitutivo, ovvero, se si escluda la necessaria indicazione già nell'atto iniziale, di introdurre per la prima volta il fatto stesso nel prosieguo del processo. Il punto di riferimento è, nell'architettura procedimentale *ante* d.lgs. n. 149/2022, la prima delle tre memorie di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.; e, quindi, con la riforma, la prima delle memorie integrative di cui al nuovo art. 171-*ter* c.p.c.¹⁷, anteposte all'udienza di prima comparizione delle par-

¹⁶ Cfr. *supra*, nota 11.

¹⁷ Rubricato «memorie integrative» e introdotto dall'art. 3, comma 12, lett. *i*), d.lgs. n. 149/2022. La norma così dispone: «Le parti, a pena di decadenza, con memorie integrative possono: 1) almeno quaranta giorni prima dell'udienza di cui all'articolo 183, proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto o dal terzo, nonché precisare o modificare le domande, eccezioni e conclusioni già proposte. Con la stessa memoria l'attore può chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, se l'esigenza è sorta a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta; 2) almeno venti giorni prima dell'udienza, replicare alle domande e alle eccezioni nuove o modificate dalle altre parti, proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande nuove da queste formulate nella memoria di cui al numero 1), nonché indicare i mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali; 3) almeno dieci giorni prima dell'udienza, replicare alle eccezioni nuove e indicare la prova contraria». La Relazione al d.lgs. n. 149/2022 così annota rispetto a tale norma: «Sempre al fine di consentire di realizzare l'obiettivo principale legato alla fase introduttiva, l'articolo 171-*ter* c.p.c. disciplina le memorie integrative che le parti possono depositare una volta avvenute le verifiche preventive del giudice e sempre prima dell'udienza. [...] In sostanza, si tratta delle stesse tre memorie oggi contemplate dall'art. 183, 6° comma, c.p.c., ma dopo la prima udienza, che vengono invece anticipate a un termine anteriore, per consentire come già precisato che all'udienza il tema di causa sia perfettamente delineato e possano essere assunte le determinazioni più opportune circa la direzione da imprimere al giudizio. Rispetto alla lettera della legge delega (comma 5, lett. *f*) si è attuata consapevolmente la scelta di parificare i termini per tutte le parti, rispettando dunque la delega nella necessità di assicurare le prerogative in essa contenute per le parti indicate (attore, convenuto, e infine entrambi), ma estendendola di fatto per meglio consentire il rispetto delle finalità dalla stessa perseguite, in particolare nelle ipotesi di giudizi plurisoggettivi, sia *ab origine* (caso delle domande trasversali) sia ad esito della chiamata del terzo da parte del convenuto, sulla quale il giudice pronuncia ad esito delle verifiche preliminari fissando una nuova udienza dalla quale dunque devono decorrere i termini di cui all'articolo 171-*ter* c.p.c. per tutte le parti. Non si è invece ritenuto di attuare la delega nella parte della lett. *f* che prevede la anticipata facoltà anche per l'attore di chiamare in causa un terzo (se l'esigenza sorge dalle difese del convenuto), in quanto tale facoltà, che peraltro corrispon-

ti e trattazione della causa¹⁸. In questo senso si osserva che, «se è vero che il titolo acquisitivo del diritto autodeterminato oggetto della domanda non ha funzione individualizzante (e dunque non dovrà necessariamente essere allegato con l'atto introduttivo ai fini della individuazione dell'oggetto del giudizio, e – del pari – altri e diversi fatti acquisitivi potranno essere allegati anche successivamente, senza incorrere in *mutatio libelli*); tuttavia ed ovviamente è altresì vero che questa attività di allegazione non potrà essere compiuta in qualsiasi momento, ma dovrà pur sempre e con ordinato incedere, capace di valorizzare un contraddittorio non tardeggiante, essere svolta nelle congrue cadenze processuali ricavabili dal sistema di trattazione adottato (segnatamente, nel giudizio ordinario, nella I memoria 183 c.p.c. [...])»¹⁹. Tale lettura appare, per un verso, in linea con l'impianto

de a una situazione nella prassi e statisticamente assai rara, avrebbe comportato indistintamente per tutti i giudizi un allungamento dei tempi incongruo rispetto ai benefici perseguiti e soprattutto incompatibile con le finalità di semplificazione e celerità poste dalla delega quali obiettivi generali di tutta la riforma».

¹⁸ Come noto, una delle principali novità della riforma del 2022 è appunto quella per cui il termine a comparire di cui all'art. 163-*bis* c.p.c. è elevato da novanta a centoventi giorni, il convenuto deve costituirsi in giudizio almeno settanta giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione, il giudice designato deve quindi procedere alle «verifiche preliminari» di cui al nuovo art. 171-*bis* c.p.c. e, *anteriormen*te all'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., le parti possono depositare le tre «memorie integrative» di cui all'art. 171-*ter* c.p.c. (cfr. *supra*, la nota che precede; tale architettura della fase introduttiva è disciplinata dall'art. 3, comma 12, d.lgs. n. 149/2022).

¹⁹ C. CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, cit., p. 1409, nota 5, ove anche, rispetto all'orientamento che postula che il potere della parte di allegare i fatti costitutivi si consumerebbe già con la proposizione della domanda introduttiva, le seguenti notazioni critiche in punto di oggetto del giudizio: «Seguendo le premesse della tesi in esame, la domanda di accertamento del diritto di proprietà non dedurrà più quel diritto (seppur nel suo riflesso dato dalla relazione bilaterale tra le parti del giudizio), ma una sua "frazione", una peculiarissima situazione giuridica soggettiva solo "processuale" individuata dalle parti, dall'oggetto e pure dagli specifici fatti acquisitivi del diritto "tempestivamente" allegati. Del pari il giudicato che si formerà all'esito del giudizio riguarderà non il diritto di proprietà, ma proprio e solo questa sua "frazione", questa situazione soggettiva solo processuale. Il che apre però la via a (concorrenti o successivi) giudizi di accertamento di singole frazioni (individuate dal titolo costitutivo per ciascuna dedotto) del diritto. Anche i corollari di questa impostazione non mi convincono appieno: i risultati della dottrina sull'oggetto del giudizio, infatti, non confliggono – come invece sembra sotteso alla tesi qui esposta – con la salvaguardia del diritto al contraddittorio del convenuto [...], che certo non si attua riducendo l'oggetto del giudizio ad una situazione giuridica solo "processuale" (che non rinvia alcuna corrispondenza sul piano sostanziale), ma riconoscendo adeguati spazi di difesa al convenuto a fronte, ed a valle, dell'ammissibile deduzione nel corso del giudizio (e pur sempre nei limiti già detti), di fatti acqui-

normativo (attuale e scaturente dalla riforma) e, per altro verso, pienamente rispettosa del diritto di difesa del convenuto²⁰.

Né, occorre precisare, quanto precede appare superabile alla luce del già svolto rilievo per cui quelli che vengono in questione sono fatti rilevabili anche d'ufficio (ferma la necessità che emergano dagli atti di causa), funzionali soltanto alla risposta al quesito posto al giudicante con la domanda giudiziale. E invero, sembra preferibile opinare che, altro è il profilo della scansione processuale imposta alla parte interessata, altro è il tema della rilevabilità *ex officio*. Se quest'ultima non appare obliterabile (trattandosi di fatti privi di valenza individuativa del diritto), ferma la necessaria attivazione delle provvidenze di cui all'art. 101, comma 2, c.p.c. a fronte del rilievo officioso²¹, la deduzione in giudizio del fatto su iniziativa della parte interessata ben può essere sottoposto dalla legge a un diverso *slot* temporale²².

sitivi non individuatori del diritto azionato. Cosa ben possibile, anzi agevole, in forza della triplice occasione di difesa scritta che già l'art. 183 c.p.c. offre, ma poi anche – allorché davvero ne sussista la necessità – di “riapertura” a mente dell'art. 153 c.p.c.». Nello stesso senso, cfr. anche ID., in C. CONSOLO, F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, cit., p. 273, nell'ambito dell'illustrazione delle conseguenze processuali dell'accoglimento della tesi che, circa il rapporto tra la domanda di adempimento contrattuale e la domanda di arricchimento senza causa (rilevante, tra l'altro, rispetto al problema dell'introduzione di una di esse in corso di causa), prospetta, in tal caso, l'unicità dell'oggetto del giudizio: «È certo vero che la memoria *ex art.* 183, comma 6, n. 1, c.p.c. segna il limite temporale per l'allegazione dei fatti integranti la diversa e alternativa fattispecie giuridica (ad es. arricchimento altrui e depauperamento proprio, oppure avvenuta conclusione di un contratto, a seconda che la domanda fosse stata originariamente impostata dall'attore come domanda di adempimento contrattuale, o arricchimento senza causa). Questo, però, non perché si tratti di fatti individualizzanti il diritto (se così fosse la loro allegazione determinerebbe la deduzione in giudizio di un diritto diverso, che l'impostazione dottrinale che si sta seguendo esclude), ma perché tali fatti rileverebbero per la dimostrazione di esistenza del diritto e dunque fondatezza della domanda. La logica, quindi, non sarebbe dissimile da quella che governa l'allegazione dei fatti costitutivi del diritto autodeterminato: tali fatti (essi pure non individualizzanti il diritto autodeterminato) dovranno essere allegati in vista della fondatezza della domanda, ed entro il limite della I memoria *ex art.* 183, comma 6, c.p.c., per consentire che sugli stessi si svolga appieno il contraddittorio delle parti».

²⁰ Cfr. ancora C. CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, cit., p. 1409, nota 5.

²¹ Su tale previsione e sulla sua centralità, cfr. già *supra*, cap. I, § 7.

²² Cfr., per un ragionamento analogo in relazione ai fatti integranti eccezioni in senso lato (ragionamento sul quale torneremo a breve, appunto rispetto a tali eccezioni), E. MER-

Va aggiunto che la natura dei fatti di cui trattasi, sprovvisti di funzione individualizzante, sta probabilmente alla base dell'orientamento, invalso nella giurisprudenza, secondo il quale un ulteriore fatto costitutivo potrebbe essere dedotto, in caso di autodeterminazione della domanda, anche in appello. Si afferma in questo senso che, posto che «la proprietà e gli altri diritti reali di godimento appartengono alla categoria dei c.d. diritti autodeterminati, individuati, cioè, sulla base della sola indicazione del relativo contenuto sì come rappresentato dal bene che ne forma l'oggetto, con la conseguenza che la *causa petendi* delle relative azioni giudiziarie si identifica con i diritti stessi e non con il relativo titolo – contratto, successione ereditaria, usucapione, ecc. – che ne costituisce la fonte, la cui eventuale deduzione non ha, per l'effetto, alcuna funzione di specificazione della domanda, essendo, viceversa, necessaria ai soli fini della prova»²³, non violerebbe «il divieto dello *ius novorum* in appello la deduzione da parte dell'attore – ovvero il rilievo *ex officio iudicis* – di un fatto costitutivo del tutto diverso da quello prospettato in primo grado a sostegno della domanda introduttiva del giudizio»²⁴.

Si tratta, peraltro, di orientamento che suscita perplessità. In tal caso,

LIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 313, nota 58: «Al contrario, in assenza di una previsione che espressamente autorizzi la parte a “proporre” nuove eccezioni in senso lato in una certa fase del processo (come è in primo grado, una volta chiusa l'udienza di trattazione *ex art.* 183 c.p.c. e/o comunque depositata la prima memoria di cui al 6° comma, se, come normalmente è, la si ritenga segnare il termine ultimo per nuove allegazioni libere), non mi pare che la parte possa essere ammessa a compiere nuove allegazioni di fatto [...]. Non basta, mi pare, a sorreggere una diversa conclusione [...] la possibilità per il giudice di esercitare il suo potere di rilievo officioso anche dopo il maturare delle preclusioni».

²³ Cass., 23 settembre 2019, n. 23565, in *DeJure*.

²⁴ Cass., 23 settembre 2019, n. 23565, cit. In senso analogo, Cass., 17 settembre 2021, n. 25197, in *Diritto & Giustizia*, 2021, 20 settembre: «In tema di limiti alla proposizione di domande ed eccezioni nuove in appello, non viola il divieto di *ius novorum*, fermo il rispetto delle preclusioni istruttorie maturate, la deduzione in sede di gravame, da parte del convenuto in azione di regolamento di confini, dell'acquisto per usucapione della proprietà dell'area rivendicata da controparte perché rientrante nel proprio confine, qualora già in primo grado, come avvenuto nella specie, egli abbia eccepito ad altro titolo la proprietà dell'area medesima, contestando l'estensione dei rispettivi fondi confinanti prospettata dall'attore. Tale conclusione deriva dalla considerazione che la proprietà e gli altri diritti reali di godimento appartengono alla categoria dei cosiddetti diritti autodeterminati, i quali si identificano in base alla sola indicazione del loro contenuto e non per il titolo che ne costituisce la fonte, la cui eventuale deduzione non assolve ad una funzione di specificazione della domanda o dell'eccezione, ma è necessaria ai soli fini della prova».

infatti, il tema della distinzione tra domande autodeterminate ed eterodeterminate, e il conseguente problema della deduzione nel corso del processo di fatti che non valgano a individuare il diritto, appaiono «assorbiti» dalla struttura del giudizio di appello, come disegnata dalle ultime riforme e indirettamente confermata da quella del 2022, che non immuta l'architettura complessiva del gravame. E invero, una simile apertura giurisprudenziale, oltre a pregiudicare il regolare svolgimento del giudizio di appello, «collide non poco con la recente configurazione [...] dell'appello quale giudizio sempre più chiuso e a critica vincolata»²⁵.

²⁵C. CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, cit., p. 1407, nota 1. È appena il caso di richiamare che, ai sensi dell'art. 342, comma 1, c.p.c., ante d.lgs. n. 149/2022, «l'appello deve essere motivato» e «la motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità: 1) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; 2) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata». Ai sensi dell'art. 3, comma 26, lett. a), d.lgs. n. 149/2022, l'art. 342, comma 1, c.p.c. è così sostituito: «L'appello si propone con citazione contenente le indicazioni prescritte nell'articolo 163. L'appello deve essere motivato, e per ciascuno dei motivi deve indicare a pena di inammissibilità, in modo chiaro, sintetico e specifico: 1) il capo della decisione di primo grado che viene impugnato; 2) le censure proposte alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado; 3) le violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata». La relazione al d.lgs. n. 149/2022 così annota al riguardo: «La riformulazione dell'articolo 342 c.p.c. (e quella, negli stessi termini, dell'articolo 434 relativo alla forma dell'appello nel processo del lavoro) dà attuazione al criterio di delega previsto dalla lettera c), del comma 8 dell'unico articolo della legge delega, che richiede di “prevedere che, negli atti introduttivi dell'appello disciplinati dagli articoli 342 e 434 del codice di procedura civile, le indicazioni previste a pena di inammissibilità siano espresse in modo chiaro, sintetico e specifico”. La soluzione prescelta cerca di individuare un punto di equilibrio tra le esigenze di efficienza e quelle di tutela effettiva, nel rispetto della premessa per cui la chiarezza e sinteticità non debbono mai portare a una indebita compressione dell'esercizio del diritto di azione e del diritto di difesa delle parti, e d'altro lato le regole non devono essere intese in modo formalistico, impedendo il raggiungimento dello scopo del processo, che è quello di una sentenza che riconosca o neghi il bene della vita oggetto di controversia. Anche sulla scorta dei lavori della Commissione che presso il Ministero della Giustizia aveva elaborato proposte normative per dare concreta attuazione ai principi di chiarezza e sinteticità degli atti anche nei gradi di impugnazione, e al quale avevano partecipato anche magistrati delle Corti d'appello che avevano portato la propria esperienza, si è cercato di proporre un'attuazione della legge delega volta ad evitare interpretazioni eccessivamente rigide della norma, le quali, andando al di là dell'obiettivo di richiedere che l'appello sia costruito come una critica che indichi le specifiche ragioni del dissenso rispetto alle statuizioni della sentenza che vengono impuginate, finiscano per appesantire inutilmente l'esposizione o portino a redigere dei veri e propri progetti alternativi di sentenza, nel timore di

In breve, l'allegazione del fatto costitutivo (privo di funzione individualizzante) deve avvenire entro la prima delle memorie di cui all'art. 183 c.p.c., ovvero, con la riforma, nella prima delle memorie integrative di cui all'art. 171-ter c.p.c.²⁶; è per contro da escludersi una nuova deduzione nel giudizio di appello.

Se questo è il (necessariamente sintetico) quadro relativo all'allegazione, lo stesso va raffrontato in relazione all'*istanza*²⁷ di graduazione.

Il primo quesito da porci è quello se tale istanza sia o meno soggetta alle medesime scansioni temporali individuate rispetto all'allegazione.

La risposta parrebbe negativa. Ciò, in primo luogo, in relazione all'intrinseca diversità tra i due atti (come si è già rilevato, altro è introdurre una determinata questione meritale, altro è chiedere che la stessa sia decisa in subordine), alla luce della quale qualsiasi automatica trasposizione dei relativi termini di proposizione non sarebbe giustificata. Ma soprattutto, in secondo luogo, l'istanza avente a oggetto il condizionamento di questioni, in sé considerata, da un lato, *non* costituisce atto che incida sulla domanda giudiziale, che rimane inalterata (anche in relazione al substrato fattuale posto a suo fondamento); e, dall'altro lato, vale a imporre un ordine decisorio all'organo giudicante, senza che la controparte ne esca per ciò solo pregiudicata²⁸. In particolare: se un ipotetico diritto di difesa della contro-

pregiudizievoli pronunce di inammissibilità. Analoga ragione ha indotto a riformulare, nell'ottica della sinteticità, la previsione relativa alla indicazione, in relazione a ciascun motivo di appello, del capo della decisione che viene impugnato (in luogo della indicazione, richiesta dalla norma vigente, "*delle parti del provvedimento che si intende appellare*"), per evitare inutili trascrizioni nell'atto delle pagine delle pronunce appellate».

²⁶ Con la precisazione che il nuovo art. 171-ter c.p.c. (v. *supra*, nota 17) prevede che il deposito della prima delle tre memorie integrative possa essere effettuato da *entrambe* le parti (attore e convenuto), e non già dal solo attore, come indicato dall'art. 1, comma 5, lett. f), della l. n. 206/2021.

²⁷ Cfr. *supra*, cap. I, § 15.

²⁸ È vero che, alla luce di quanto si è rilevato rispetto all'ammissibilità della graduazione dei fatti costitutivi, l'attore potrebbe ricavare utilità differenti a seconda del fatto posto a fondamento della decisione; ed è altresì vero che, in considerazione di ciò, il convento potrebbe avere interesse a interloquire rispetto a tali differenti fatti costitutivi (per alcuni spunti al riguardo, in un'ottica che, proprio in relazione alla tutela della posizione del convenuto, esclude peraltro che la prima decisione possa riverberarsi, per quanto concerne il dato temporale della scaturigine del diritto pregiudiziale, sul diritto dipendente, cfr. A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., p. 168, nota 203). Sembra che, tuttavia, rispetto alla conoscenza, da parte del convenuto, delle questioni che vengono in gioco nel processo, e quindi alla sua possibilità di interloquire sulle stesse, venga in rilievo l'al-

parte fosse letto nel senso che essa stessa potrebbe anche incidere sull'*ordo decisionis* prospettato dal graduante – e quindi, in caso di allegazioni costitutive, se il convenuto potesse incidere sull'ordine di decisione di queste ultime –, si tornerebbe a ben vedere alla possibilità di modulare la propria *sconfitta* (il convenuto chiede di soccombere in ragione della fondatezza di un determinato fatto costitutivo, e non di un altro), il che è parso per plurime ragioni irricevibile²⁹. Se, invece, la controparte fosse ammessa a difendersi al più limitato fine di insistere per la fungibilità delle questioni (e quindi per l'applicazione del principio della ragione più liquida), ciò potrebbe a ben vedere avvenire, al limite, anche nelle difese finali (l'ordine di cui all'istanza di graduazione si riferisce, è appena il caso di ribadire, soltanto alla fase decisoria)³⁰.

Sembra che, nel senso qui prospettato, e quindi del possibile superamento della barriera preclusiva di cui all'art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c., ovvero, con la riforma, di cui all'art. 171-ter, n. 1, c.p.c., possa essere mutuata anche la notazione secondo la quale, in caso di fatti privi funzione individualizzante, «nulla vieterebbe all'attore di valorizzarli formulando, in forza degli stessi, conclusioni relative alla fattispecie giuridica alternativa a quella originariamente invocata anche oltre il termine della I memoria 183»³¹. Ancorché si tratti di osservazione spesa rispetto alla diversa problematica della modificazione della domanda in corso di causa³², pare possa inferirsene che la

legazione del fatto (da effettuarsi, proprio per questo, tempestivamente, nella prima memoria o, secondo altra lettura, fin dall'atto di citazione; il tutto ferma la previsione di cui all'art. 101, comma 2, c.p.c., nell'ipotesi di rilevazione *ex officio*). In altri termini, non è tanto l'istanza di graduazione, impositiva di un ordine decisorio in capo al giudice, a immutare il quadro delle questioni che vengono in rilievo nel processo, bensì, a monte, l'atto introduttivo delle questioni stesse; è rispetto a esso che la scansione temporale degli adempimenti processuali deve garantire al convenuto congrue possibilità di difesa.

²⁹ Il punto è stato più volte sottolineato nel corso dell'indagine. Cfr., in particolare, *supra*, cap II, § 8.

³⁰ Essendo per contro di più che improbabile verificaione, e financo ossimorico, che la parte non graduante abbisogni di prove per dimostrare la carenza di interesse dell'altra parte al condizionamento delle questioni di merito: si invocherebbe una riapertura dell'istruttoria in nome dell'economicità del giudizio (fermo ciò, quale *extrema ratio* resterebbe comunque la misura salvifica dell'art. 153, comma 2, c.p.c.).

³¹ C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, cit., p. 273.

³² E in relazione allo specifico tema del rapporto tra la domanda di adempimento contrattuale e la domanda di arricchimento senza causa (cfr. *supra*, nota 19).

«valorizzazione» di un determinato fatto (non individuatore della domanda) non è soggetta al limite cui è sottoposta l'allegazione di quello stesso determinato fatto. L'istanza di graduazione, seppur sotto un diverso profilo (quello dell'imposizione di un vincolo rispetto all'ordine di decisione della questione), può essere appunto riguardata anche in termini di atto volto a «valorizzare» (in relazione all'*ordo decisionis*) il fatto già acquisito in atti.

Il secondo, conseguente, quesito è quello dell'individuazione del momento processuale entro il quale l'istanza di graduazione può essere formulata in giudizio. Alla luce di quanto appena rilevato – l'istanza di graduazione della questione meritale né incide sulle domande dedotte nel processo, né pregiudica il diritto di difesa del convenuto, valendo soltanto a imporre al giudice un determinato *ordo procedendi*, in relazione alla decisione della questione – sembra che lo stesso possa individuarsi nella precisazione delle conclusioni ai sensi dell'art. 189 c.p.c.³³. Anche rispetto a tale

³³ Adempimento previsto, dall'art. 189, comma 1, c.p.c., nella forma dell'udienza: «Il giudice istruttore, quando rimette la causa al collegio, a norma dei primi tre commi dell'articolo 187 o dell'articolo 188, invita le parti a precisare davanti a lui le conclusioni che intendono sottoporre al collegio stesso, nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi o a norma dell'articolo 183»; ma, come noto, suscettibile di essere sostituito, in seguito alla normativa processuale emergenziale, dalla trattazione scritta. La riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022 adotta appunto quest'ultima forma; segnatamente, ai sensi dell'art. 3, comma 13, lett. d), d.lgs. n. 149/2022, l'art. 189 c.p.c. è così sostituito: «Il giudice istruttore, quando procede a norma dei primi tre commi dell'articolo 187 o dell'articolo 188, fissa davanti a sé l'udienza per la rimessione della causa al collegio per la decisione e assegna alle parti, salvo che queste vi rinuncino, i seguenti termini perentori: 1) un termine non superiore a sessanta giorni prima dell'udienza per il deposito di note scritte contenenti la sola precisazione delle conclusioni che le parti intendono sottoporre al collegio, nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi o a norma dell'articolo 171-ter. Le conclusioni di merito debbono essere interamente formulate anche nei casi previsti dell'articolo 187, secondo e terzo comma; 2) un termine non superiore a trenta giorni prima dell'udienza per il deposito delle comparse conclusionali; 3) un termine non superiore a quindici giorni prima dell'udienza per il deposito delle memorie di replica. La rimessione investe il collegio di tutta la causa, anche quando avviene a norma dell'articolo 187, secondo e terzo comma. All'udienza fissata ai sensi del primo comma la causa è rimessa al collegio per la decisione». È, ancora, appena il caso di richiamare che, in relazione al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, l'art. 189 c.p.c. è richiamato dall'art. 281-*quinquies* c.p.c., relativo alla decisione a seguito di trattazione scritta o mista; mentre il successivo art. 281-*sexies* c.p.c., relativo alla decisione a seguito di trattazione orale, prevede soltanto che il giudice ordini la discussione orale «fatte precisare le conclusioni». Cfr. anche la Relazione al d.lgs. n. 149/2022, nella cui introduzione si annota che «la complessiva scansione dell'*iter* giudiziale è stata a sua volta semplificata, sopprimendo alcune udienze, come quella per il giuramento del consulente tecnico d'ufficio [...] e quella di precisazione delle conclusioni,

conclusione può aggiungersi che la dottrina appena richiamata ha osservato che la «valorizzazione» dei fatti privi di rilievo individuatore della *res in iudicium deducta* ben potrebbe avvenire, quantomeno³⁴, «sino all'udienza di p.c.»³⁵, appunto attraverso la formulazione delle relative conclusioni. Anche in questo caso, il rilievo sembra possa essere mutuato in relazione al tema che ci occupa.

Per le ragioni sopra indicate, parrebbe invece da escludersi che, in appello, possa ammissibilmente essere introdotta un'istanza di graduazione, assente in primo grado. Ciò, non soltanto attraverso l'introduzione di un nuovo fatto costitutivo (che, giusta quanto fin qui detto, dovrebbe ritenersi preclusa), ma anche attraverso un'istanza di graduazione che valga a condizionare, per la prima volta in appello, fatti prima dedotti in regime di concorrenza fungibile. L'appello è infatti strutturato in termini di impugnazione articolata su specifici motivi³⁶, con la conseguenza che – imprejudicato il diverso tema dell'eventuale condizionamento dei motivi stessi – le richieste di parte, anche in punto di graduazione meritale, dovrebbero,

sostituita dallo scambio di note scritte». Cfr. anche il nuovo art. 127-ter c.p.c., sempre introdotto dal d.lgs. n. 149/2022, il quale è rubricato «deposito di note scritte in sostituzione dell'udienza» e così prevede: «L'udienza, anche se precedentemente fissata, può essere sostituita dal deposito di note scritte, contenenti le sole istanze e conclusioni, se non richiede la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice. Negli stessi casi, l'udienza è sostituita dal deposito di note scritte se ne fanno richiesta tutte le parti costituite. Con il provvedimento con cui sostituisce l'udienza il giudice assegna un termine perentorio non inferiore a quindici giorni per il deposito delle note. Ciascuna parte costituita può opporsi entro cinque giorni dalla comunicazione; il giudice provvede nei cinque giorni successivi con decreto non impugnabile e, in caso di istanza proposta congiuntamente da tutte le parti, dispone in conformità. Se ricorrono particolari ragioni di urgenza, delle quali il giudice dà atto nel provvedimento, i termini di cui al primo e secondo periodo possono essere abbreviati. Il giudice provvede entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle note. Se nessuna delle parti deposita le note nel termine assegnato il giudice assegna un nuovo termine perentorio per il deposito delle note scritte o fissa udienza. Se nessuna delle parti deposita le note nel nuovo termine o compare all'udienza, il giudice ordina che la causa sia cancellata dal ruolo e dichiara l'estinzione del processo. Il giorno di scadenza del termine assegnato per il deposito delle note di cui al presente articolo è considerato data di udienza a tutti gli effetti».

³⁴ Si tornerà subito su tale profilo nel testo, in relazione alla possibilità di valorizzare il fatto costitutivo in appello.

³⁵ C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, cit., p. 273.

³⁶ Cfr. *supra*, nota 25.

almeno di regola, restare le medesime già spese in primo grado. Come si è rilevato nell'indagare se possa ammettersi un'impugnazione «onde sollecitare, in sede di gravame, una più vantaggiosa determinazione del motivo portante della decisione di I grado, che pure doveva ritenersi corretta là dove essa non si pose officiosamente problemi di ordine e di diversa vantaggiosità incidentale nell'esame delle varie allegazioni spese dalla parte in via concorrente»³⁷, una soluzione positiva della questione «significherebbe sancire una funzione della impugnativa affatto peculiare e distortiva: non censura all'operato del giudice di prime cure [...], ma in sostanza strumento con cui alla parte si consentirebbe di articolare *a posteriori* differenzialmente la propria linea difensiva, specificatamente inserendovi quella graduazione fra le proprie allegazioni che in primo grado non fu adottata»³⁸. Resta quindi vero che, laddove ciò fosse ammesso, il gravame «varrebbe allora non già a sollecitare un riesame delle istanze attrici»³⁹, ma si risolverebbe in una «sorta di contro-giudizio [...] tutt'affatto non impugnatorio, ma dichiaratamente di approfondimento dei termini, non già direttamente del risultato, della indagine sommaria in precedenza svoltasi»⁴⁰.

Non sembra che, per contro, possa essere «trasposto» rispetto all'istanza di graduazione l'assunto secondo il quale il fatto (non individuatore), se già presente in atti, allora potrebbe essere valorizzato ai fini della decisione «anche in fase di gravame, non ostandovi il comma 1 dello art. 345, e neppure le inferenze traibili dal suo comma 2»⁴¹. Se, ovviamente sempre e solo limitatamente ai fatti costitutivi privi di rilievo individuatore della *res in iudicium deducta*, appare possibile prospettare che, una volta che i fatti stessi siano ritualmente acquisiti in atti⁴², la parte possa avvalersi degli stessi (in

³⁷ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 517.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 518, nota 86.

⁴¹ C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, cit., p. 273.

⁴² Cfr. ancora C. CONSOLO, *op. loc. ult. cit.*, testo e note 14 e 15, ove il rilievo – sempre declinato in relazione al caso delle domande di adempimento contrattuale e di arricchimento senza causa, qualora ritenute aventi a oggetto il medesimo diritto – per cui i fatti *de quibus* potrebbero essere stati allegati, oltre che dall'attore («che, ad es., in citazione, nel chiedere l'adempimento contrattuale abbia evidenziato le spese sostenute per porre in essere la sua prestazione, ed il vantaggio così ottenuto dal convenuto»), anche «dal convenuto», «che nel difendersi da una azione contrattuale abbia allegato che il titolo negoziale

relazione a un determinato motivo di appello) senza violare l'architettura del gravame proposto, la proposizione in appello di un'istanza volta a imprimere un determinato *ordo decisionis* sembra invece concretare l'introduzione *ex novo* di un'articolazione delle questioni rilevanti per la decisione, estranea alla logica impugnatoria.

3. *L'istanza di graduazione delle eccezioni nella dinamica del giudizio di cognizione. Necessità di distinguere istanza-eccezione, allegazione e istanza di graduazione. L'istanza, diversamente dall'istanza-eccezione (da proporsi, in caso di eccezione riservata, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata) e dall'allegazione (da proporsi entro la prima memoria successiva agli atti introduttivi), può essere proposta fino alla precisazione delle conclusioni. Possibile graduazione dell'eccezione in senso lato dedotta in appello*

Venendo ai fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, e prendendo le mosse dalle eccezioni in senso stretto, il discorso può anche in questo caso basarsi sul distinguo tra istanza di graduazione ed eccezione. Va peraltro aggiunto che, a sua volta, l'eccezione in senso stretto è distinta dall'allegazione in giudizio del fatto materiale, risolvendosi in un'istanza di applicazione dell'effetto ascrivibile al fatto⁴³.

In questo scenario, il termine dell'eccezione-istanza è evidentemente quello di cui agli artt. 166 e 167, comma 2, c.p.c., e, quindi, nel sistema *ante* d.lgs. n. 149/2022, il termine di venti giorni prima dell'udienza di comparizione⁴⁴. Con la riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022, per un verso, la preclusione resta immutata (il predetto decreto nulla dispone al riguardo, mentre la legge delega, nel prevedere l'inserimento, nell'art. 167 c.p.c., della precisazione per cui il convenuto deve prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda «in modo chiaro e specifico»,

invocato dall'attore non sussiste, perché si tratta di mera puntuazione mai sfociata in un contratto, o perché il contratto è stato consensualmente risolto dalle parti prima che l'attore ponesse in essere il comportamento "adempiente"».

⁴³ Cfr. *supra*, cap. I, § 11.

⁴⁴ Fissata nell'atto di citazione (con anche, precisa l'art. 166 c.p.c., le ulteriori opzioni della costituzione in giudizio «almeno dieci giorni prima nel caso di abbreviazione di termini a norma del secondo comma dell'articolo 163-bis, ovvero almeno venti giorni prima dell'udienza fissata a norma dell'articolo 168-bis, quinto comma»).

conteneva anche l'inciso «ferme le preclusioni di cui all'articolo 167, secondo comma, primo periodo, del codice di procedura civile»⁴⁵, laddove appunto il primo periodo dell'art. 167, comma 2, c.p.c. sancisce che il convenuto «a pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio»). Per altro verso, ai sensi del nuovo art. 166 c.p.c.⁴⁶, il convenuto dovrà costituirsi «almeno settanta giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione», atteso che, sempre prima dell'udienza di comparizione delle parti, dovrà svolgersi lo scambio delle memorie integrative di cui all'art. 171-*ter* c.p.c.⁴⁷.

L'allegazione fattuale che sostanzia l'eccezione potrà invece essere svolta dal convenuto secondo le previste scansioni processuali, e quindi, nel sistema *ante* d.lgs. n. 149/2022, fino alla prima memoria di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.⁴⁸. Rispetto alla riforma, occorre precisare che la legge delega riservava la prima memoria integrativa all'attore, sicché, in questo quadro, il convenuto avrebbe potuto allegare il fatto fino alla *seconda* delle tre memorie integrative anteposte alla prima udienza⁴⁹; mentre, con il

⁴⁵ Art. 1, comma 5, lett. e), l. n. 206/2021.

⁴⁶ Introdotto dall'art. 3, comma 12, lett. e), d.lgs. n. 149/2022.

⁴⁷ La Relazione al d.lgs. n. 149/2022 così annota rispetto al nuovo art. 166 c.p.c.: «L'articolo 166 c.p.c. contiene alcune modifiche rispetto all'attuale formulazione. A tal fine, è stato in primo luogo previsto che il convenuto debba costituirsi a mezzo del procuratore, o personalmente nei casi consentiti dalla legge, almeno settanta (e non più venti) giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione, e ciò tenuto conto del nuovo termine a comparire e della nuova struttura della fase introduttiva, che prevede che dopo la costituzione del convenuto, ma sempre anteriormente all'udienza, debba avvenire anche lo scambio delle memorie integrative tra le parti. È poi stato espunto che la costituzione possa avvenire almeno dieci giorni prima nel caso di abbreviazione di termini a norma del secondo comma dell'art. 163-*bis*, nonché almeno venti giorni prima dell'udienza fissata a norma dell'articolo 168-*bis*, quinto comma, perché quest'ultima norma è stata abrogata, essendo stato il relativo contenuto trasferito nel nuovo articolo 171-*bis*, terzo comma, c.p.c., che prevede che il giudice possa comunque differire l'udienza sino a quarantacinque giorni e, come precisato nella stessa norma, i termini per le memorie di cui all'articolo 171-*ter* decorrono in tal caso a ritroso dalla nuova udienza che viene fissata dal giudice».

