

## ***KONVENTIONALPROZESS E POTERI DELLE PARTI* (\*)**

SOMMARIO: 1. Forme processuali e autonomia delle parti. – 2. Alle fonti (risalenti) del dibattito. – 3. I presupposti sistematici del processo convenzionale. – 4. Alcuni spunti ricostruttivi.

1. – Il tema delle forme processuali e, in particolare, della disciplina che l'ordinamento detta per il farsi del potere in atto, quindi per l'esercizio della funzione giurisdizionale, introduce alla questione – invero centrale, per quanto in questa sede non potrà essere svolta in tutte le sue articolate sfaccettature ma solo introdotta, a mo' quasi di *provocatio ad agendum* – circa l'ambito che si può (meglio forse, si deve) riconoscere all'autonomia delle parti nella dinamica del processo; come altrimenti si può prospettare, in una dimensione oggettiva, alla questione circa la natura dispositiva delle norme processuali: quindi se e in che misura possa parlarsi nei sistemi moderni, ed anche nel nostro, di un *Konventionalprozess*, utilizzando una tradizionale espressione (se si vuole un poco generica, ma certo affascinosa) (1). Più ampiamente, quindi, ci si deve chiedere se ed in che limiti si possa riconoscere un'attività dispositiva delle parti (anche unilaterale) idonea a incidere sulla disciplina del processo.

Come si è già avuto modo di osservare in altri luoghi, senza che sia necessario in questa sede indugiare oltre (2), con la formazione degli stati moderni e con la conseguente pubblicizzazione del processo si completa una profonda rottura con il sistema del diritto comune (3) e s'impone di fatto, coerentemente ai nuovi assetti

---

(\*) Il presente lavoro, non potendo *ratione materiae* confluire negli Scritti raccolti in Suo onore, è dedicato con affetto e stima al collega prof. Romano Vaccarella.

(1) Nel *Konventionalprozess* per esempio – e con riferimento solo ai profili di più immediata rilevanza – le parti concludevano accordi sulla durata e sui termini processuali, sullo scambio delle memorie, sull'efficacia delle prove, sulla disciplina e sulla revoca degli atti processuali, sull'efficacia del giudicato o della condanna (cfr. per sintetici cenni, Sprung, *Intervento*, in *Zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung*, pubblicazione del *Bundesminist. f. Justiz*, Wien 1969, p. 89). Per un'adeguata discussione del tema cfr. ora Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino 2002, spec. p. 149 s.

(2) Sia consentito rinviare ai vari contributi raccolti in C., *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2014, spec. p. 47 s. e p. 144 s.

(3) È forse utile, per inciso, ricordare che secondo la dottrina tedesca che si collocava alle immediate fonti della codificazione, proprio dal generale principio della *Verhandlungsmaxime* si dovrebbe dedurre il vincolo del giudice agli atti come predeterminati dalla legge di contro all'au-

politici, l'idea che il diritto processuale – che verrà poi qualificato come diritto pubblico, in quanto disciplina il concreto realizzarsi di una funzione pubblica, la giurisdizione – sia regolato imprescindibilmente da un principio che si direbbe d'esclusione: per tale principio, come affermò con efficacia l'oratore del Tribunato Gilet nella seduta del 28 aprile 1806, «*quand on parle de formes, il faut bien se garder de dire que tout ce qui n'est pas défendu est permis; il faut au contraire se rappeler sans cesse que tout ce qui n'est pas permis est défendu*» (4). La tecnica processuale allontana significativamente il cittadino dalle libertà sancite in quella *Déclaration* che aveva costituito la base ideologica della rivoluzione (5). Non può non essere significativo osservare come, forse inconsapevolmente, venisse a ripetere nella sostanza le stesse parole, a poco meno di un secolo di distanza, nella letteratura austro-tedesca, R. Pollak, a detta del quale nel processo civile non opererebbe il principio per cui ciò che non è vietato è permesso, bensì il principio opposto (6): andamento questo se si vuole assai coerente con l'asfittico efficientismo tipico di quel sistema burocratico che improntava l'imperialismo asburgico.

Sicché può certo dirsi che le codificazioni moderne non sembrano di primo acchito ammettere forme processuali rimesse alla disposizione delle parti (7), se non per spazi meramente interstiziali e in ipotesi tipicizzate, differenti da ordinamento a ordinamento (8). Può dirsi che il divieto di *Konventionalprozess* è da sempre con-

---

tonomia delle parti, laddove non operino espresse limitazioni normative: così von Linde, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses*, 7<sup>a</sup> ed., Bonn 1850, p. 188 s.; Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3<sup>a</sup> ed., Leipzig 1878, p. 97 s.

(4) Petronio, *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, Introduzione a *I codici Napoleonici. T. 1. Codice di procedura civile, 1806*, in *Testi e documenti per la storia del processo* a cura di Picardi e Giuliani, Milano 2000, p. XLIII.

(5) Come noto l'art. IV della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789) disponeva che «*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi*». Cfr., per un (sintetico) esame generale, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, présentée par Rials, Paris 1988, spec. p. 223 s.

(6) Cfr. P., *Geständniss im Civilprozesse* Berlin 1893, p. 48, ricordato da Marinelli, *op. cit.*, p. 151. Per un ragionato esame della dottrina austriaca sul tema, cfr. Fasching, *Einleitung al Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, heraus. Fasching-Konecny, 2/1, Wien 2002, p. 65 s.

(7) Valgano per tutti le autorevoli parole di Wach, *Der Verhältnisse des Richters zu den Parteien*, in Id., *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2<sup>a</sup> ed., Bonn 1896, p. 53. Per un completo esame delle varie teorie sul tema si veda l'importante ricerca di Wagner, *Proseßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen 1998, p. 11 s.