⁴⁸ Ovvero, al limite, nella seconda delle memorie ivi previste, ma laddove si tratti di eccezione proposta in replica rispetto a quanto dedotto *ex adverso* nella prima delle memorie *de quibus*. In tema, cfr., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., pp. 228, 242.

⁴⁹ Così l'art. 1, comma 5, lett. f), l. n. 206/2021 (miei i corsivi): «Prevedere che l'attore, entro un congruo termine prima dell'udienza di comparizione, a pena di decadenza può

nuovo art. 171-ter c.p.c.⁵⁰, il legislatore delegato ha, intenzionalmente⁵¹, assegnato ad attore e convenuto tre termini «paralleli», *ad instar* di quanto previsto dall'art. 183, comma 6, c.p.c. *ante* riforma, con la conseguenza che, in questo quadro, l'allegazione del convenuto dovrebbe avvenire entro il *primo* dei tre scritti integrativi⁵². Si ribadisce, anche rispetto alle allegazioni del convenuto, il rilievo per cui, se è vero che i fatti in questione non valgono a individuare il diritto azionato, e quindi sono rilevabili anche d'ufficio (ferma la necessità che emergano dagli atti di causa, e ferma ovviamente la necessità della tempestiva eccezione-istanza), per altro verso ciò non toglie che l'introduzione del fatto nel contenitore processuale su

proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni del convenuto e chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, del codice di procedura civile se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto, nonché in ogni caso precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate e, a pena di decadenza, indicare i nuovi mezzi di prova e le produzioni documentali; prevedere che entro un successivo termine anteriore all'udienza di comparizione *il convenuto* può modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate e, a pena di decadenza, indicare i mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali e che entro un ulteriore termine prima dell'udienza di comparizione *le parti* possono replicare alle domande ed eccezioni formulate nelle memorie integrative e indicare la prova contraria».

⁵⁰ Per il cui testo, v. *supra*, nota 17.

⁵¹ Cfr. ancora la Relazione al d.lgs. n. 149/2022, che così annota sul punto (mio il corsivo): «Rispetto alla lettera della legge delega (comma 5, lett. f) si è attuata consapevolmente la scelta di *parificare i termini per tutte le parti*, rispettando dunque la delega nella necessità di assicurare le prerogative in essa contenute per le parti indicate (attore, convenuto, e infine entrambi), ma estendendola di fatto per meglio consentire il rispetto delle finalità dalla stessa perseguite, in particolare nelle ipotesi di giudizi plurisoggettivi, sia *ab origine* (caso delle domande trasversali) sia ad esito della chiamata del terzo da parte del convenuto, sulla quale il giudice pronuncia ad esito delle verifiche preliminari fissando una nuova udienza dalla quale dunque devono decorrere i termini di cui all'articolo 171-ter c.p.c. per tutte le parti».

⁵² Salva l'utilizzabilità, laddove si tratti di nuova eccezione svolta in replica a quanto dedotto *ex adverso* nella prima memoria, della seconda delle memorie *de quibus* (cfr. ancora il nuovo art. 171-ter: «Le parti, a pena di decadenza, con memorie integrative possono: [...] 2) almeno venti giorni prima dell'udienza, replicare alle domande e alle eccezioni nuove o modificate dalle altre parti, proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande nuove da queste formulate nella memoria di cui al numero 1), nonché indicare i mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali»). Va del resto rilevato che, mentre la terza memoria di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c., è limitata alle «sole indicazioni di prova contraria», la «corrispondente» terza memoria di cui al nuovo art. 171-ter è prevista per «replicare alle eccezioni nuove e indicare la prova contraria». Cfr. ancora *supra*, nota 17.

iniziativa della parte interessata possa essere sottoposta dalla legge a una determinata scansione temporale⁵³.

Ciò detto rispetto all'eccezione riservata, in relazione all'istanza di graduazione possono essere mutate le considerazioni già svolte. Essa non è soggetta alle medesime cadenze temporali che si ritenga di prospettare in relazione all'eccezione e, per contro, trattandosi di attività per definizione estranea alle domande dedotte in giudizio e, almeno di regola, inidonea a pregiudicare il diritto di difesa dell'attore, può essere utilmente proposta fino alla precisazione delle conclusioni; sembra invece da escludersi l'ammissibilità di una graduazione svolta per la prima volta in sede impugnatoria⁵⁴.

Venendo all'eccezione in senso lato, va anzitutto ovviamente esclusa una preclusione riferita alla comparsa di risposta. Ciò posto, il limite temporale per la proposizione di tale eccezione – intendendosi per essa la relativa allegazione fattuale (non dovrebbero invece sussistere problemi rispetto alla libera *rilevabilità* del fatto presente in atti⁵⁵) – non è invero pacifico. Secondo una lettura, esso coincide, di nuovo, con la prima memoria di cui

⁵³ Cfr. ancora i rilievi spesi, rispetto all'eccezione in senso lato (sulla quale si tornerà subito nel testo), da E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 313, nota 58.

⁵⁴ Si richiama al riguardo quanto osservato, rispetto ai fatti costitutivi, al termine del paragrafo che precede.

⁵⁵ Cfr., da ultimo, Cass., 17 agosto 2022, n. 24838, cit. (rispetto al rilievo di una condizione sospensiva contrattuale): «In relazione all'opzione difensiva del convenuto, consistente nel contrapporre alla pretesa attorea fatti ai quali la legge attribuisce autonoma idoneità modificativa, impeditiva o estintiva degli effetti del rapporto su cui la pretesa si fonda, occorre distinguere il potere di allegazione da quello di rilevazione: il primo compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (soggiacendo alle relative preclusioni e decadenze), mentre il secondo compete alla parte (e soggiace perciò alle preclusioni previste per le attività di parte) solo nei casi in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte, dovendosi in ogni altro caso ritenere la rilevabilità d'ufficio dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito. [...] Non configurandosi un'eccezione in senso stretto, la sussistenza di una condizione sospensiva apposta al preliminare di vendita concluso con l'intervento del mediatore era deducibile nelle comparse conclusionali e in appello, essendo inoltre rilevabile d'ufficio se l'esistenza di tale condizione risultasse dagli atti e fosse stata acquisita nel rispetto delle preclusioni processuali, non potendo il giudice dichiararla tardiva senza svolgere le descritte verifiche».

all'art. 183, comma 6, c.p.c., che, con la riforma, corrisponde alla prima della tre memorie integrative di cui all'art. 171-ter c.p.c.⁵⁶. La posizione, senz'altro restrittiva, è peraltro in linea con il quadro normativo del processo di prime cure. Si evidenzia in questo senso che, ferma la possibilità di rilievo ufficioso del fatto emergente *ex actis*, non è escluso che la deduzione della parte interessata sia invece sottoposta a un diverso regime temporale, ritenendosi dirimente, in questo senso, la scansione temporale prevista *ex lege*: «In assenza di una previsione che espressamente autorizzi la parte a “proporre” nuove eccezioni in senso lato in una certa fase del processo (come è in primo grado, una volta chiusa l'udienza di trattazione *ex art. 183 c.p.c. e/o* comunque depositata la prima memoria di cui al 6° comma, se, come normalmente è, la si ritenga segnare il termine ultimo per nuove allegazioni libere), non [...] pare che la parte possa essere ammessa a compiere nuove allegazioni di fatto e dovrà limitarsi a fondare la deduzione di un nuovo effetto giuridico-eccezione sui fatti già tempestivamente allegati o acquisiti»⁵⁷. È peraltro sostenuta anche una diversa prospettiva, che ammette la proposizione dell'eccezione rilevabile *ex officio* anche dopo il deposito delle difese scritte di cui all'art. 183 c.p.c.⁵⁸ (con la

⁵⁶ Il quale, come appena evidenziato nel testo, nella versione di cui al d.lgs. n. 149/2022 prevede che tale memoria possa essere depositata anche dal convenuto (e non soltanto dall'attore, com'era previsto nella legge delega). Resta salva, anche rispetto all'eccezione in senso lato, l'utilizzabilità, laddove si tratti di nuova eccezione svolta in replica a quanto dedotto *ex adverso* nella prima memoria, della seconda delle memorie *de quibus*.

⁵⁷ E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 313, nota 58.

⁵⁸ Cfr. R. ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, cit., pp. 1118-1119, in dialogo con la giurisprudenza sul punto: «Soffermiamoci, in primo luogo, sulla regola che il fatto integrante eccezione in senso lato deve essere allegato al più tardi entro l'udienza *ex art. 420 c.p.c.* (e potremmo aggiungere, nel rito ordinario, entro l'udienza *ex art. 183 c.p.c.* o l'appendice scritta *ex art. 183, comma 5, c.p.c.*). La regola è stata, sovente, richiamata [...], in modo non certo condivisibile, anche dopo Cass. SU 226/01 [...], che risulta completamente ignorata, come se i principi in essa affermati, innovativi rispetto a quelli enunciati nella sentenza 1099/98, riguardassero soltanto il giudicato esterno, e non invece, come è senz'altro preferibile e necessario ritenere, le eccezioni in senso lato in genere. Ecco perché si auspica che si abbia piena consapevolezza della *ratio* sottesa a Cass. SU 226/01 e che essa diventi diritto vivente, informando di sé gli orientamenti giurisprudenziali. In tal modo si eviteranno sentenze come Cass. 17 maggio 2004, n. 9323, pronunciata in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, nel corso del quale, all'udienza *ex art. 184 c.p.c.* con il deposito del relativo atto di quietanza era stato eccipito il pagamento di una parte del credito riconosciuto nel decreto ingiuntivo. Cass. 9323/04 rigetta il ricorso incidentale, nel quale l'opponente censurava la decisione di ap-

riforma, delle memorie integrative anteposte alla prima udienza). In ogni caso, entrambe le letture devono confrontarsi col tema, connesso ma anche suscettibile di distinzione, della possibilità di introduzione dell'eccezione (intesa come allegazione fattuale) anche nello stesso *grado di appello*⁵⁹, profilo sul quale si tornerà immediatamente.

Ciò detto rispetto all'eccezione in senso lato, in relazione all'istanza di graduazione è sufficiente ribadire che, trattandosi di atto per definizione estraneo alle domande dedotte in giudizio e, almeno di regola, inidoneo a pregiudicare il diritto di difesa dell'attore, esso può essere utilmente proposto fino alla precisazione delle conclusioni.

È, in chiusura, appena il caso di precisare che, laddove l'interesse alla graduazione delle eccezioni da parte del convenuto postuli, secondo quanto a suo tempo illustrato, la proposizione di una domanda riconvenzionale⁶⁰, ovviamente quest'ultima resterà soggetta alle relative regole dinamiche (e sarà quindi proponibile nella comparsa di risposta depositata venti giorni prima dell'udienza di comparizione, ovvero, con la riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022, settanta giorni prima).

Un supplemento di riflessione merita, da ultimo, il profilo per cui l'eccezione in senso lato è proponibile anche in appello.

pello che, nel non defalcare il versamento dell'acconto riconosciuto dal Pretore, aveva ritenuto precluso il diritto di farlo valere, essendosi maturate le decadenze previste in tema di allegazioni dall'art. 183 c.p.c.: secondo il ricorrente incidentale, il pagamento, rientrando nell'ambito dell'onere incombente al convenuto in relazione al *petitum* azionato *ex adverso*, non determinava ampliamento o modifica del *thema decidendum*, sicché avendo egli fornito la relativa prova nel termine previsto dall'art. 184 c.p.c., doveva essere defalcato, dalla somma dovuta all'opposto, il relativo importo. Secondo la S.C., a seguito della novella di cui alla l. 353/90 il processo civile di cognizione ordinaria si articola in una serie di fasi distinte caratterizzate da successive barriere preclusive. [...] Evidente l'errore in cui è incorsa la Corte alla luce dei principi enunciati da Cass. s.u. 226/01. Posto che non vi è la necessità dell'allegazione delle eccezioni in senso lato entro l'udienza *ex art.* 420, nel rito del lavoro, o dell'udienza *ex art.* 183, con la sua appendice scritta, nel rito ordinario, e posto che il pagamento è, per giurisprudenza assolutamente consolidata ed incontrastata, eccezione in senso lato [...], la decisione del Supremo Collegio non è certo da condividere».

⁵⁹Provvede infatti a sceverare i due profili E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 313, nota 58, ove la notazione per cui la prospettata lettura secondo la quale, in primo grado, l'allegazione va effettuata al più tardi entro la prima memoria di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. non sarebbe superabile alla luce di «un'ipotetica simmetria con il giudizio di appello, per il quale soltanto vige l'espressa autorizzazione, *ex art.* 345, 2° comma, alla "proposizione", ad opera delle parti, di nuove eccezioni in senso lato».

⁶⁰Cfr. *supra*, cap. II, § 17.

Al riguardo, occorre anzitutto richiamare⁶¹ che, secondo quella che appare la migliore lettura del disposto normativo, la previsione di cui all'art. 345, comma 2, c.p.c. comporta non già che in appello possa soltanto eccipirsi la verifica di un determinato effetto, sulla base di fatti già ritualmente allegati in primo grado, bensì anche, e soprattutto, che in appello sia proponibile l'eccezione in senso lato *tout court*, e quindi possa essere immesso nel contenitore processuale il relativo fatto storico. E invero, l'art. 345, comma 2, è «una disposizione che in modo inequivoco [...] fissa i *nova* ammissibili, in quei fatti che integrano un'eccezione in senso lato, e che possono essere dedotti anche se erano deducibili in primo grado [...]. Del resto, con riguardo all'art. 345 nella stesura anteriore alla legge 353/90, si riteneva che proporre nuove eccezioni in appello significava appunto introdurre nuovi fatti est. mod. imp., sia che davano luogo ad un'eccezione in senso stretto sia che integravano un'eccezione in senso lato: il dato costante, comunemente ammesso e riconosciuto, era la possibilità di introdurre un nuovo tema di indagine nel giudizio di appello [...]. Sarebbe, pertanto, davvero arbitrario sostenere che nel nuovo testo dell'art. 345 c.p.c. l'espressione ha un significato completamente diverso e cioè indicare le conseguenze (prevedibili e scontate) di fatti già allegati»⁶². Conseguentemente, non meritano accoglimento le «opinioni che nel rito ordinario limitano la proposizione di nuove eccezioni in appello, al fatto che le allegazioni dei fatti siano già avvenute in primo grado. Proporre eccezione significa, in sostanza, allegare fatti est. mod. imp.»⁶³. Del resto, «lo stesso testo

⁶¹ V. già *supra*, cap. I, § 11 (ove anche ulteriori riferimenti).

⁶² R. ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345, comma 2, c.p.c. (II)*, cit., p. 1167 s.

⁶³ R. ORIANI, *op. cit.*, p. 1168. Cfr. anche, da ultimo, G. TARZIA, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., p. 242: «Un ulteriore fondamentale limite riguarda la proposizione in appello delle nuove eccezioni, per le quali la norma stabilisce che “non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio” (art. 345, 2° comma, c.p.c.). [...] Il divieto di proporre nuove eccezioni si riferisce alle c.d. eccezioni in senso stretto e proprio, ossia [...] ai fatti, impeditivi, modificativi o estintivi del diritto affermato dall'attore, la cui deduzione è rimessa all'iniziativa del convenuto; non ai fatti di tal sorta, che il giudice possa e debba rilevare d'ufficio (c.d. eccezioni in senso lato). Questi fatti, operanti *ipso jure*, possono essere assunti a tema del giudizio anche in grado di appello, in quanto siano stati acquisiti alla causa nella fase di primo grado o vi siano inseriti *con gli atti introduttivi delle parti* di questo grado del giudizio, o ancora vi entrino per mezzo delle prove, che il giudice d'appello ritenga di ammettere» (mio l'ultimo corsivo).

dell'art. 345, 2° comma, c.p.c. impone di scartare tale riduttiva soluzione [...], se si tiene conto che la norma non si limita ad evocare le “eccezioni rilevabili d'ufficio”, ma dice proprio, letta al contrario, che possono “proporsi nuove eccezioni che siano rilevabili anche d'ufficio”, e dunque anzitutto che la parte può proporre le nuove eccezioni. Ed il “proporre” [...] non può non comprendere in sé sia la *positio* dell'effetto che la *positio* del fatto»⁶⁴. Una diversa soluzione equivarrebbe alla sostanziale obliterazione della norma di cui trattasi, laddove invece la stessa intende ampliare la latitudine delle attività difensive concesse alla parte interessata: «A voler condizionare la proposizione della nuova eccezione alla circostanza che la parte abbia già in precedenza “ritualmente” allegato il fatto [...], il chiaro precetto dell'art. 345 c.p.c. verrebbe confinato ad un campo di applicazione se non proprio praticamente nullo [...], certo marginale e privo di valore caratterizzante del regime dei *nova* in appello (come era senz'altro, invece, nelle intenzioni del legislatore)»⁶⁵.

Ciò richiamato rispetto alla deducibilità in appello dell'eccezione in senso lato, anche nei suoi connotati fisiologici di *positio* di un nuovo fatto storico, occorre vagliare le conseguenze di quanto precede in merito all'eventuale istanza di condizionamento. Per un verso, l'ammissibilità dell'eccezione in appello porta con sé la possibilità che la stessa sia spesa, non già in regime di concorrenza fungibile con le altre difese ed eccezioni, bensì in via gradata⁶⁶. Per altro verso, va considerato che, sulla base di quanto è emerso rispetto all'ammissibilità del condizionamento dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi da parte del convenuto⁶⁷, le eccezioni rilevabili d'ufficio graduabili anche in appello si risolvono, nella sostanza, nelle ec-

⁶⁴ Così E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 313.

⁶⁵ E. MERLIN, *op. cit.*, p. 312, ove anche il rilievo per cui, seguendo la tesi avversa, potrebbe discorrersi di un'eventuale applicazione dell'art. 345, comma 2, c.p.c. «solo nei casi di confine in cui la precedente allegazione del fatto ad opera della parte non possa dirsi implicare proposizione dell'eccezione nuova che si vuol vedere decisa in appello, come può essere nei non frequenti casi in cui i medesimi fatti materiali possono astrattamente integrare più eccezioni [...] e siano stati in precedenza allegati dalla parte in vista di un effetto giuridico diverso da quello che individua l'eccezione nuova proposta in appello» (*ivi*, pp. 312-313).

⁶⁶ Mentre, è appena il caso di precisare, opposta sarebbe la conclusione laddove si ritenesse preclusa, in appello, l'introduzione di un nuovo fatto integrante eccezione in senso lato.

⁶⁷ Cfr. *supra*, cap. II, § 15 ss.

cezioni «provvisorie», che non impediscono la riproposizione dell'azione, e ciò in quanto, da un lato, l'eccezione di compensazione è ovviamente esclusa e, dall'altro lato, per quanto concerne le altre eccezioni, è di regola necessaria, per rendere «attuale» l'interesse al condizionamento, la proposizione di domanda riconvenzionale⁶⁸, senz'altro inammissibile in appello.

4. *Le impugnazioni. Il giudice che violi l'ordine di decisione ammissibilmente impresso dall'istanza di graduazione incorre in un error in procedendo, censurabile in sede impugnatoria. Richiamo del principio della legittimazione alla graduazione. Esclusione, alla luce di tale principio, dell'ammissibilità dell'impugnazione della parte che ha visto respinta la propria domanda, in caso di attore graduante, ovvero accolta quella altrui, in caso di convenuto graduante. L'impugnazione è da ascrivere alla sola parte vincitrice. Inutilità di una nozione di soccombenza meramente formale*

Passiamo alle impugnazioni.

Come anticipato, esse saranno considerate in relazione ai poteri ascrivibili alla parte che ha operato la graduazione, laddove l'effettuato condizionamento, ammissibilmente speso, non sia stato rispettato dal giudice, e venga quindi in rilievo rispetto all'impugnazione della pronuncia.

Giova richiamare che, come si è più volte evidenziato, la manifestazione, proveniente dalla parte interessata, di un ordine preferenziale di decisione delle questioni di merito si risolve in un'istanza di parte idonea a limitare il potere del giudice di definire l'ordine delle questioni meritali, vincolandolo a seguire un determinato *ordo decidendi*; l'istanza, se ha a oggetto un'ammissibile graduazione, fa sorgere in capo al giudice il *dovere* di seguire un determinato ordine di decisione⁶⁹. Ne discende che, laddove il giudice non rispetti tale dovere, lo stesso incorre in un *error in procedendo*, e quindi nella violazione di una regola che presiede al suo stesso comportamento⁷⁰; e tale regola è quella che gli impone di attenersi a un determinato *iter* rispetto alla decisione delle questioni meritali, nei termini indicati

⁶⁸ Cfr. *supra*, cap. II, § 17.

⁶⁹ Cfr. *supra*, cap. I, § 15.

⁷⁰ Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 53 ss.; nonché, *si vis*, A. VILLA, *Interpretazione e norme processuali*, in AA.VV., *La Fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar e D. Pulitanò, Milano, 2012, p. 211 ss.

dalla parte interessata. La sentenza presenta «un vizio procedurale, in quanto è stato violato l'*ordo decisionis* legittimamente imposto dalla parte»⁷¹.

Ciò posto, l'indagine avrà a oggetto, da un lato, l'individuazione delle fattispecie che giustificano la proposizione dell'impugnazione in relazione a quanto precede; e, inoltre, dall'altro lato, l'individuazione dello strumento «tecnico» idoneo alla formulazione della censura in sede impugnatoria. Il tema scrutinato è quindi quello dell'*an*, e del *quomodo*, la parte possa impugnare la sentenza in ragione dell'ammissibilmente effettuato, ma non rispettato dal giudice del pregresso grado, condizionamento meritale.

È importante un'ulteriore precisazione preliminare.

Occorre richiamare che, come più volte già evidenziato⁷², vale il principio della *legittimazione alla graduazione*, per cui il condizionamento attoreo ha quale riferimento esclusivo la pronuncia di *accoglimento* della domanda e il condizionamento del convenuto ha quale riferimento esclusivo la pronuncia di *rigetto* della domanda. Ne deriva che, già in primo grado, e quindi a monte della proposizione dell'impugnazione, e a prescindere da essa, la parte può graduare le questioni meritali soltanto in relazione alla sua vittoria in giudizio, e non rispetto al suo eventuale insuccesso. Il principio cardine resta quello per cui «dev'essere in linea generale escluso il rilievo della preferenza che l'attore esprimesse per una certa motivazione della pronuncia di rigetto della sua domanda o il convenuto per una certa motivazione della pronuncia di accoglimento della domanda attrice»⁷³.

In tale prospettiva, il tema dell'impugnazione della sentenza *negativa* per la parte che ha posto il condizionamento, in un'ottica di graduazione della sua *soccombenza*, è, secondo la prospettazione adottata, senz'altro da espungersi dall'indagine per la semplice, ma dirimente, ragione che, *già in primo grado*, la parte non avrebbe potuto ammissibilmente graduare le questioni da porre alla base del rigetto della domanda, se si tratti dell'attore, ovvero dell'accoglimento della stessa, se si tratti del convenuto. Posto che, in simili ipotesi, non è possibile discettare di un ammissibile condizionamento già in prime cure, neppure sussiste una rilevante ipotesi impugnatoria basata sulla violazione della graduazione. Laddove l'attore, nel giudizio di primo grado, esprimesse una preferenza per una determinata moti-

⁷¹ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1012, nota 87.

⁷² Cfr. *supra*, soprattutto cap. II, § 8.

⁷³ E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 153, nota 138.

vazione della pronuncia di rigetto della sua domanda, ovvero il convenuto per una determinata motivazione della pronuncia di accoglimento della domanda dell'attore, il giudice potrebbe *senz'altro ignorare l'ordo decisionis* prospettato gli dalla parte, che conseguentemente sarebbe priva del potere di impugnare la sentenza in ragione della ritenuta violazione del prospettato condizionamento.

Il punto non è irrilevante, in quanto non è inusuale riscontrare, nelle discezioni in tema di allegazioni subordinate e di poteri impugnatori della parte graduante, la menzione del caso della parte soccombente che intenda, attraverso l'impugnazione, modulare la propria sconfitta.

Il tema ricorre chiaramente, come si è già avuto modo di anticipare ragionando circa l'ammissibilità della graduazione, nella dottrina di Grunsky. Secondo l'Autore, in caso di pronuncia reiettiva della domanda, non soltanto il convenuto potrebbe aspirare a una modulazione della propria *vittoria*, in particolare impugnando una decisione di rigetto *zur Zeit*⁷⁴; ma anche *lo stesso attore* sarebbe ammesso, con l'impugnazione, a ottenere una pronuncia, sempre di rigetto, ma meno gravativa della sua posizione, sostituendo (o semplicemente eliminando, se la sentenza è fondata su più motivi) il «motivo permanente» di reiezione della sua domanda: «Für den unterlegenen Kläger bedeutet das soeben Ausgeführte, daß er dann beschwert ist, wenn die Klage endgültig abgewiesen worden ist und er statt

⁷⁴W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, cit., pp. 162-163: «Bei einer Abweisung als zur Zeit unbegründet wird eine Beschwer des Beklagten bejaht. Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, ob der Beklagte den Abweisungsgrund ausgetauscht haben möchte, oder ob das Rechtsmittel darauf abzielt, daß die Klageabweisung auf einen weiteren Abweisungsgrund gestützt wird, der seinerseits dem Kläger keine Möglichkeit gibt, die Klage später zu erneuern». L'Autore chiarisce anche come, per il convenuto, sia possibile, dopo un rigetto *zur Zeit*, aspirare all'ottenimento di un rigetto della domanda per un motivo parimenti provvisorio, ma comunque più favorevole per il convenuto stesso (l'esempio è quello del rigetto della domanda per mancata scadenza del termine, essendo certo che il termine verrà a spirare, e del rigetto per mancato avveramento di una condizione): «Schließlich wird man auf der Grundlage der Rechtsprechung auch noch den Schritt tun müssen, daß der Beklagte mit seinem Rechtsmittel einen weiteren Abweisungsgrund als zur Zeit unbegründet ins Spiel bringen kann, von dem sich der Beklagte mehr verspricht. So, wenn etwa die Abweisung mangels Fälligkeit erfolgt ist und der Beklagte geltend macht, das Recht des Klägers sei aufschiebend bedingt und die Bedingung einstweilen noch nicht eingetreten. Da dies in Zukunft noch geschehen kann, handelt es sich auch bei diesem Grund um eine Abweisung als zur Zeit unbegründet. Gleichwohl kann dieser Grund dem Beklagten mehr Sicherheit gegen die Wiederholung der Klage geben als eine Abweisung mangels Fälligkeit (wenn etwa der Eintritt der Bedingung unwahrscheinlich ist)» (*op. cit.*, p. 163).

dessen eine Abweisung als zur Zeit unbegründet anstrebt [...]. Dabei kann das Ziel des Klägers in einem Austausch der Abweisungsgründe oder darin bestehen, daß bei einer mehrfachen Begründung des angefochtenen Urteils der „Dauergrund“ beseitigt wird und die Klageabweisung nur noch auf einen in Zukunft möglicherweise behebbaren Grund gestützt wird»⁷⁵. L'esempio giurisprudenziale citato dall'Autore è quello del gravame di una pronuncia basata su una duplice motivazione, per l'eliminazione di quella, evidentemente definitiva, basata sull'intervenuta prescrizione del diritto azionato⁷⁶.

Come anticipato, la soluzione preferibile resta quella di escludere che la parte possa impugnare la pronuncia per modulare la propria sconfitta.

Ciò non solo (e non tanto) per ragioni strettamente «impugnatorie».

Limitatamente al profilo impugnatorio è vero che, se si considera il caso nel quale «l'attore o il convenuto sono formalmente soccombenti ed intendono impugnare, al fine di vedere modificato il motivo su cui si basa la soccombenza, posto che da esso deriva un pregiudizio più ampio rispetto a quello che conseguirebbe dalla pronuncia, ancora per lui sfavorevole, ma basata su una differente ragione»⁷⁷, nell'intento di «perdere in modo meno pesante»⁷⁸, è obiettivamente «difficile estendere la legittimazione ad impugnare sino ad ammetterla anche in ipotesi in cui è lo stesso impugnante a richiedere al giudice superiore la conferma della sentenza impugnata di *contenuto sfavorevole*»⁷⁹.

Ed è altresì vero che, con l'arresto del 2016 già menzionato in apertura

⁷⁵ W. GRUNSKY, *op. cit.*, p. 163 (il passaggio è già stato richiamato nello studio circa l'ammissibilità della graduazione); e cfr. già ID., *Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer*, cit., p. 165 ss.

⁷⁶ W. GRUNSKY, *op. cit.*, p. 163, nota 13: «Im konkreten Fall war die Klage mit einer doppelten Begründung abgewiesen worden, wobei ein Grund zur endgültigen Abweisung führte (Verjährung), während der andere Grund vom Kläger behoben werden konnte (Fehlen einer ordnungsgemäßen Rechnung), weshalb es sich insoweit nur um eine Abweisung als zur Zeit unbegründet handelte. Der BGH hat die Berufung des Klägers, mit der er lediglich die Aufhebung der „Verjährungsabweisung“ anstrebte, als zulässig angesehen».

⁷⁷ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1014, nota 92.

⁷⁸ Ancora S. MENCHINI, *op. loc. cit.*

⁷⁹ *Ibidem*.

dell'indagine⁸⁰, le Sezioni Unite, in relazione al caso dell'attore che impugni la sua sconfitta nel merito per ottenere una (meno gravosa) sconfitta in rito, hanno affermato che «l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto»⁸¹.

Occorre però considerare che tale pronuncia si riferisce al rapporto tra *rito* e *merito*, e non a quello, che ci occupa, della proposizione di diverse, graduate, questioni meritali. La *ratio* della decisione va infatti rinvenuta nell'esistenza di un doppio oggetto del giudizio, di rito e di merito: «La sent. n. 21260/2016 si basa su di una giusta considerazione, quella per cui la (unica) domanda giudiziale – intesa come *editio actionis* – pone al giudicante due oggetti di indagine (ma si occupa per consueto di illustrate solo il secondo, quello principale): l'uno, di rito, propedeutico, compendioso di tutte le condizioni di decidibilità della causa nel merito (oggetto cui non corrisponde una domanda di parte [...]); l'altro meritale, e dunque finale, relativo all'esistenza della situazione giuridica soggettiva azionata in giudizio»⁸², con la piana conseguenza che l'impugnazione dell'attore per carenza di giurisdizione è inammissibile «per difetto di soccombenza sull'oggetto “processuale” di giudizio»⁸³.

Come va altresì considerato che, anche dopo tale pronuncia, la dottrina favorevole ad ammettere l'impugnazione dell'attore (dottrina sulla quale si tornerà ampiamente a breve) ha ribadito la posizione secondo la quale, nel caso deciso dalle Sezioni Unite, «l'interesse al gravame, misurato in termini di utilità marginale che il soggetto che propone l'impugnazione può trarre

⁸⁰ Cfr. *supra*, cap. I, §§ 1 e 2.

⁸¹ Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2016, n. 21260, cit. Per l'indicazione dei principali commenti di tale pronuncia, v. ancora *supra*, cap. I, nota 15; e cfr. altresì G. TARZIA, F. DANOVI, L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., p. 205. È appena il caso di aggiungere che l'orientamento delle Sezioni Unite è stato recepito dal legislatore della riforma; ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 149/2022, l'art. 37 c.p.c. è infatti sostituito prevedendo, *inter alia*, che «l'attore non può impugnare la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui adito». Sul punto, cfr. anche *supra*, cap. I, nota 34.

⁸² C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, cit., p. 268.

⁸³ *Ibidem*.

dal grado successivo del giudizio, è innegabile: la trasformazione della soccombenza di merito in soccombenza di rito comporta la riproponibilità della domanda, con la possibilità che la riattivazione del giudizio, per di più davanti a un plesso giurisdizionale diverso, comporti anche una diversa e più favorevole valutazione di merito circa la sua fondatezza. Il vantaggio marginale conseguibile attraverso la riforma in rito della pronuncia è dunque evidente e capace di costituire, sotto il profilo dell'interesse a impugnare, il potere di impugnazione della parte anche in assenza di soccombenza formale»⁸⁴.

Orbene, in quest'ultima prospettiva non potrebbe nemmeno essere escluso che l'attore, soccombente per l'accoglimento di un'eccezione merittale «definitiva» (come per esempio quella di prescrizione), impugni la sentenza per ottenere un rigetto in forza di un'eccezione meramente «sospen-

⁸⁴L. SALVANESCHI, *Le impugnazioni in generale*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, cit., p. 2564. La posizione era stata già espressa dall'Autrice in EAD., *L'interesse ad impugnare*, cit., pp. 351 ss., 377 ss.: «Se si riconosce [...] che le pronunce di rito hanno un'efficacia meramente endoprocedurale e sono incapaci di estendere il loro effetto vincolante al di fuori del processo in cui furono pronunciate, allora bisogna anche riconoscere che esse, a differenza delle sentenze di merito, consentono la riproposizione della domanda in un diverso e successivo processo. L'erronea soluzione positiva di una questione processuale, cui sia conseguita una pronuncia di rigetto nel merito, pone quindi l'attore in una posizione di svantaggio, precludendogli quella possibilità di riproposizione della domanda che una corretta valutazione della fattispecie processuale avrebbe portato con sé. L'interesse ad impugnare per chiedere una diminuzione della propria soccombenza appare allora evidente, comportando una decisione negativa di rito, rispetto alla pronuncia negativa di merito, un vantaggio giuridicamente individuabile che si concreta nella possibilità di riproporre nuovamente la domanda» (ivi, p. 362). Cfr. anche G. TARZIA, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., p. 204 s.: «L'interesse ad impugnare può sorgere non solo per la parte che sia rimasta soccombente in senso formale, bensì anche per quella che possa comunque attendersi dall'impugnazione un risultato utile, anche sotto forma di un minor pregiudizio: si suole discorrere in questi casi di *soccombenza in senso materiale* o di *soccombenza materiale*. Questa situazione può verificarsi, ad esempio, qualora un attore che si sia visto rigettare la domanda nel merito, proponga appello al limitato fine di ottenere sempre un rigetto, ma per motivi di rito, in quanto questo esito gli consentirebbe in futuro di riproporre la stessa domanda in primo grado»; ivi peraltro anche la precisazione che, nell'ipotesi di cui trattasi, «quando il rigetto nel merito sia conseguito a una erronea pronuncia di rito in punto di giurisdizione del giudice adito, la Cassazione a Sezioni Unite, dopo un lungo conflitto tra la stessa Cassazione e il Consiglio di Stato in relazione all'interesse a impugnare dell'attore soccombente nel merito al fine di ottenere una pronuncia di rito che riconoscesse l'erroneità della decisione affermativa della giurisdizione, ha concluso negando che nella richiamata situazione vi sia interesse a impugnare dell'attore ai limitati fini di trasformare la soccombenza di merito in soccombenza di rito».

siva» (come per esempio quella di inesigibilità della prestazione). Non a caso, la stessa dottrina appena citata ha sì negato l'ammissibilità della graduazione attorea della propria sconfitta, ma sulla base della *generale* esclusione del condizionamento meritale su istanza dell'attore, affermando che, «mentre esiste un'antecedenza logica, prima ancora che giuridica, delle questioni di rito rispetto a quelle di merito che impone al giudice una loro previa decisione [...], lo stesso non può dirsi ponendo a confronto diverse questioni di merito»⁸⁵, in relazione alle quali il giudice avrebbe «il potere di anteporre le une alle altre secondo la convenienza del caso concreto»⁸⁶. Si tratta di rilievo che, secondo quanto fin qui osservato, parrebbe provare troppo: se, da un lato, la graduazione della propria soccombenza dev'essere esclusa, dall'altro lato non è vero che, in generale, il giudice sia sempre libero di definire l'ordine delle questioni meritali, ma al contrario sussiste, secondo quanto si è ritenuto di argomentare nel capitolo che precede, un non trascurabile potere di graduazione, anche in capo alla parte attrice⁸⁷.