(8) In questa direzione appare assai significativo notare che senza dubbio una maggiore elasticità sul tema, quindi attenzione, si coglie nella tradizione germanica nella sua letteratura (basti pensare al notevole lavoro di Kohler, *Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*, in *Gesammelte Beiträge zum Civilprocess*, Berlin 1894, p. 126 s., che comunque nella sostanza rimane legato alle premesse bülowiane (come emerge spec. a p. 154 s.), pur nel cercare di valorizzare massime gli spazi d'incisione per l'autonomia delle parti), ossia proprio in quegli ordinamenti che

siderato immanente nel sistema (9), conseguente, nella prospettiva dogmatica, alla natura stessa del rapporto giuridico processuale, assunto quale rapporto di diritto pubblico che lega (pur in variegata concezioni) le parti e il giudice, funzionale ad un accertamento della verità che non può essere lasciato al libero potere dispositivo delle parti (10).

I problemi pratici che si riconnettono al tema e che emergono, quasi casualmente, qua e là nella prassi, pertanto, vengono risolti tendenzialmente in modo assai restrittivo: in via di mera delibazione, con riferimento anche ad una più ampia esperienza maturata in Germania (con ben diverse conclusioni, ma ora non rileva) e nel tralasciare l'ampio mare dell'arbitrato, si pensi al problema delle convenzioni sulla giurisdizione, sulla competenza e sulla prova, alle preventive rinunzie alle impugnazioni, alla possibilità per le parti di introdurre speciali condizioni di procedibilità dell'azione, o ancora a convenzioni sulla esclusione dell'azionabilità della pretesa, al c.d. *pactum de non petendo*, alla rinunzia preventiva a determinati atti processuali, alla rinunzia alla cosa giudicata, alle convenzioni in materia esecutiva, al *pactum de non exequendo* (11), al *pactum de retrovendendo*, tanto per richiamare le ipotesi più ricorrenti (12).

---

più tardi sono giunti ad una codificazione e che per più lungo tempo, quindi, hanno risentito dell'influenza del diritto comune, influenza che invece è venuta presto a ridursi in sistemi fortemente accentrati come la Francia, a muovere dall'ordinanza del 1667. Nella letteratura tedesca sul tema cfr. oltre al già citato splendido lavoro di Peter Schlosser, soprattutto la completa e dettagliatissima monografia di Gerard Wagner, cit.

(9) Il divieto di un *K.* è un *topos* comune nella letteratura di lingua tedesca: v. Kohler, *op. cit.*, p. 154; Fasching, *op. cit.*, p. 66. In particolare già Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechtes*, I, Leipzig 1885, p. 188, osservava che eventuali poteri dispositivi, nel sistema moderno della giurisdizione, possono avere uno spazio solo residuale e che ogni potere riconosciuto alle parti è meramente integrativo di una fattispecie normativa. In tal senso anche Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1935, p. 62, il quale precisava tuttavia che se «il giudice e le parti non possono governare a capriccio il processo (...) in singoli casi le parti sono libere di non attenersi a una norma processuale, sia accordandosi espressamente o tacitamente, sia omettendo di rilevarne l'inosservanza». Che le parti non possano pretendere di modificare le regole mediante le quali si esplica la giurisdizione, il c.d. servizio giurisdizione, per es., lo afferma anche Tavormina, *Sul contratto d'accertamento e sulla tutela, anche cautelare, a mezzo di arbitri irrisultuali*, in *Corriere giur.* 2006, p. 1619.

(10) Così Marinelli, *op. cit.*, p. 152. Peraltro, non mancano spunti divergenti anche nella nostra dottrina: già Satta, *L'esecuzione forzata*, Milano 1937, p. 63, evidenziava come spazi di autonomia – giuramento, confessione e soprattutto i cd. negozi probatori – fanno sì che «il giusto accertamento può cedere a un accertamento formale» (posizione questa di S. già diversa da quella emersa nel lavoro sull'arbitrato: cfr. *infra* nota 15). Per un esame esposizione dei negozi sulla prova, v. Pezzani, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano 2009, p. 50 s. (con riferimento alla tesi di Wagner) e 181 s.

(11) Comunque, anche nel nostro ordinamento sembra doversi ritenere valido questo patto: cfr. Allorio, *Due miniature sulla condanna*, ora in Id., *Problemi di diritto*, I, Milano 1957, p. 577-578 s.

(12) Cfr. per un sintetico richiamo Marinelli, *op. cit.*, p. 148 s. Una analitica disamina in

In tale contesto problematico, si vuole peraltro osservare che quello del rapporto tra autonomia privata e processo, ossia dell'incidenza che si deve riconoscere all'autonomia dei privati nell'ambito del diritto processuale, appare nella sostanza un tema poco frequentato dalla dottrina italiana (13), se la si confronta a quella tedesca, questa peraltro con un indirizzo ben preciso (almeno nelle più recenti evoluzioni) teso a valorizzare in massima misura i poteri dispositivi delle parti, nel contesto di una regolamentazione che vuole evidenziare la matrice liberale del sistema improntato nel 1877 e fino ad oggi (pur in tante tribolazioni) nella sostanza sopravvissuto (14).

Invero, le classiche ricostruzioni di Satta (15) e di Allorio (16), non diversamente dall'impostazione rigorosamente pubblicistica di Betti (17) e Liebman (18), lasciano ben poco spazio all'autonomia privata nel processo. Certo, si riconosce che vi possano essere negozi o contratti processuali (19), per quanto poi assai di-

---

Wagner, *Prozessverträge*, cit., p. 556 s. Sull'ammissibilità del *p. de retrovendendo*, con il quale il debitore riacquista la proprietà del bene esecutato, cfr. Satta, *L'esecuzione*, cit., p. 320, in nota.

(13) Almeno doveva dirsi fino al lavoro di Marinelli, *op. cit.*, p. 147 s., al quale si deve una compiuta ricostruzione dei profili fondamentali del tema e delle linee sistematiche conseguenti che in questa sede si condividono (non senza una qualche significativa differenziazione). Cfr. anche Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino 2012, p. 221 s.

(14) La si veda attentamente richiamata e discussa da Wagner, *op. cit.*, p. 50 s.

(15) Cfr. Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931, p. 49 s.; più aperto forse in Id., *Accordo, b) diritto processuale civile*, in *Enc. del dir.*, I, Milano 1958, pp. 300-301, ove si riconosce uno spazio ai soli accordi presi fuori dal processo ma con efficacia sul processo, mentre si esclude la possibilità (al di là dei casi espressamente previsti dalla legge) di ammettere accordi conclusi nel processo.

(16) V. Allorio, *Patto di non denunciare e indisponibilità dei diritti processuali*, ora in Id., *Problemi di diritto*, II, cit., p. 339 s., spec. p. 355.

(17) V. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936, spec. p. 42, 58 e 282 s.

(18) V. Liebman, *Sul tema degli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, 1927, p. 98 s. La questione si lega poi, evidentemente, su di un piano generale con quella che attiene alla distinzione tra norme processuali e norme sostanziali: cfr. Id., *Norme processuali nel codice civile*, ora in Id., *Problemi del processo civile*, Napoli 1962, p. 155 s. La posizione di L. emerge poi con chiarezza con riferimento alla discussa questione circa l'ammissibilità della clausola del c.d. *solve et repete* (sotto il vigore del codice del 1865), da L. appunto esclusa: cfr. *Contro il patto del «solve et repete» nei contratti*, ora in *Problemi*, cit., p. 88 s.

(19) Cfr. l'esposizione, classica nell'impostazione chiovendiana, di Segni, *Procedimento civile*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino 1937, p. 562-563; v. poi Betti, *Diritto processuale*, cit. p. 283 s. Cfr. anche B., *Negozi giuridico*, voce in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino 1965, p. 220, ove se si afferma che nella concezione «qui disegnata» può riconoscersi uno spazio al negozio giuridico anche nel processo (in quanto il n. g. è atto con cui il privato dispone un assetto impegnativo di propri interessi, assetto informato ad una funzione tipica socialmente utile), in quanto è innegabile che anche nel processo le parti possono definire l'assetto dei propri interessi, nondimeno per B. lo spazio dell'autonomia opera «entro limiti ben circoscritti» (p. 220) e comunque non hanno una efficacia operativa a sé stante (come sul piano privatistico), ma solo una efficacia mediata o immediata sul

scussi nella loro identificazione e disciplina, ma questi negozi non possono che avere carattere tipico e residuale, con la conseguenza che, in mancanza di una specifica disposizione di legge, alle parti è impedito incidere sulla disciplina processuale (20). *In apicibus*, poi il tutto si risolve, un poco sbrigativamente, con un diretto riferimento alla indiscussa natura pubblica del diritto processuale, alla imposta inderogabilità della sua disciplina (21).

2. – Del resto, se si guarda a ritroso, non si può non riconoscere – come persuasivamente dimostrato (22) – che questa posizione ha avuto (non senza significativi fraintendimenti tuttavia) un padre nobile, tra i maestri indiscussi della disciplina, se non proprio il padre fondatore della stessa scienza processuale moderna, ossia Oskar von Bülow e la sua lezione in tema di *Dispositives Civilprozeßrecht* (23), e che su questi luoghi la nostra dottrina sia rimasta sostanzialmente abbarbicata, pur essendo nel frattempo stata oggetto di profonda revisione nella stessa dottrina tedesca (24) e soprattutto radicalmente mutata la nostra cornice costituzionale.

In sintesi, cosa sosteneva Bülow? L'essenza del diritto dispositivo consiste in un'autorizzazione della legge che permette ai destinatari, entro certi limiti, di defi-

---

provvedimento del giudice. La lezione bettiana sulla causa dei negozi traspare chiaramente in Altorio, *Patto di non denunciare*, cit., p. 354, il quale giunge ad una posizione assai restrittiva, con riferimento allo spazio da assegnarsi agli atti dispositivi di «diritti processuali», che appare viziata da una evidente petizione di principio, che dà per dimostrato proprio quanto vi è da dimostrare, ossia lo spazio che l'ordinamento assegna ai negozi (se si vuole utilizzare tale espressione) processuali.

(20) Così sostanzialmente Marinelli, *op. cit.*, pp. 147-148.

(21) Vale la pena precisare, per completezza, che quanto osservato – utile ed idoneo a riassumere la posizione della dottrina dominante: e questo rende ragione del fatto che solo di questa ora ci si occupa – non s'attaglia in alcun modo alla peculiare prospettiva sedicentemente 'dinamica' (giacché ben non si capisce cosa voglia significare: cfr. Rödig, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Berlin-Heidelberg-New York 1973, p. 23 s.) proposta da Goldschmidt, *Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925, spec. p. 299 s., a ragione della quale la distinzione stessa tra norme di diritto pubblico e di diritto privato nel processo non avrebbe rilievo, sicché il medesimo processo non sarebbe istituito di diritto pubblico, ma il diritto pubblico offrirebbe solo la cornice (con particolare riferimento alla posizione istituzionale del giudice) entro la quale si dispiega la funzione processuale. Evidenti assonanze con la posizione di G. si colgono in Satta, *Accordo*, cit., p. 300.

(22) Ancora Marinelli, *op. cit.*, p. 148.

(23) B., *Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Arch. f. civ. Prax.* 1881, p 1 s. Cfr. per un attento esame Wagner, *op. cit.*, spec. p. 57 s., ove tra l'altro si rileva come la costruzione di B. sia stata fraintesa e se ne sia tratto in dottrina un *Fehlschluß*. V. Marinelli, *op. cit.*, p. 151 s.