In sintesi, e traendo le fila del discorso: è inammissibile impugnare la sentenza per modulare la propria soccombenza nel merito, non già perché sarebbe assente in radice un interesse all'impugnazione (al contrario sussistente, almeno se si consideri lo stesso in termini di utilità marginale traibile dall'impugnante⁸⁸), bensì per una ragione che si pone *a monte* (e che si è collocata alla base della nostra indagine sul condizionamento delle questioni di merito): già in primo grado, la parte graduante deve riferire il condizionamento alla sentenza a sé *favorevole* – l'attore graduante, alla sentenza di accoglimento della propria domanda; il convenuto graduante, alla sentenza di rigetto della domanda altrui –, con la conseguenza che, attraverso l'atto di impugnazione, la parte non può dolersi di una violazione dell'ordine decisorio delle questioni in relazione a una pronuncia a sé *sfavorevole*. Quest'ultima, in quanto tale, non può che riferirsi al condizionamento impresso *dall'altra parte*, che quindi è l'unica che – per quanto concerne l'asseritamente violata istanza di graduazione – può ammissibilmente

⁸⁵ L. SALVANESCHI *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 367.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Cfr., in senso analogo, E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, cit., p. 153, nota 138, ove appunto il rilievo che «nella nostra dottrina non si è mancato prendere le distanze dall'opinione di Grunsky», ancorché ciò sia «avvenuto dandosi impulso all'idea della ristretta ammissibilità, in linea generale, delle allegazioni subordinate [...]»; idea che, come si viene dicendo, non ci persuade».

⁸⁸ V. *infra*, il paragrafo che segue.

impugnare. Per esempio, già in primo grado l'attore non avrebbe potuto chiedere che la sua domanda fosse *respinta* per mancata scadenza del termine della prestazione richiesta invece che per intervenuta prescrizione; se il giudice *respinge* la domanda appunto per intervenuta prescrizione, di nulla può ammissibilmente dolersi l'attore in prime cure, che, già nel pregresso grado di giudizio, non era legittimato a interloquire rispetto alle questioni fondanti il rigetto della sua domanda. Ancora a titolo di esempio, già in primo grado il convenuto non avrebbe potuto chiedere che la domanda attorea fosse *accolta* per una *causa petendi* fondante un acquisto a titolo derivativo, piuttosto che per un'altra, fondante un acquisto a titolo originario; se il giudice *accoglie* la domanda in ragione del secondo titolo, di nulla può ammissibilmente dolersi il convenuto in prime cure, che, già nel pregresso grado di giudizio, non era legittimato a interloquire rispetto alle questioni fondanti l'accoglimento della domanda altrui.

Va, da ultimo, annotato che un'ulteriore, rilevante, conseguenza del fatto che il condizionamento attoreo abbia quale riferimento esclusivo la pronuncia di accoglimento della domanda giudiziale, e quello del convenuto la pronuncia di rigetto della stessa, è quella per cui, rispetto all'indagine sui poteri impugnatori della parte graduante, *non presenta nessuna utilità* una nozione di soccombenza meramente *formale*. E invero, se ci si attenesse al parametro del mero confronto tra contenuto della domanda e contenuto della sentenza, secondo i dettami della soccombenza formale, sarebbe fatalmente da escludere la sussistenza di un potere impugnatorio in relazione alle fattispecie che ci occupano, atteso che la parte che spiega impugnazione ha visto accolta la propria domanda (laddove si tratti dell'attore), ovvero rigettata quella avversaria (laddove si tratti del convenuto).

Occorre quindi procedere nell'approfondimento della nozione di interesse a impugnare, con specifico riferimento alle ipotesi qui allo studio.

5. *L'interesse a impugnare. Autonomia della nozione rispetto a quella dell'interesse ad agire. Il criterio della soccombenza formale e il suo superamento. Il nucleo minimo ed essenziale dell'interesse a impugnare si concreta nel vantaggio marginale che l'impugnante può acquisire attraverso la contestazione della sentenza*

Il tema dell'impugnazione della parte vittoriosa nel merito va ricondotto all'istituto dell'*interesse a impugnare*.

Secondo la fondamentale (e in parte già richiamata) ricostruzione del-

l'istituto tracciata da Salvaneschi, è necessario anzitutto sceverare lo stesso dall'interesse ad agire, rivendicandone l'*autonomia*. Al riguardo, il dato centrale è quello per cui soltanto l'interesse a impugnare si deve *ex necesse* confrontare con l'emesso provvedimento giurisdizionale di prime cure. Se, per un verso, «in comune [...] con l'interesse ad agire, laddove a questo possa essere mantenuta autonoma rilevanza, l'interesse ad impugnare ha la caratteristica di porsi come questione preliminare atta a porre al giudice un parametro per evitare un uso indiscriminato del processo»⁸⁹, per altro verso «il contenuto di questo parametro sembra atteggiarsi in modo diverso nell'uno e nell'altro caso»⁹⁰, poiché «il concetto di interesse ad impugnare può presentarsi ed essere studiato nel suo aspetto esclusivamente processuale, a prescindere da ogni colorazione di carattere sostanziale, che non sembra invece possa essere accantonata nell'ambito di uno studio sull'interesse ad agire. La modificazione della sfera giuridica del soggetto, base dell'interesse ad impugnare, è operata infatti da una sentenza, e solo questo dato squisitamente processuale, nei suoi rapporti con altri dati processuali quali sono la domanda nella prima istanza e in quelle successive, deve venire in considerazione»⁹¹. In sintesi, la sentenza si pone quale entità sopravvenuta e determinante rispetto alla perimetrazione dell'interesse della parte a mantenere viva la litispendenza attraverso l'impugnazione; «tra diritto sostanziale e processo in fase di gravame si inserisce un dato che non si può dimenticare ed è il processo di primo grado con il provvedimento che lo definisce»⁹².

Ciò posto, nucleo portante dell'interesse a impugnare è da rinvenirsi nella *soccombenza* (*Beschwer*), che integra il requisito oggettivo (in contrapposizione, in quest'ottica, a quello soggettivo della legittimazione⁹³) e

⁸⁹ L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 23.

⁹⁰ L. SALVANESCHI, *op. loc. cit.*

⁹¹ L. SALVANESCHI, *op. loc. cit.*

⁹² L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 24. Il punto è ripreso dall'Autrice in una recente rimeditazione dell'argomento: «Pur mancando nel capo dedicato alle impugnazioni in generale una norma che riguardi specificamente l'interesse, è pacifico che anche il giudizio di impugnazione sia condizionato da questo requisito, che differisce per altro dall'interesse ad agire come condizione dell'azione di cui all'art. 100 c.p.c. [...]. Ed invero l'interesse a impugnare deve sempre misurarsi con la pronuncia giurisdizionale che ha chiuso il grado precedente del giudizio e che si pone come elemento necessario della misurazione» (EAD., *Le impugnazioni in generale*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, cit., p. 2559).

⁹³ Si tornerà a breve sul punto, in chiusura del presente paragrafo. Cfr. comunque L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 40 e s.: «Rappresentando le fasi di gravame

concreto (*i.e.*, non meramente affermato, come invece è predicabile rispetto alle condizioni dell'azione⁹⁴) dell'impugnazione di parte.

Ciò posto, nell'ambito della nozione di soccombenza può anzitutto discettersi di una soccombenza in senso *formale*. La soccombenza formale postula

un naturale proseguimento del processo di primo grado è ovvio ritrovare, in sede di impugnazione, le consuete condizioni dell'azione, che si atteggeranno però in modo particolare, come conseguenza del fatto che si è verificato lo svolgimento di almeno una precedente fase del giudizio [...]. In questo modo la legittimazione che in primo grado collegava i soggetti con il rapporto giuridico dedotto in giudizio, essendo questo rapporto confluito in un processo, collegherà ora i soggetti di questo processo con le sue successive fasi di gravame. Soltanto ai soggetti che furono parti nelle fasi pregresse del giudizio è riconosciuta quindi tradizionalmente la legittimazione ad impugnare [...]. L'interesse che contrassegnava invece uno stato di fatto proprio del diritto fatto valere in giudizio, essendosi frapposta tra diritto sostanziale e processo nelle fasi di gravame una pronuncia giurisdizionale, si sostanzierà ora in una insoddisfazione nei confronti di tale pronuncia, insoddisfazione che si manifesta di regola nel fenomeno della soccombenza».

⁹⁴ «Riportata la soccombenza a condizione del potere di impugnare, occorre però sottolineare le differenze che tale condizione presenta in questa sede rispetto al processo di primo grado. Affermatasi ormai generalmente una concezione astratta dell'azione [...], nessuno pensa più che le condizioni dell'azione in primo grado si pongano come condizioni di una decisione favorevole, ma si riconosce il loro risolversi ed esaurirsi nell'affermazione della esistenza e della titolarità di un diritto in capo a colui che propone la domanda [...]. Nelle fasi di gravame, invece, interesse e legittimazione non si presentano come mere modalità della domanda e non si sostanziano nella semplice affermazione della titolarità attiva e passiva del rapporto dedotto in giudizio e in quella dei fatti costitutivi lesivi del diritto, ma si concretano in dati oggettivi, in fenomeni reali come la qualità di parte nel precedente grado del giudizio e la soccombenza, dati che non possono essere semplicemente affermati, ma devono sussistere oggettivamente [...]. Questo avviene perché, tra diritto sostanziale e processo nelle fasi di gravame, si è inserito un dato processuale di estrema rilevanza, la pronuncia giurisdizionale, dato concreto e tangibile che fornisce al giudice *ad quem* un preciso punto di riferimento per valutare in concreto l'ammissibilità o meno della domanda di impugnazione. In altre parole, mentre in primo grado è necessaria e sufficiente un'affermazione soggettiva perché l'azione possa procedere verso una decisione di merito, nei gradi ulteriori del giudizio questo non basta: dato soggettivo e dato oggettivo si accompagnano e si compendiano, e perché il giudice possa passare all'esame dei motivi di gravame è necessario un riscontro oggettivo della sussistenza delle condizioni dell'impugnazione, né una mera affermazione soggettiva della qualità di parte soccombenza, davanti a dati diversi emergenti dalla sentenza impugnata, sarebbe sufficiente a rendere ammissibile l'impugnazione»: così ancora L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 45 e s. (ove anche il rilievo per cui «questa bivalenza delle condizioni delle impugnazioni che si compongono di un dato soggettivo e di uno oggettivo, raramente sottolineata dalla nostra dottrina, è invece colta con chiarezza da quella tedesca che la sostanzia in una duplicità terminologica: *die Beschwer* indica infatti il dato oggettivo della soccombenza, *die Geltendmachung der Beschwer* il dato soggettivo della sua affermazione, dove l'insieme dei due elementi è richiesto come fondamento di una impugnazione ammissibile»).

una valutazione dell'interesse a impugnare svolta comparando la domanda giudiziale e la sentenza che sulla stessa si è pronunciata. Si afferma quindi che, sul versante dell'attore, sussista soccombenza quando la sentenza non abbia accolto, in tutto o in parte, la domanda e, per converso, non vi sia soccombenza quando la domanda sia stata integralmente accolta, valendo ovviamente l'opposto per il convenuto, soccombente nel caso in cui la sentenza abbia accolto, in tutto o in parte, la domanda avversaria, e invece estraneo alla soccombenza qualora la domanda sia stata integralmente respinta. «Il concetto di soccombenza formale deriva dunque, quasi come un risultato matematico, dalla differenza tra domanda e sentenza»⁹⁵.

Sennonché, emergono nel sistema molteplici e variegate fattispecie impugnatorie che appaiono inidonee a essere ricondotte alla nozione di soccombenza formale.

Segnatamente, sono individuabili, da un lato, «situazioni in cui l'attore, pur essendo soccombente formale, è parso carente di interesse ad impugnare»⁹⁶, in particolare in caso di «articolazione complessa della domanda proposta in primo grado, la cui formulazione alternativa o condizionale fa sì che il giudice soddisfi interamente la pretesa dell'attore, pur respingendo una delle domande proposte»⁹⁷; e, dall'altro lato, fattispecie – dall'impugnazione in via immediata della sentenza non definitiva su questioni, ai casi in cui l'interesse del convenuto alla decisione di merito ne giustifica il potere di impugnazione anche a fronte del rigetto della domanda attorea (dei quali paradigmatico è quello dell'impugnazione della pronuncia declinatoria di rito conseguente al rilievo d'ufficio di un vizio processuale), fino ai casi di impugnabilità bilaterale (come quello che ha a oggetto la sentenza inesistente)⁹⁸ – in cui le parti, pur in difetto di soccom-

⁹⁵L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 49. Cfr. anche EAD., *Le impugnazioni in generale*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, cit., p. 2559: «Si intende per soccombenza formale quella misurazione tradizionale dell'interesse a impugnare operata confrontando la domanda giudiziale e la sentenza che sulla stessa si è pronunciata. Si ritiene quindi che vi sia soccombenza formale [...] quando la sentenza non abbia accolto in tutto o in parte la domanda e, per converso, non vi sia soccombenza formale quando la domanda sia stata accolta integralmente. Il concetto di soccombenza formale deriva quindi dalla differenza tra domanda e sentenza».

⁹⁶L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 378.

⁹⁷L. SALVANESCHI, *op. loc. cit.*

⁹⁸Per la rassegna di tali fattispecie si veda ancora lo studio di L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 159 ss., 379 ss. Cfr. anche EAD., *Le impugnazioni in generale*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, cit., p. 2560, ove la menzione delle «diverse e acquisite [...] ipotesi in cui si

benza formale, risultano portatrici di interesse a spiegare impugnazione.

Ne discende il duplice assunto per cui, da un lato, «la mancata congruenza o, se guardata dal punto di vista del convenuto, la congruenza tra la domanda e la sentenza del grado anteriore del giudizio non è il contenuto *minimo* dell'interesse ad impugnare»⁹⁹; e, dall'altro lato, «la mancata congruenza o, se guardata dal punto di vista del convenuto, la congruenza tra la domanda e la sentenza del grado anteriore del giudizio non è il contenuto *essenziale* dell'interesse ad impugnare»¹⁰⁰. L'elemento «matematico», scaturente dal raffronto tra domanda e sentenza, non vale a esaurire l'indagine, risultando in alcuni frangenti non sufficiente e, in altri, non necessario.

Per contro, le divise ipotesi impugnatorie sono tutte riconducibili al «criterio del vantaggio acquisibile mediante l'esercizio di un'ulteriore attività giurisdizionale»¹⁰¹. Ogni caso in cui è riscontrabile l'interesse a impugnare, anche laddove il criterio tradizionale della soccombenza formale si riveli inidoneo a fondare l'interesse stesso¹⁰², «è spiegabile attraverso l'uti-

riconosce che vi è interesse a impugnare pur in presenza di una vittoria formale della lite» e il richiamo, oltre alle fattispecie indicate nel testo, dell'«interesse a impugnare di entrambe le parti della sentenza dichiarativa dell'estinzione del processo, ove le parti stesse avessero chiesto la decisione di merito», dell'«interesse a impugnare del convenuto che aveva aderito alla domanda avversaria», dell'«interesse a impugnare a fronte di un difetto di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato»; ivi anche la precisazione per cui, «a queste ipotesi, che hanno incontrato il favore della giurisprudenza, deve aggiungersi la particolare disciplina dell'impugnazione così come regolata con riferimento ai procedimenti di separazione e divorzio, ove l'interesse all'impugnazione è legislativamente riconosciuto in capo a "ciascuna delle parti". Questo dato sottolinea la peculiarità dell'interesse all'impugnazione laddove il diritto in contestazione sia indisponibile e la sentenza debba pertanto tendere in misura maggiore a realizzare, anche attraverso un più ampio accesso all'impugnazione, un parametro di giustizia sostanziale».

⁹⁹ L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 378.

¹⁰⁰ L. SALVANESCHI, *op. loc. cit.*

¹⁰¹ L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 382.

¹⁰² E, per vero, anche laddove, come ordinariamente avviene, esso si riveli invece idoneo: «Se poi si riflette sulle ipotesi in cui è tradizionalmente riconosciuto sussistente l'interesse ad impugnare, è facile rendersi conto che, quando c'è soccombenza formale, il soggetto che ha visto respingere in tutto o in parte la propria domanda, o quello che ha visto accogliere in tutto o in parte la domanda avversaria, nell'esercitare il proprio potere di impugnazione mira sicuramente all'ottenimento di un risultato di vantaggio, ed è proprio questo a caratterizzarne l'interesse ad impugnare. Ciò è tanto vero che nessuno dubiterebbe che la parte soccombente formale, che chieda una riforma peggiorativa della sentenza conclusiva del grado anteriore del giudizio, non abbia interesse ad impugnare. Que-

lizzazione del criterio riassumibile nell'aspirazione e nella possibilità di ottenere, attraverso il processo di gravame, un margine di vantaggio rispetto alla statuizione contenuta nella sentenza gravata, idonea altrimenti a consolidare i suoi effetti attraverso il fenomeno del giudicato»¹⁰³.

La conclusione dell'indagine è pertanto quella per cui i dettami che presiedono all'individuazione della soccombenza nell'accezione formale, e quindi «il confronto tra il contenuto della domanda e il contenuto della sentenza che hanno rispettivamente introdotto e concluso un grado di giurisdizione»¹⁰⁴, sono soltanto il «*sintomo* della sussistenza dell'interesse ad impugnare»¹⁰⁵, nel senso che la difformità «in negativo» tra sentenza e domanda «è *normalmente* indice dell'interesse ad impugnare dell'attore»¹⁰⁶, e l'assenza di tale difformità «è *normalmente* indice dell'interesse ad impugnare del convenuto»¹⁰⁷; peraltro, in quanto mero «sintomo», essi sono elementi «la cui presenza può, ma non necessariamente deve, rivelare la sussistenza dell'interesse al gravame ed allo stesso tempo la cui assenza può, ma non necessariamente deve, rivelare la carenza dello stesso interesse»¹⁰⁸. Per contro, il nucleo minimo ed essenziale dell'interesse ad impu-

sta considerazione sarebbe di per sé sufficiente a convincere che, anche nelle ipotesi in cui l'interesse ad impugnare può essere identificato ponendo a confronto la domanda e la sentenza del grado anteriore del giudizio, la sola soccombenza formale non è l'elemento minimo indispensabile per qualificare l'interesse ad impugnare; ad essa va sicuramente aggiunto un dato ulteriore che, tenendo conto del fine cui mira l'impugnazione, dimostri che attraverso il processo di gravame la parte vuole e può ottenere un risultato migliorativo della propria posizione sostanziale. Il criterio del vantaggio acquisibile mediante l'esercizio di un'ulteriore attività giurisdizionale è idoneo quindi non solo a spiegare la sussistenza dell'interesse ad impugnare in ipotesi in cui la mancanza di soccombenza formale rende palese l'insufficienza del criterio tradizionalmente posto a base del potere di impugnazione, ma è ulteriormente in grado di giustificare, in maniera più completa della soccombenza formale, ogni ipotesi in cui viene tradizionalmente riconosciuto ad una parte l'interesse al gravame. Se così non fosse, infatti, occorrerebbe trovare un fondamento logico per una convinzione cui la intuitiva evidenza ha consentito di non essere mai posta in discussione: e cioè la convinzione che la parte soccombente formale non ha interesse ad impugnare per ottenere una sentenza peggiorativa rispetto a quella gravata» (L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 382 e s.).

¹⁰³ L. SALVANESCHI, *op. cit.*, pp. 383-384.

¹⁰⁴ L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 402.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 403.

gnare deve «essere espresso in termini utilitaristici e si concreta nel vantaggio marginale che l'impugnante può acquisire attraverso l'esperimento del mezzo di gravame»¹⁰⁹.

In definitiva, è predicabile l'esistenza di interesse a impugnare allorché la parte, attraverso la propria impugnazione, possa trarre un apprezzabile margine di utilità rispetto a quello ottenuto nella sentenza conclusiva del pregresso grado di giudizio.

È da ultimo appena il caso di precisare – ancorché si tratti di notazione nella sostanza «terminologica» – che da parte di alcuni interpreti la nozione di «soccombenza» è ricondotta a quella di «legittimazione a impugnare». Si afferma così che il requisito della «legittimazione a impugnare» è, anzitutto, la soccombenza, da misurarsi «guardando alle conclusioni rassegnate dalla parte e al contenuto della pronuncia» e distinguendosi tra «a) *soccombenza formale*, rispettivamente dell'attore o del convenuto, se la domanda è stata integralmente o in parte respinta oppure se essa è stata totalmente o parzialmente accolta [...]; b) *soccombenza materiale* (o sostanziale), se la parte, pur risultata vincitrice nel merito, ha ricevuto dalla pronuncia una tutela inferiore a quella richiesta»¹¹⁰. Nella prospettazione qui seguita, il concetto di legittimazione è, invece, prettamente soggettivo, dovendo essere la stessa riferita, in estrema sintesi, a chi è stato parte del pregresso grado di giudizio¹¹¹; la sostanza, però, non sembra mutare, atteso

¹⁰⁹ L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 404. Nello stesso senso, EAD., *Le impugnazioni in generale*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, cit., p. 2560.

¹¹⁰ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1013.

¹¹¹ Cfr. L. SALVANESCHI, *Le impugnazioni in generale*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, cit., p. 2558, testo e nota 14, ove i rilievi per cui la legittimazione a impugnare si risolve «in prevalente misura nella conferma della legittimazione delle parti del grado precedente del giudizio e ciò anche qualora le stesse non dovessero ritenere di essere le giuste parti»; e che «la legittimazione va distinta dall'interesse a impugnare e non può risolversi nella soccombenza, che è invece dato indicativo, ma non essenziale, dell'interesse a impugnare. La legittimazione riguarda il rapporto tra le parti del giudizio e distingue queste ultime rispetto ai terzi, legittimandole ad attivare il grado successivo del procedimento, o comunque il giudizio di impugnazione; il criterio dell'interesse distingue invece tra le stesse parti del giudizio quella o quelle dotate di quest'ultimo requisito». Per un quadro riassuntivo della condizione della legittimazione a impugnare, cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 431: «La legittimazione ad impugnare compete (di regola) a colui che è stato parte, ed è rimasto soccombente, del giudizio conclusosi con la sentenza impugnata. Più in particolare, con l'esclusione delle opposizioni previste dall'art. 404, legittimate ad impugnare sono

che anche chi riconduca la nozione di legittimazione alla soccombenza osserva comunque che, quale ulteriore presupposto affinché la parte sia legittimata all'impugnazione, rileva l'interesse a impugnare, il quale sussiste se «la sentenza di impugnazione, che sia di pieno accoglimento dell'impugnazione, attribuisce alla parte una tutela maggiore di quella fornita dalla sentenza impugnata»¹¹².

In sintesi, l'interesse a impugnare risiede nell'utilità marginale ottenibile dall'impugnante, ed esso integra la condizione oggettiva essenziale per l'ammissibilità dell'impugnazione (o, secondo altra prospettazione, affinché la parte sia legittimata a impugnare).

Veniamo ora ad applicare il principio che precede in relazione al condizionamento delle allegazioni.

solo le parti – anche se rimaste contumaci – del grado di giudizio conclusosi: tale è anche la parte che è stata estromessa nella sentenza o della quale è stata negata la legittimazione ad agire o ad intervenire (fino a che tale decisione, appunto per carenza di sua impugnazione, non passi in giudicato). Legittimati ad impugnare sono anche gli intervenienti adesivi (e i chiamati in causa che avrebbero potuto fare intervento adesivo), [...] specie quando lo stesso interveniente avrebbe potuto mettere in moto il processo [...]. Va però negato che l'interveniente adesivo possa impugnare, rimettendo in discussione l'esito decisorio come emerge dalla sentenza ed in relazione al quale le parti principali del giudizio abbiano raggiunto un accordo transattivo. Se il difensore con procura chiede *ex art. 93, co. 1* la distrazione delle spese, al riguardo egli avrà legittimazione ad impugnare. Gli intervenienti principali e litisconsortili naturalmente potranno impugnare sulla causa da loro introdotta con propria domanda. Anche il pubblico ministero può impugnare allorché sia intervenuto nelle cause che egli stesso avrebbe potuto proporre; ma potrà pure impugnare le sentenze relative a cause matrimoniali o che dichiarino l'efficacia [...] di sentenze straniere su tale oggetto».

¹¹²S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1013. Al riguardo, cfr. anche la posizione di F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, cit., pp. 302-303, il quale afferma che «la legittimazione ad impugnare presuppone la soccombenza» e che, «per sapere se una parte è soccombente occorre [...] mettere a confronto due elementi: da un lato ciò che la parte ha chiesto [...]; dall'altro ciò che gli ha dato la sentenza. Se la sentenza gli ha dato una tutela (almeno) equivalente a quella che la parte aveva richiesto, questa non è soccombente, e quindi non può impugnare», ma comunque aggiunge che «l'interesse ad impugnare si verifica attraverso la seguente constatazione: la sentenza di impugnazione, che abbia il contenuto richiesto con la domanda di impugnazione, deve dare una tutela maggiore di quella che dà la sentenza che si impugna. L'accoglimento dell'impugnazione deve essere utile: deve servire a qualcosa. Non c'è interesse ad impugnare quando, ancorché la impugnazione sia fondata e quindi sia accolta nei termini richiesti, ciò che dà il giudice dell'impugnazione non è più di quello che ha dato il giudice della sentenza impugnata».

6. *L'impugnazione in caso di proposizione delle questioni in forma concorrente. Assenza di interesse a impugnare. Mera riproposizione, in appello e in sede di rinvio, delle questioni non assurte a motivo portante della pronuncia. Onere di impugnazione (incidentale) in caso di rigetto ad abundantiam*

Preliminarmente, non è inutile considerare, «in negativo», l'ipotesi della proposizione di questioni in forma *concorrente*, senza la formulazione di un'istanza di graduazione della parte (potenzialmente) interessata al condizionamento. Per esempio, l'attore spende plurimi fatti costitutivi a sostegno della propria domanda, ovvero il convenuto più difese e/o eccezioni a sostegno della richiesta di rigetto della domanda avversaria, ma, entrambi, non immettono nel processo una richiesta di condizionamento allegatorio.

In tal caso, deve evidentemente escludersi che la parte – vincitrice del giudizio: si ribadisce che unici nostri riferimenti sono, rispetto all'attore, la sentenza di accoglimento, e, rispetto al convenuto, quella di rigetto – sia portatrice di interesse a impugnare in relazione alle dedotte questioni meritali, e ciò quand'anche la decisione si fondi su una questione che offra al vincitore un'utilità (potenzialmente) minore. E invero, la parte «non avendo articolato in via condizionale le proprie allegazioni, mostrando così di non annettere importanza alla possibilità di formazione di un accertamento incidentale sull'una piuttosto che sull'altra, di nulla potrà logicamente dordersi»¹¹³. Ancorché «si dilati il concetto di soccombenza, estendendolo sino a ricomprendere quella materiale, non sussiste, nell'ipotesi in esame, questo (necessario) requisito: la parte, avendo proposto in primo grado le difese in modo concorrente, ha mostrato totale indifferenza rispetto alla motivazione giustificatrice del provvedimento finale; per lei, la sola cosa che conta è di avere una statuizione di merito favorevole, a prescindere dal motivo che la sorregge»¹¹⁴.

Né pare che la conclusione possa essere diversa allorché, in luogo del-

¹¹³C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 495 (nell'ambito dell'esame della teorica – ritenuta giustamente non accoglibile – del giudicato esteso alla risoluzione delle questioni preliminari di merito, ma con rilievi che possono essere mutuati anche in questa sede).

¹¹⁴S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1011.

l'assorbimento della questione¹¹⁵ che non sia stata posta a fondamento della decisione, la pronuncia contenga, *ad abundantiam*, anche rilievi in senso negativo rispetto alla fondatezza (o all'ammissibilità) della stessa. E invero, la questione *de qua*, «anche se sia stata espressamente trattata e decisa (in modo sfavorevole alla parte, risultata comunque vincitrice), non costituendo il motivo portante della sentenza, non esplica alcun ruolo circa la determinazione della portata oggettiva del giudicato»¹¹⁶. Per esempio, a fronte del rigetto della domanda attorea, dev'essere esclusa la «configurabilità di una soccombenza del convenuto che abbia visto bensì rigettata la domanda, ma risolte a proprio sfavore alcune delle questioni preliminari di merito: accentrando il vincolo sui soli motivi effettivamente “portanti” [...] si può così agevolmente escludere il verificarsi di un pregiudizio, e con ciò della soccombenza (sia pure parziale), in capo al convenuto assolto per un motivo piuttosto che per un altro: la decisione di rigetto della domanda non potrà, cioè, venire da questi impugnata semplicemente al fine di venire diversamente motivata con riguardo alle soluzioni delle questioni incidentemente risolte a favore dell'attore»¹¹⁷.

Un'impugnazione principale della parte allegante, che ha prevalso in giudizio, resta quindi da escludersi.

In caso di impugnazione dell'altra parte, unica soccombente, e avuto riguardo agli adempimenti in sede impugnatoria della parte vittoriosa in prime cure in relazione alle allegazioni diverse da quella posta a fondamento della decisione (quella accolta è infatti automaticamente «rimessa in gioco» dall'impugnazione dell'altra parte), occorre distinguere l'omesso esame dal rigetto della questione.

Nel primo caso, quest'ultima sarà soggetta, in appello, all'onere di riproposizione ai sensi dell'art. 346 c.p.c. Giusta l'insegnamento della Suprema Corte, «con la riproposizione il legislatore ha inteso alludere [...] alla prospettazione al giudice di appello di domande ed eccezioni che, in quanto soltanto “riproposte”, cioè proposte come lo erano state al primo giudice, possono esserlo sì perché sono state da quel giudice “non accolte”, ma senza che egli le abbia considerate espressamente o implicitamente

¹¹⁵ Secondo i peculiari connotati dell'assorbimento allorché lo stesso si riferisca a mere questioni (e non già a domande giudiziali). Al riguardo, cfr. *supra*, cap. I, §§ 13 e 14.

¹¹⁶ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 1011, nota 83.

¹¹⁷ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 505, nell'ambito di una serie di rilievi critici sulla teorica della *Waffengleichheit*. In tema, cfr. già *supra*, cap. II, § 15.

nella sua motivazione e dunque senza che le valutazioni su di esse abbiano potuto determinare il contenuto della decisione e senza che l'omissione della decisione su di esse abbia giuocato un ruolo nella determinazione della decisione»¹¹⁸. Il tutto con la precisazione, sul versante dell'attore, che l'art. 346 c.p.c., laddove richiama le «domande» non accolte (*i.e.*, assorbite), è da leggersi come primariamente riferito appunto al caso, che qui ci occupa, della proposizione cumulata di plurimi fatti costitutivi: «L'interpretazione preferibile è quella che, fuori del caso di domande proposte in via subordinata od alternativa che siano rimaste assorbite dall'accoglimento di altra domanda dello stesso attore (nel rispetto dei nessi di condizionalità da lui stesso voluti), restringe il significato del termine “domande” nel senso di leggervi *questioni inerenti a singoli fatti costitutivi (non individuatori) di una delle domande proposte*, fra i vari allegati dall'attore in primo grado»¹¹⁹. La riproposizione, secondo i dettami «dinamici» dell'istituto, dovrà essere formulata nel primo scritto difensivo (e quindi nella comparsa di risposta¹²⁰) e, comunque, entro la prima udienza del giudizio di appello¹²¹,

¹¹⁸ Cass., Sez. Un., 19 aprile 2016, n. 7700, cit.

¹¹⁹ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 505.

¹²⁰ Ovvero anche nell'atto di citazione in appello, ma soltanto se la parte abbia impugnato la sentenza in relazione a un capo diverso da quello al quale si riferisce il condizionamento delle questioni (rispetto a quest'ultimo, come detto, non sussiste interesse a impugnare).

¹²¹ Così Cass., Sez. Un., 21 marzo 2019, n. 7940, cit., secondo la quale le parti del giudizio di impugnazione sono tenute «a riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, in quanto rimaste assorbite, con il primo atto difensivo e comunque non oltre la prima udienza»; nello stesso senso, Cass., 11 marzo 2021, n. 6911, in *DeJure*: «L'appello incidentale consente alla parte anche parzialmente soccombente di far rivalere le domande e le eccezioni non accolte mentre questo strumento non pertiene alla parte vittoriosa la quale può limitarsi a riproporle nel primo atto difensivo e comunque non oltre la prima udienza, trattandosi di fatti rientranti già nel *thema probandum* e nel *thema decidendum* del giudizio di primo grado». La riproposizione deve essere specifica e intellegibile. Cfr. Cass., 15 febbraio 2021, n. 3841, in *Guida al dir.*, 2021, 22: «Affinché non operi la presunzione di rinuncia e di decadenza di cui all'art. 346 c.p.c. è onere della parte vittoriosa in primo grado di manifestare in maniera esplicita e precisa la propria volontà di riproporre le domande ed eccezioni respinte o dichiarate assorbite nel giudizio di primo grado. Al riguardo, [...] il generico richiamo, non altrimenti specificato, nell'atto di costituzione in appello, da parte della parte vittoriosa in primo grado, alle singole eccezioni contenute nelle difese di primo grado (e non esaminate in quanto assorbite) non è idoneo a manifestare in modo esplicito e preciso la volontà di riproporre una determinata e particolare eccezione. Se, infatti, tale manifestazione di volontà non deve rivestire

come disciplinata dall'art. 350 c.p.c.¹²². È infine appena il caso di aggiungere che, rispetto alle eccezioni in senso lato, secondo la Cassazione la mancata riproposizione non impedisce, ferma la preclusione del potere di rilievo del convenuto, che «il giudice d'appello eserciti detto potere a norma dell'art. 345 c.p.c., comma 2»¹²³. Ancorché le norme (l'art. 346 c.p.c., da un lato, e l'art. 345, comma 2, c.p.c., dall'altro) paiano operare su piani

una particolare forma, tuttavia, deve avvenire con chiarezza e precisione sufficiente a renderla inequivocabilmente intellegibile per la controparte e per il giudicante».

¹²² Il quale, ai sensi dell'art. 3, comma 26, lett. g), d.lgs. n. 149/2022, è così sostituito: «Davanti alla corte di appello la trattazione dell'appello è affidata all'istruttore, se nominato, e la decisione è collegiale; davanti al tribunale l'appello è trattato e deciso dal giudice monocratico. Nella prima udienza di trattazione il giudice verifica la regolare costituzione del giudizio e, quando occorre, ordina l'integrazione di esso o la notificazione prevista dall'articolo 332, dichiara la contumacia dell'appellato oppure dispone che si rinnovi la notificazione dell'atto di appello, e provvede alla riunione degli appelli proposti contro la stessa sentenza. Quando rileva che ricorre l'ipotesi di cui all'articolo 348-bis il giudice, sentite le parti, dispone la discussione orale della causa ai sensi dell'articolo 350-bis. Allo stesso modo può provvedere quando l'impugnazione appare manifestamente fondata, o comunque quando lo ritenga opportuno in ragione della ridotta complessità o dell'urgenza della causa. Quando non provvede ai sensi del terzo comma [e quindi non disponga di discussione orale, n.d.r.], nella stessa udienza il giudice procede al tentativo di conciliazione ordinando, quando occorre, la comparizione personale delle parti; provvede inoltre sulle eventuali richieste istruttorie, dando le disposizioni per l'assunzione davanti a sé delle prove ammesse». La Relazione al d.lgs. 149/2022 così annota rispetto a tale norma: «Si è poi modificato l'articolo 350 c.p.c., con l'indicazione delle funzioni svolte in udienza dall'istruttore, quando nominato: verifiche preliminari sull'integrità del contraddittorio, dichiarazione della contumacia, riunione degli appelli proposti contro la stessa sentenza, tentativo di conciliazione, eventuale ammissione e conseguente assunzione delle prove, nei limiti in cui ciò è consentito nel giudizio di appello. Nella medesima ottica di *case management*, poi, si è previsto che l'istruttore possa disporre la discussione orale della causa davanti al collegio per la decisione in forma semplificata non solo nei casi di cui all'articolo 348-bis, ma anche, a prescindere dal "filtro" ivi previsto, quando l'appello appaia manifestamente fondato (ipotesi cui il legislatore delegante ha conferito particolare rilievo, contemplandola espressamente nell'articolo 283) o quando lo ritenga comunque opportuno in ragione della ridotta complessità della causa o dell'urgenza della sua definizione».