(24) Che oggi – a muovere dal lavoro di Schiedermaier, *Vereinbarungen im Zivilprozeß*, Bonn 1935 – sia assolutamente prevalente l'orientamento che riconosce (con più o meno lata estensione) ampio spazio all'autonomia delle parti nel processo, è un dato incontrovertibile: Marinelli, *op. cit.*, p. 153.

nire ciò che fra loro deve valere come regola giuridica, di scegliere pertanto tra le più possibilità previste e concesse dal diritto oggettivo. L'autonomia si riduce all'utilizzo di spazi delimitati e riconosciuti pur sempre dall'ordinamento e il tutto si ricollega sempre ad una norma di autorizzazione, *Ermächtigungsnorm*, senza la quale non vi sarebbe spazio per l'agire dei privati (25). Questo è dovuto – per aprire un inciso – evidentemente alla piena assimilazione del diritto nella legge positiva, quindi al potere dello stato nazionale (26).

Sebbene tale concezione fosse conseguente ad una idea di norma dispositiva diversa da quella generalmente accolta, da tale autorevole posizione di chiusura per l'operatività di un effettivo diritto processuale dispositivo (27), è stato facile per la dottrina seguente – tutta infervorata com'era ad evidenziare il carattere pubblico del diritto processuale civile e il pieno distacco dai principi che regolano l'autonomia dei privati – giungere ad affermare come il carattere pubblico del diritto processuale civile precluda ogni deroga ad opera dei privati e comporti il divieto del c.d. processo convenzionale.

Invero, non si tarda a cogliere come tale posizione sia fondata su di un falso sillogismo e, proprio per questo, sia già stata oggetto di decisiva (almeno così ci pare) critica, pertanto non necessita in questa sede tornare a ripetere quelle conclusioni, se non per ricordare come appaia difficilmente contestabile che norme dispositive si diano sia nel diritto privato sia nel diritto pubblico (28). Superato l'asserto dogmatico iniziale, appare evidente che l'analisi si sposta sul piano del diritto positivo e sulla necessità d'individuare quale spazio il singolo ordinamento processuale riconosce ai poteri dispositivi delle parti nella dinamica del processo (29).

Tuttavia, si vuole notare come quella (restrittiva) sistematica non appaia conforme alle evoluzioni dell'ordinamento e con essa le implicazioni sulla postulata natura inderogabile delle norme processuali siano fondate più su preconcetti che su puntuali riferimenti di diritto positivo. Così – ci si deve chiedere – se l'esclusione di un diritto processuale dispositivo non può essere fondata sulla natura pubblica del diritto processuale stesso e se norme dispositive hanno spazio per operare anche nel diritto pubblico, in tale contesto, laddove pur sempre sembra mancare una espressa previsione che riconosce alle parti di esprimere spazi di autonomia nella gestione

---

(25) In coerenza con la sua concezione dei rapporti tra legge e giurisdizione (cfr. B., *Legge e giurisdizione*, trad. di Marinelli, in *Il giust. proc. civ.* 2011, p. 1269 s.): questo spiega perché per B. sono norme dispositive non solo quelle che regolano l'agire delle parti nel processo mediante atti o negozi, ma anche quelle che lasciano discrezionalità di comportamento al giudice: v. ancora Marinelli, *op. cit.*, p. 157.

(26) Cfr. Chizzini, *Pensiero e azione*, cit., p. 265.

(27) Ancora Marinelli, *op. cit.*, p. 157.

(28) Si rinvia a quanto dimostrato da Marinelli, *op. cit.*, p. 156 s.; Wagner, *op. cit.*, p. 58.

(29) Che mi sembra un po' quanto notasse (sebbene non sviluppandolo adeguatamente e con la massima coerenza) già lo stesso Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, p. 752, nell'impostare adeguatamente la prospettiva di metodo, ma rimanendo nel tempo legato a presupposti non condivisibili.

del processo, su quale principio può trovare sostegno e capacità espansiva quell'autonomia? Basta in questa direzione richiamare quel principio di libertà nell'agire, immanente nei sistemi costituzionali moderni, posto a base della propria ricostruzione da Peter Schlosser, per il quale può senz'altro dirsi *in dubio pro libertate?* (30).

3. – Se pur questa appare essere una corretta indicazione sulla via da seguire, nondimeno si deve cercare di dare un più solido fondamento a tale prospettiva.

Al riguardo, peraltro, deve essere subito escluso che la ricerca di una soluzione al riguardo possa muovere dalla considerazione – a volte ricorrente (31) – per la quale se e nella misura in cui le parti sono libere di dedurre in giudizio un diritto, come pure di rinunciare al processo stesso, con un argomento *a maiori ad minus*, le si dovrebbe ritenere autorizzate anche a dettare singole discipline interne del processo stesso, ad incidere sulla dinamica endoprocessuale. Invero, un tal discorso si fonderebbe anch'esso su di un falso sillogismo, in quanto operano su due piani distinti, da un lato il potere dispositivo delle parti che si esprime nella deduzione in giudizio del diritto, dall'altro quello che attiene alle potestà che alle parti stesse assegna la concreta disciplina del processo stesso. Si consumerebbe, altrimenti, una erronea (ed inammissibile) trasposizione delle regole che attengono all'attività negoziale al processo (32).

Una diversa e più articolata considerazione deve essere svolta per giungere ad una sistemazione appagante. Al riguardo si è visto come l'idea per la quale il diritto processuale sarebbe diritto pubblico *tout court*, pertanto indisponibile, si fondi, a ben vedere, su di una inversione metodologica, dimostri una inaccettabile parzialità d'esame, devii dal considerare che sempre lo scopo del processo è la tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Piuttosto, sembra indicare una più fruttuosa direzione il considerare che *anche* il processo, dal punto di vista del diritto materiale, si pone funzionalmente sul medesimo piano – *auf gleicher Stufe* (33) – delle disposizioni che regolano la materia contrattuale, al fine assicurare la concreta attuazione delle situazioni giuridiche soggettive.

Così, nel richiamare ricevute nozioni, deve dirsi che certo lo stato solo in residuale misura consente al soggetto, che vede leso o minacciato un proprio diritto, di agire direttamente per la propria difesa, limita rigorosamente gli spazi dell'autotu-

---

(30) È utile osservare come S. fondi la propria ricerca su di un principio che si riconnette sul piano costituzionale (art. 2 GG) ad una garantita *Freiheitvermutung* che caratterizzerebbe certo il diritto privato, ma non meno anche quello pubblico (cfr. Wagner, *op. cit.*, p. 58).

(31) V., per esempio, lo stesso Wagner, *op. cit.*, p. 687 (sebbene possa riconoscersi che tale aspetto non assume in fondo un profilo decisivo nella ricostruzione di W.). Nello stesso errore mi sembra cadesse Carnelutti, *op. cit.*, p. 751 s., con riguardo al problema specifico del regime convenzionale delle prove.

(32) Come si è cercato di evidenziare in Chizzini, *op. cit.*, p. 168 s.

(33) Così Wagner, *op. cit.*, p. 60.

tela; di contro, assicura i mezzi che, al ricorrere di determinate condizioni di fatto e di diritto, per il tramite dell'azione dei propri organi, sono idonei ad assicurare quella tutela invocata, questo mediante le forme di una decisione sull'esistenza o inesistenza del diritto vantato, le forme dell'esecuzione e le forme della tutela cautelare: laddove esclude l'autotutela, lo stato disciplina i presupposti presenti i quali gli organi di giustizia debbono garantire la tutela giuridica, *Rechtsschutz*, delle situazioni giuridiche soggettive dei privati (34). Il processo è, per l'avente diritto, un mezzo predisposto dall'ordinamento giuridico per la realizzazione di un diritto (processi di condanna, costitutivi, esecutivi o possessori) o la dichiarazione circa l'esistenza o inesistenza di un diritto (processo di mero accertamento, processo cautelare) (35).

Questa classica lezione può essere condivisa senza perplessità alcuna. Nondimeno, pur in questa prospettiva, deve affermarsi, per evitare ogni fraintendimento, che *il diritto processuale civile* non esaurisce l'insieme delle norme giuridiche mediante le quali l'ordinamento garantisce la tutela dei diritti, ma costituisce *solo una parte* di esse. L'ordinamento, infatti, quando vuole garantire quelle tutele, utilizza innanzitutto le norme giuridiche del diritto civile e il diritto processuale civile è soltanto *il diritto riservato all'attività giurisdizionale specificatamente imperativa* dello stato mediante gli organi giurisdizionali, attività alla quale non bastano gli strumenti del diritto civile comune. Può ben dirsi, quindi, che il diritto processuale civile – non diversamente, per esempio, dal diritto amministrativo, ossia di quel diritto oggettivo che parimenti regola l'esercizio di potestà pubbliche – è un insieme di peculiari concetti e istituti giuridici di natura imperativa che si sono differenziati da quelli del diritto privato e si sono sviluppati in un sistema proprio (36). Il *modus* in cui quella differenziazione venne a realizzarsi è storicamente determinato ed appare il risultato di uno sviluppo storico che non può essere in questa sede indagato.

Ma non è questo che interessa ora approfondire, quanto piuttosto ciò che ne consegue: ovvero, che si deve sempre tenere in adeguata considerazione come il diritto processuale civile, strettamente inteso, non esaurisca in alcun modo l'insieme delle norme giuridiche conformemente alle quali l'ordinamento garantisce la tutela dei diritti, ma costituisce *solo una parte* di esse: sicché se il diritto processuale civile in senso stretto può restringersi al solo diritto riservato all'attività giurisdizionale specificatamente imperativa dello stato che agisce con gli organi giurisdizionali, in

---

(34) Al riguardo appare ancora utile, per chiarezza e incisività, la lettura delle pagine iniziali di Hellwig, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig 1905, p. 1 s.

(35) Così Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova 1955, p. 68. Si precisa solo che si è aggiunta, da parte di chi scrive, la categoria della tutela cautelare a fianco del processo di mero accertamento nell'ambito delle tutele dichiarative, che evidentemente in questo contesto non significano *d'accertamento*.

(36) In questa direzione si riprende quanto ebbe ad affermare, con riferimento al diritto amministrativo, per esperienze che sembrano presentare significativi profili di convergenza, in un classico lavoro del 1914, Kaufmann, *Amministrazione e diritto amministrativo*, trad. Napoli 2013, spec. p. 36.



quanto è un'attività questa alla quale certo non bastano – come si diceva – gli strumenti del diritto civile comune e che appare il frutto (storicamente determinato) di un insieme di peculiari concetti e istituti giuridici di natura imperativa che si sono differenziati da quelli del diritto privato e si sono sviluppati in un sistema proprio; nondimeno ciò non toglie che esso, quel diritto processuale, solo *concorra* ad ogni effetto con le norme del diritto privato, quindi con le disposizioni del codice civile, al fine precipuo di dare concreta attuazione a quella *strumentalità* rispetto ai diritti che costituisce il pilastro delle relazioni tra diritto sostanziale e tutele processuali.

Del resto, anche nella più classica dottrina, con riferimento alla norma processuale, non si mancava di chiarire, accanto alla sua affermata natura di diritto pubblico in quanto regola dell'esercizio di una funzione pubblica, che all'andamento del processo e al suo risultato nel caso concreto sono principalmente interessate le parti, che aspirano attraverso all'attuazione della legge a un bene della vita: così ne deriva che la legge stessa ha riguardo alla volontà delle parti e spesso non è cogente o assoluta (37). Questa indicazione poi trova conferma sul piano teorico generale nella constatazione per la quale il processo può essere disciplinato da fonti normative di qualsiasi grado, pur nel quadro delle tutele costituzionali e del principio di legalità (38), quindi anche da atti di autonomia, in presenza di situazioni soggettive sostanziali disponibili (39). Se ne può dedurre in questi termini un ragionevole fondamento all'osservazione secondo la quale, per il diritto processuale, dalla sua natura di diritto pubblico non se e può trarre la natura cogente, come neppure l'inammissibilità di accordi a contenuto processuale (40).