¹²³ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit. Cfr. anche, da ultimo, Cass., 28 marzo 2022, n. 9844, in *DeJure*: «Nel giudizio di appello, il principio previsto dall'art. 346 c.p.c., secondo cui le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado si intendono rinunciate se non sono espressamente riproposte, si riferisce alle sole questioni rilevabili ad istanza di parte, ma non anche a quelle rilevabili d'ufficio, stante il potere (dovere) del giudice del gravame di rilevarle in via officiosa ai sensi dell'art. 345, comma 2, c.p.c., quand'anche non espressamente riproposte, a meno che le stesse non siano state respinte in primo grado con pronuncia espressa o implicita, essendo in tal caso necessario proporre appello incidentale al fine di evitare la formazione del giudicato interno, che ne preclude ogni riesame, anche officioso».

diversi (quello della riproposizione della questione non esaminata in primo grado e del rilievo *ex officio* della nuova eccezione in appello), la conclusione potrebbe essere accettabile riferendosi all'ipotesi (che qui viene in questione) del *rigetto* della domanda attorea, con conseguente assorbimento dell'eccezione suscettibile di rilievo officioso¹²⁴.

Venendo al giudizio di cassazione – laddove quindi la situazione fin qui analizzata (proposizione attorea di questioni in regime di concorrenza, e accoglimento della domanda dell'attore, ovvero rigetto della domanda in accoglimento di una delle questioni dedotte dal convenuto) ricorra rispetto a una sentenza di appello –, sembra preferibile, in ragione del fatto che, come si è visto, la questione che non è stata posta a fondamento della decisione non esplica alcun ruolo rispetto alla portata oggettiva della sentenza, escludere anche in tale sede la necessità di proporre impugnazione (ricorso) incidentale, ammettendo quindi la possibilità di riproporre le altre allegazioni in atti, occorrendo, nel giudizio di rinvio. L'invalsa giurisprudenza della Suprema Corte ritiene infatti «inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale condizionato allorché proponga censure che non sono dirette contro una statuizione della sentenza di merito bensì a questioni su cui il giudice di appello non si è pronunciato ritenendole assorbite, atteso che in relazione a tali questioni manca la soccombenza che costituisce il presupposto dell'impugnazione, salva la facoltà di riproporre le questioni medesime al giudice del rinvio, in caso di annullamento della sentenza»¹²⁵.

Ciò detto, occorre peraltro dare atto che, secondo altro orientamento, la possibilità, ascritta alla Corte di Cassazione dall'art. 384, comma 2, c.p.c., di decidere la causa nel merito dovrebbe invece far propendere per la necessità del ricorso incidentale anche in tale eventualità¹²⁶. È evi-

¹²⁴ Cfr., anche per la diversa soluzione in caso di *accoglimento* della domanda dell'attore, F. GODIO, in C. CONSOLO, F. GODIO, *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345 (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità meritale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio*, cit., p. 1415.

¹²⁵ Cass, 5 marzo 2019, n. 6366, in *Guida al dir.*, 2019, 30, p. 43. Nello stesso senso, Cass., 4 novembre 2021, n. 31840, in *DeJure*: «In tema di giudizio di cassazione, è inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale condizionato allorché proponga censure che non sono dirette contro una statuizione della sentenza di merito bensì a questioni su cui il giudice di appello non si è pronunciato ritenendole assorbite, atteso che in relazione a tali questioni manca la soccombenza»; nonché, ancora, Cass., 18 febbraio 2020, n. 4003, in *Guida al dir.*, 2020, 18, p. 59; Cass., 22 settembre 2017, n. 22095, in *DeJure*.

¹²⁶ Cfr. G. TARZIA, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., p. 268: «L'orientamento prevalente nella giurisprudenza formatasi prima della

dentemente il potere decisorio nel merito della Suprema Corte che può generare il problema interpretativo di cui trattasi. Parrebbe peraltro sistematicamente più corretto escludere, in caso di questioni assorbite, e quindi in alcun modo decise, la stessa possibilità di decisione immediata nel merito: «Per converso, le questioni ritualmente assorbite (di solito appartenenti al merito: ad es. la questione di annullabilità del contratto nel caso di accoglimento dell'eccezione di prescrizione), in quanto non decise né esplicitamente né implicitamente, non saranno né deducibili dalle parti né affrontabili in cassazione. Esse, più semplicemente potranno riaffacciarsi solo se sollevate in via principale nell'eventuale giudizio di rinvio. In tal caso, risulterà esclusa la possibilità di una sentenza di cassazione senza rinvio per ragioni di merito *ex art.* 384, proprio perché sulla questione mai esaminata deve svolgersi un esame di merito non in unico grado»¹²⁷.

Veniamo ora a considerare l'ipotesi in cui la sentenza contenga anche, *ad abundantiam*, il rigetto di una questione non assurta a motivo fondante la decisione.

Ancorché sia stato sostenuto che, in tale ipotesi, «il rimedio è sempre rappresentato dalla mera riproposizione, ai sensi dell'art. 346 c.p.c.»¹²⁸, la soluzione preferibile è, anche alla luce degli arresti giurisprudenziali inter-

riforma del 1990 è stato quello di ritenere ammissibile questo ricorso [*i.e.*, il ricorso incidentale condizionato], se volto a riproporre questioni decise, anche se implicitamente, dal giudice *a quo*, e inammissibile invece se diretto a riproporre questioni assorbite, che, dopo la cassazione, potranno essere sempre riproposte al giudice di rinvio. È da ritenere peraltro che tale conclusione, seppur confermata anche dalla giurisprudenza più recente (Cass. 5 marzo 2019 n. 6366) non possa rimanere ferma di fronte alla “novellazione” dell'art. 384 c.p.c. e che il potere, conferito alla Corte di cassazione, di decidere nel merito, sotto le condizioni ivi indicate comporti la necessità del ricorso incidentale condizionato per far rivivere dinanzi alla Cassazione anche la questione preliminare o pregiudiziale “assorbita”: che, ove non richieda “*ulteriori accertamenti di fatto*”, potrebbe indurre la Corte a decidere la causa con l'accoglimento dell'eccezione, dopo aver constatato la fondatezza della censura del ricorrente principale sulla violazione o falsa applicazione delle norme di diritto, compiuta dal giudice *a quo* nel decidere sul merito della domanda. Solo la riproposizione dell'eccezione, mediante ricorso incidentale condizionato, potrebbe condurre a una decisione sulla questione pregiudiziale o preliminare favorevole alla parte vittoriosa nel merito, in luogo di una decisione sul merito favorevole al ricorrente principale (Cass. S.U. 25 marzo 2013 n. 7381)».

¹²⁷ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 603.

¹²⁸ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1012, nota 86.

venuti sul punto, quella che postula l'impugnazione incidentale della parte vittoriosa. Mutuando la lezione della Suprema Corte in relazione all'ipotesi della sentenza di rigetto, nella quale peraltro un'eccezione sia stata respinta in motivazione, «se il convenuto abbia ottenuto il rigetto della domanda, ma il primo giudice abbia rigettato espressamente una o più eccezioni che egli aveva fatto valere per ottenere quel rigetto, ancorché l'art. 346 c.p.c. parli di eccezioni "non accolte" con una formulazione che potrebbe comprendere pure le eccezioni espressamente rigettate, [...] si deve ritenere che l'espressione non possa ricomprenderle ma debba essere riferita alla sola ipotesi in cui l'eccezione non sia stata esaminata dal giudice»¹²⁹. La posizione è avvalorata alla luce del necessario coordinamento tra la previsione dell'appello incidentale e quella della riproposizione: «Se l'appello incidentale sottende [...] una critica alla decisione impugnata, con riferimento all'eccezione espressamente disattesa la critica esige l'impugnazione incidentale. La mera riproposizione, sottintendendo solo la devoluzione al giudice dell'appello dell'eccezione per come proposta nel primo grado [...] non è idonea a comprendere la necessaria attività di critica che il convenuto deve rivolgere all'opinione con cui il primo giudice ha disatteso l'eccezione»¹³⁰. Si tratta di rilievi che appaiono condivisibili anche se tra-

¹²⁹ Cass., Sez. Un., 19 aprile 2016, n. 7700, cit.

¹³⁰ Cass., Sez. Un., 19 aprile 2016, n. 7700, cit., ove anche la precisazione che, in tal caso, «occorrendo una critica, essa in sede di impugnazione esige l'impugnazione incidentale, cioè il rapportarsi alla decisione impugnata e, quindi, l'articolazione specifica ai sensi dell'art. 342 c.p.c. di motivi di impugnazione». Nello stesso senso, Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit., la quale ha esaminato anche il caso in cui la sentenza di rigetto della domanda attorea contenga, in motivazione, il rilievo dell'infondatezza di un'eccezione del convenuto («Il rigetto può, però, essere avvenuto per altre ragioni, che possono essere state, o la stessa inidoneità *in iure* dei fatti costitutivi a giustificare il diritto fatto valere con la domanda giudiziale, o la loro mancata dimostrazione a livello probatorio come fatti storici, o anche una valutazione di fondatezza di un'altra eccezione di merito. In questi casi è palese che l'interesse ad impugnare con l'appello la decisione sarà dell'attore, perché egli ha visto rigettata la domanda ed è in posizione di c.d. soccombenza pratica rispetto all'esito finale della lite, mentre l'interesse ad ottenere che in appello si ridiscuta dell'eccezione di merito ritenuta infondata, sarà del convenuto, che ha solo una soccombenza c.d. virtuale sull'eccezione, cioè una soccombenza che non ha inciso sull'esito finale della decisione che gli è favorevole e che non può venire in rilievo in sede di impugnazione se non ove l'appello sia svolto dall'attore») e, sul punto, ha ribadito l'insegnamento di Cass., Sez. Un., n. 7700/2016 (e, «a monte», del «noto intervento delle Sezioni Unite di cui all'ordinanza del 16 ottobre 2008 n. 25246, con la quale si è affermato che la parte risultata vittoriosa nel merito nel giudizio di primo grado, al fine di evitare la preclusione della questione di giurisdizione risolta in senso ad essa sfavorevole, è tenuta a proporre appello inciden-

slati alla posizione dell'attore, e alle relative allegazioni costitutive. La riproposizione è incompatibile con qualsivoglia critica della sentenza gravata, ancorché si tratti di censurare quanto affermato dalla pronuncia rispetto a un'allegazione che non sia stata posta a fondamento della decisione.

Un dubbio, rispetto alla necessità del gravame incidentale, potrebbe in effetti porsi laddove le questioni meritali, proposte in via concorrente, siano anche considerabili *equipollenti* (come ben potrebbe accadere, giusta quanto si è rilevato in relazione all'ammissibilità della graduazione¹³¹), e quindi (se ci si rapporti al convenuto) alle allegazioni che «non modificano

tale, non essendo sufficiente ad impedire la formazione del giudicato sul punto la mera riproposizione della questione, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., in sede di costituzione in appello, stante l'inapplicabilità del principio di rilevanza d'ufficio nel caso di espressa decisione sulla giurisdizione e la non applicabilità dell'art. 346 c.p.c.», esprimendosi «a favore della necessità dell'appello incidentale le quante volte, in presenza di un rigetto della domanda e, quindi, di esito favorevole al convenuto, che, dunque, si trovi in posizione di c.d. soccombenza soltanto teorica, una sua eccezione di merito sia stata oggetto di valutazione da parte della sentenza di primo grado con una motivazione espressa, che abbia enunciato il suo rigetto, oppure sia stata oggetto di una motivazione che, pur non enunciando espressamente il rigetto, lo evidenzi indirettamente, cioè riveli, in modo chiaro ed inequivoco, che il giudice parimenti abbia inteso rigettare l'eccezione. [...] Poiché l'eccezione è stata oggetto di decisione e tale valutazione fa parte del tessuto motivazionale della sentenza di primo grado, di modo che non rileva più la circostanza che l'eccezione era stata introdotta nell'oggetto del giudizio fra i fatti che avrebbero dovuto essere decisi, ma risulta che essa abbia acquisito rilevanza in quanto ormai oggetto in concreto della decisione, la circostanza che quest'ultima esprime una posizione di soccombenza, di "torto", sebbene virtuale, a carico del convenuto, costringe, attesa la presenza nel nostro ordinamento dell'istituto dell'appello incidentale accanto a quello della c.d. riproposizione, a collocare la modalità di investitura del giudice d'appello nel primo e non nella seconda. La ragione è che la valutazione del primo giudice sull'eccezione è consacrata in una parte della motivazione della sua sentenza, onde, rispetto ad essa, la posizione del convenuto non può che essere omologa a quella dell'attore appellante principale, che, di fronte ad una parte della motivazione che gli dà torto, se la vuole ridiscutere, deve farla oggetto dell'appello». Per il richiamo agli arresti di Cass., Sez. Un., n. 7700/2016 e Cass., Sez. Un., n. 11799/2017, cfr., *ex pluribus*, Cass., 21 novembre 2022, n. 34154, in *DeJure*; Cass., 2 agosto, 2022, n. 23959, *ivi*; Cass., 12 maggio 2022, n. 15185, *ivi*; Cass., 30 settembre 2021, n. 26533, *ivi*. In dottrina, cfr. C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, cit., pp. 982-983, ove i rilievi per cui il convenuto, se «non gradi le proprie eccezioni, ponendole tutte su di un piano di parità, e così di indifferenza», ma sia «risultato comunque vittorioso su di una sua eccezione, dovrà proporre appello incidentale solo se il giudice ne abbia rigettate espressamente altre, e vi sia il suo interesse a coltivarle per il caso di accoglimento dell'appello avversario. Vi è qui una statuizione passibile di critica, e la riproposizione è posta fuori campo».

¹³¹ Nel capitolo che precede.

il perimetro della vittoria del convenuto, a seconda che ne venga accolta l'una o l'altra. Ad es., ed escluso il riflesso su posizioni di terzi [...], per il convenuto è indifferente che la domanda attorea venga rigettata sulla base della sua eccezione di annullabilità o di nullità del contratto»¹³²; la soluzione preferibile parrebbe peraltro, sempre alla luce del tracciato discriminante tra riproposizione e impugnazione incidentale, quella che, comunque, «riconosce la necessità di un appello incidentale, quale imprescindibile strumento di censura argomentativa della sentenza impugnata»¹³³.

Quanto, infine, alla possibilità che l'impugnazione incidentale sia anche *condizionata*, se, per un verso, l'appello incidentale condizionato è generalmente ammesso, anche in relazione al caso del rigetto di questioni sollevate dalla parte vittoriosa in primo grado¹³⁴, per altro verso va osservato che, nel caso che ci occupa, la parte ha svolto, in primo grado, le proprie deduzioni meritali in forma *concorrente*, così evidenziando di ritenere equipollenti le questioni dedotte¹³⁵ (né, ovviamente, si pone nella specie un problema di ordine tra rito e merito, venendo in rilievo soltanto plurime questioni meritali).

In cassazione, esclusa la possibilità di prospettare una riproposizione delle questioni in tale sede, e posto che la questione è stata respinta dalla sentenza impugnata, il mezzo necessario sarà il ricorso incidentale. Come si è osservato rispetto al convenuto, «nel campo delle questioni preliminari di merito (risolte a sfavore del convenuto risultato comunque praticamente vittorioso), non è dubbio l'onere di ricorso incidentale da parte di costui se vuole che la S.C. se ne possa occupare»¹³⁶.

Rispetto all'eventuale condizionamento del ricorso¹³⁷, può ribadirsi, ri-

¹³² C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, cit., p. 983.

¹³³ C. CONSOLO, *op. loc. cit.*

¹³⁴ Cfr. G. TARZIA, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., p. 233, in relazione al condizionamento dell'appello: «L'appello incidentale, di cui si discorre, potrà servire anche, alla parte vittoriosa nel merito in primo grado, per fare rivivere – di fronte all'appello della controparte – le eccezioni pregiudiziali o preliminari, da lei sollevate in primo grado ma respinte dal giudice con la medesima sentenza impugnata».

¹³⁵ Il punto sarà immediatamente ribadito, rispetto al giudizio di cassazione e al ricorso incidentale condizionato.

¹³⁶ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 606.

¹³⁷ Tema, come noto, di per sé complesso e controverso (cfr. già *supra*, cap. I, § 3, e cap. II, § 4). Rispetto all'utilizzo del mezzo in caso di spendita di plurime questioni, cfr. G.

prendendo quanto testé rilevato in relazione all'appello incidentale condizionato, che l'avvenuta spendita delle allegazioni in regime di concorrenza dovrebbe avvalorare la soluzione che escluda una simile architettura impugnatoria¹³⁸. Come si è annotato, sempre rispetto al convenuto che abbia sollevato plurime questioni meritali e sia uscito vincitore dal processo in relazione a una di esse, «per tale convenuto-resistente l'esito ottenuto equivale a quello che otterrebbe con l'accoglimento della sua difesa od eccezione di merito sottostante a tale questione preliminare. Pertanto, il suo ricorso incidentale, anche "condizionato", non dovrà vincolare l'ordine di esame della S.C.»¹³⁹.

7. *L'impugnazione in caso di proposizione di questioni graduate. Laddove il giudice rispetti il condizionamento, non sussiste l'interesse a impugnare. Mera riproposizione, in appello e in sede di rinvio, delle questioni subordinate. Onere di impugnazione (incidentale) in caso di rigetto ad abundantiam*

Passiamo alla proposizione, in primo grado, di istanza di graduazione delle questioni. Prendiamo le mosse dal caso in cui il giudice abbia *rispettato* l'ordine indicato dalla parte, e quindi la sentenza si basi sull'allegazione principale, preferita dalla parte graduante.

A titolo esemplificativo, e tenendo conto dei risultati raggiunti rispetto

TARZIA, F. DANOVÌ, L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., pp. 267-268: «Anche per il giudizio di cassazione la dottrina e la giurisprudenza hanno creato l'istituto del *ricorso incidentale condizionato*, ignoto al dettato normativo, anche dopo le recenti riforme. Problemi particolari e assai controversi si pongono, tuttavia, per l'ammissibilità e i limiti di questo tipo di ricorso, che viene proposto, in via incidentale, dalla parte vittoriosa nel merito, e il cui esame da parte della Corte di cassazione viene subordinato ("condizionato") alla eventualità che la Corte stessa ritenga fondato il ricorso principale. Mediante questo ricorso incidentale, infatti, la parte ripropone questioni pregiudiziali processuali o preliminari di merito, sollevate nei precedenti gradi del giudizio [...] decise in senso ad essa sfavorevole» (il passaggio fa riferimento anche alle questioni assorbite, rispetto alle quali, però, sembrerebbe preferibile come già detto prospettare la riproposizione in sede di rinvio).

¹³⁸Non prende posizione sul punto S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1012, ove soltanto la notazione che, «secondo alcuni», il ricorso potrebbe essere condizionato.

¹³⁹C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 606.

all'ammissibilità del condizionamento meritate attoreo¹⁴⁰, potrebbe trattarsi dell'attore che abbia ottenuto pronuncia costitutiva sulla base del titolo dedotto in principalità rispetto ad altro concorrente titolo dal quale sarebbe scaturita una diversa, e meno favorevole, regolamentazione del rapporto; ovvero accertato il suo diritto sulla base di un atto di acquisto a titolo originario, preferito rispetto a un atto di acquisto a titolo derivativo. Sul versante del convenuto, sempre tenendo conto dei risultati raggiunti¹⁴¹, potrebbe ipotizzarsi che la sentenza abbia rigettato la domanda attorea accogliendo la deduzione difensiva di inesistenza del diritto, o l'eccezione di nullità del rapporto, spese in principalità rispetto a quella di mancata scadenza del termine dell'obbligazione, oppure rispetto a quella di compensazione, oppure ancora rispetto a quella di adempimento, nel caso in cui, nel processo, sia stata proposta domanda riconvenzionale di ripetizione dell'indebito.

In tali ipotesi, la parte che ha posto il condizionamento, oltre a non essere soccombente in senso formale (la sua domanda è stata accolta, trattandosi dell'attore, ovvero la domanda avversaria è stata respinta, trattandosi del convenuto), non è nemmeno provvista di interesse a impugnare, atteso che non può aspirare, attraverso la pronuncia resa in sede impugnatoria, a un'utilità marginale maggiore di quella già ottenuta nel precedente grado del giudizio.

In caso di impugnazione dell'altra parte, unica soccombente, e avuto riguardo alle possibili «reazioni» della parte vittoriosa nel procedimento impugnatorio in relazione alla sua allegazione subordinata (quella accolta in principalità è automaticamente «rimessa in gioco» dall'impugnazione dell'altra parte), possono essere sostanzialmente ribaditi i rilievi svolti nel precedente paragrafo.

Di regola, nel pregresso grado di giudizio l'allegazione subordinata non sarà stata considerata dal giudice, con conseguente assorbimento della stessa. Laddove «la domanda sia accolta proprio sulla base della allegazione principale, ciò implica assorbimento delle questioni relative alle fattispecie costitutive subordinatamente allegate»¹⁴². E il medesimo rilievo può

¹⁴⁰ Cfr. *supra*, cap. II, spec. § 8.

¹⁴¹ Cfr. *supra*, cap. II, spec. §§ 15 e 16.

¹⁴² Così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 490 (peraltro in sede di commento delle «conseguenze in tema di legittimazione all'impugnazione che risultano univocamente traibili dalla teoria del giudicato esteso alla risoluzione delle questioni preliminari di merito»). Cfr. anche ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 506.

essere replicato per il convenuto: «Simmetricamente si può pensare al caso di una eccezione che sia rimasta assorbita in quanto il giudice abbia ritenuto fondata una difesa (e quindi insussistenti i fatti costitutivi o uno di essi), o fondata un'altra eccezione fatta valere in via prioritaria dal convenuto»¹⁴³.

In tale ipotesi, come si è già rilevato per il caso delle allegazioni spese in forma concorrente¹⁴⁴, l'allegazione subordinata sarà soggetta, in appello, all'onere di riproposizione ai sensi dell'art. 346 c.p.c. e, in caso di impugnazione per cassazione, potrà essere riproposta in sede di rinvio.

Ciò detto, anche in caso di graduazione delle questioni, e di accoglimento della questione dedotta in via principale, potrebbe prospettarsi l'ipotesi nella quale la sentenza, il cui dispositivo si basi sull'allegazione *principaliter* svolta, contenga altresì, in motivazione, un rilievo in ordine alla ritenuta infondatezza (o inammissibilità) della deduzione subordinata.

Valgono anche in questo caso i rilievi già svolti rispetto alla formulazione concorrente: il mezzo a disposizione della parte vittoriosa nel pregresso grado è quello dell'impugnazione incidentale, pena altrimenti l'irretrattabilità di quanto affermato nella sentenza circa l'allegazione graduata. Può aggiungersi che, in questo caso¹⁴⁵, l'impugnazione dovrebbe poter essere svolta anche in forma *condizionata*: già nel pregresso grado, la parte ha formulato istanza affinché la questione respinta sia decisa solo in seconda battuta. Vale quindi il rilievo per cui la condizionalità dell'impugnazione «non sarà allora altra cosa se non la riedizione di quell'ordine di subordinazione già vincolante *olim* per i giudici di merito»¹⁴⁶. Né, per altro verso, si pone nella specie un problema di inversione, attraverso il condizionamento dell'impugnazione, dell'ordine «naturale» tra rito e merito: le questioni graduate sono tutte meritali. Del resto, quantomeno in appello potrebbe anche dubitarsi dell'effettiva necessità di un condizionamento dell'impugnazione: una volta che è stato svolto il gravame, con specifico motivo avente a oggetto la questione respinta, potrebbe anche ritenersi che il giudice dell'appello, nel rendere una nuova decisione della causa, debba comunque considerare che la questione oggetto di gravame incidentale è (e

¹⁴³ C. CONSOLO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁴ Cfr. *supra*, il paragrafo che precede.

¹⁴⁵ Dubbi al riguardo potrebbero invece porsi nel caso dell'avvenuta proposizione delle questioni in forma concorrente. Cfr. ancora *supra*, il paragrafo che precede.

¹⁴⁶ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 606.

può restare) una questione subordinata rispetto a quella spesa, fin dal primo grado, in principalità (e oggetto dell'impugnazione principale dell'altra parte). Diversa potrebbe essere la soluzione rispetto al giudizio di cassazione, in considerazione della relativa struttura, con conseguente necessità dell'impugnazione incidentale condizionata, affinché sia mantenuta «viva» la richiesta della parte di decisione della questione respinta soltanto in seconda battuta.

Ancora, un cenno può essere svolto circa la questione se, sempre rispetto all'allegazione subordinata, possa ipotizzarsi, alla luce dell'accoglimento della deduzione *principaliter* svolta, un rigetto *implicito*. E quindi, nella sostanza, se, in caso di accoglimento dell'allegazione spesa in prima battuta, il rigetto di quella condizionatamente posta sia eventualmente ricavabile alla luce dell'*iter* argomentativo del giudice del pregresso grado.

Va al riguardo premesso che, rispetto alle eccezioni, la Cassazione si è interrogata al riguardo, affermando che occorrerebbe verificare se «il tenore finale della decisione possa essere di contenuto tale che, avuto riguardo alla ragione enunciata ed ancorché la motivazione non riveli nemmeno in modo indiretto una valutazione sull'eccezione, tuttavia, esclusivamente sotto un profilo astratto, inerente all'ordine logico con cui, con riferimento alla fattispecie dedotta in giudizio, l'eccezione si poneva, possa apparire che quella ragione implichi che l'eccezione sia infondata»¹⁴⁷, così esemplificando: «Se la domanda, in presenza di un'eccezione di prescrizione del convenuto, viene rigettata dal giudice di primo grado, perché egli ritiene che i fatti costitutivi non sono stati provati, non è predicabile nemmeno in astratto che il tenore della decisione implichi una valutazione (sebbene astratta) di infondatezza dell'eccezione di prescrizione, e ciò perché un diritto di cui non è stata dimostrata l'insorgenza non si può prescrivere o non prescrivere. Viceversa, sempre in caso di rigetto della domanda per mancata prova dei fatti costitutivi, ma in presenza di un'eccezione di nullità del rapporto dedotto o di un'eccezione di annullabilità o di invalidità o di inefficacia o relativa ad altro fatto in astratto incidente sui fatti costitutivi, come per esempio una transazione o una novazione, in astratto è ipotizzabile tanto che il giudice di primo grado, scrutinando i fatti costitutivi del rapporto e reputandoli non provati, abbia potuto supporre implicitamente che quelle eccezioni non erano fondate, quanto che non abbia fatto invece alcuna supposizione in tal senso, ma si sia limitato ad enunciare la motiva-

¹⁴⁷ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit.

zione basata sulla mancata prova semplicemente perché essa era di immediata percezione (c.d. ragione più liquida) e comunque giustificava la reiezione della domanda»¹⁴⁸.

Rileverebbe quindi l'«ordine logico» nel quale, in relazione alla fattispecie dedotta in giudizio, la questione sollevata dalla parte si collocherebbe, atteso che, da esso, potrebbe in alcuni casi evincersi che la ragione fatta propria dalla decisione «implichi» l'infondatezza della questione, ancorché il testo della motivazione rimanga silente al riguardo. Si pone l'accento su un, eventualmente individuabile, *iter* argomentativo che, in linea astratta, il giudice avrebbe dovuto seguire, per (valutare se sia possibile) inferirne un rigetto implicito di una delle questioni versate in atti. Segnatamente, la distinzione ritenuta rilevante attiene alla collocazione, «a monte» o «a valle», della questione non decisa rispetto quella posta a fondamento della decisione. In particolare, se la domanda è respinta per difetto (di prova) del fatto costitutivo, e nulla si sia affermato in sentenza rispetto a un fatto estintivo, non se ne potrebbe ricavare alcunché sul piano delle statuizioni implicite, atteso che il fatto estintivo si colloca temporalmente dopo la nascita del diritto; diversa, invece, potrebbe essere la conclusione se il rigetto della domanda per difetto dei fatti costitutivi avvenga in presenza di un'eccezione (come quella di nullità o di annullabilità del rapporto dedotto) incidente su quegli stessi fatti. In talune ipotesi, il ragionamento potrebbe forse essere trasposto alla posizione dell'attore. Per esempio, l'accoglimento della domanda di impugnazione del licenziamento per ragioni *sostanziali*, come l'assenza di giusta causa, potrebbe essere ritenuto implicante il rigetto del motivo di censura, anch'esso dedotto dall'attore, incentrato su un vizio *formale*, prospettando che, se è disposto un annullamento per motivi di carattere sostanziale, allora l'atto di esercizio del potere di licenziamento ha superato il vaglio formale del giudice.

Ciò posto, pare dirimente considerare che, nella presente sede, stiamo esaminando il caso dell'accoglimento della domanda (ovvero del suo rigetto, se si tratti del convenuto) sulla base dell'allegazione che il graduante ha speso *in principalità*. Orbene, sembra che, in tale ipotesi, non sussistano margini per disquisire di decisioni implicite: il giudice *segue* l'ordine fissato dalla parte, e quindi nulla può inferirsene rispetto all'allegazione subordinata. Tornando all'ultimo degli esempi prospettati, se l'attore chieda in principalità l'annullamento del licenziamento per motivi sostanziali, e sol-

¹⁴⁸ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit.

tanto in subordine per motivi formali (che consentirebbero la reiterazione dell'atto di esercizio del potere sostanziale), vincendo la lite sulla base dell'allegazione principale¹⁴⁹, potrebbe anche postularsi, in linea del tutto astratta, che l'accoglimento dell'impugnazione per ragioni sostanziali implichi il superamento del vaglio formale del giudice, e quindi una decisione implicita al riguardo; ma nulla di tutto ciò sembra poter essere fondatamente sostenuto nel caso di specie, atteso che il giudice ha puntualmente seguito la graduazione attorea, con la conseguenza che discettare di un'implicita valutazione circa l'allegazione subordinata parrebbe fuori luogo. In altri termini: è la circostanza che, a fronte della graduazione della parte, il giudice abbia accolto proprio l'allegazione spesa in principalità, secondo l'ordine richiesto dalla parte stessa, a indurre a escludere che, nel caso in esame, possa ragionarsi di un rigetto implicito della deduzione condizionatamente spesa.

Possiamo quindi escludere, almeno fino a questo punto dell'indagine, la configurabilità di eventuali decisioni implicite su questioni. È peraltro appena il caso di aggiungere che il problema necessiterà di ulteriori riflessioni per quanto concerne l'ipotesi di accoglimento della domanda, rispetto all'attore, ovvero di rigetto della stessa, rispetto al convenuto, in accoglimento della questione posta *in subordine* dalla parte. È infatti evidente che, in tal caso, potrebbe porsi il problema se sia o meno riscontrabile, nell'accoglimento della questione condizionata, un rigetto implicito della deduzione svolta in principalità¹⁵⁰.

Merita, da ultimo, un cenno il caso del subordine di eccezioni attraverso la proposizione di domanda riconvenzionale. Sul punto, si è osservato che la domanda del convenuto idonea a rendere «attuale», nel processo in corso, l'interesse alla graduazione, è una domanda che si pone in correlazione con le eccezioni (o difese) svolte dal convenuto, risultando accoglibile in caso di rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione (o della difesa) spesa dal convenuto *in principalità*, e di converso, non accoglibile (o comunque accoglibile accordando al convenuto un'utilità inferiore) in caso di rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione spesa dal convenuto *in subordine*¹⁵¹.

¹⁴⁹ Per la menzione di tale fattispecie quale esempio di, ammissibile, condizionamento delle allegazioni attoree, v. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 989 e s. In tema, cfr. anche *supra*, cap. II, § 18.

¹⁵⁰ Al riguardo, v. *infra*, § 10.

¹⁵¹ Cfr. *supra*, cap. II, § 17.

Analizziamo le possibili conseguenze sul piano delle impugnazioni, mutuando esempi già svolti.

In caso di deduzione, in via principale, di eccezione afferente al singolo diritto di credito e, in via subordinata, di eccezione afferente invece al comune titolo contrattuale, avuto riguardo alla sua invalidità o inefficacia, la riconvenzionale avente a oggetto il diritto del convenuto alla controprestazione dovrebbe, nel caso che qui ci occupa, e quindi nel caso di accoglimento dell'eccezione svolta in principalità, essere accolta dal giudice adito. *Et pour cause*: il comune titolo rimane intatto. In tale ipotesi, *nulla quaestio*: soccombente, anche per quanto concerne la riconvenzionale, è soltanto l'attore, e non il convenuto graduante.

Va peraltro considerata anche l'ipotesi in cui – ovviamente per altre ragioni, diverse da quelle afferenti alla validità del comune titolo – la domanda riconvenzionale del convenuto venga respinta. In tal caso, il convenuto dovrebbe spiegare impugnazione, occorrendo anche in via principale, risultando, sulla riconvenzionale (diversamente che sulla domanda attorea, respinta in accoglimento dell'eccezione, o difesa, dedotta in principalità), soccombente. Non è inutile chiedersi se tale impugnazione, oltre che ovviamente in via principale, ovvero incidentale tempestiva, possa anche essere spiegata in via incidentale *tardiva*. La risposta è positiva, dovendosi escludere la sussistenza di limiti dal punto di vista oggettivo rispetto all'impugnazione incidentale tardiva, ed essendo in quest'ottica corretto ammettere la ritorsione impugnatoria «anche quando una parte è soccombente rispetto ad una domanda, e l'altra parte è soccombente rispetto a un'altra domanda»¹⁵², atteso che «in questi casi l'istituto svolge l'importante funzione di consentire alle parti di accettare la sentenza *rebus sic stantibus*, anche quando la valutazione di accettabilità della sentenza proviene da un compensarsi fra loro di domande, rispetto alle quali vi è soccombenza reciproca»¹⁵³.

Infine, laddove la domanda sulla controprestazione non sia considerata dal giudice, anche in tal caso l'unica via sarebbe l'impugnazione, trattandosi di omessa pronuncia, e quindi di vizio sottoponibile a censura sia in appello, sia in cassazione (*ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.*), con la precisazione che, in siffatta ipotesi, l'interesse all'impugnazione sarebbe peraltro bilaterale, posto che «interessata a gravarsi contro la sentenza viziata per

¹⁵² F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, p. 349.

¹⁵³ *Ibidem*.

omissione parziale di pronuncia dovrebbe essere non solo la parte che ha proposto la domanda, ma anche quella contro la quale la domanda è stata proposta, qualora abbia interesse ad ottenerne un rigetto immediato, o comunque la decisione immediata, e ad evitare così il rischio perpetuo di un nuovo processo»¹⁵⁴.