Ne consegue che se la tutela delle situazioni soggettive imposta (primariamente e in via riassuntiva ora richiamata) dall'art. 24 Cost. si realizza nell'ordinamento mediante una convergenza di strumenti di autonomia privata e esercizio di funzioni pubbliche, viene a cadere ogni barriera sistematica e normativa affinché possa esservi nel concreto una proficua osmosi tra quei diversi strumenti operanti per un medesimo fine, ossia viene a mancare ogni substrato normativo (se non meramente ideologico) affinché si possa impedire che anche nel corso del processo si esprimano con efficacia atti di autonomia privata.

---

(37) Così Chiovenda, *Istituzioni*, I, cit., p. 62, sebbene ritenesse che nel dubbio le norme processuali debbono intendersi come cogenti.

(38) Il profilo merita un breve approfondimento, con riguardo al tema della riserva di legge che impone il legislatore costituzionale con l'art. 111 Cost. Invero, non si crede che il prevedere spazi di autonomia processuale contraddica quella riserva, in quanto essa pare porsi, da un lato, come garanzia per le parti e non come limite alle stesse (sicché quando queste dispongono del processo non si mettono in contrasto con lo scopo ultimo di quella norma), mentre, dall'altro e soprattutto, essa sembra riferirsi solo alle norme che si possono dire eteronome, ossia alle norme mediante le quali lo stato regola il diritto processuale civile, ossia – come si osservava in testo – con quella disciplina speciale (appunto il diritto processuale civile in senso stretto) che deroga ai principi del diritto privato.

(39) V. Tavormina, *Diritto e processo rivisitati*, in *Jus* 2013, p. 73.

(40) Così Wagner, *op. cit.*, p. 59, il quale sul punto richiama l'insegnamento di Goldschmidt, *op. cit.*, p. 301 (peraltro da prendere con riserva, dato quanto osservato *supra* a nota 21).

Sul piano interpretativo, pertanto, laddove manchi una espressa limitazione normativa, non si potrà più muovere – nell'attuale assetto costituzionale – dalla idea per la quale il diritto processuale civile sarebbe impermeabile ad ogni atto di autonomia e che pertanto, per utilizzare le parole del cittadino Gilet o del professor Pollak, tutto ciò che non è consentito è vietato.

Invero, varrà proprio il contrario, pertanto in ragione della convergenza ad un medesimo fine tra autonomia ed eteronomia, deve ritenersi vigente il principio per il quale *in dubio pro libertate*, se si vuole mutuare l'impianto ricostruttivo (un poco debole sul piano strutturale) delineato da Peter Schlosser, quando quella libertà deve essere intesa – come sopra precisato – quale espressione di una autonomia che si coordina e coerenza con le regole eteronome del diritto processuale civile, il tutto per assicurare in termini più efficienti la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale. Si ritiene, pertanto, che, sebbene ogni norma processuale dovrà essere interpretata con riferimento al singolo specifico contesto in cui s'innesta, in linea generale può affermarsi il canone ermeneutico per il quale nel dubbio la norma deve essere ritenuta non cogente, ma operi come canone residuale in mancanza di un diverso accordo delle parti. Potestà pubbliche, mediante norme cogenti, e potestà private, mediante accordi, concorrono nel definire le regole processuali.

Da ultimo, non è ultroneo forse precisare che l'affermare, nell'unitarietà dell'ordinamento, il concorso di principi che caratterizzano la disciplina privatistica dell'autonomia negoziale con le norme del diritto processuale civile, al fine d'assicurare alle parti una più efficace tutela delle situazioni soggettive anche alla stregua di una sequela procedimentale che meglio si adatti alle esigenze concrete delle parti stesse, non contrasta in alcun modo con quella piena autonomia dell'esperienza processuale rispetto al diritto sostanziale, che permane certo la più netta e proficua acquisizione della scienza processuale moderna (41).

4. – L'analisi sistematica trova conferma nelle singole disposizioni di legge. Non interessa in questa sede un'analisi puntuale delle diverse ipotesi, emerse dalla prassi, nelle quali si riconosce (con maggiore o minore ampiezza) la possibilità per le parti d'incidere sulla dinamica del processo, quanto piuttosto osservare come quelle indicazioni, che si è appena visto possono trarsi dai principi generali del sistema, trovino conferme assai significative nelle singole ipotesi di legge. In estrema sintesi, richiamando solo alcuni degli episodi di più interessante rilievo pur tra i tanti prospettabili e che meriterebbero ben altro svolgimento, valga il vero.

(a) L'art. 1462 c.c. prevede espressamente la possibilità che le parti nel contratto inseriscano – pur con significativi limiti, che si ricollegano, da un lato, alla corretta formazione del consenso (annullabilità e rescissione) e, dall'altro, alla tutela sempre prevalente di norme imperative (nullità), infine per posizione giurisprudenziale consolidate ad un fatto estintivo dell'obbligazione – clausole con cui una delle parti «non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione

---

(41) Così Wagner, *op. cit.*, p. 60, nota 67.

dovuta» (42). Sono clausole che, come conferma il secondo comma nel prevedere un potere del giudice d'intervenire sull'applicazione concreta delle stesse (43), sono destinate ad operare essenzialmente nel processo di cognizione (o anche nella fase cognitiva che si realizza mediante opposizione alla esecuzione), con le quali non solo le parti vengono a regolare la dinamica delle eccezioni nel processo, quindi a limitare la cognizione del giudice (44), ma anche (ed è ciò che più è interessante sul piano sistematico) a definire nel concreto l'esercizio della funzione giurisdizionale stessa, in quanto si potrà avere un processo che si conclude con la condanna del debitore in ragione dell'operatività della clausola e successivamente un nuovo processo, per esempio, per risoluzione del contratto o per la ripetizione dell'indebitato (45). Si ritengono differibili, infatti, le eccezioni d'inadempimento (art. 1460 c.c.) (46), di mutamento delle condizioni patrimoniali (art. 1461 c.c.), le c.d. eccezioni riconvenzionali di carattere sinallagmatico, quale la risoluzione del contratto (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.), e con esse la domanda riconvenzionale per far valere,

---

(42) Cfr. sul tema, per una prima disamina, Dalmartello, *Solve et repete (Patto o clausola del)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino 1970, p. 849 s.; Bigliazzi Geri, *Della risoluzione del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1990, p. 106 s.; Poletti, *Art. 1462*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da Gabrielli, *Art. 1425-1469 bis, leggi collegate*, Torino 2011, p. 522 s., ove soprattutto una attenta disamina delle restrizioni applicative introdotte, per varie ragioni, dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Tra i processualisti, Allorio, *Limiti d'efficaci del patto «solve et repete»*, ora in *Id.*, *Problemi*, I, cit., p. 555 s.; Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1994, p. 233 s.; Andrioli, *Diritto processuale civile*, Napoli 1979, p. 338-339; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2014, p. 568 s.; Pezzani, *op. cit.*, p. 148 s.

(43) Il presupposto dell'inderogabilità delle norme processuali, quello convergente dei limiti al potere dispositivo delle parti (sui quali si fondava la tesi dell'inammissibilità della clausola sotto il vigore del precedente codice: cfr. Liebman *supra* alla nota 18), sono così radicati che la dottrina ritiene che l'eccezionalità di una condanna con riserva delle ragioni difensive del convenuto comporta il vincolo del giudice al più approfondito esame dei «gravi motivi» adottati dal convenuto stesso ai sensi del secondo comma dell'art. art. 1462 c.c. e un'adeguata motivazione censurabile anche in cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.: v. Montesano, *op. cit.*, p. 234. Cfr. anche Proto Pisani, *op. cit.*, p. 569, il quale mette in evidenza come per la Corte costituzionale quel potere di sindacato del giudice sia garanzia di conformità a principio di difesa tutelato dalla Cost. a favore del convenuto. Sulla questione di costituzionalità della norma, come noto, ha avuto modo di pronunciarsi a suo tempo la Corte cost. 12 novembre 1974, n. 256, in *Giur. it.*, I, 1, c. 1178 s. Sulla posizione della Corte cost., cfr. anche Poletti, *op. cit.*, p. 523.

(44) Come chiariva (negandone l'ammissibilità) Chiovenda, *Istituzioni*, I, cit., p. 66, sull'osservazione che in tali casi il giudice «si trova costretto a separare l'eccezione dall'azione». Sulla natura processuale della clausola, cfr. Dalmartello, *op. cit.*, p. 855.

(45) Il diritto accertato, infatti, potrà risultare inesistente nel successivo giudizio su quei fatti impeditivi la cui cognizione era stata riservata: cfr. Montesano, *op. cit.*, p. 232.

(46) Sebbene una certa giurisprudenza (Cass. 6697/94; 6406/81, in *Foro it.* 1982, I, c. 698 con nota di Di Paola) ritenga ammissibile solo la clausola che definisce l'eccezione di inadempimento irregolare (*exceptio non rite adimpleti contractus*), ma non quella di inadempimento in senso stretto (*exceptio inadimpleti contractus*). Cfr. criticamente Bigliazzi Geri, *La risoluzione per inadempimento*, nel *Commentario al c.c.* diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1988, p. 96.

ad esempio, un precedente inadempimento dell'attore (47), nonché l'eccezione risolutoria di eccessiva onerosità sopravvenuta (48). È vero che è discussa la natura sostanziale o processuale di dette clausole ma, a parte il fatto che tale disquisizione perde molto della sua rilevanza concreta proprio per le ragioni prima svolte, non appare dubbio che con esse (direttamente o indirettamente, a seconda della concezione che si accolga) si realizza una ipotesi di condanna con riserva delle eccezioni (qualificabile come condanna condizionata) (49), rimessa alla disponibilità delle parti, al di là quindi dei casi previsti dalla legge (50).

(b) Nella stessa direzione si colloca la norma che regola i c.d. patti relativi all'onere della prova, espressamente riconosciuti dall'art. 2698 c.c. (51). Si ammette, in questo senso, che l'accordo possa prevedere che il creditore si assuma l'onere di provare l'inadempimento del debitore o che il danneggiato si assuma l'onere di provare la mancanza di dolo o di colpa grave dell'altra parte (52). Appare evidente, in quanto l'onere della prova, in ultima analisi, opera come un canone di giudizio che regola l'attività decisoria del giudice con riferimento ai fatti di causa, che tali patti incidano sull'agire dell'organo giurisdizionale e ne limitino (o almeno indirizzino) la potestà decisoria (53). Vale la pena forse ricordare che, nel silen-

---

(47) Cfr. Dalmartello, *op. cit.*, p. 851; Bigliuzzi Geri, *op. cit.*, p. 91.

(48) Cfr. Miraglia, *Solve et repete*, in *Enc. del dir.*, XLII, Milano 1990, p. 1260.

(49) Sull'accertamento condizionato sempre assai utili appaiono le notazioni svolte da Altorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, ora in *Id.*, *Problemi*, I, *cit.*, p. 119 s.

(50) Che poi tali clausole abbiano un'ulteriore limitazione derivante dall'essere considerate presuntivamente abusive quando parte del contratto sia un consumatore, è altra questione che non interessa affrontare in questa sede: v. Poletti, *op. cit.*, p. 524.