Analogo ragionamento potrebbe svolgersi in caso di deduzione, in via principale, dell'inesistenza del credito attoreo e, in via subordinata, dell'eccezione di adempimento, in uno con la domanda riconvenzionale di ripetizione del pagamento. Il rigetto della domanda attorea per effetto dell'accoglimento della deduzione principale lascia intatto il diritto di cui alla domanda riconvenzionale di *condictio indebiti*. Qualora la domanda riconvenzionale del convenuto sia accolta (come di regola dovrebbe essere), *nulla quaestio*; laddove invece tale domanda sia comunque respinta, ovvero oggetto di omessa pronuncia, il convenuto dovrà spiegare impugnazione, essendo sulla stessa soccombente, secondo quanto appena prospettato.

¹⁵⁴ L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 190. Le medesime conclusioni sono espresse dall'Autrice anche per l'eventualità che – secondo una certa teorica, prospettata in particolare da parte di Calvosa – l'omissione di pronuncia sia ricondotta all'ipotesi dell'inesistenza della sentenza: «Preso atto che la sentenza viziata da omissione parziale di pronuncia è sicuramente invalida, si è detto che il vizio che l'inficia ne comporta l'inesistenza. Mancando totalmente una sentenza, almeno per quel capo su cui il giudice non ha pronunciato, si è ritenuto che la pronuncia resa nell'istanza pregressa del giudizio sia scomponibile, essendovi uno o più capi su cui il giudice ha pronunciato, che possono essere o non essere viziati secondo i principi ordinari, mancando invece, rispetto alla domanda, altri capi per i quali la sentenza dovrebbe qualificarsi come inesistente [...]. Da questo viene ricavata la conclusione che, come per gli altri casi di inesistenza, la parte possa, ove lo voglia, avvalersi dell'art. 161 c.p.c. ed impugnare la sentenza, ma possa anche riproporre la domanda non esaminata in un altro processo [...]. Ed ecco che, per l'ipotesi in cui la parte preferisse adire direttamente il giudice di gravame, riportando la fattispecie in esame nell'alveo dell'inesistenza, le conseguenze in tema di interesse ad impugnare non potrebbero essere dissimili da quelle tracciate [...], dove si è detto che di fronte ad una sentenza inesistente vi è l'interesse bilaterale all'impugnazione. Qualunque sia la configurazione che del vizio di omissione parziale di pronuncia, per avere il giudice trascurato di decidere una tra le più domande proposte, si preferisca – sia essa nullità o inesistenza [...] – ne rimane confermata pertanto, rispetto ad essa, l'insufficienza del criterio della soccombenza formale per descrivere l'interesse ad impugnare. Anche il convenuto infatti, nonostante non si possa dire in alcun modo che la domanda della controparte sia stata accolta, ha interesse a impugnare, perché una volta che un processo è stato promosso contro di lui, l'ordinamento gli riconosce, come si è già più volte sottolineato, il diritto ad una decisione di merito» (op. cit., p. 190 ss.). Per la sussistenza di un interesse bilaterale a impugnare in caso di omissione di pronuncia, cfr. anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 433.

Ancora, un quadro impugnatorio non dissimile potrebbe essere tracciato avuto riguardo al caso, relativo a un diritto dello stesso attore, nel quale sono dedotte in principalità l'eccezione di adempimento e, in via di subordinate, l'eccezione di prescrizione, condizionata in quanto il suo accoglimento potrebbe dar luogo alla richiesta attorea di pagamento degli interessi maturati fino al perfezionamento del termine di prescrizione; in tale ipotesi, secondo la teorica già riferita, «tale giustificabile interesse potrà linearmente soddisfarsi facendo riconvenzionalmente valere una domanda di accertamento negativo del debito degli interessi nel processo pendente»¹⁵⁵. Nel caso qui preso in esame, di accoglimento della questione dedotta dal convenuto in principalità, la domanda di accertamento negativo della debenza di interessi dovrebbe essere accolta. E invero, il convenuto, nell'ipotesi prospettata, ha dedotto un adempimento tempestivo, sicché il credito attoreo per eventuali interessi dovrebbe essere riconosciuto inesistente. Anche in questo caso, quindi, soltanto l'attore sarebbe soccombente sulla riconvenzionale. Qualora invece la sentenza rigetti (per altre ragioni), ovvero non decida, la domanda riconvenzionale, sarebbe da prospettarsi, in capo al convenuto vittorioso, l'onere dell'impugnazione, contenendo la decisione una statuizione di segno negativo, ovvero un'omissione di pronuncia, rispetto alla domanda formulata dal convenuto in relazione agli interessi.

8. Segue. *Laddove il giudice violi il condizionamento, sussiste l'interesse a impugnare in capo alla parte graduante (ancorché vincitrice della causa). Nel caso del convenuto graduante, quest'ultimo deve considerare anche l'impugnazione della correlata domanda riconvenzionale eventualmente proposta*

Veniamo a considerare il caso in cui, a fronte della graduazione impressa dalla parte interessata, il giudice di primo grado abbia *violato* l'ordine indicato dalla parte stessa, e quindi la sentenza, di accoglimento, per quanto concerne l'attore, ovvero di rigetto, per quanto concerne il convenuto, si basi sull'allegazione subordinata, spesa dalla parte interessata soltanto in seconda battuta.

In tale ipotesi, la parte graduante, ancorché *non* sia soccombente in senso formale – la sua domanda è stata accolta, nel caso dell'attore, ovvero

¹⁵⁵ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, cit., p. 529.

la domanda avversaria è stata respinta, nel caso del convenuto – è tuttavia provvista di *interesse a impugnare*, potendo aspirare, attraverso la pronuncia resa in sede impugnatoria, a un'utilità marginale maggiore di quella già ottenuta nel pregresso grado del giudizio. Ciò, attraverso la denuncia, con l'impugnazione, della violazione dell'ammissibilmente indicato *ordo decidendi* e la conseguente richiesta di accoglimento della sua domanda, ovvero rigetto della domanda avversaria, sulla base della sua allegazione principale. Se l'impugnazione è accolta, «la sentenza di grado superiore accorda al soggetto una tutela più intensa rispetto a quella che scaturisce a suo favore dalla pronuncia impugnata, e ciò è sufficiente per configurare l'*interesse ad impugnare*»¹⁵⁶.

È appena il caso di aggiungere che, in considerazione di quanto fin qui osservato in relazione all'ammissibilità del condizionamento di allegazioni, in particolare rispetto alla posizione dell'attore¹⁵⁷, siamo di fronte alla prospettiva di un *ampliamento* delle ipotesi di sussistenza dell'interesse a impugnare.

Usualmente, anche e soprattutto in ragione delle anguste ipotesi nelle quali si è ritenuto prospettabile il condizionamento attoreo, un interesse a impugnare in caso di graduazione meritale è stato escluso. In particolare, la dottrina sull'interesse a impugnare cui si è fatto riferimento¹⁵⁸ ha osservato che, «mentre esiste un'antecedenza logica, prima ancora che giuridica, delle questioni di rito rispetto a quelle di merito che impone al giudice una loro previa decisione [...], lo stesso non può dirsi ponendo a confronto diverse questioni di merito. Con riferimento a queste ultime infatti si ritiene che il giudice abbia il potere di anteporre le une alle altre secondo la convenienza del caso concreto»¹⁵⁹. In questo scenario, la conclusione negativa in punto di interesse a impugnare è d'obbligo: «Da ciò deriva che mentre

¹⁵⁶S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1013. Si versa in una situazione perfettamente in linea con la descritta configurazione dell'interesse a impugnare sostenuta da L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 404; EAD., *Le impugnazioni in generale*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, cit., p. 2560 (ove la già richiamata riconduzione dell'interesse al gravame alla possibilità di ottenere, attraverso l'impugnazione, «un margine di vantaggio rispetto alla statuizione contenuta nella sentenza impugnata, cioè un risultato utile che può esprimersi in termini utilitaristici e si concreta nel vantaggio marginale che l'impugnante può acquisire»).

¹⁵⁷Si considerino i risultati dello studio svolto nel secondo capitolo.

¹⁵⁸V., in particolare, *supra*, § 5.

¹⁵⁹L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 367 (per tale posizione, cfr. già *supra*, § 4).

può riconoscersi all'attore l'interesse ad impugnare quando sia stata rigettata la sua domanda laddove il giudice, in presenza di un vizio processuale, non avrebbe avuto alcun potere di passare all'esame del merito della lite, lo stesso non può dirsi quando si tratti di operare una sostituzione tra diverse pronunce di merito. In questo caso infatti il giudice che ha deciso era investito del relativo potere e non aveva alcun obbligo di risolvere prima l'una piuttosto che l'altra questione»¹⁶⁰.

L'indagine fin qui svolta ha per contro permesso di evidenziare che, almeno in determinate ipotesi, non può essere escluso un interesse attoreo al condizionamento meritale, laddove il fatto costitutivo incida sulla portata precettiva della sentenza rispetto alla regolamentazione della condotta futura delle parti funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata¹⁶¹; correlativamente, emerge una «nuova» area rispetto alla quale è predicabile un interesse a impugnare della parte che è risultata vincitrice del pregresso grado di giudizio e, quindi, non è soccombente in senso formale.

Parzialmente diverso è il discorso da svolgersi avuto riguardo alla parte convenuta.

In tal caso, almeno rispetto a una delle ipotesi che sono state ritenute rilevanti in relazione al condizionamento delle questioni di merito da parte del convenuto, quella delle eccezioni «sospensive», che non impediscono la riproposizione della domanda¹⁶², i risultati raggiunti appaiono conformi a quelli della mutuata dottrina sull'interesse a impugnare. E invero, anche tale dottrina, un volta rilevato come «la tutela offerta al convenuto dalla decisione di rigetto appaia [...] diversa a seconda che la pronuncia stessa si fondi sul riconoscimento della sussistenza di un fatto estintivo del credito, piuttosto che sulla sua attuale inesigibilità»¹⁶³, e che, in tal caso, «nonostante l'eccezione meno favorevole per il convenuto sia rilevabile d'ufficio, il consentire la graduazione si spiega non solo in termini di interesse, ma comporta ulteriormente un notevole vantaggio in termini di economia pro-

¹⁶⁰ *Ibidem* (con la precisazione che l'impugnazione, ivi prospettata, dell'attore sconfitto nel merito in presenza di un vizio processuale rappresenta, come già riferito, fattispecie controversa: cfr. *supra*, § 4).

¹⁶¹ Cfr., in particolare, *supra*, cap. II, § 8.

¹⁶² Cfr. *supra*, cap. II, § 15.

¹⁶³ L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 151. Su tale fattispecie, cfr. ancora *supra*, cap. II, § 15.

cessuale e concentrazione dei giudizi»¹⁶⁴, con la conseguenza che «la subordinazione delle eccezioni sembrerebbe ammissibile, nonché, per ragioni pubblicistiche, vincolante»¹⁶⁵, ne ha inferito che «se dal piano delle allegazioni graduate si passa a quello dell'interesse ad impugnare le conclusioni traibili possono esprimere qualche cosa di più che una scelta preferenziale: ove infatti si riconosca l'ammissibilità di una graduazione delle eccezioni e la si consideri vincolante per il giudice, si deve anche riconoscere che, qualora questi pretermetta l'ordine impresso dalla parte, nonostante la decisione favorevole della questione subordinata a cui consegue la vittoria della lite, il convenuto avrà interesse ad impugnare, nonostante non sia soccombente formale [...]. La misura dell'interesse ad impugnare sarà in questo caso [...] l'utilità della pronuncia conseguibile per il tramite dell'impugnazione se confrontata con quella gravata»¹⁶⁶.

Il ragionamento può essere mutuato in relazione alle altre ipotesi in cui è riscontrabile un ammissibile condizionamento meritale da parte del convenuto.

In particolare, esso è in primo luogo estensibile, giusta quanto emerso dall'analisi svolta in punto di ammissibilità della graduazione, all'eccezione di compensazione¹⁶⁷. Pertanto, laddove il giudice accolga siffatta eccezione, violando l'ordine impresso dal convenuto, quest'ultimo, nonostante la decisione favorevole della questione subordinata, sarà comunque provvisto di interesse a impugnare. Anche in tal caso, la «misura» dell'interesse a impugnare è identificabile nell'utilità della pronuncia che può essere conseguita per il tramite dell'impugnazione se posta in raffronto con quella del pregresso grado di giudizio.

Inoltre, devono essere considerate le già richiamate ipotesi in cui l'eccezione sia ammissibilmente condizionata dal convenuto in considerazione dell'esplicitazione dell'interesse alla graduazione per il tramite di una correlata (nei termini illustrati) domanda riconvenzionale¹⁶⁸.

In caso di deduzione, in via principale, di eccezione afferente al singolo credito e, in via subordinata, di eccezione relativa al comune titolo contrattuale, avuto riguardo alla sua invalidità o inefficacia, la riconvenzionale

¹⁶⁴ *Ibidem.*

¹⁶⁵ *Ibidem.*

¹⁶⁶ L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 152.

¹⁶⁷ Cfr. *supra*, cap. II, § 16.

¹⁶⁸ Cfr. *supra*, cap. II, § 17.

avente a oggetto il diritto del convenuto alla controprestazione dovrebbe, nell'ipotesi che qui ci occupa, e quindi nel caso di accoglimento dell'eccezione svolta in subordine, essere respinta: se cade il titolo che fonda ogni pretesa da esso scaturente, ivi inclusa quella oggetto della domanda riconvenzionale del convenuto, la riconvenzionale stessa risulta infondata. In tal caso, è rilevante osservare come la posizione del convenuto, in relazione alla soccombenza e all'interesse a impugnare, muti. Se, rispetto alla graduazione «isolatamente» considerata, il convenuto, come si è visto, non è soccombente formale, ma è provvisto di interesse a impugnare (atteso che il giudice ha violato l'impresso condizionamento), nel caso che ci occupa, e quindi laddove la graduazione sia correlata a, e «giustificata» da, una domanda riconvenzionale del convenuto, quest'ultimo diviene anche soccombente formale, sulla domanda correlata. Ne consegue che, di regola, laddove cioè il giudice, respinta la domanda attorea in forza dell'eccezione subordinata, respinga anche la domanda riconvenzionale appunto in ragione del motivo di invalidità o inefficacia oggetto dell'eccezione subordinata del convenuto, quest'ultimo sarà onerato di impugnare la sentenza sia avuto riguardo alla violazione del condizionamento indicato, sia avuto riguardo alla domanda riconvenzionale respinta (con la precisazione che sempre l'impugnazione sarà ovviamente il rimedio anche per l'ipotesi di rigetto della domanda sulla controprestazione per motivi diversi da quelli posti alla base del rigetto della domanda attorea, ovvero qualora tale domanda non sia considerata dal giudice, con conseguente omissione di pronuncia¹⁶⁹).

Interessante è l'ipotesi in cui il convenuto impugni la pronuncia di prime cure soltanto in relazione al mancato rispetto del condizionamento, tralasciando di considerare il rigetto della riconvenzionale. Ne dovrebbe scaturire una situazione di difetto di interesse a impugnare in relazione alla violata graduazione. E invero, il convenuto ha cessato di coltivare la pretesa che, nel pregresso grado del giudizio, fondava il condizionamento e la domanda riconvenzionale è definitivamente respinta. In questo nuovo scenario, diventa equipollente, per il convenuto stesso, vincere la causa principale (quella promossa dall'attore) in ragione di un'eccezione relativa al singolo credito ovvero, com'è avvenuto, al titolo azionato.

Nel caso «opposto», qualora cioè il convenuto impugni soltanto il rigetto della domanda riconvenzionale, la domanda attorea resterà definitivamente respinta in forza dell'eccezione spesa in subordine dallo stesso con-

¹⁶⁹ Ferma in tal caso la bilateralità dell'interesse all'impugnazione (cfr. anche *supra*, il paragrafo che precede).

venuto¹⁷⁰. In tale ipotesi, è vero che il convenuto, impugnando, pone di nuovo in discussione la decisione sulla riconvenzionale; senonché, il cristallizzarsi della dichiarazione di invalidità del titolo dovrebbe comportare la conferma del rigetto di tale domanda¹⁷¹.

Analogo discorso può essere svolto in caso di deduzione, in via principale, dell'inesistenza del credito attoreo e, in via subordinata, dell'eccezione di adempimento, in uno con la domanda riconvenzionale di ripetizione del pagamento. In tale ipotesi, al rigetto della domanda attorea per effetto dell'accoglimento dell'eccezione subordinata non potrebbe che seguire il rigetto della domanda riconvenzionale di *condictio indebiti*. E, anche in tal caso, il convenuto dovrà spiegare impugnazione essendo titolare di interesse a impugnare in relazione al mancato rispetto del condizionamento e, inoltre, soccombente formale per quanto concerne il rigetto della sua domanda riconvenzionale.

Un ragionamento non dissimile può essere effettuato in relazione alla domanda riconvenzionale avente a oggetto un diritto dello stesso attore. Si consideri l'esempio già svolto, nel quale sono dedotte in principalità l'ec-

¹⁷⁰ Prescindendosi ovviamente da un'eventuale impugnazione dell'attore *soccombente*, che qui non rileva.

¹⁷¹ E invero, il rigetto della domanda attorea può dar luogo a una decisione vincolante rispetto all'invalidità, o all'inefficacia, del rapporto posto a fondamento delle domande (per la prestazione e la controprestazione) *hinc et inde* proposte. Cfr., in relazione alla nullità del negozio, Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.: «Il giudice, dopo averla rilevata, ha la facoltà di dichiarare nel provvedimento decisorio sul merito la nullità del negozio (salvo i casi di nullità speciali o di protezione rilevati e indicati alla parte interessata senza che questa manifesti interesse alla dichiarazione), e rigettare la domanda – di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione –, specificando in motivazione che la *ratio decidendi* della pronuncia di rigetto è costituita dalla nullità del negozio, con una decisione che ha attitudine a divenire cosa giudicata in ordine alla nullità negoziale». Le Sezioni Unite parlano di «cosa giudicata», ancorché, come già si è osservato (cfr. *supra*, cap. II, § 17), sembri più corretto discettare, in linea con la teorica di Zeuner, di un vincolo che preclude al convenuto di azionare nuovamente il titolo nullo per ottenere un vantaggio speculare a quello negato nel primo giudizio. Cfr. anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 157, ove i già richiamati rilievi per cui gli effetti della nullità «divergono a seconda che essa sia dichiarata solo in motivazione o anche in dispositivo» e, in caso di dichiarazione solo in motivazione, non si formerà alcun giudicato sulla nullità, ma le parti saranno vincolate dalla dichiarazione, nel senso che «sarà loro preclusa la possibilità di agire in giudizio per ottenere un vantaggio speculare a quello che la controparte si è vista negare nel primo processo a motivo della (dichiarata solo in motivazione) nullità del contratto».

cezione di adempimento e, in via subordinata, l'eccezione di prescrizione, unitamente alla domanda riconvenzionale di accertamento negativo del debito per interessi (avuto riguardo alla pretesa attorea di pagamento degli interessi maturati fino al perfezionamento del termine di prescrizione). Nell'ipotesi qui in esame, di accoglimento della questione dedotta dal convenuto in subordine, quest'ultimo, oltre a essere titolare di interesse a impugnare in relazione al mancato rispetto del condizionamento, dovrà considerare anche la sua domanda di accertamento negativo della debenza degli interessi, e ciò in quanto la stessa, proprio in ragione dell'accoglimento dell'eccezione subordinata di prescrizione, sarà stata respinta (il convenuto ha dedotto, in principalità, un tempestivo adempimento e, in subordine, la prescrizione intervenuta successivamente, e perciò inidonea a scongiurare la produzione *medio tempore* di interessi). Pertanto, il convenuto avrà l'onere di impugnare la relativa statuizione¹⁷².

Laddove il convenuto impugni la sentenza soltanto in relazione al mancato rispetto del condizionamento, tralasciando di considerare il rigetto della riconvenzionale, ne dovrebbe scaturire una situazione di difetto di interesse a impugnare in relazione alla violata graduazione. E infatti, il convenuto ha cessato di coltivare la pretesa che, nel pregresso grado del giudizio, fondava il condizionamento e la domanda riconvenzionale è definitivamente respinta. In questo nuovo scenario, diventa equipollente, per il convenuto stesso, vincere la causa principale (quella promossa dall'attore) per effetto dell'accoglimento dell'eccezione di adempimento ovvero, com'è avvenuto, di quella di prescrizione.

Qualora invece il convenuto impugni soltanto il rigetto della domanda riconvenzionale, la domanda attorea resterà definitivamente respinta in forza dell'eccezione spesa in subordine dallo stesso convenuto¹⁷³, ma la riconvenzionale sulla debenza degli interessi potrà essere nuovamente decisa in sede di impugnazione, fermo peraltro il fatto che non potrà più essere messo in discussione che diritto attoreo si è estinto per intervenuta prescrizione, con la conseguenza che il lasso temporale rilevante per il calcolo del contestato credito accessorio dovrebbe ritenersi ormai cristallizzato.

¹⁷² Qualora invece la domanda di accertamento negativo fosse ugualmente (*i.e.*, per altri motivi, sufficienti a escludere la debenza degli interessi a prescindere dal tempo trascorso tra il sorgere del credito e l'intervenuta prescrizione) accolta, *nulla quaestio*: soltanto l'altra parte, l'attore, sarebbe soccombente sul punto.

¹⁷³ Prescindendosi ovviamente da un'eventuale impugnazione dell'attore *soccombente*, che qui non rileva.

9. Segue. *Le iniziative esperibili dalla parte graduante. Impugnazione principale e incidentale. Mera riproposizione, in appello e in sede di rinvio, della questione spesa in principalità*

Venendo, infine, al mezzo tecnico, di cui la parte che ha visto violato l'*ordo decisionis* dalla stessa impresso debba avvalersi, esso è ovviamente quello dell'impugnazione, tanto in appello quanto in cassazione¹⁷⁴.

Quanto precede si tradurrà, in appello, in un motivo di gravame da formularsi nel rispetto dell'art. 342, comma 1, c.p.c.¹⁷⁵ e, in cassazione, in un motivo di ricorso ai sensi del n. 4 dell'art. 360, comma 1, c.p.c., essendosi verificato, nella specie, un *error in procedendo* del pregresso giudice, che ha violato il condizionamento indicato nell'istanza di graduazione¹⁷⁶.

Nell'ipotesi in cui sia l'altra parte, soccombente formale (*i.e.*, l'attore, che si è visto respingere la sua domanda; ovvero il convenuto, che ha visto accolta la domanda altrui), a impugnare per prima, il graduante, in relazione al mancato rispetto del condizionamento¹⁷⁷, dovrà a sua volta svolgere la propria impugnazione incidentale¹⁷⁸. Tale impugnazione potrà essere anche tardiva, riferendosi alla medesima domanda giudiziale (fermo che,

¹⁷⁴ In questo senso, cfr., per tutti, C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, cit., p. 983; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1012 ss.

¹⁷⁵ Per il disposto di tale norma, *ante* e *post* riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022, v. *supra*, nota 25.

¹⁷⁶ Si tornerà sul punto anche nel paragrafo che segue.

¹⁷⁷ E, nel caso del convenuto, all'eventuale rigetto della sua domanda riconvenzionale.

¹⁷⁸ Così C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, cit., p. 983. Rispetto all'appello, prospetta la mera riproposizione S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1015 («Resta da verificare la disciplina della fattispecie in cui l'impugnazione principale è proposta dall'avversario. Per ciò che attiene all'appello, in caso sia di pretermissione sia di rigetto della difesa principale, la parte deve riproporre la questione, ex art. 346 c.p.c.»). Peraltro, avendo il giudice violato l'ordine di decisione legittimamente imposto dalla parte, parrebbe necessario l'appello incidentale. In questo senso, C. CONSOLO, *op. loc. ult. cit.*, ove il rilievo per cui «l'accoglimento dell'eccezione svolta in via subordinata (senza valutazione – nemmeno implicita – di quella svolta in via principale); così come la negazione espressa del vincolo di subordinazione, daranno luogo a statuizioni che dovranno necessariamente essere impuginate dal convenuto comunque vittorioso con appello incidentale»).

come si è già avuto modo di richiamare¹⁷⁹, non dovrebbero sussistere limiti oggettivi rispetto alla proposizione dell'impugnazione incidentale tardiva).

Sembra invece da escludersi che l'impugnazione possa essere condizionata. La parte, con l'impugnazione, insiste affinché la questione spesa in principalità, ma non considerata dalla sentenza, sia decisa prioritariamente. Laddove condizionasse la propria impugnazione sul punto, rinunciarebbe all'esame prioritario richiesto in prime cure, con la conseguenza che l'*error in procedendo* commesso nel pregresso grado sarebbe, di fatto, non più oggetto di un'effettiva censura¹⁸⁰.

Occorre, ancora, chiedersi, se, nel caso che ci occupa, la parte possa anche non impugnare e limitarsi alla mera *riproposizione* della questione spesa in principalità. L'eventualità non sembra da escludersi – a patto che la questione non sia stata respinta in motivazione, occorrendo in tal caso l'esperimento di impugnazione¹⁸¹ –, ma verrà meno l'impresa graduazione. In altri termini, se la parte interessata non spieghi impugnazione contro la pronuncia che, violando l'ordine di cui all'istanza di graduazione, ha accolto la sua domanda, o respinto quella avversaria, sulla base della questione graduata, ma si limiti a riproporre la deduzione spesa *principaliter* (senza nulla rilevare rispetto all'*ordo decisionis* indicato nel pregresso grado, ma non rispettato dal giudice), allora il condizionamento è definitiva-

¹⁷⁹ Cfr. *supra*, § 7.

¹⁸⁰ Può svolgersi, nella sostanza, un ragionamento opposto a quello effettuato per l'ipotesi in cui la sentenza impugnata abbia rispettato l'ordine di cui all'istanza di graduazione, ma anche respinto, in motivazione, la deduzione subordinata. In quel caso, il condizionamento impugnatorio è parso ammissibile in quanto costituente null'altro che la riedizione dell'ordine di graduazione già speso in primo grado. Cfr. *supra*, § 7. In senso diverso, cfr. C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, cit., p. 983, ove il rilievo per cui, qualora sia accolta l'eccezione spesa dal convenuto in via subordinata, l'appello «sarà anche qui, però, condizionato all'ipotesi di accoglimento dell'appello principale dell'attore soccombente». Parrebbe peraltro che qualora, per esempio, il convenuto gradui l'inesigibilità del credito (questione subordinata) rispetto alla prescrizione (questione spesa in principalità) e, dopo che la domanda attorea sia stata respinta per inesigibilità, l'attore impugni in via principale tale rigetto, il convenuto, che impugnasse incidentalmente la decisione in relazione al mancato rispetto dell'impresso *ordo decisionis*, ma nel contempo condizionasse il suo gravame all'accoglimento di quello avversario, rischierebbe di sottoporsi alla possibilità di una nuova decisione che confermi quella pregressa, e quindi che rigetti nuovamente la domanda per inesigibilità del credito (in accoglimento della questione subordinatamente spesa dal convenuto proprio perché meno appagante nella prospettiva della reiterazione della domanda).

¹⁸¹ Si tornerà sul punto nel paragrafo che segue.

mente precluso alla parte graduante e la questione *olim* dedotta in principalità potrà essere decisa in regime di *concorrenza* con quella, prospettata nel pregresso grado in via subordinata, posta a fondamento della decisione impugnata.

In appello, tale riproposizione avverrà ai sensi dell'art. 346 c.p.c. e, secondo le già richiamate regole dinamiche¹⁸², dovrà essere svolta nel primo scritto difensivo (e quindi nella comparsa di risposta¹⁸³) e, comunque, entro la prima udienza *ex* art. 350 c.p.c. In concreto, in tale ipotesi il giudice di appello potrà utilizzare, per la valutazione sottesa alla sua decisione, sia l'allegazione subordinatamente spesa in primo grado, rimessa in gioco in sede di gravame dall'impugnazione della parte formalmente soccombente sulla domanda, sia l'allegazione prioritariamente spesa in primo grado, in forza della sua riproposizione nel giudizio di appello; il tutto in un regime di concorrenza fungibile delle questioni.

Quanto al giudizio di cassazione, viene di nuovo in rilievo l'alternativa tra l'esclusione della necessità di proporre ricorso incidentale, come sostenuto dall'invalsa giurisprudenza sul punto, ovvero, all'opposto, postulare anche in tal caso, soprattutto in relazione alla possibilità che la Corte emetta una decisione di merito, la proposizione del ricorso incidentale. Per le ragioni già espresse¹⁸⁴, parrebbe preferibile la prima alternativa, con conseguente possibilità di riproporre la questione nel giudizio di rinvio. È ben vero che, di regola, nel caso che ci occupa, «avendo il giudice violato l'ordine legittimamente imposto dalla parte, [...] non è possibile riservare il tema al giudizio di rinvio»¹⁸⁵; il rilievo non considera però che la parte potrebbe anche, da un lato, non voler insistere sull'istanza di graduazione, e tuttavia, dall'altro lato, intendere riproporre la questione non considerata nel pregresso grado, seppur in un regime di mera fungibilità.

¹⁸² Cfr. *supra*, § 6.

¹⁸³ Ovvero anche nell'atto di citazione in appello, ma soltanto se la parte abbia impugnato la sentenza in relazione a un capo diverso da quello al quale si riferisce il condizionamento delle questioni (se, rispetto a quest'ultimo capo, la parte intenda soltanto «riproporre» l'allegazione già svolta, senza contestare la sentenza, non potrà ovviamente impugnare in via principale).

¹⁸⁴ Cfr. ancora *supra*, § 6.

¹⁸⁵ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1015.

10. Segue. *Impugnazione della sentenza il cui motivo fondante è l'allegazione dedotta dalla parte in via subordinata e decisione sull'allegazione spesa in principalità. Se quest'ultima è respinta, la parte ha l'onere di impugnare il rigetto. Se quest'ultima non è esaminata, non è possibile inferirne un rigetto implicito*

La pronuncia basata sull'allegazione subordinata, in violazione del condizionamento indicato dalla parte graduante, postula un supplemento di indagine rispetto all'eventuale *decisione* sulla deduzione spesa dalla parte *in principalità*. Ci si riferisce quindi all'eventualità che la sentenza impugnata, invece di pretermettere la questione *principaliter* dedotta (per decidere e accogliere quella gradata, violando l'*ordo decisionis* impresso dalla parte), l'abbia, per contro, decisa.

Nel caso in cui la sentenza contenga, in motivazione, una decisione *espressa* su tale questione, evidentemente nel senso del rigetto della medesima (altrimenti il giudice non sarebbe passato all'esame, e all'accoglimento, della questione subordinata¹⁸⁶), sembra che il tema del condizionamento diventi irrilevante. E invero, il giudice ha *seguito* l'*ordo decisionis* impresso dalla parte¹⁸⁷; semplicemente ha respinto la questione spesa in via principale e, quindi, ha accolto quella subordinata. Conseguentemente, in tale ipotesi la parte dovrà impugnare¹⁸⁸ la decisione negativa sulla questione dedotta in principalità, che altrimenti diverrà irretrattabile, con limitazione dell'oggetto del giudizio, in caso di impugnazione avversaria, alla questione, accolta, spesa in subordine. Resta valido il rilievo, effettuato in relazione all'appello e alle eccezioni del convenuto, ma generalizzabile, secondo il quale, se «la valutazione del primo giudice sull'eccezione è consacrata in una parte della motivazione della sua sentenza, [...] rispetto ad essa, la posizione del convenuto non può che essere omologa a quella

¹⁸⁶ Con la precisazione che, se invece il giudice avesse accolto (anche) la questione principale, allora non si porrebbe nemmeno un tema di violazione dell'impresso *ordo decisionis* (la sentenza si fonderebbe sull'allegazione spesa *in principalità*, contenendo anche l'accoglimento di quella formulata gradatamente).

¹⁸⁷ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1012, ove il richiamo dell'«evenienza che la parte abbia dedotto le difese *in forma graduata* e la sentenza sia fondata su quella *subordinata*, in quanto il giudice o abbia violato l'ordine stabilito, omettendo di decidere previamente la preferita, o abbia *seguito* le indicazioni della parte, respingendo però la questione principale ed accogliendo quella subordinata» (mio l'ultimo corsivo).

¹⁸⁸ In via principale o incidentale.

dell'attore appellante principale, che, di fronte ad una parte della motivazione che gli dà torto, se la vuole ridiscutere, deve farla oggetto dell'appello»¹⁸⁹. Non sembra quindi accettabile l'assunto per cui, in caso «di rigetto della difesa principale, la parte deve riproporre la questione, ex art. 346 c.p.c.»¹⁹⁰; allorché la deduzione *principaliter* svolta sia stata respinta dal giudice, il mezzo da esperire è quello impugnatorio¹⁹¹.

Rimane il profilo, già adombrato¹⁹², della possibilità di rivenire, nella pronuncia di accoglimento della questione spesa in seconda battuta, una decisione *implicita* sulla questione dedotta dalla parte in via principale.

Proprio tale ipotesi è infatti stata ricondotta dalla Suprema Corte – nel corso dell'esame della graduazione delle eccezioni da parte del convenuto – alla casistica della decisione resa per implicito. In particolare, la Cassazione, dato atto che, in caso di sentenza di rigetto della domanda attorea, e in difetto di rilievi in motivazione sull'eccezione del convenuto, «l'interesse all'impugnazione della decisione sarà dell'attore»¹⁹³, ha peraltro aggiunto che, in una simile ipotesi, occorre considerare partitamente «l'incidenza di due possibili evenienze»¹⁹⁴, dalle quali potrebbe inferirsi una decisione implicita sull'eccezione. Mentre la prima è quella, già menzionata¹⁹⁵, in cui una statuizione implicita potrebbe ricavarsi alla luce dell'ordine logico delle questioni (se, con le parole della Corte, «il tenore finale della decisione possa essere di contenuto tale che, avuto riguardo alla ragione enunciata ed ancorché la motivazione non riveli nemmeno in modo indiretto una valutazione sull'eccezione, tuttavia, esclusivamente sotto un profilo astratto, inerente all'ordine logico con cui, con riferimento alla fattispecie dedotta in giudizio, l'eccezione si poneva, possa apparire che quella ragione implichi che l'eccezione sia infondata»), il secondo caso è appunto quello del condizionamento, allorché sia *accolta l'eccezione subordinata*: «La seconda evenienza da considerare è che il convenuto, nell'articolare il suo atteggiamento

¹⁸⁹ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit. (mio il corsivo).

¹⁹⁰ S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1015.

¹⁹¹ Conf. C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, cit., p. 983.

¹⁹² Cfr. *supra*, § 7.

¹⁹³ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit.

¹⁹⁴ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit.

¹⁹⁵ Cfr. ancora *supra*, § 7.

mento difensivo, abbia espressamente indicato al giudice un ordine di preferenza dell'esame delle sue difese e, quindi, anche rispetto alle sue eccezioni di merito, se ne ha proposte più di una»¹⁹⁶. Secondo la Cassazione, «si tratta di una graduazione che non sembra vietata, perché l'ordinamento nell'art. 276 c.p.c., comma 2, stabilisce un ordine di esame e decisione delle questioni, distinguendo soltanto fra le questioni e, dunque, le eccezioni, pregiudiziali di rito e, genericamente, il "merito", mentre non stabilisce un ordine all'interno dell'esame di quest'ultimo (e, quindi, della pluralità di eccezioni, in ipotesi proposte). Tanto evidenzia che il giudice, mentre deve necessariamente seguire un criterio di decisione che gli impone di decidere prima le questioni di rito, in quanto esse pregiudicano astrattamente la possibilità di decidere nel merito, viceversa è libero di decidere sul merito, individuando la questione posta a base della decisione. Tuttavia, se la parte eccipiente richieda l'esame gradato di eccezioni inerenti al merito, si deve ritenere che il potere del giudice ne risenta, sicché egli dovrebbe osservare nell'esame tale gradazione, se risponda ad un interesse»¹⁹⁷, con la conseguenza che, «qualora la domanda venga rigettata sulla base dell'esame di un'eccezione formulata dal convenuto, senza rispettare la graduazione fra le varie eccezioni che egli, in ipotesi, aveva indicato, la decisione, se pure *non ha ad oggetto le eccezioni di cui il giudice non si è occupato*, tuttavia, risulta avere certamente disatteso la richiesta di graduazione»¹⁹⁸.

A fronte di tali rilievi, sorge il quesito se la decisione, pur non avendo a oggetto l'allegazione spesa in principalità, ma avendo peraltro violato l'ordine ammissibilmente indicato dalla parte, contenga anche una statuizione implicita di rigetto della deduzione *principaliter* svolta. In altri termini, la prospettazione della Suprema Corte induce a chiedersi in che termini vada qualificata la «non decisione» sulla questione che la parte ha speso in via principale. Occorre, riferendosi al convenuto (ma con osservazione valevole anche per l'attore graduante), «chiarire di che cosa il convenuto si debba esattamente dolere: se della errata soluzione (implicita) data all'eccezione, o del mancato rispetto della gradazione impressa alle proprie difese»¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit. Rispetto a tale posizione della Suprema Corte, cfr. anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 509 s.

¹⁹⁷ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit.

¹⁹⁸ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit. (mio il corsivo).

¹⁹⁹ C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F. GODIO, *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345*

La soluzione preferibile parrebbe la seconda, atteso che, per un verso, la violazione posta in essere dal giudice, ed evincibile dal contenuto della sentenza, è appunto quella relativa al mancato rispetto della graduazione; e che, per altro verso, tale ricostruzione permette di focalizzare lo scrutinio (più che sull'implicita soluzione della questione «a monte») sulla sussistenza di un'ammissibile ipotesi di condizionamento delle questioni²⁰⁰. La censura dell'impugnante ha quindi a oggetto la violazione dell'*ordo decisionis* impresso nel precedente grado di giudizio. Questa appare la conclusione più piana, e in linea col contenuto della pronuncia gravata; e questa parrebbe la soluzione adombrata dalla stessa Suprema Corte, nel richiamato passaggio in cui osserva che, nella specie, «la decisione, se pure non ha ad oggetto le eccezioni di cui il giudice non si è occupato, tuttavia, risulta avere certamente *disatteso la richiesta di graduazione*»²⁰¹.

È del resto appena il caso di aggiungere che, in termini generali, parrebbe preferibile evitare di accedere a ricostruzioni che prevedano la presenza, all'interno della pronuncia, di decisioni implicite, atteso che le stesse espongono la parte a subire, in difetto di individuazione del profilo rilevante, e di spendita della relativa impugnazione, la definitività dell'implicita decisione in una situazione di malsicura rintracciabilità dell'aspetto che sarebbe necessario rendere oggetto di impugnazione. Si tratta di problema di ampio spettro, oggetto di dense riflessioni critiche della dottrina, soprattutto avuto riguardo alle ipotesi in cui è operativo il principio della ragione più liquida²⁰². Non a caso, anche rispetto all'altra delle divise

(commi 2 e 3). *Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità meritale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio*, cit., p. 1416.

²⁰⁰ Cfr. C. CONSOLO, *op. loc. cit.*, il quale, dopo aver inquadrato il problema, e quindi posto l'alternativa se il convenuto debba censurare l'errata soluzione (implicita) data all'eccezione, o la violazione della graduazione, propende per la seconda soluzione, «non per favorire un processo sterile, “alle intenzioni”, ma per la [...] necessità di giustificare l'esistenza di un reale interesse alla graduazione».

²⁰¹ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11799, cit. (mio il corsivo). Nello stesso senso, cfr. C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 1416, nota 40 («Questa, del resto, è la via che ci pare additata anche dalle Sezioni Unite, ove affermano che nel caso di accoglimento dell'eccezione gradata, il giudice che nulla abbia detto sull'eccezione principale “risulta avere certamente disatteso la richiesta di graduazione” (par. 9.3.3.2, sent.)». Cfr. anche ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 509 s., ove il rilievo per cui, qualora la decisione si fondi sull'allegazione ammissibilmente spesa soltanto in subordine, la parte dovrà impugnare la sentenza «per far valere la violazione della graduazione delle sue difese ad opera del giudice di primo grado».

²⁰² V. in particolare F.P. LUISO, *Contro il giudicato implicito*, cit., p. 181 ss., il quale

rassegna le principali ipotesi in relazione alle quali si fa riferimento al giudicato implicito (rispetto all'ambito della cognizione del giudice dell'impugnazione, rispetto ai limiti oggettivi di efficacia della decisione di merito, rispetto alle questioni di rito) e nega la necessità di ricorrere a tale istituto in ciascuna di tali ipotesi. In particolare, rispetto alla latitudine dell'efficacia della decisione, l'Autore rileva che, in caso di «identità di oggetto» tra i due giudizi, «si ha la pura e semplice applicazione del *ne bis in idem*: quando il giudice ha escluso la sussistenza di una servitù senza esaminare una potenziale fattispecie acquisitiva della stessa (ad es., la destinazione del padre di famiglia) non ha affatto "implicitamente" accertato l'insussistenza di una tale fattispecie. Tant'è che, una volta passata in giudicato la sentenza, non c'è alcuna differenza fra il caso in cui tale fattispecie acquisitiva fosse stata dedotta (e rigettata oppure per errore non esaminata) ed il caso in cui non fosse stata dedotta» (*op. cit.*, p. 182). Rispetto invece alla teorica giurisprudenziale del «c.d. antecedente logico necessario», l'Autore osserva che «l'accertamento vincolante sull'esistenza, qualificazione e modo di essere del rapporto fondamentale dipende dal motivo portante della decisione [...]: il che è evidentissimo nelle ipotesi di rigetto (*rectius*, di dichiarazione dell'inesistenza dell'effetto giuridico), in quanto il giudicato si forma sul motivo del rigetto, ma può verificarsi anche nelle ipotesi di accoglimento (*rectius*, di dichiarazione dell'esistenza dell'effetto giuridico)», con la conseguenza che «in nessun caso può entrare in gioco un giudicato implicito: in queste fattispecie il giudicato è necessariamente esplicito. Infatti, delle due l'una: o la decisione (di accoglimento o di rigetto) si fonda sull'esistenza, qualificazione e modo di essere del rapporto fondamentale, e allora il giudicato è esplicito; oppure la decisione (di accoglimento o di rigetto) prescinde dall'esistenza, qualificazione e modo di essere del rapporto fondamentale, e allora non c'è alcun giudicato» (*op. cit.*, p. 183); ID., *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, cit., p. 68: «Il c.d. *giudicato implicito* non ha cittadinanza in un sistema, come il nostro, che adotta il principio della ragione più liquida, proprio perché il giudicato implicito postula, invece, un meccanismo decisionale che affronti le varie questioni nell'ordine che esse hanno secondo il diritto sostanziale. [...] Tizio agisce contro Caio per l'adempimento. Il giudice rigetta la domanda perché il credito non è scaduto. Ciò non comporta affatto il giudicato implicito sull'esistenza del credito, perché il giudice ben può rigettare la domanda di condanna per mancata scadenza del credito, senza previamente accertare che esso sia sorto, nonostante che, sul piano sostanziale, un termine di adempimento possa riguardare solo un credito esistente. Analogamente per la prescrizione: si può prescrivere solo un credito che è sorto. Ma la domanda può essere rigettata per prescrizione anche senza aver accertato l'esistenza del credito. Dunque il rigetto per prescrizione non significa affatto accertamento che il credito è sorto»; S. MENCHINI, in S. MENCHINI, A. MOTTO, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, cit., p. 55: «Non ha spazio, nel nostro ordinamento, il giudicato implicito, per lo meno tra questioni di merito; esso è escluso, per ragioni d'incompatibilità, dal principio della ragione più liquida. Poiché le questioni sono decise non secondo l'ordine promanante dal diritto sostanziale, ma sulla base della circostanza, del tutto casuale, che esse siano più o meno liquide, non è consentito sostenere, applicando regole logiche, che la decisione in un certo modo di una questione implica la previa risoluzione, quantunque non espressa ma soltanto implicita, di un'altra, di carattere pregiudiziale»; F. DANOVI, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, cit., p. 425, i quali, dopo aver richiamato che, secondo Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., «l'attore che abbia visto accolta la

ipotesi nelle quali, secondo la Cassazione, si potrebbe ragionare di una decisione implicita sull'eccezione, in relazione all'*iter* logico della pronuncia, si è perspicuamente osservato che «meglio sarebbe stato negare in radice la configurabilità di un rigetto implicito da incompatibilità logica. La massima prudenza che pur le Sezioni Unite additano al giudice d'appello (“affermazioni implicite, chiaramente individuatrici”), non pone infatti il convenuto davvero al riparo da “erronee interpretazioni” del silenzio»²⁰³.

propria domanda di adempimento di un contratto con valutazione implicita della sua non nullità (non pronunciata con efficacia di giudicato in assenza di domanda di accertamento incidentale *ex art.* 34 c.p.c.), ove convenuto in un altro giudizio per l'adempimento della controprestazione da quel medesimo soggetto che era convenuto nel primo giudizio, non potrà eccepire la nullità del contratto, in quanto soggetto al vincolo creato dalla prima decisione», precisano che «questo meccanismo decisorio non opera quando la sentenza sia basata su un unico motivo sufficiente per la decisione e ciò in ossequio al c.d. principio della ragione più liquida, secondo il quale, se sussiste una ragione idonea a supportare la decisione, quest'ultima può fondarsi su di essa, prescindendo da tutte le altre eventuali questioni sorte nel processo (anche se tali questioni si pongano, sotto il profilo logico, “a monte” di quella utilizzata per la decisione). In questo caso in linea di principio va escluso il “giudicato implicito” su eventuali questioni che siano logicamente anteriori. Per esempio, in linea puramente astratta potrebbe affermarsi che, posto che soltanto un credito effettivamente esistente potrebbe estinguersi per prescrizione, allora la sentenza di rigetto della domanda di pagamento per prescrizione del credito azionato comporta anche l'accertamento implicito del credito stesso; tale affermazione, però, è errata, atteso che il giudice, appunto in applicazione del principio della ragione più liquida, può rigettare la domanda considerando soltanto l'eccezione di prescrizione senza previamente accertare l'esistenza del credito dedotto in giudizio».

²⁰³ C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F. GODIO, *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345 (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità meritale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio*, cit., p. 1417. Cfr. altresì ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., p. 510: «Sarà necessario l'appello incidentale e non basterà la riproposizione anche quando l'eccezione, su cui la sentenza non si sia espressamente pronunciata, possa dirsi essere stata implicitamente (ma chiaramente) ritenuta infondata. Le sez. un. chiariscono che non ci sarà rigetto implicito dell'eccezione se la sentenza di I grado rigetta la domanda dell'attore per mancata prova dei fatti costitutivi del diritto: in questo caso infatti l'eccezione (che si sostanzia, come sappiamo, in un fatto impeditivo, estintivo o modificativo del diritto), potrà dirsi non essere stata valutata. Più complesso e difficile da sceverare è il caso in cui la sentenza abbia rigettato la domanda accogliendo una delle eccezioni del convenuto, senza dire nulla sulle altre (salvo il caso che il convenuto avesse gradato le sue difese). In questa ipotesi non è agevole comprendere se il silenzio della sentenza configuri assorbimento o implicita valutazione di infondatezza dell'eccezione. La necessità – che le sez. un. evidenziano – che il rigetto implicito emerga con chiarezza dall'*iter* logico argomentativo della sentenza dovrebbe far propendere per la riproposizione. Nel dubbio, però, non è improbabile che il (difensore del) convenuto si orienti, per massima cautela, ver-

Possiamo quindi escludere, ai fini che ci occupano, la prospettabilità di una decisione implicita sulla questione, comunque di problematica ammissibilità anche in termini generali.

Il tutto con la precisazione che la contestazione del mancato rispetto della graduazione – sulla quale, come si è visto, dovrà focalizzarsi l'impugnazione – comporterà che il giudice del grado impugnatorio, ovviamente ove ritenga la censura fondata, dovrà senz'altro decidere sull'allegazione *principaliter* svolta; e ciò sia in caso di espressa richiesta di decisione sul punto da parte dell'impugnante, sia, pare doversi ritenere, anche in assenza di essa: se si contesta il mancato rispetto dell'impresso *ordo deciden-di*, tale censura dovrebbe essere interpretata come richiesta, non già dell'inane esercizio di verifica dell'esistenza o meno di un ammissibile condizionamento, bensì della decisione nel rispetto di tale ordine, e quindi della decisione sulla questione posta in via prioritaria²⁰⁴. Ovviamente, tale decisione potrà senz'altro avvenire in appello, considerata la struttura del gravame; mentre, per quanto concerne il giudizio di cassazione, si porrà l'alternativa (in caso di accoglimento del ricorso) tra la cassazione della sentenza (viziata da un *error in procedendo ex art. 360*, comma 1, n. 4, c.p.c.²⁰⁵) e,

so la proposizione di un motivo di appello incidentale, condizionato all'accoglimento dell'appello principale dell'attore rimasto soccombente in primo grado». Cfr. anche S. MENCHINI, *op. cit.*, pp. 55-56: «Poiché le questioni sono decise non secondo l'ordine promanante dal diritto sostanziale, ma sulla base della circostanza, del tutto casuale, che esse siano più o meno liquide, non è consentito sostenere, applicando regole logiche, che la decisione in un certo modo di una questione implica la previa risoluzione, quantunque non espressa ma soltanto implicita, di un'altra, di carattere pregiudiziale; ciò potrebbe essere affermato soltanto se si seguisse un criterio logico-sostanziale, ma non, invece, se si adotta un canone del tutto sganciato da criteri di necessaria consequenzialità logica [...]. Pertanto, si deve escludere che dal riconoscimento della fondatezza di un'eccezione possa essere desunto l'accertamento dell'originaria esistenza del diritto e del suo titolo o di un'altra eccezione logicamente pregiudiziale [...]. L'eventuale ostacolo che una sentenza anteriore frapponga alla deduzione di pretese o diritti non dedotti nel corso del giudizio trova la sua giustificazione non in accertamenti impliciti degli stessi, ma nella loro preclusione, causata da ciò che il loro eventuale riconoscimento pregiudicherebbe l'interesse sostanziale tutelato dal primo provvedimento».

²⁰⁴ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, cit., p. 1014: «È da riconoscere la legittimazione ad impugnare in via *principale* del soggetto, pur vincitore nel merito, al fine di ottenere dal giudice superiore una sentenza dello stesso segno, ma fondata su un differente motivo, dedotto in primo grado quale *preferito* rispetto a tutti gli altri».

²⁰⁵ Cfr. *supra*, § 9.

quindi, il rinvio, ovvero, sussistendone i presupposti, la decisione nel merito della causa *ex art.* 384, comma 2, c.p.c.

Del resto, nell'eventualità in cui si accrediti la diversa opzione ricostruttiva secondo la quale l'impugnazione concerna, più che la violazione dell'*ordo decidendi*, il rigetto *implicito* della questione dedotta in via principale, allora l'impugnazione sarà ovviamente idonea a provocare la decisione della domanda sulla base dell'allegazione prioritaria. In tale angolo prospettico, la differenza tra le due tesi – quella (preferita) dell'impugnazione avente a oggetto il mancato rispetto della graduazione impressa, ovvero quella dell'impugnazione avente a oggetto l'errata soluzione (implicita) della questione – risiede nel fatto che, adottando la prima di esse (e dunque ritenendo che la censura concerna la violazione della graduazione), in difetto di impugnazione diverrà irretrattabile la decisione pregressa circa l'inesistenza di un ammissibile condizionamento, per intervenuta preclusione processuale, ma non il rigetto (implicito) della prima questione. Pare, anche sotto questo profilo, preferibile la soluzione prescelta: in caso di mancata impugnazione, il condizionamento prospettato nel pregresso grado è espunto dal giudizio; peraltro, la questione svolta in principalità, e divenuta meramente concorrente in difetto di impugnazione sul punto, potrà, previa riproposizione, divenire oggetto del grado impugnatorio.

11. Rilievi di sintesi

All'esito del percorso svolto, possono essere tracciati i seguenti rilievi di sintesi.

L'istanza di graduazione è soggetta a una specifica disciplina dinamica.

In primo grado, il dato centrale è quello dell'*autonomia* dell'istanza di condizionamento rispetto alla relativa allegazione fattuale, con la conseguenza che l'istanza stessa è proponibile – diversamente dall'allegazione, soggetta a regole sue proprie, anche a tutela del diritto di difesa dell'altra parte – fino alla precisazione delle conclusioni. Per quanto concerne l'eccezione in senso lato, proponibile (anche nel suo substrato fattuale) anche in appello, la relativa istanza di graduazione è conseguentemente spendibile anche in sede di gravame.

Rispetto alle impugnazioni, fondamentale è anzitutto ribadire il principio – emerso nel corso dell'indagine circa l'ammissibilità del condizionamento delle questioni meritali – della *legittimazione alla graduazione*. L'unico possibile riferimento del condizionamento dell'attore è la pronun-

cia di *accoglimento della domanda*; l'unico possibile riferimento del condizionamento del convenuto è la pronuncia di *rigetto della domanda*; mentre, di converso, l'attore non è legittimato a proporre un'istanza di graduazione afferente alla pronuncia di rigetto della propria domanda e il convenuto non è legittimato a proporla in relazione alla pronuncia di accoglimento della domanda attorea.

In sede impugnatoria, quindi, viene in questione l'impugnazione della parte *vincitrice*, con la conseguenza che, anzitutto, perde qualsivoglia rilevanza nell'indagine la soccombenza intesa in senso formale.

Ciò posto, occorre distinguere.

Laddove il giudice del pregresso grado abbia rispettato il condizionamento, è da escludersi, oltre alla soccombenza in senso formale, anche l'interesse a impugnare, da intendersi in termini di *utilità marginale* traibile dalla parte per mezzo dell'impugnazione. Al limite, potrebbe sorgere, in capo alla parte graduante, un onere di impugnazione (incidentale) in caso di rigetto in motivazione della questione subordinatamente spesa.

Laddove il giudice del pregresso grado abbia invece violato il condizionamento, e quindi accolto la domanda (in caso di attore graduante) o respinto quella avversaria (in caso di convenuto graduante) in accoglimento della questione posta *in subordine*, senza considerare quella spesa in principalità, la parte è provvista di *interesse a impugnare*, atteso che, attraverso l'impugnazione, la parte stessa può ottenere una maggiore utilità, da individuarsi nell'accoglimento della sua domanda (nel caso dell'attore) o nel rigetto di quella altrui (nel caso del convenuto) in forza della questione che, nel pregresso grado, era stata indicata quale questione da decidersi in via prioritaria.

Il mancato rispetto dell'*ordo decisionis* ammissibilmente posto dalla parte graduante si risolve in un *error in procedendo*, denunciabile sia in appello, con un motivo di gravame da formularsi nel rispetto dell'art. 342 c.p.c., che in cassazione, ai sensi del n. 4 dell'art. 360, comma 1, c.p.c.

Non è da escludersi – laddove la sentenza non abbia considerato la questione spesa in principalità (e quindi non l'abbia espressamente rigettata) – la mera *riproposizione* della stessa (in appello, *ex art. 346 c.p.c.*, ovvero in sede di rinvio). In tal caso, peraltro, la questione principale potrà essere esaminata e decisa dal secondo giudice in un regime di *concorrenza* con quella a suo tempo graduata (e accolta nel pregresso grado). È invece da escludersi che l'accoglimento della domanda (in caso di attore graduante), o il rigetto di quella avversaria (in caso di convenuto graduante), sulla base della questione posta in subordine possa essere riguardato in termini di *ri-*

getto implicito della questione che la parte ha indicato in via principale nell'istanza di graduazione. La doglianza della parte graduante è, in sede di impugnazione, sempre relativa al *mancato rispetto* dell'ammissibilmente impresso *ordine di decisione* delle questioni meritali.

CONCLUSIONI

Il giudizio civile può essere attraversato da vincoli di condizionamento riferibili a molteplici «entità processuali»: non soltanto le domande giudiziali e le impugnazioni, ma anche le mere «questioni», di rito e, per quanto oggetto dell'indagine qui conclusivamente ripercorsa, di merito.

Lo scrutinio della graduazione, su iniziativa di parte, delle questioni meritali postula il confronto coi principi cardine che presiedono alla dinamica processuale (da quello dispositivo – in tutte le sue variegate epifanie – fino a quelli di economia processuale e del primato della ragione più liquida) e, all'interno di tale dinamica, impone di riconsiderare il rapporto tra i poteri delle parti e i poteri del giudice nella conduzione del giudizio. Si tratta, in definitiva, di vagliare la possibilità di un *Konventionalprozess* rispetto all'*ordo decisionis* delle questioni che integrano il merito della causa. Se, come non si è mancato di rilevare, la problematica centrale, e ancora viva, del processo civile concerne la definizione del rapporto tra i poteri delle parti e i poteri del giudice nello svolgersi del procedimento, l'analisi del condizionamento delle questioni di merito non rappresenta che una faccia di tale prismatico campo di indagine.

Il *primo capitolo* è dedicato alla definizione dell'oggetto dello studio.

Si è anzitutto considerato «questione» ogni antecedente della decisione, controverso e conosciuto dal giudice *incidenter tantum* al fine di addivenire alla decisione stessa.

Ciò posto, dal novero delle questioni rilevanti sono state espunte quelle, tipicamente processuali, concernenti la validità formale degli atti del processo e, altresì, i c.d. presupposti processuali (comprensivi delle c.d. condizioni dell'azione). Ancorché non possano essere escluse in radice ipotesi di «osmosi» tra questioni di rito e questioni di merito (collocandosi nella posizione del convenuto eccipiente e considerando le opzioni difensive di quest'ultimo), si è assunta, anche sulla scorta del disposto dell'art. 276, comma 2, c.p.c., la generale vigenza di un ordine decisorio all'interno delle macro categorie rito-merito, con la conseguenza che un'eventuale gradua-

zione delle questioni processuali si collocherebbe comunque «a monte» del (diverso profilo del) condizionamento meritale. Ciò posto, si è peraltro avuto modo di evidenziare come le riflessioni degli interpreti sull'*ordo decisionis* delle questioni di rito (non soltanto in relazione ai presupposti processuali, ma anche per quanto concerne i requisiti di validità formale degli atti) abbia condotto a discettazioni e approdi – in particolare, quello per cui un potere di condizionamento della parte interessata potrebbe sussistere in relazione alla *differente portata preclusiva* della pronuncia di rito – in parte mutuabili rispetto alla graduazione delle questioni di merito.

Ancora, e sotto diverso profilo, è stato escluso dall'indagine un eventuale condizionamento delle istanze istruttorie. Non solo il plesso normativo di cui agli artt. 187, comma 1, 188 e 209 c.p.c. (dai quali si ricava il generale potere giudiziale di discrezionale gestione dell'istruttoria), ma anche e soprattutto la considerazione per cui il vincolo impresso dalla parte graduante è da riferirsi alla *fase decisoria* della causa, e non a quelle a essa anteposte – ivi inclusa l'eventuale parentesi istruttoria –, hanno indotto a tale preliminare espunzione.

L'analisi si è quindi focalizzata, escluse le questioni di rito e quelle afferenti alle prove, sui *fatti* di causa, dall'accertamento e qualificazione giuridica dei quali dipende il contenuto della decisione, e, segnatamente, sui fatti c.d. *principali*, idonei a integrare in via diretta la fattispecie legale invocata dalla parte interessata, essendosi per contro negata l'eventuale graduabilità dei fatti c.d. secondari.

In quest'ambito, sul piano della prospettazione giuridica, premesso che l'esposizione fattuale di parte impone un profilo giuridico sceveratore, si è evidenziato che, ancorché il giudice non sia in alcun modo vincolato alla qualificazione prospettata dalla parte, e l'effetto giuridico invocato introduca tutte le fattispecie idonee a sorreggerlo, ciò non oblitera il potere della parte stessa di accedere alla graduazione; mentre, sul piano della *positio* del fatto, si è esclusa, ai fini che ci occupano, la rilevanza del distinguo tra allegazione «normativa» e allegazione «informativa», e ciò in quanto la graduazione oggetto di indagine si riferisce precipuamente a fatti che – poiché *privi di funzione individualizzante* l'oggetto del giudizio – possono anche emergente *ex actis* (fermo il principio cardine ingenerosamente relegato nell'art. 97 delle disposizioni attuative del codice). Ancora, si è negato che il regime di rilevabilità, anche *ex officio*, dei fatti in questione possa valere a escludere il potere di condizionamento della parte interessata: e invero, altro è il profilo – che resta impregiudicato – della *rilevazione* del fatto, anche su iniziativa dello stesso giudice, altro è il profilo *decisorio*, rispet-

to al quale ben può venire in questione l'indicazione, promanante dalla parte, di un determinato *ordo decisionis*.

Pertanto, le «questioni di merito» considerate nel corso dell'indagine:

a) sono quelle che concernono i fatti giuridici principali (con esclusione dei fatti secondari);

b) come tali, implicano il riferimento a una determinata fattispecie giuridica, impregiudicato il potere del giudice di accedere alla propria qualificazione del fatto, anche se difforme da quella prospettata dalla parte;

c) possono essere oggetto di un'allegazione di parte (a prescindere dalla ritenuta natura «imperativa» o «informativa» da ascrivere all'allegazione), ma anche emergere dagli atti di causa;

d) laddove siano rilevabili *ex officio*, sono comunque spendibili in subordine, atteso che il potere giudiziale di rilevazione della questione non vale a obliterare quello di graduazione della parte (se, e nella misura in cui, il condizionamento della questione sia ritenuto ammissibile).

Le questioni di merito indagate si sostanziano, quindi, nei fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, da un lato, e in quelli impeditivi, modificativi ed estintivi degli effetti prodotti dai fatti costitutivi, dall'altro lato. In relazione ai primi, l'istanza di graduazione potrebbe riferirsi al fatto storico sussunto in una determinata fattispecie giuridica, ovvero anche a uno solo di tali elementi, come pure a un fatto emergente *ex actis*. In ogni caso, il fatto costitutivo, per assurgere a «entità» idonea al condizionamento, dovrebbe essere suscettibile di integrare un distinto episodio storico, dovendosi escludere la graduazione di fatti che si inquadrino nel medesimo episodio, inteso nella sua essenzialità materiale, o *a fortiori* di mere qualificazioni giuridiche. In caso di fatti impeditivi, modificativi ed estintivi oggetto di eccezione in senso stretto, l'istanza di graduazione potrebbe riferirsi all'eccezione-istanza (nucleo fondamentale di tale opzione difensiva del convenuto) e al relativo fatto storico, ovvero anche a uno di tali elementi (ferma la necessità dell'eccezione-istanza), come pure a un fatto emergente *ex actis* (ferma però, di nuovo, la necessità dell'eccezione-istanza); in caso di fatti oggetto di eccezione in senso lato, l'istanza di graduazione potrebbe riferirsi all'atto introduttivo del fatto (già rilevante in forza della domanda attorea) e alla (peraltro non necessaria) eccezione-istanza, ovvero anche a uno di tali elementi, come pure a un fatto emergente *ex actis*.

Infine, ancorché sia invalso tra gli interpreti la menzione delle mere «difese» nel novero delle questioni graduabili, si è ritenuto di poter escludere

che le stesse siano suscettibili di condizionamento. Dirimente è apparsa la circostanza che il convenuto, allorché spenda una semplice difesa, si collochi, ancorché «in negativo», nell'area fattuale costituiva propria dell'attore, e quindi in un ambito in relazione al quale sarebbe improprio attribuire al convenuto stesso il potere di imporre al giudice un determinato *iter* decisorio. Resta per contro ammissibile il condizionamento di un'*eccezione*, rispetto a una mera difesa.

Così individuate le «questioni di merito» rilevanti nell'indagine, si è passati a scrutinare l'altro «polo» dello studio, e cioè la nozione di «graduazione».

Si è preso le mosse dal cumulo di domande giudiziali, distinguendo tra cumulo semplice e cumulo condizionato, e, in quest'ultimo ambito, tra cumulo successivo ed eventuale (ricorrenti rispettivamente allorché un'azione sia proposta sotto la condizione che un'altra sia previamente accolta ovvero respinta), e, ancora, alternativo. In particolare, è emersa l'obiettivo problematicità di quest'ultima forma di proposizione cumulativa di domande, restando imprescindibile rinvenire un criterio orientativo dell'attività giudiziale a fronte delle plurime richieste alternativamente immesse nel processo. In questo quadro, si è segnalato (per quanto potrebbe rilevare nell'indagine; impregiudicata l'intrinseca precarietà dell'istituto) che il principio del primato della ragione più liquida (naturale contraltare della graduazione delle questioni) è stato richiamato quale criterio orientatore anche in caso di domande alternative.

Rispetto alla graduazione delle questioni, il dato da cui si è preso le mosse è quello per cui, laddove siano condizionate tali entità processuali, viene in rilievo non già la latitudine oggettiva del giudizio (come accade in caso di cumulo di domande), bensì il *percorso argomentativo* della decisione e le sue cadenze. Rilevanti le relative conseguenze: in caso di graduazione di questioni il generale criterio ordinatorio dell'operato del giudice è quello, testé richiamato, del *primato della ragione più liquida*; inoltre, e sotto diverso profilo, nemmeno occorre una declaratoria di assorbimento della questione non considerata, non venendo in rilievo un autonomo *thema decidendum* sottoposto al vaglio del giudice attraverso la domanda giudiziale, ma soltanto un *punto di cognizione* divenuto superfluo.

La graduazione oggetto di indagine integra un cumulo *condizionale*, nella forma *eventuale* (escluso il cumulo successivo), in cui una questione (quella spesa in subordine) è proposta per l'evento che l'altra (quella spesa in principalità) sia respinta, a fronte della loro «naturale» deduzione in via concorrente – secondo la struttura del cumulo semplice, ovvero anche

(poco importa, trattandosi di questioni) alternativo –, e in deroga al principio del primato della questione più liquida. L'evento «condizionante» è dunque la decisione negativa (nel senso della sua inammissibilità o infondatezza) sulla questione spesa in principalità. Laddove tale evento non si verifichi, e quindi la questione *principaliter* dedotta sia accolta, quella spesa in via subordinata resterà assorbita, senza peraltro la necessità che il giudice la dichiari formalmente tale.

La graduazione dev'essere espressa (in modo «precettivo», e non meramente «narrativo») dalla parte interessata (va esclusa, almeno di regola, una graduazione «giudiziale») e si risolve in un'*istanza*, che, se avente a oggetto un'ammissibile richiesta di condizionamento, limita il potere del giudice di scegliere quale questione definire prioritariamente, *vincolandolo* a un *ordo procedendi* rilevante nella *fase decisoria* del processo.

Definiti nei termini che precedono i presupposti dello studio – le «questioni di merito», da un lato, e la «graduazione» delle stesse, dall'altro lato – si è passati, nel *secondo capitolo*, all'esame dell'*ammissibilità* del fenomeno, distinguendo tra la posizione dell'*attore* graduante e quella del *convenuto* graduante.

Rispetto al primo, l'analisi ha preso le mosse dall'esclusione della possibilità di inferire un potere di condizionamento dal – pur invocato ai fini che ci occupano, anche in epoche recenti – principio dispositivo sostanziale (*Dispositionsmaxime*), in tutte le sue manifestazioni, come pure da quello dispositivo processuale (*Verhandlungsmaxime*). Il primo è, all'evidenza, riconducibile al distinto fenomeno del cumulo condizionale di *domande giudiziali* – ancorché nemmeno rispetto a esso possa assurgere a univoca ragione ammissiva della spendita condizionata, viepiù laddove si consideri che, in effetti, soggetta a condizione è soltanto l'*attuale decidibilità del merito* della domanda gradata –. Il cumulo condizionale di allegazioni e il cumulo condizionale di domande si pongono, a ben vedere, in un rapporto di *complementarità*: a seconda delle conclusioni che si ritenga di accreditare rispetto allo *Streitgegenstand* e all'identificazione della domanda giudiziale, l'area del primo fenomeno (graduazione delle allegazioni) si espande rispetto a quella del secondo (graduazione delle domande), o, all'opposto, si riduce rispetto a quest'ultima. Il secondo principio, quello della trattazione, attiene all'*immissione* dei fatti (esulando dall'indagine le prove) nel contenitore processuale, ma non già al relativo *ordo decisionis*. Anzi, se considerato nel suo nucleo fondamentale, il principio della trattazione impone soltanto che il fatto giuridico sia affermato da *una qualsiasi* delle parti, oppure anche emerga dagli atti di causa o dalle prove esperite, senza che

si possa tributare rilievo alla provenienza della posizione del fatto, e dunque con l'unico vincolo, di tipo prettamente *negativo*, del divieto di scienza privata; il condizionamento, risolvendosi in un'istanza proveniente dalla parte interessata, appare viepiù estraneo al dettame *de quo*.

Escluso che l'apodittica invocazione dei riferiti principi possa risultare dirimente rispetto al tema indagato, lo scrutinio circa l'ammissibilità della graduazione si è focalizzato – all'esito dell'esame delle prospettazioni tratteggiate dalla dottrina, tedesca e italiana, che si è occupata *ex professo* della materia – sull'esistenza, in capo alla parte graduante, di un *interesse meritevole di tutela* (*schützenswertes Interesse*) alla proposizione di questioni meritali in via condizionata, da rapportarsi (scartata ovviamente qualsiasi ipotetica rilevanza di interessi meramente soggettivi) con l'*efficacia della decisione finale*.

Su questo fronte, non rappresenta percorso fecondo né quello che si arresti sulla lezione classica per cui il giudicato è da confinarsi alla dichiaratoria di esistenza, o meno, della situazione giuridica calata in giudizio, con conseguente esclusione di qualsivoglia ipotetico rilievo delle allegazioni poste a fondamento della decisione; né quello che riproponga un «giudicato sulla motivazione» di matrice savignana, secondo linee argomentative pure autorevolmente prospettate (anche nella nostra dottrina), ma rimaste senz'altro minoritarie.

È per contro la portata oggettiva della pronuncia – intesa in termini di *obiectivo precepto sostanziale* promanante dalla pronuncia stessa – che, in quanto suscettibile di essere determinato dal motivo della statuizione giudiziale, secondo gli invalsi dettami della *Begründungstheorie*, potrebbe rilevare anche in punto di graduazione. Il percorso argomentativo, ai nostri fini, si dipana dunque dalla *questione*, la quale vale a determinare il *motivo* portante della sentenza e, quindi, ne definisce la *portata oggettiva*; con la conseguenza che la parte potrebbe essere titolare di un interesse a imprimere un determinato ordine rispetto alla decisione delle questioni, posto che da esse potrebbe dipendere, e variare, l'efficacia dell'emananda pronuncia. Il motivo assunto a fondamento della decisione, che, a monte, dipende dalla relativa allegazione, a valle potrebbe incidere sulla portata della pronuncia e sul suo spettro effettuale.

L'analisi è proseguita rilevando peraltro che, pur basandosi su premesse diffuse, la dottrina prospetti, avuto riguardo al condizionamento delle questioni di merito da parte dell'attore, soluzioni, da un lato, tendenzialmente *restrittive* e, dall'altro lato, di *dubbia* individuazione. Ancorché si convenga che il fulcro sia la portata effettuale della decisione, che a sua volta discen-

de dal motivo posto a fondamento della pronuncia, si affacciano prospettazioni che escludono la graduazione attorea o che, laddove la ammettano in linea di principio, declinano la stessa in un quadro che rimane incerto rispetto all'effettiva casistica rilevante, tra l'altro incentrata su diritti *diversi* da quello dedotto *sub judice*.

In questo scenario, è parso opportuno premettere a un'indagine casistica di eventuali ipotesi di graduazione attorea la focalizzazione di alcuni dettami che valgano a orientare lo studio della graduazione meritale su iniziativa di tale parte processuale.

Anzitutto, si è assunto quale principio cardine, da cui prendere le mosse per ogni successivo scrutinio, quello secondo il quale l'*unico limite di portata generale* rispetto alla graduazione delle questioni di merito su istanza di parte è quello per cui la richiesta di subordinazione deve riferirsi alla pronuncia di *accoglimento della propria domanda*, ovvero di *rigetto della domanda altrui*, mentre non può, di converso, assurgere a idoneo punto di riferimento il rigetto della propria domanda, o l'accoglimento di quella altrui. Non è ammissibile, in altri termini, una graduazione dei fatti che giustificerebbero la propria *sconfitta*. L'ammissibilità dell'allegazione subordinata dipende dal fatto che la pronuncia che assurge a riferimento della graduazione sia quella di *accoglimento della domanda* dell'istante o di *rigetto della domanda avversaria*. Si è quindi affermato il principio della *legittimazione alla graduazione*, che, per quanto concerne l'attore, comporta che il condizionamento delle allegazioni si riferisca alla pronuncia di *accoglimento della domanda* (e, per quanto concerne il convenuto, comporta che il condizionamento delle allegazioni si riferisca alla pronuncia di *rigetto della domanda*). Di converso, l'attore non è legittimato a proporre un'istanza di condizionamento afferente alla pronuncia di rigetto della propria domanda (e il convenuto non è legittimato a proporla in relazione alla pronuncia di accoglimento della domanda attorea).

Discendono da quanto precede due rilevanti corollari.

In primo luogo, non possono essere accolte – e quindi non valgono a integrare casi di ammissibile graduazione attorea – le teoriche che affacciano un condizionamento, da parte dell'attore, di questioni di merito in vista di una (in ipotesi meno gravosa) pronuncia di *rigetto* dell'azione promossa dallo stesso attore. Per esempio, il richiamo del giudicato *zur Zeit* rispetto all'attore, ancorché autorevolmente prospettato (soprattutto nella dottrina germanica), non sembra condivisibile.

Inoltre, se, per quanto concerne la graduazione attorea, viene in questione la pronuncia di accoglimento della domanda, l'analisi può essere ri-

volta, primariamente e principalmente, al condizionamento delle allegazioni *constitutive*. L'indagine sul condizionamento si sostanzia, collocandosi nella prospettiva dell'attore, nell'alternativa fra diversi fatti costitutivi del diritto azionato, *astrattamente* concorrenti (di regola, anche laddove concorrano plurimi fatti, uno soltanto in effetti opera).

Se, quindi, si ha cura di:

a) limitare l'indagine sull'attore graduante alla sentenza di *accoglimento*, esclusivo punto di riferimento del condizionamento allegatorio posto in essere da tale parte processuale;

b) focalizzarsi conseguentemente sulla deduzione subordinata di fattispecie *constitutive*, in vista dell'accoglimento della domanda giudiziale proposta dall'attore;

diventano rilevanti una serie di ulteriori considerazioni.

Per un verso, sono percepibili le ragioni per le quali ricorrono in dottrina posizioni tese a escludere un potere di graduazione in capo all'attore. La principale di esse sembra quella per cui, in caso di accoglimento della domanda giudiziale, la portata oggettiva della sentenza è, di regola, *sempre la medesima*, consistendo nell'attribuzione all'attore dell'invocato bene della vita. A prescindere dai presupposti della statuizione, la dichiarazione di esistenza di una situazione giuridica ha indefettibilmente la portata pratica di attribuire all'attore il bene della vita garantitogli dalla normativa sostanziale. Orbene, in questa prospettiva è decisiva l'obiettiva attribuzione di cui alla sentenza, *a prescindere* dalle questioni meritali affrontate e risolte dalla sentenza stessa, e quindi *a prescindere* dai relativi motivi. Se, in linea generale, non può essere obliterato il dettame secondo il quale i motivi della decisione possono assumere rilevanza rispetto alla latitudine effettuale della sentenza, purtuttavia ciò *non* sarebbe riscontrabile rispetto alla pronuncia di accoglimento della domanda dell'attore: la portata pratico-precettiva della pronuncia resta la stessa, e si identifica con il bene della vita garantito all'attore dalla situazione giuridica che è dichiarata esistente. Si comprende in questo scenario anche perché le eventuali ipotesi di graduazione attorea siano per lo più rinvenute – tenuto conto di quanto si è appena detto rispetto al *diritto accertato* dalla sentenza – avendo quale riferimento diritti *diversi* da quello accertato (l'esempio «classico» è quello della *misura* – non già, si badi, della mera esistenza – del diritto alla percezione dei frutti rispetto all'accertato diritto di proprietà), con la conseguenza che la dottrina contraria alla graduazione ha buon gioco nell'evidenziare l'opinabilità dell'estensione della portata della prima pronuncia, relativamente

al titolo posto a fondamento della stessa, fino a conformare il distinto diritto oggetto del secondo, meramente eventuale, processo.

Ciononostante, e per altro verso, rispetto all'ammissibilità del condizionamento attoreo militano due specifici, diversi, rilievi.

In primo luogo, la pronuncia di accoglimento della domanda dell'attore, e quindi la pronuncia accertativa dell'esistenza del diritto, che si fondi su un determinato fatto costitutivo, non può che rinvenire, quale suo indefettibile punto di riferimento, appunto tale fatto. Come autorevolmente osservato, una pronuncia che non determini univocamente il fatto costitutivo del diritto non adempie alla funzione giurisdizionale. L'accertamento contenuto nella sentenza *implica il riferimento anche al fatto giuridico* dal quale scaturisce la situazione sostanziale affermata. Il tutto con l'importante precisazione che l'accertamento suscettibile di passare in giudicato resta soltanto quello del *diritto*, il quale peraltro è accertato come scaturente da una determinata fattispecie. Non ha luogo discettare, rispetto a quanto precede, di un vero e proprio accertamento «a ogni effetto». In altri termini, senza che sia configurabile un accertamento giudiziale del fatto costitutivo posto a fondamento della pronuncia di accoglimento, quest'ultima, comunque, statuisce sull'esistenza del diritto azionato *come nascente da quel determinato fatto*, sebbene al (limitato) fine di assicurare la stabilità della decisione resa sul diritto accertato.

In secondo luogo, pare che le posizioni negative circa l'ammissibilità del condizionamento attoreo trascurino di considerare che la sentenza di accoglimento della domanda giudiziale, accertando, per definizione, un illecito sostanziale, manifesta un *peculiare contenuto precettivo*. Segnatamente, e come è stato definitivamente dimostrato dalla dottrina sul giudicato (avuto particolare riguardo ai relativi limiti cronologici), la sentenza accerta l'illecito ed esprime la regola della condotta futura delle parti funzionale alla rimozione di quest'ultimo e alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata. Il fulcro della ricostruzione risiede nel fatto che, in caso di accoglimento della domanda, la sentenza, proprio in quanto di accoglimento, accerta la commissione di un *illecito*, e quindi di una condotta difforme dalla regola di condotta scolpita dalla norma sostanziale. Mentre l'aspetto dichiarativo della volontà della legge preesistente caratterizza tutte le sentenze definitive di merito, l'accertamento della commissione di un illecito è proprio invece di tutte le pronunce di accoglimento. Orbene, in tali casi, avuto riguardo al comportamento da tenersi in futuro, occorre chiedersi se la regola di condotta rimanga, di nuovo, quella prevista dalla norma astratta, oppure sia invece quella di cui all'in-

tervenuta sentenza. La risposta da prediligere è che proprio l'accertamento giudiziale, nelle sentenze di merito che constatano la presenza di un illecito, e dunque nelle sentenze di accoglimento della domanda, esprima la regola della condotta futura delle parti funzionale alla rimozione dell'illecito e alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata.

Ciò posto, tale portata precettiva *in posterum* della sentenza di accoglimento appare suscettibile – non in via generale, ma comunque rispetto a una non trascurabile serie di ipotesi – di essere *determinata dal fatto costitutivo* posto a fondamento della pronuncia, con la conseguenza che, laddove ciò accada, l'attore è portatore di un interesse a vedere accertata l'esistenza del proprio diritto, dello *stesso diritto azionato sub iudice*, come *nascente da un determinato fatto costitutivo, anziché da un altro*. In particolare, quanto precede è riscontrabile in relazione a due connessi profili, e cioè quelli del *contenuto* della regolamentazione funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, nonché della *stabilità* di tale realizzazione.

Sintetizzando, qui e nelle pagine che seguono, la casistica più ampiamente esplicitata nel corso dello studio, e precisato che tale casistica si riferisce senz'altro alle domande che (secondo invalsa, ma non incontrovertibile classificazione) sono autodeterminate, ancorché non possa essere esclusa una concorrenza di titoli rispetto all'area dell'eterodeterminazione (fondamentalmente, quella dei diritti di credito a una prestazione generica), rispetto al primo dei divisati profili – quello del *contenuto* della regolamentazione funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto – sono state anzitutto considerate le pronunce *costitutive* e *inibitorie*, le quali pongono esse stesse la nuova regola di condotta da applicarsi tra le parti: la sentenza costitutiva è essa stessa espressiva di una nuova regola di condotta, che comporta una modificazione della precedente situazione giuridica in corso tra le parti; d'altro canto, la pronuncia inibitoria, determinando e specificando il comportamento che in concreto dovrà essere evitato, parimenti innova il diritto sostanziale. Ma, se è ascrivibile alla sentenza un simile contenuto, il fatto costitutivo, ponendosi alla base della pronuncia, appare idoneo a venire in rilievo rispetto al precetto da quest'ultima espresso, con conseguente possibile interesse attoreo alla graduazione. Per esempio, più titoli concorrenti potrebbero determinare una diversa (più o meno utile per l'attore) regolamentazione del rapporto da costituirsi *ex art. 2932 c.c.*, o della latitudine e dell'oggetto dell'inibitoria (laddove, per esempio, a tutela di un determinato marchio sia dedotto, in subordine rispetto alla con-

testata registrazione, la fattispecie costitutiva «preuso»). Analogo ragionamento non può essere escluso rispetto alle pronunce di *mero accertamento*: non va infatti confuso l'accertamento relativo all'attuale esistenza del diritto fatto valere, con quello prescrittivo che stabilisce i comportamenti che ciascuna parte deve tenere dopo il processo. In questo quadro, laddove l'attore indichi (e, nel nostro caso, gradi) diverse fattispecie costitutive del diritto, e la sentenza faccia riferimento a una di esse rispetto alla dichiaratoria di esistenza del diritto medesimo, la portata della sentenza di accoglimento della domanda attorea potrebbe non essere la medesima. Se, per esempio, il diritto di servitù di passaggio è accertato come nascente da un determinato contratto, le parti troveranno quale riferimento – rispetto al loro futuro contegno realizzativo dell'interesse leso (e quindi, a seconda della lesione specificamente dedotta, l'interesse a passare in un determinato luogo, ovvero in un determinato modo) – appunto quel determinato contratto, la cui regolamentazione potrebbe non essere equivalente a quella mutuabile da altra pattuizione, ovvero da altro fatto giuridico generativo della servitù. Ancora, laddove il giudizio abbia a oggetto l'esistenza di un diritto reale di garanzia, la realizzazione dell'interesse protetto potrebbe *dipendere essa stessa dall'atto da cui si origina il diritto*, sicché il titolare del diritto di garanzia potrebbe essere portatore di un interesse a far accertare che quest'ultimo è sorto da un determinato titolo, e non da un altro (per esempio, se, nel giudizio scaturito da una controversia distributiva, è contestato al creditore di aver novato l'atto di pegno in una data successiva, potrebbe sussistere un interesse del creditore stesso a far valere in principalit  il titolo anteriore, e soltanto in subordine quello asseritamente successivo). Ancora, anche la pronuncia di *condanna*, che qualifica la condotta della parte volta a eseguire la condanna, potrebbe dar luogo ad analoghe prospettazioni. Laddove la sentenza abbia a oggetto un obbligo di fare o di non fare (risolvendosi questi ultimi, nella prospettiva dell'esecuzione in forma specifica, in un obbligo di fare) il fatto costitutivo appare idoneo a determinare la portata precettiva della sentenza. Per esempio, in caso di condanna alla rimessione in pristino, la sentenza, a seconda della sua motivazione e, quindi, del titolo posto a fondamento della stessa, potrebbe essere impositiva di una determinata attivit  e l'attore potrebbe, in forza della stessa sentenza, esigere un determinato contegno dal convenuto soccombente (e, in difetto di adempimento spontaneo, potrebbe ricorrere ai sensi dell'art. 612 c.p.c., e, in tal caso, lo stesso giudice dell'esecuzione, rispetto alla determinazione delle modalit  esecutive della pronuncia, dovrebbe considerare la portata precettiva della sentenza, in relazione alla re-

lativa motivazione). Ma analogo ragionamento potrebbe essere svolto rispetto agli obblighi di consegna (o rilascio) di un determinato bene, ovvero di pagamento. Per esempio, in un processo nel quale sia fatto valere il diritto alla consegna di un immobile, diverso è il godimento di tale bene che l'attore vuole realizzare a seconda che deduca a fondamento della sua pretesa un contratto di compravendita o uno di locazione, atteso che, nel secondo caso, l'attuazione del diritto riconosciuto dalla sentenza di accoglimento della domanda attorea dovrà avvenire nei limiti, anche di durata, che discendono dalla funzione del contratto di locazione; anche rispetto al pagamento di una somma di denaro, non può essere escluso che la regolamentazione del pagamento stesso sia, in ragione del titolo posto a fondamento della sentenza, e quindi della motivazione della decisione, suscettibile di subire variazioni. Se, per esempio, l'accoglimento della domanda sulla base di un determinato titolo comportasse l'emissione di una condanna condizionata, l'utilità rinveniente all'attore potrebbe risultare inferiore rispetto a quella che scaturirebbe dall'accoglimento della domanda sulla base di altro concorrente titolo.

Sotto il secondo profilo, si sono focalizzate una serie di ipotesi nelle quali il fatto costitutivo posto a fondamento della pronuncia di accoglimento appare idoneo a incidere sulla *stabilità* della realizzazione dell'interesse protetto, e quindi del risultato conseguito dall'attore nel primo giudizio. Sul presupposto che nuovi fatti, idonei a superare la cosa giudicata, sono soltanto quelli (sopravvenuti rispetto alla precisazione delle conclusioni, nonché) *rilevanti* alla stregua dell'accertamento compiuto, e che, nella specie, avendo l'analisi a oggetto la sentenza di accoglimento dichiarativa dell'esistenza della situazione giuridica controversa, rilevano i fatti giuridici, che, alla stregua della legge sostanziale regolatrice della situazione giuridica accertata, esplicano efficacia estintiva o modificativa, si è osservato che la latitudine dei fatti che possono valere a superare la prima statuizione – e quindi dei fatti sopravvenuti provvisti di efficacia estintiva, ovvero anche modificativa, del diritto accertato dalla sentenza di accoglimento – è suscettibile di essere determinata dal titolo posto a fondamento della sentenza stessa, con conseguente emersione, in tali casi, di un interesse attoreo al condizionamento. Si è fatto anzitutto riferimento all'accertamento del diritto in forza di un acquisto *a titolo originario*, ovvero *a titolo derivativo*. L'acquisto a titolo derivativo, in quanto tale, potrebbe essere esposto a una serie di vicende obliterative (previste nel titolo, ovvero anche *ex lege*) che l'acquisto a titolo originario, per definizione, non potrebbe subire. Per esempio, se l'attore agisca per l'accertamento del suo diritto di usufrutto,

sarebbe difficilmente negabile il suo interesse a far valere, in principalità, di aver usucapito tale diritto e, solo in subordine, di aver conseguito il medesimo diritto con un contratto che preveda un determinato termine. Ma non è escluso che una diversità di disciplina possa apprezzarsi anche rispetto a due titoli derivativi. Per esempio, qualora concorra, tra i titoli di acquisto della proprietà azionati dall'attore, un atto a titolo gratuito, la tutela ascritta all'attore stesso potrebbe non essere la medesima, in relazione al peculiare regime cui quest'ultimo è soggetto (chi versi una somma di denaro e poi riceva la consegna di un determinato bene dal percipiente il versamento, potrebbe avere interesse a dedurre, ai fini dell'accertamento del suo diritto sul bene controverso, che tra le parti è stato concluso un contratto di compravendita, poi eseguito, e soltanto in via subordinata che, in forza della *traditio* del bene, si è perfezionata una donazione di modico valore, atto soggetto, *inter alia*, a revocazione da parte della stessa controparte, donante). Nel medesimo ordine di idee, qualora concorrano, quali titoli di acquisto del diritto di proprietà su un determinato bene, la compravendita e una successione *mortis causa*, l'accertamento del diritto in capo all'attore in ragione del fatto che quest'ultimo avesse già a suo tempo acquistato la proprietà dal *de cuius* (sicché il bene neppure è caduto in successione) potrebbe rivestire una maggiore utilità per l'attore stesso, ponendolo al riparo da un'eventuale azione di riduzione della controparte, volta alla restituzione del medesimo bene. Anche rispetto a un diritto di credito la concorrenza di due titoli contrattuali potrebbe legittimare l'attore alla graduazione. Se, per esempio, rispetto alla concessione del medesimo bene in godimento sia stato concluso prima un comodato precario e, poi, un contratto di locazione, l'attore, che ottenesse il godimento del bene in virtù del primo titolo, non potrebbe poi opporre, a fronte della richiesta del medesimo bene da parte del convenuto, il termine di cui al contratto di locazione; sotto questo profilo, l'attore potrebbe far valere il proprio interesse a spendere in via principale il titolo che gli consenta di ottenere il bene controverso con un maggior grado di stabilità, e dunque il contratto di locazione, e soltanto in subordine, per l'eventualità che il titolo speso in prima battuta fosse per qualsiasi ragione ritenuto invalido o inefficace, quello di comodato. Ancora, non può essere escluso che, dall'accoglimento della domanda sulla base di una determinata *causa petendi*, possa discendere l'applicazione di una regola concreta – *i.e.*, prevista dalle parti nel titolo stesso – diversa, e più sfavorevole, rispetto a quella scaturente da altro titolo. Si pensi al caso in cui uno dei titoli concorrenti preveda una condizione risolutiva (la quale opera, di regola, retroattivamente, con la conse-

guenza che il nuovo effetto giuridico, operando *ex tunc*, investe la situazione giuridica dichiarata, privando di tutela l'interesse del vincitore del processo, il quale si vede così sottratto il bene della vita attribuitogli dal giudicato); ovvero alla presenza, in uno dei titoli concorrenti, di un potere sostanziale a funzione *penitenziale* (non deducibile *ope exceptionis*), come tale idoneo a prevalere sul giudicato. Per esempio, se, conclusa una vendita con patto di riscatto a favore del venditore, sorga controversia circa l'esecuzione del contratto e le parti concludano una transazione novativa che, *inter alia*, non contenga il patto di riscatto, potrebbe essere interesse del compratore, che agisca in giudizio per la consegna del bene, dedurre in principalità l'intervenuto il titolo novativo e, soltanto in subordine, per l'eventualità che il titolo speso in prima battuta fosse per qualsiasi ragione ritenuto invalido o inefficace, l'originaria vendita, attributiva peraltro del diritto di riscatto a favore della controparte. Ma lo stesso ragionamento potrebbe essere svolto a fronte di un titolo che consenta poi al convenuto di esercitare i poteri sostanziali che sono previsti in *quel determinato* contratto e il cui esercizio consentirebbe al convenuto stesso di rimettere in discussione il bene della vita ottenuto dall'attore.

Alla luce della casistica fin qui rappresentata, si è concluso che la regolamentazione scaturente dalla pronuncia di accoglimento della domanda rispetto alla condotta futura delle parti funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata è suscettibile – ancorché non in termini generali, bensì in relazione alla specifica disciplina scaturente dal titolo dedotto – di essere determinata dal fatto costitutivo posto a fondamento della decisione.

Ci si è, ancora, confrontati con la possibile obiezione (svolta peraltro in dottrina soprattutto rispetto alle controversie vertenti su *altri* diritti, diversi da quello *sub iudice*), secondo la quale le vicende di cui sopra potrebbero rimanere meramente eventuali, e quindi inidonee a supportare un tangibile interesse attoreo alla graduazione. In senso contrario, ciò che è parso dirimente è che il processo pendente rimane l'*unica sede* a disposizione dell'attore per far sì che il *diritto dedotto* nel processo sia accertato nella sentenza come *nascente da un determinato fatto costitutivo*. Definito, con il giudicato, il processo pendente, l'attore *non potrà più contestare* nei rapporti *inter partes* che quel diritto è nato da quella determinata fattispecie allorché verrà in questione la *realizzazione dell'interesse protetto dal diritto stesso*; e ciò, tenuto conto dell'incidenza del fatto costitutivo sulla descritta portata precettiva della sentenza, pare sufficiente a concretare un interesse attoreo a ottenere che l'accertamento del diritto promani da un determina-

to fatto costitutivo, piuttosto che da un altro. È vero che non v'è certezza che tale profilo divenga, nei futuri sviluppi dei rapporti *inter partes*, avuto particolare riguardo alla realizzazione del diritto azionato, effettivamente rilevante; ma, laddove lo diventi, l'attore resterà, rispetto alla regolamentazione dei contegni futuri delle parti, soggetto al primo giudicato.

Ovviamente, spetterà poi all'attore graduante, in relazione alla specifica fattispecie *sub iudice*, e all'*effettiva* esistenza di un interesse al condizionamento meritale, dar conto dell'interesse stesso in relazione alla portata precettiva dell'emananda sentenza. Il tutto con la precisazione che tale interesse, almeno in alcune ipotesi, potrebbe forsanche essere ritenuto *in re ipsa*, come nei casi in cui sia richiesta una pronuncia costitutiva, ovvero inibitoria, sulla base di titoli che comportino differenti regole comportamentali da applicarsi al rapporto *inter partes*, ovvero, sotto altro profilo, laddove sia dedotto, in via subordinata rispetto a un acquisto a titolo originario, un atto di acquisto a titolo derivativo. Del resto, come evidenziato la portata precettiva della sentenza ritenuta rilevante in relazione alla graduazione attorea è da riferirsi allo *stesso diritto* accertato nella pronuncia di accoglimento (o, comunque, al medesimo bene della vita da quest'ultima attribuito). La sentenza, che accerta il diritto come scaturente da una determinata *causa petendi*, detta la regola di condotta funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla *stessa situazione accertata* nella sentenza; e può, essa stessa, essere invocata nei rapporti futuri tra le parti, laddove vengano in rilievo fatti volti alla realizzazione dell'interesse tutelato da *quello stesso diritto*. In tale scenario, si comprende come, almeno a fronte di determinate fattispecie, l'interesse attoreo al condizionamento meritale potrebbe anche essere considerato «autoevidente».

Traendo le fila del discorso:

a) la graduazione attorea concerne necessariamente la sentenza di *accoglimento* della domanda giudiziale;

b) rispetto a tale sentenza, l'entità «fatto costitutivo» assurge a *indefettibile punto di riferimento* dell'accertamento della situazione soggettiva dedotta in giudizio;

c) la sentenza di accoglimento della domanda manifesta una peculiare *portata precettiva* in posterum, che si sostanzia nel fatto che la decisione, a fronte dell'illecito sostanziale, esprime la regola della condotta futura delle parti funzionale alla rimozione di quest'ultimo e alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata;

d) il fatto costitutivo è idoneo a incidere su tale portata precettiva della sentenza, avuto particolare riguardo al *contenuto* della regolamentazione

funzione alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, nonché alla *stabilità* di tale realizzazione;

e) l'attore, laddove il fatto costitutivo dedotto in giudizio incida sull'evidenziata portata precettiva della sentenza, può risultare portatore di un interesse a vedere accertata l'esistenza del proprio diritto, dello stesso diritto azionato *sub judice*, come *nascente da un determinato fatto costitutivo*, anziché da un altro.

Venendo alla parte convenuta, e quindi al condizionamento dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, sono stati svolti rilievi di diverso tenore.

Si è anzitutto preliminarmente esclusa la possibile rilevanza, ai fini che ci occupano, della disposizione di cui all'art. 112 c.p.c., non di rado invocata quale previsione dirimente rispetto alla graduabilità delle eccezioni riservate. E invero, la graduazione del convenuto, e quindi, nella sostanza, la scelta tra l'una e l'altra motivazione della sentenza di rigetto, nulla ha a che vedere con la caratteristica qualificante dell'eccezione in senso stretto, che è rinvenibile – sulla premessa che l'effetto impeditivo, modificativo o estintivo si verifichi «di diritto», in forza della realizzazione dei soli elementi oggettivi della fattispecie, escludendosi così qualsiasi ipotetica ricostruzione «sostanziale» dell'istituto – nella *strutturale disponibilità degli effetti oggetto di eccezione riservata*, suscettibili di preclusione in caso di comportamento realizzativo di un risultato pratico opposto a quello che sarebbe consentito dall'eccezione, e dunque in caso di volontaria attuazione del rapporto debitorio (il tutto con l'ulteriore precisazione che è peraltro invalso, ormai da oltre due decenni, l'orientamento giurisprudenziale sostanzialmente *agnostico* rispetto al reperimento di una giustificazione «contenutistica» della figura dell'eccezione in senso stretto).

Ciò chiarito preliminarmente, rispetto al convenuto si è, da un lato, ribadito il principio della legittimazione alla graduazione – sicché il riferimento del condizionamento diventa ora la pronuncia di *rigetto* della domanda giudiziale –; e, dall'altro lato, si è esclusa la replicabilità di quanto rilevato in relazione alla posizione dell'attore graduante. La pronuncia di rigetto, fondata su un fatto impeditivo, modificativo o estintivo del diritto controverso, non manifesta la peculiare portata precettiva divisata nell'analisi della posizione dell'attore graduante: la sentenza, in quanto reiettiva della domanda, non accerta la sussistenza di un illecito sostanziale, con la conseguenza che, rispetto a essa, non viene in rilievo la determinazione della regolamentazione del contegno futuro delle parti funzionale alla rea-

lizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata. L'esito processuale sancisce che il convenuto ha svolto quanto previsto dalla norma sostanziale, e le parti rinverranno il criterio di qualificazione dei loro successivi comportamenti esclusivamente nelle astratte previsioni normative.

Si è quindi evidenziato (prendendo le mosse dall'inaccettabile, ma significativa, lettura per cui la pronuncia di rigetto sarebbe riguardabile come pronuncia di rito, meramente assolutoria) che, se l'angolo visuale è *esclusivamente* quello del *giudizio pendente*, nel quale il contegno del convenuto è limitato alla richiesta di rigetto della domanda attorea (in disparte la riconvenzione, con cui il convenuto diventa attore), allora per il convenuto ogni deduzione meritoriale riveste la medesima utilità (*et pour cause*: essa conduce *comunque* alla reiezione della domanda attorea e all'assoluzione del convenuto stesso), con conseguente esclusione di un interesse al condizionamento. La prospettiva, rispetto al condizionamento attoreo, è parsa, nella sostanza, invertita. L'attore graduante, già considerando l'ambito del giudizio pendente (anche quindi a prescindere dai, comunque possibili, successivi giudizi sul medesimo bene della vita da questi invocato), è risultato aspirare a un esito, la pronuncia accertativa dell'illecito e determinativa del futuro contegno delle parti, provvisto di un'efficacia suscettibile di essere incisa dal titolo posto a fondamento della decisione. Il convenuto aspira invece a un provvedimento, quello di rigetto della domanda attorea e di assoluzione del convenuto stesso, che, se riguardato considerando esclusivamente il giudizio pendente, manifesta un'efficacia che è *sempre la medesima*, a prescindere dall'entità posta a fondamento della decisione. Conseguentemente, per individuare un interesse del convenuto al condizionamento delle eccezioni, e quindi prospettare un'ammissibile graduazione delle questioni di merito proveniente da tale parte processuale, occorre focalizzarsi sull'efficacia della pronuncia di rigetto – intesa, com'è consolidato, quale decisione di merito – rispetto ad *altri eventuali giudizi*, i quali a loro volta possono concernere il *medesimo* diritto azionato dall'attore ovvero anche diritti *diversi*.

Per quanto concerne i giudizi aventi a oggetto il medesimo diritto azionato nel primo processo, e quindi rispetto alla reiterazione dell'azione attorea, si è potuto accedere all'invalsa lettura per cui le eccezioni meramente «sospensive» (e non «durevoli»), inidonee a impedire la riproposizione della medesima azione (tipicamente, quelle di inesigibilità), sono graduabili dal convenuto. Il tutto, peraltro, con la precisazione – ritenuta sistematicamente rilevante – che, anche in tal caso, sostanzia l'interesse del conve-

nuto un *nuovo eventuale giudizio*, quello reiterativo dell'azione dopo il giudicato *zur Zeit*, sicché, limitando la prospettiva al processo pendente, potrebbe financo prospettarsi l'equipollenza anche delle eccezioni di tal specie. Il punto di caduta – e quindi la soluzione preferibile, che ammette in questo caso il subordinato – è da rinvenirsi nel fatto che, in caso di eccezione «sospensiva», l'eventuale nuovo giudizio che viene in rilievo in relazione all'interesse del convenuto al condizionamento, in quanto reiterativo della causa pendente, presenta i medesimi connotati di quello *sub iudice*. L'interesse alla graduazione da parte del convenuto è, in tal caso, riconducibile all'ambito oggettivo del processo pendente, atteso che l'eccezione si riferisce alla reiterazione della medesima causa da parte dell'attore e, quindi, alla reiterazione della medesima richiesta, quella di rigetto della domanda attorea, da parte del convenuto. In questo scenario, laddove il convenuto subordini l'eccezione «sospensiva», attraverso un'espressa graduazione, un interesse al condizionamento può essere considerato *in re ipsa*.

In relazione ai giudizi aventi a oggetto un diritto diverso da quello azionato nel primo processo, si sono considerate *ex professo* le eccezioni che implicano *attuazione* del diritto *sub iudice*, rispetto alle quali la pronuncia che respinge la domanda attorea, invocata dal convenuto e assunta a punto di riferimento della graduazione dallo stesso effettuata, potrebbe in effetti pregiudicare un *controdiritto* del convenuto stesso. Il tutto con la conseguenza, rilevante ai nostri fini, per cui la pronuncia di rigetto potrebbe risultare, per il convenuto, *onerosa*, donde il relativo interesse alla graduazione. Vengono in questione, in particolare, le eccezioni di *adempimento*, di *novazione*, di *compensazione*.

Rispetto alla prima – esclusa la tesi per cui la decisione di rigetto non impedirebbe la *condictio indebiti*; e, d'altro canto, anche quella secondo la quale il giudice che rigetti l'azione per l'avvenuto adempimento dovrebbe verificare sempre, prioritariamente, l'esistenza del diritto azionato dall'attore, con la conseguenza che la *condictio indebiti* sarebbe preclusa dall'efficacia *dichiarativa* della sentenza e, per quanto rileva ai nostri fini, l'eccezione di adempimento sarebbe subordinata *ex lege* –, si è anzitutto sposata l'opzione ricostruttiva per cui è dirimente, rispetto all'efficacia della sentenza di rigetto che accolga l'eccezione di adempimento, non già il previo accertamento del credito di parte attrice (il quale sarebbe anzi ultroneo), bensì la *portata oggettiva* della pronuncia di rigetto. Rileva cioè il precetto sostanziale stabilito dalla sentenza, il quale sarebbe vanificato da una «doppia spendita» del controcredito: da un lato, la pronuncia reiettiva della domanda del creditore per adempimento attribuisce a quest'ultimo il di-

ritto di trattenere la prestazione; dall'altro lato, il debitore ha utilizzato il valore economico-giuridico di ciò che ha costituito l'oggetto dell'adempimento, allo scopo di estinguere il proprio obbligo. Conseguentemente, una volta respinta l'azione attorea per adempimento, il convenuto non può avvalersi una seconda volta della prestazione compiuta, al fine di richiedere la ripetizione di ciò che ha versato; se così non fosse, l'attore perderebbe il conseguito bene della vita e il convenuto potrebbe valorizzare la prestazione, prima, per estinguere il suo obbligo e, poi, per ottenerne la ripetizione. Ma, ciò che più rileva, tale (senz'altro congruo) assetto dei rapporti *inter partes* non discende dal percorso logico-cognitivo compiuto dal giudice, bensì dall'obiettiva portata pratico-attributiva della sentenza, che ne uscirebbe obliterata nel caso in cui il convenuto, già vincitore in forza dell'eccezione di adempimento, potesse vittoriosamente accedere alla *condictio*. La conseguenza in punto di ammissibilità della graduazione è di immediato rilievo: l'eccezione di adempimento non è subordinata *ex lege*, ma è invece soggetta all'eventuale graduazione da parte del convenuto, potenzialmente interessato a evitare che, almeno in prima battuta, sia emessa una sentenza preclusiva dell'azione di ripetizione. Ciò posto, diventa peraltro rilevante considerare il diverso profilo dell'«attualità», rispetto al giudizio pendente, dell'interesse del convenuto a un'eventuale successiva azione di ripetizione. Al riguardo, ponendosi sempre nella – per noi fondamentale punto di riferimento – posizione del convenuto che invochi una pronuncia di rigetto del diritto dedotto *ex adverso*, va considerato che il detrimento del controdiritto del convenuto stesso, e cioè il fatto che, con l'adempimento, questi avrebbe *in ipotesi* sacrificato il proprio controcredito da *condictio indebiti*, resta, nel processo avente a oggetto soltanto la domanda attorea, a fronte della quale il convenuto si sia limitato a sollevare il fatto estintivo «adempimento», fatalmente estraneo. E invero, in questo limitato – volutamente limitato da parte del convenuto – quadro processuale, non emerge nessun pregiudizio in capo al convenuto, poiché l'adempimento rimane un mero fatto estintivo del diritto attoreo, di per sé incompatibile con la stessa esistenza, e quindi con l'eventuale pregiudizio, di qualsivoglia *ipotesico* (rispetto ai tracciati confini del giudizio in corso) diritto di ripetizione. Fino a quando il convenuto, nell'eccepire l'adempimento, non prospetti l'esistenza di un proprio diritto di ripetizione, sul piano del processo non ha nemmeno occasione di concretizzarsi l'eventualità del «sacrificio» del controdiritto. E invero, se conosciuto come causa estintiva del diritto altrui, l'adempimento esclude per definizione l'esistenza (e dunque il sacrificio) del diritto di ripetizione, poiché l'efficacia estintiva presuppone na-

turalmente anche l'effettiva esistenza del diritto estinto. L'esito di quanto precede è univoco e di estremo rilievo in relazione ai risultati dell'indagine circa il convenuto graduante: occorre, anche nell'ipotesi dell'eccezione di adempimento, che a un primo esame potrebbe indurre alla conclusione della «naturale» subordinazione dell'eccezione onerosa, un *quid pluris* di attività da parte del convenuto. E tale supplemento di attività, idoneo a determinare l'«uscita» del convenuto dall'area del mero rigetto della domanda altrui in forza del fatto estintivo «adempimento», non sembra possa essere altro che la domanda riconvenzionale; in questo caso, di ripetizione dell'indebito.

Se, rispetto all'eccezione di novazione, si sono svolti rilievi sostanzialmente analoghi (essa resta un mero fatto estintivo del diritto attoreo, il che per definizione esclude l'esistenza, e quindi il sacrificio, di un *ipotetico*, rispetto ai tracciati confini del giudizio in corso, controdiritto del convenuto; e, anche in questo caso, il supplemento di attività, idoneo a determinare l'uscita del convenuto dall'area del mero rigetto della domanda altrui in forza del fatto estintivo «novazione», è la domanda riconvenzionale), per quanto concerne la compensazione – scartata l'isolata teorica che rinvia a un successivo giudizio la decisione sull'esistenza del credito principale (*Klagabweisungstheorie*), ma escluso anche che, secondo altra invalsa prospettiva (*Beweiserhebungstheorie*), il giudice sia tenuto, *in primis*, alla verifica dell'esistenza del credito dedotto dall'attore, con conseguente subordinazione *ex lege* dell'eccezione di compensazione – torna a essere la portata della decisione di rigetto a impedire al convenuto di agire nuovamente per il controcredito definitivamente speso con l'eccezione di compensazione accolta nel primo giudizio. In questa prospettiva, se da un lato la compensazione non è un'eccezione *ex necesse* subordinata, dall'altro lato sussiste rispetto a essa l'interesse alla graduazione del convenuto. Ciò posto, si è escluso (contrariamente a quanto si è assunto per adempimento e novazione) che, in tal caso, l'interesse al condizionamento postuli, per la sua «attualità», e quindi rilevanza nel processo in corso, l'esplicazione di un'attività ulteriore rispetto alla proposizione dell'eccezione. E invero, in caso di compensazione l'interesse al condizionamento è reso esplicito dalla mera eccezione, atteso che, con la stessa eccezione, il convenuto pone «direttamente» in gioco, *nell'ambito del processo* pendente, il proprio controdiritto; ancorché non si verifichi un'estensione della latitudine oggettiva del processo, il controdiritto, per l'ossimoro della compensazione, è definitivamente speso in giudizio (nei limiti dell'importo compensato). Può quindi ammettersi che, ferma la necessità di formulare un'espressa gradua-

zione, la deduzione di un interesse al condizionamento sia insita nella stessa eccezione: se il condizionamento concerne una questione che implica la definitiva spendita del diritto del convenuto, ben è possibile prospettare che, nell'effettuare la graduazione, il convenuto dia implicitamente atto del rilevante interesse sotteso.

L'analisi svolta rispetto alla portata della pronuncia di rigetto ha consentito di focalizzare un dato significativo rispetto allo sviluppo e agli esiti dell'indagine. Si tratta del dato (suscettibile di modulazioni, ma idoneo a orientare i casi che potrebbero porsi all'interprete) per cui l'interesse del convenuto al condizionamento postula l'emersione nel giudizio pendente – a vario titolo, ma comunque in modo riconoscibile – di un controdiritto dello stesso convenuto. È infatti risultato ammissibile il condizionamento delle eccezioni «sospensive», tenuto conto che, in tali ipotesi, la «contropretesa» del convenuto (alla libertà dall'obbligo corrispondente al diritto azionato *ex adverso*) è la medesima già spesa *nel processo pendente*, delle eccezioni onerose (in particolare, di adempimento e di novazione), in caso però di proposizione di *domanda riconvenzionale* avente a oggetto il diritto del convenuto che la sentenza, in relazione al sua portata oggettiva, potrebbe pregiudicare, e dell'eccezione di compensazione, la quale peraltro manifesta il peculiare effetto di provocare la spendita, già *nel processo pendente*, del controdiritto del convenuto.

Se ne è inferito che, delle due, l'una: o il diritto del convenuto, diverso da quello azionato, *entra* nel processo, e quindi, di regola, è dedotto in via riconvenzionale (si è vista l'eccezionalità del meccanismo compensativo, come pure peculiare è l'ipotesi in cui la pretesa del convenuto è la medesima già spesa con la richiesta di rigetto della domanda attorea), oppure *esula* dall'ambito oggettivo del processo pendente, con la rilevante conseguenza che non emerge un interesse al condizionamento meritevole di tutela, atteso che le eccezioni formulate dal convenuto si collocano, tutte, sul medesimo piano del rigetto della domanda attorea, e presentano quindi la medesima utilità.

Questo è apparso il criterio orientatore rispetto all'ulteriore possibile casistica.

Si consideri, per esempio, la categoria delle eccezioni che concernono il titolo dedotto dall'attore a fondamento della propria domanda. Il convenuto potrebbe essere ritenuto portatore di un interesse a spendere in subordine tali eccezioni rispetto a quelle relative al singolo diritto azionato, e ciò per preservare il proprio diritto a ottenere un'altra prestazione in forza del medesimo rapporto. È lecito chiedersi se la possibilità che il convenuto

azioni di nuovo il comune titolo per conseguire quanto dovuto *ex adverso* valga, di per sé, e quindi anche se si mantenga soltanto ipotetica, a sostanziare l'interesse alla graduazione dello stesso convenuto. In tal caso – a prescindere dallo spettro effettuale della sentenza (che, esclusa la prospettabilità di un giudicato sulla motivazione, potrebbe comportare semmai una preclusione rispetto all'eventuale azione tesa all'ottenimento di un vantaggio speculare a quello *olim* negato) – appare dirimente che, nell'ambito del processo pendente, ponendosi nella prospettiva del convenuto che, in tale processo, si limiti a chiedere il rigetto della domanda attorea, il diverso grado di tutela che lo stesso potrebbe ottenere a seconda della motivazione delle pronuncia di rigetto resti fatalmente ipotetico. L'interesse alla graduazione pianamente emerge, invece, laddove il convenuto per l'adempimento di un credito contrattuale, oltre a difendersi attraverso una pluralità di eccezioni, proponga *domanda riconvenzionale* per l'adempimento della prestazione a sé dovuta; per contro, laddove il convenuto continui ad attestarsi nell'ambito della domanda altrui e del suo rigetto, eventuali liti afferenti al rapporto fondamentale non sembrano sufficienti a giustificare l'imposizione di un *ordo decidendi* diverso da quello scaturente dall'applicazione del principio del primato della ragione più liquida. Pare andare oltre il segno dettato dall'economia processuale limitarsi a «sfruttare» la domanda altrui per ottenerne un rigetto soltanto in ipotesi, avuto riguardo alla latitudine del giudizio pendente, più utile; il processo è attrezzato ad accogliere anche la domanda del convenuto, onde «attualizzare», con una pronuncia di *accoglimento*, le ulteriori regolamentazioni cui aspiri la parte evocata in giudizio. Stesso ragionamento potrebbe essere svolto, sempre a titolo esemplificativo, in relazione alla graduazione dell'eccezione di prescrizione rispetto a quella di adempimento. Se il convenuto-debitore preferisca vedere riconosciuta l'estinzione del credito sulla base del suo sollecito adempimento, piuttosto che della più tarda prescrizione, tale interesse potrà pianamente soddisfarsi facendo valere in via di riconvenzione una domanda di accertamento negativo del debito per interessi nel processo pendente.

Volendo provare a sistematizzare le possibili casistiche, la domanda del convenuto idonea ad «attualizzare», nel processo in corso, l'interesse alla graduazione, è una domanda avente a oggetto un diritto del convenuto, ovvero anche (in caso di accertamento negativo) dello stesso attore, la quale si pone in correlazione con le eccezioni (o difese) svolte dal convenuto; in particolare, essa risulta accoglibile in caso di rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione (o della difesa) spesa dal convenuto *in princi-*

palità, mentre, di converso, non risulta accoglibile (o comunque accoglibile accordando al convenuto un'utilità inferiore) in caso di rigetto della domanda attorea in ragione dell'eccezione spesa dal convenuto *in subordine*.

In sintesi, quindi, il convenuto è risultato titolare di un interesse alla proposizione in via gradata:

- a) delle eccezioni «sospensive», che non impediscono la riproposizione della domanda avente a oggetto il diritto *sub iudice*;
- b) dell'eccezione di compensazione;
- c) di altre eventuali eccezioni, allorché l'interesse alla graduazione sia esplicitato attraverso una correlata (nei termini illustrati) domanda riconvenzionale.

Infine, si sono considerate le residue posizioni dell'attore graduante fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, e, di converso, del convenuto graduante fatti costitutivi, esaminate in relazione all'azione di accertamento negativo e alle azioni impugnatorie. Da un lato, rispetto alla sentenza di accoglimento della domanda, è emerso come la portata precettiva caratteristica di tale sentenza sia predicabile anche in caso di accoglimento di un'azione *impugnatoria* (rispetto alla quale l'attore deduca quindi fatti impeditivi, modificativi o estintivi), allorché la stessa, avendo a oggetto l'*atto di esercizio di un potere sostanziale*, manifesti, oltre a un'efficacia demolitoria, anche un contenuto *accertativo* della regola della condotta futura delle parti (in relazione al nuovo esercizio del potere *de quo*). Si tratta, nella sostanza, di una conferma – anche alla luce, in questo caso, del dato testuale offerto dall'art. 2434-*bis*, comma 3, c.c. – di quanto già evidenziato in relazione alla pronuncia di accoglimento della domanda invocata dall'attore. Dall'altro lato, rispetto alla sentenza di rigetto della domanda, è emerso che la predicata portata precettiva della decisione potrebbe essere riscontrata anche avuto riguardo a tale tipologia di pronuncia, ma soltanto allorché – *ad instar* di quanto normalmente accade in relazione alla sentenza di accoglimento della domanda – a essa consegua la dichiarazione di *esistenza* della situazione giuridica dedotta in giudizio e il convenuto gradui, rispetto a tale declaratoria, fattispecie *constitutive*.

Possono essere effettuate, in chiusura, ulteriori brevi considerazioni su quanto fin qui prospettato.

È opportuno di nuovo distinguere le posizioni di attore e convenuto.

Rispetto al primo, e quindi alla sentenza di accoglimento della domanda da questi invocata, la lezione maggioritaria sul condizionamento delle questioni fa leva su dati ineccepibili: l'estraneità del fatto costitutivo all'og-

getto del processo, la tendenziale irrilevanza di altri eventuali giudizi, viepiù su diritti diversi da quello *sub iudice*, l'efficacia attributiva del bene della vita costantemente ascrivibile a tale pronuncia. Poiché il fatto costitutivo *esula* dall'oggetto del giudizio, poiché altre future vertenze restano meramente *eventuali*, poiché l'efficacia attributiva del bene della vita è *sempre comunque presente* in caso di accoglimento della domanda, allora l'attore, di regola, non è portatore di interesse al condizionamento delle questioni.

Una simile lettura non è contestabile nei suoi presupposti e nel suo consequenziale esito in punto di graduazione attorea; sembra però parziale, poiché trascura di considerare che la sentenza di accoglimento basata su un determinato fatto costitutivo (indefettibile punto di riferimento della pronuncia, ancorché non ricompreso nell'oggetto del processo) manifesta anche una peculiare portata precettiva *in posterum* – avente a oggetto la condotta futura delle parti funzionale alla rimozione dell'illecito e alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata –, la quale concerne lo stesso diritto calato nel processo ed è suscettibile di variare a seconda del fatto costitutivo posto alla base della decisione, emergendo così un interesse attoreo a ottenere che il diritto sia accertato come *promanante da un determinato fatto costitutivo, anziché da un altro*.

Anche rispetto al convenuto, e quindi alla sentenza di rigetto della domanda, la lezione maggioritaria sul condizionamento delle questioni fa leva su dati ineccepibili: ogni eccezione sollevata dal convenuto è astrattamente idonea a definire il giudizio e la portata della sentenza di rigetto è soggetta a *sensibili variazioni* in relazione alla questione posta a fondamento della stessa, sicché, in plurime ipotesi, potrebbe emergere un interesse al condizionamento delle eccezioni da parte del convenuto.

Anche in questo caso, una simile lettura non è contestabile nel suo presupposto e nel suo consequenziale esito in punto di graduazione delle questioni da parte del convenuto; sembra però parziale, poiché trascura di considerare che, se si assume quale riferimento l'*ambito del giudizio pendente*, tutte le eccezioni appaiono di regola *equipollenti* rispetto all'obiettivo del convenuto (il rigetto della domanda altrui), tranne le eccezioni meramente «sospensive» dell'azione *ex adverso* spiegata e, altresì, l'*unicum* rappresentato dall'eccezione di compensazione. È vero che la portata della sentenza è soggetta a variazioni, ma esse non sono riscontrabili nel processo pendente, limitato – volutamente limitato dal convenuto che non acceda alla riconvenzione – al diritto attoreo.

Può essere da ultimo osservato che, se il quadro prospettato presenta

quale elemento centrale (e preguo di conseguenze applicative) quello della differenziazione tra la posizione dell'attore e quella del convenuto, sembra peraltro che si tratti di differenziazione sintonica rispetto alla, sotto plurimi profili non omologabile, posizione da essi assunta nel processo e, ancora, ai principi sottesi alla tematica che ci occupa. È infatti l'attore il soggetto che, nella sostanza, si assume l'onere di prospettare e giustificare la «*pars construens*» della domanda giudiziale; il convenuto, che non acceda alla riconvenzione (o alla domanda *ex art. 34 c.p.c.*), si pone per contro in una posizione che – viepiù se considerata sotto il profilo che rileva in questa sede, e dunque, nella sostanza, nella prospettiva della parte eccipiente – è quella protesa all'assoluzione dall'altrui domanda, e quindi a un esito processuale che, in sé considerato, e cioè a prescindere dalla prospettazione di scenari altri rispetto al perimetro oggettivo del processo attivato dall'attore, non appare significativamente differenziabile alla luce dei motivi meritali che lo supportano. In tale prospettiva, per un verso, assumere una posizione tendenzialmente restrittiva rispetto al potere di graduazione del convenuto si pone senz'altro in linea con il canone del primato della ragione più liquida, e quindi con il principio di economia processuale. Per altro verso, il potere di condizionamento ascritto all'attore (comunque non generale, ma da valutarsi rispetto all'effettiva incidenza del titolo in relazione all'aspetto precettivo della decisione) potrebbe trovare rispondenza in una prospettiva di economia «extraprocessuale». La scelta che, nel giudizio pendente, appare congrua rispetto all'economicità processuale, potrebbe rivelarsi controproducente allorché la visuale si dilati fino alla generale economia extraprocessuale. Orbene, secondo quanto si è fin qui illustrato, l'attore, nel graduare la fattispecie costitutiva in vista dell'accoglimento della propria domanda, opera un condizionamento rispetto alla determinazione, contenuta nella sentenza, della regolamentazione della condotta futura delle parti funzionale alla realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata, anche in relazione alla stabilità della realizzazione stessa. Si tratta di determinazione idonea a incidere, *in primis*, sui profili extraprocessuali del rapporto *inter partes*, a partire da quelli concernenti l'attuazione del diritto accertato e il contegno futuro delle parti a esso relativo (oltre che a venire in rilievo nell'eventuale successivo giudizio avente a oggetto il medesimo bene della vita). L'ordine di decisione indicato dall'attore, dunque, se da un lato limita l'applicazione del principio di economia processuale, dall'altro lato potrebbe rispondere, quantomeno sotto il profilo del «superamento» dell'illecito accertato dalla sentenza di accoglimento e della realizzazione dell'interesse protetto dalla situazione so-

stanziale accertata, all'«economia complessiva» della relazione *inter partes*.

Il *terzo capitolo*, infine, è dedicato alla disciplina dinamica dell'istituto, in relazione sia al sistema *ante* d.lgs. n. 149/2022, sia all'architettura procedimentale scaturente dalla riforma di cui a tale decreto.

L'istanza di graduazione è soggetta a una specifica disciplina dinamica.

In primo grado, il dato centrale è quello dell'*autonomia* dell'istanza di condizionamento rispetto alla relativa allegazione fattuale, con la conseguenza che l'istanza stessa è risultata proponibile – diversamente dall'allegazione, soggetta a regole sue proprie, anche a tutela del diritto di difesa dell'altra parte – fino alla precisazione delle conclusioni. Per quanto concerne l'eccezione in senso lato, considerata proponibile (anche nel suo substrato fattuale) *ex novo* in appello, la relativa istanza di graduazione è parsa parimenti spendibile anche in tale sede.

Rispetto alle impugnazioni, si è anzitutto ribadito il principio – posto alla base dello scrutinio sull'ammissibilità del condizionamento – della *legittimazione alla graduazione*. L'unico possibile riferimento del condizionamento dell'attore è la pronuncia di *accoglimento della domanda*; l'unico possibile riferimento del condizionamento del convenuto è la pronuncia di *rigetto della domanda*; mentre, di converso, l'attore non è legittimato a proporre un'istanza di graduazione afferente alla pronuncia di rigetto della propria domanda e il convenuto non è legittimato a proporla in relazione alla pronuncia di accoglimento della domanda attorea. In sede impugnatoria, quindi, viene in questione l'impugnazione della parte *vincitrice*, con la conseguenza che, *in primis*, perde qualsivoglia rilevanza nell'indagine la soccombenza in senso formale.

Ciò posto, occorre distinguere.

Laddove il giudice del pregresso grado abbia *rispettato* il condizionamento, deve escludersi, oltre alla soccombenza in senso formale, anche l'interesse a impugnare, da intendersi in termini di *utilità marginale* traibile dalla parte per mezzo dell'impugnazione. Al limite, potrebbe sorgere, in capo alla parte graduante, un onere di impugnazione (incidentale, anche condizionata) in caso di rigetto in motivazione della questione subordinatamente spesa.

Laddove il giudice del pregresso grado abbia invece *violato* il condizionamento, e quindi accolto la domanda (in caso di attore graduante) o respinto quella avversaria (in caso di convenuto graduante) in accoglimento della questione posta *in subordine*, senza considerare quella spesa in principalità, la parte è provvista di *interesse a impugnare*, atteso che, attraverso l'impugnazione, la parte stessa può ottenere una maggiore utilità, da indi-

viduarsi nell'accoglimento della sua domanda (nel caso dell'attore) o nel rigetto di quella altrui (nel caso del convenuto) in forza della questione che, nel pregresso grado, era stata indicata quale questione da decidersi in via prioritaria.

Il mancato rispetto dell'*ordo decisionis* ammissibilmente posto dalla parte graduante si risolve in un *error in procedendo*, denunciabile, tanto in via principale quanto (in caso di impugnazione dell'altra parte) in via incidentale, sia in appello, con un motivo di gravame da formularsi nel rispetto dell'art. 342 c.p.c., che in cassazione, ai sensi del n. 4 dell'art. 360, comma 1, c.p.c. Non è da escludersi – laddove la sentenza non abbia considerato la questione spesa in principalità (e quindi non l'abbia espressamente respinta) – la mera *riproposizione* della stessa (in appello, *ex art.* 346 c.p.c., ovvero in sede di rinvio), ovviamente in caso di impugnazione dell'altra parte. In tale ipotesi, peraltro, la questione principale potrà essere esaminata e decisa dal secondo giudice in un regime di *concorrenza* con quella a suo tempo gradata (e accolta nel pregresso grado).

Se, invece, la questione *principaliter* dedotta sia stata respinta, occorrerà senz'altro l'impugnazione (fermo il fatto che, a ben vedere, in tal caso nemmeno si porrebbe un problema di violazione del condizionamento: il giudice ha anzitutto respinto la deduzione spesa in prima battuta, per poi accogliere quella subordinata). Va invece negato che l'accoglimento della domanda (in caso di attore graduante), o il rigetto di quella avversaria (in caso di convenuto graduante), sulla base della questione posta in via subordinata possa essere riguardato in termini di *rigetto implicito* della questione che la parte ha speso in via principale nella sua istanza di graduazione. La doglianza della parte graduante è, in sede di impugnazione, sempre relativa al *mancato rispetto* dell'ammissibilmente impresso ordine di decisione delle questioni meritali.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.
- ATTARDI A., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 475 ss.
- ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991.
- AULETTA F., *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999.
- AULETTA F., *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 986 ss.
- AULETTA F., *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria)*, Bologna, 2020.
- BALENA G., *sub art. 101*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009.
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principi*, Bari, 2019.
- BIAVATI P., *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1301 ss.
- BIAVATI P., *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 475 ss.
- BIAVATI P., *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021.
- BLOMEYER A., *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, Berlin, 1985.
- BONSIGNORI A., *I limiti oggettivi della cosa giudicata in un recente libro tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 236 ss.
- BRIGUGLIO A., *Le sezioni unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 41 ss.
- BRIGUGLIO A., *Avanti con la ennesima riforma del rito civile purché sia solo (tutt'altro che decisiva ma) modestamente utile e non dannosa*, in *Giustiziacivile.com*, 28 giugno 2021.
- BRIGUGLIO A., *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Judicium*, 21 dicembre 2022.
- BUCONCRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001.
- CAPONI R., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

- CAPONI R., *In tema di limiti temporali del giudicato civile sulle situazioni soggettive che proteggono un interesse durevole nel tempo*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1193 ss.
- CAPONI R., *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 380 ss.
- CAPONI R., *La rilevabilità del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida*, in *Foroplus*.
- CAPPELLETTI M., *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1610 ss.
- CAPPELLETTI M., *Ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali*, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 879 s.
- CAPPELLETTI M., *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 266 ss.
- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano, 1962.
- CARIGLIA C., *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013.
- CARNACINI T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1942.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da F. Carnelutti, Napoli, 1958.
- CARNELUTTI F., *Eccezione e analisi dell'esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 644 ss.
- CARNELUTTI F., *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 446 ss.
- CARRATTA A., *sub art. 112*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, Bologna, 2011.
- CASTAGNOLA A., *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in AA.VV., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, in *Quaderni dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile*, Atti del XXXII Convegno Nazionale, Bologna, 2020.
- CAVALLINI C., *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003.
- CAVALLINI C., *Verso il nuovo modello del procedimento ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 161 ss.
- CAVALLONE B., *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.
- CAVALLONE B., *Principio dispositivo, fatti secondarii e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.
- CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.
- CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, 2, Torino, 1980.
- CHIARLONI S., *L'impugnazione incidentale nel processo civile. Oggetto e limiti*, Milano, 1969.

- CHIARLONI S., *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.
- CHIARLONI S., *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, I, p. 1363 ss.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, rist. Napoli, 1980.
- CHIOVENDA G., *Sulla «eccezione»*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist. Milano, 1993.
- CHIZZINI A., *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino, 2013.
- CHIZZINI A., *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 45 ss.
- CHIZZINI A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Milano, 2018.
- CHIZZINI A., *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018.
- CHIZZINI A., *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *OneLegale*.
- COLESANTI V., *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.
- COLESANTI V., *Noterelle «controcorrente» in tema di arbitrato e litisconsorte non compromittente*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 791 ss.
- COMOGLIO L.P., *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970.
- COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980.
- COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982.
- COMOGLIO L.P., *«Terza via» e processo «giusto»*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 755 ss.
- COMOGLIO L.P., *Allegazione*, in *Pluris, Digesto online*.
- CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, Padova, 1985.
- CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, II, *Il procedimento*, Padova, 1985.
- CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991.
- CONSOLO C., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 215 ss.
- CONSOLO C., *«Inutiliter data» e non bisognosa di gravame la decisione di merito resa dopo (e nonostante) una statuizione assorbente in rito: le Sezioni unite tornano a ispirarsi al duplice oggetto del giudizio*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 377 ss.
- CONSOLO C., *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1406 ss.
- CONSOLO C., *Le S.U. aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 968 ss.
- CONSOLO C., *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 977 ss.
- CONSOLO C., *Il giudizio sulle nullità (anche inessenziali) e il Giudice «omniinspiciente»: pensieri operazionali e verificabili (nuove prove di truthtelling processual-civilistico)*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 193 ss.

- CONSOLO C., *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il «vecchio» rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inaammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 267 ss.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, 12^a ed., Torino, 2019.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, 12^a ed., Torino, 2019.
- CONSOLO C., GODIO F., *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345 (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità meritale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1406 ss.
- CONSOLO C., GODIO F., *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 267 ss.
- COREA U., *Effetti delle sentenze di annullamento non passate in giudicato e doveri degli amministratori*, in *Società*, 2022, p. 353 ss.
- COSTA S., *Eccezione (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960.
- DAHLMANN G.J., *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Aalen 1971.
- DALBOSCO M.C., *La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 357 ss.
- D'ALESSANDRO E., *L'oggetto del giudizio di cognizione. Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale*, Torino, 2016.
- DALFINO D., *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino, 2008.
- DALFINO D., *Case management e ordine delle questioni*, in *Studi Acone*, Napoli 2010, III, p. 847 ss.
- DALFINO D., *Ordine delle questioni e regolamento di competenza*, in *Foro it. News*, 30 marzo 2020.
- DANOVI F., SALVANESCHI L., *Diritto processuale civile. I principi*, Milano, 2021.
- DELLA BONTÀ S., *Una «benefica inquietudine». Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 891 ss.
- DENTI V., *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 22 ss.
- DENTI V., *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965.
- DENTI V., *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967.
- DENTI V., *La giustizia civile*, 2^a ed., Bologna, 2004.
- DE RITIS F., nota a Cass., 21 dicembre 2018, n. 33117, in *Foro it.*, 2019, 5, I, c. 1703 ss.
- DIDONE A., *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, 2002.

- DITTRICH L., *Il principio della domanda e l'oggetto del processo*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019.
- ESCOBEDO F., *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927.
- FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973.
- FABBRINI G., *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.
- FABBRINI G., *Eccezione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.
- FALTONI L., *Brevi note in tema di condanna a una prestazione condizionata*, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2828 ss.
- FANELLI G., *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1569.
- FANELLI G., *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, Pisa, 2020.
- FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, 7^a ed., Padova, 1994.
- FERRARI F., *Sul principio della cosiddetta «ragione più liquida»*, in *Judicium*, 29 aprile 2021.
- FORNACIARI M., *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino 1996.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1999.
- GARBAGNATI E., *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 257 ss.
- GLENDI C., *Viene prima la competenza o la giurisdizione? Ovumne prius exiterit an gallina?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 852 ss.
- GOLDSCHMIDT J., *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925.
- GRASSO E., *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967.
- GRUNSKY W., *Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer*, in *Zeit f. Zivilp.*, 1963, p. 165 ss.
- GRUNSKY W., *Grundlagen des Verfahrensrechts. Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG*, 2^a ed., Bielefeld, 1974.
- GRUNSKY W., *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, in *Festschrift für Ekkehard Schumann*, Tübingen, 2001, p. 159 ss.
- HABSCEID W.J., *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld, 1956.
- JACOBS M., *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, Tübingen, 2005.
- KERN C., *Verfahren*, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., 23^a ed., Tübingen, 2016.

- KION H., *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, Berlin, 1971.
- LANFRANCHI L., *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano 1969.
- LIEBMAN E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 551 ss.
- LIEBMAN E.T., *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione (Postilla)*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 449 ss.
- LIEBMAN E.T., *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 539 ss.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 8ª ed., Milano, 2012.
- LUISO F.P., *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1612 ss.
- LUISO F.P., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Judicium*, 1º giugno 2010.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, 9ª ed., Milano, 2017.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, 9ª ed., Milano, 2017.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile, III, Il processo esecutivo*, 9ª ed., Milano, 2017.
- LUISO F.P., *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium*, 2019, 2, p. 181 ss.
- MANDRIOLI C, CARRATTA A., *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 26ª ed., Torino, 2017.
- MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.
- MENCHINI S., *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 931 ss.
- MENCHINI S., *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016.
- MENCHINI S., *Regiudicata civile*, in *OneLegale*.
- MENCHINI S., MOTTO A., *Art. 2909 – Cosa giudicata*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2016.
- MENESTRINA F., *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904.
- MERLIN E., *Compensazione e processo, I*, Milano, 1991.
- MERLIN E., *Compensazione e processo, II, Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano, 1994.
- MERLIN E., *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1064 ss.
- MERLIN E., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 299 ss.
- MERLIN E., *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 816 ss.

- MERLIN E., *Elementi di diritto processuale civile*, I, Parte generale, Torino, 2022.
- MONTANARI M., *sub art. 112*, in *Codice di procedura civile. Commentario*, diretto da C. Consolo, Milano, 2018.
- MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 929 ss.
- MOTTO A., *Note in tema di limiti oggettivi e soggettivi di efficacia della sentenza nei giudizi di impugnazione di delibere assembleari di s.p.a.*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 537 ss.
- MOTTO A., *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed «accertamento in prosecuzione» nei giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 151 ss.
- MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012.
- MOTTO A., *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 1027 ss.
- MOTTO A., *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 617 ss.
- NEGRI M., *Filtro in appello: integrità del contraddittorio, ordine delle questioni ed economia dei giudizi*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 664 ss.
- NIKISCH A., *Zivilprozeßrecht*, 2^a ed., Tübingen, 1952.
- ORIANI R., *Atti processuali*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988.
- ORIANI R., *Nullità degli atti processuali*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXI, 1990.
- ORIANI R., *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991.
- ORIANI R., *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 5 ss.
- ORIANI R., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345, comma 2, c.p.c. (II)*, in *Corriere Giur.*, 2005, p. 1056 ss.
- ORIANI R., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corriere Giur.*, 2005, p. 1011 ss.
- ORIANI R., *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3515 ss.
- PAGNI I., *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, p. 71 ss.
- PANZAROLA A., *Le Sezioni Unite, l'ordine delle questioni di rito e la domanda «automatica»*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1162 ss.
- PATTI S., *Le prove*, Parte generale, Milano, 2010, p. 2.
- POLI R., *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le sezioni unite dall'abuso del pro-*

- cesso al difetto di interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito, in *Foro it.*, 2017, I, c. 977 ss.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982.
- PROTO PISANI A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 944 ss.
- REDENTI E., *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959.
- RICCI E.F., *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 380 ss.
- RICCI E.F., *L'esame d'ufficio degli impedimenti processuali nel giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 418 ss.
- RICCI E.F., *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987.
- RICCI E.F., *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 750 ss.
- ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958.
- ROMANO A.A., *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006.
- RONCO A., *Giudicato implicito sull'integrità del contraddittorio?*, in *Giur. it.*, 2019, p. 93 ss.
- ROSEMBERG L., SCHWAB K.H., GOTTWALD P., *Zivilprozessrecht*, 17^a ed., München, 2010.
- SACCO R., *Fatto giuridico (effetto del)*, in *OneLegale*.
- SALVANESCHI L., *L'interesse a impugnare*, Milano, 1989.
- SALVANESCHI L., *Le impugnazioni in generale*, in AA.VV., *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019.
- SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989.
- SASSANI B., *Di modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *Judicium*, 16 settembre 2013.
- SASSANI B., *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in *Judicium*, 18 ottobre 2022.
- SASSANI B., TISCINI R., *sub art. 101*, in AA.VV., *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Milano, 2009.
- SCARSELLI G., *Mala tempora currunt*, in *Judicium*, 29 novembre 2022.
- STEIN F., JONAS M., POHLE R., *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 19^a ed., Tübingen, 1964.
- STÖLZEL A., *Schulung für die zivilistische Praxis*, II, Berlin, 1914.
- TARUFFO M., *«Collateral estoppel» e giudicato sulle questioni*, II, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 282 ss.
- TARUFFO M., *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, III, 2, I, Milano, 1992.

- TARUFFO M., *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995.
- TARUFFO M., *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.
- TARUFFO M., *sub art. 115*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, Bologna, 2011.
- TARZIA G., *Appunti sulle domande alternative*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989.
- TARZIA G., *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989, p. 311 ss.
- TARZIA G., *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, in ID., *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989.
- TARZIA G., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.
- TARZIA G., DANOVÌ F., SALVANESCHI L., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 6^a ed., Milano, 2021.
- TAVORMINA V., *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 21 ss.
- TAVORMINA V., *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 233 ss.
- TOMBOLINI G., *Note «a caldo» sulla nuova legge delega di riforma della giustizia civile: le modifiche al giudizio di primo grado*, in *Judicium*, 15 dicembre 2021.
- TRAVI A., *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 983 ss.
- TROCKER N., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 381 ss.
- TURRONI D., *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006.
- VACCARELLA R., *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 643 ss.
- VANZETTI M., *Condanna generica e domande complanari*, in *Dir. affari*, 2020, p. 414 ss.
- VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.
- VERDE G., *Domanda (principio della)*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989.
- VERDE G., *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, 4^a ed., Bologna, 2015.
- VERDE G., *Postilla a B. Sassani, L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in *Judicium*, 18 ottobre 2022.
- VILLA A., *Interpretazione e norme processuali*, in AA.VV., *La Fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar e D. Pulitanò, Milano, 2012, p. 211 ss.
- VILLA A., *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2018.
- VILLA A., *sub art. 121*, in AA.VV., *Codice di procedura civile. Commentario*, diretto da C. Consolo, Milano, 2018.

VILLATA S., *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006.

VOLPINO D., *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, 2007.

VOLPINO D., *Introduzione della causa*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2019.

ZEUNER A., *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß*, Tübingen, 1959.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2023
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Ri-conciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2004.
23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari. Atti del Convegno - Milano, 22 aprile 2004*, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland. Atti del Convegno in onore di David Garland - Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004*, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati? Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005)*, a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.

30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, "Sentimento religioso" e bene giuridico. *Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà - Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno - Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.
43. Mariangela Ferrari, *La compensatio luctri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond*, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.

58. *Le ragioni dell'uguaglianza*. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale*. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.
66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale - Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Maria-rosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.

88. Alessandra Daccò, «Diritti particolari» e recesso dalla s.r.l., 2013.
89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

Per i tipi Giappichelli

- 96^{bis}. *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.
107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecreati due anni dopo. Un*

- dialogo tra dottrina e giurisprudenza, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.
120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.
 121. *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, a cura di Lorena Forni e Tiziana Vettor, 2017.
 122. Martino Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, 2018.
 123. Antonio Angelucci, *Dietro la circoscrizione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, 2018.
 124. Giulio Enea Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, 2018.
 125. Bruno Inzitari, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, 2018.
 126. Simone Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, 2018.
 127. Alberto Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, 2018.
 128. Michele Saporiti, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, 2019.
 129. *Kállistos Nòmos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, a cura di Barbara Biscotti, 2018.
 130. Monica Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, 2020.
 131. *Political and legal aspect of Italian colonialism in Somalia*, edited by Elena Carpanelli and Tullio Scovazzi, 2020.
 132. *Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, a cura di Diana Cerini e Andrea Pisani Tedesco, 2019.
 133. Palmina Tanzarella, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, 2020.
 134. *Città, cittadini, conflitti. Il diritto alla prova della dimensione urbana*, a cura di Barbara Biscotti, Roberto Cornelli, Paolo Rondini, Carlo Ruga Riva, Alessandro Squazzoni, 2020.
 135. Ilaria Tani, *Le baie storiche. Un'anomalia nel rapporto tra terra e mare*, 2020.
 136. *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di Alfredo Marra, 2020.
 137. *Scritti in onore di Patrizia Borsellino*, a cura di Lorena Forni, Silvia Salardi e Michele Saporiti, 2021.
 138. Natascia Marchei, *Il giudice civile e la nullità del matrimonio canonico trascritto*, 2021.
 139. *Lo statuto dei partiti politici tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di Giovanni Iorio e Paolo Zicchittu, 2021.
 140. Federico Furlan, *Il Presidente della Regione 2.0 (tra Costituzione, fonti regionali e prassi)*, 2021.
 141. *Università e anticorruzione*, a cura di Alfredo Marra e Margherita Ramajoli, 2022.
 142. Andrea Pisani Tedesco, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, 2022.
 143. Francesco Tesauro. *Scritti scelti di diritto tributario. Vol. I. Principi e regole. Vol. II. Il processo*, a cura di Franco Fichera, Maria Cecilia Fregni, Nicola Sartori, 2022.
 144. Luca Galli, *La coprogrammazione e la progettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, 2022.
 145. Alessandro Semprini, *I rapporti fiduciari con funzione successoria. Contributo allo studio dei negozi con efficacia post mortem*, 2022.
 146. *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, 2022.
 147. Silvia Salardi, *Intelligenza artificiale e semantica del cambiamento: una lettura critica*, 2023.
 148. Martinelli, *La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Unione Europea*, 2023.
 149. Alberto Villa, *La graduazione delle questioni di merito. Ammissibilità e profili dinamici*, 2023.