(51) Si veda sul tema, De Stefano, *Studi sugli accordi processuali*, Milano 1959, spec. p. 59 s.; Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli 1974, p. 128 s.; Micheli, *L'onere della prova*, ristampa, Padova 1966, p. spec. 244 s.; Taruffo, *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, sez. *civ.*, XIII, Torino 1996, p. 74 s.; Comoglio, *Le prove civili*, Torino 1998, p. 163 s.; Patti, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1987, p. 181 s.; Pezzani, *op. cit.*, p. 111 s. Cfr. poi i contributi di Denti, Verde e Taruffo, raccolti in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1992, p. 709 s. Per parte della dottrina si avrebbe la posizione di presunzioni convenzionali (cfr. Liebman, *Manuale*, II, *cit.*, p. 93; Verde, *L'onere*, *cit.*, p. 129), anche se è contestato che l'inversione dell'onere della prova sia parificabile ad una presunzione (cfr. per diverse prospettive Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 27<sup>a</sup> ed., Padova 1985, p. 225-226; Patti, *op. cit.*, p. 183 s.).

(52) Altro esempio: nella pratica dei contratti di trasporto marittimo le parti spesso convengono che il vettore non risponde delle avarie della merce, se lo speditore o il caricante non provi che l'avaria è derivata da colpa nell'esecuzione del contratto: Redenti, *Diritto processuale civile*, 2, 4<sup>a</sup> ed., Milano 1997, p. 55.

(53) Invero, la dottrina, risolve il problema della esclusa derogabilità del diritto processuale, affermando la base sostanziale e non processuale della norma in esame: cfr. al riguardo Micheli, *op. cit.*, p. 246 s.; Redenti, *op. cit.*, p. 55. Ritene che la disposizione abbia carattere sostanziale anche Pezzani, *op. cit.*, p. 121, s., la quale di conseguenza deve affermare la natura sostanziale del-

zio del codice civile del 1865, autorevole dottrina riteneva inammissibile ogni patto diretto a disciplinare l'attività del giudice in modo difforme da quanto previsto dalla legge processuale (54), non senza che tuttavia già parte della dottrina evidenziasse, mediante una evidente finzione, come in tali ipotesi non si avrebbero altro che atti dispositivi che attengono all'esercizio dell'azione e pertanto validi (55). Il legislatore ha riconosciuto la correttezza di questa soluzione (56), soprattutto che con tali patti la volontà delle parti incide direttamente sul processo, superando il dogma per il quale le parti non potrebbero disporre direttamente delle regole processuali (57).

(c) Un significativo spazio all'autonomia delle parti sulla disciplina processuale (sebbene si deve riconoscere che qui si è su un conteso territorio di confine), proprio con riferimento alla cosa giudicata – verrebbe da dire, l'istituto più significativamente caratterizzato da venature pubblicistiche (58) – lascia trapelare con nettezza l'art. 1974 c.c., laddove consente una transazione «su lite già decisa con sentenza passata in giudicato» purché (pena altrimenti l'annullabilità, giammai la nullità come pur dovrebbe apparire logico muovendo dalla causa del contratto) le parti fossero a conoscenza del giudicato stesso. Al di là delle complesse tematiche

---

lo stesso art. 2697 c.c. Si deve osservare che sul punto il richiamo alla prevalente dottrina tedesca che afferma la natura sostanziale dei patti sull'inversione dell'onere della prova (per dovute citazioni sempre Pezzani, *op. cit.*, p. 121, nota 12) non persuade e che quella posizione appaia giustificarsi in base alla facile constatazione che in quell'ordinamento manca una norma analoga al nostro 2698 c.c., con la conseguenza che per ammettere la liceità di simili pattuizioni si deve passare, si potrebbe dire, per la porta stretta dell'autonomia negoziale e affermarne la preliminare natura sostanziale. Cfr. per un analogo, nella sostanza, rilievo Micheli, *op. cit.*, p. 247, nota 200.

(54) Cfr. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli 1923, pp. 106 e 797; Allorio, *Patto di non denunciare*, cit., p. 348 s. Un esame completo in De Stefano, *op. cit.*, p. 28 s.

(55) Cfr. Micheli, *op. cit.*, p. 249, il quale giungeva ad affermare che «il problema della disciplina convenzionale della prova non esiste come questione autonoma di diritto processuale»; Andrioli, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1968, p. 289, nota 2. La finzione è evidente in quanto si cerca di aggirare il dogma della inderogabilità delle norme processuali (quali sono quelle sulle prove, anche per Andrioli) riferendo quei patti all'azione, quando è chiaro – anche senza voler svalutare l'utilità del concetto stesso d'azione – che il rilievo dell'azione attiene al momento propulsivo del processo, al suo avvio, non tanto alla individuazione dei poteri endoprocessuali, che si legano invece al rapporto processuale in quanto tale, come ben messo in evidenza già da Allorio, *Diritto processuale tributario*, Milano 1942, p. 219.

(56) Così Patti, *op. cit.*, p. 183.

(57) Come evidenzia Montesano, *Offerta della prova e inversione convenzionale dell'onere della prova*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1949, III, p. 38 s., contro quelle tesi (soprattutto Micheli, *op. cit.*, p. XIX) che vorrebbero limitare la portata «eversiva» della disposizione affermandone la natura meramente sostanziale.

(58) A muovere soprattutto dal classico lavoro di Bülow, *Absolute Rechtskraft des Urtheils*, in *Arch. f. ziv. Praxis* 1894, p. 1 s. e dalla acquisita rilevanza d'ufficio del giudicato stesso, rilevanza che altrimenti non si spiegherebbe.

che si legano alla possibilità di una soggezione *ex contractu* al giudicato (59), appare evidente, allora, che se la transazione è il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro, indirettamente si riconosce alla parti stesse di incidere, mediante quel contratto, sulla cosa giudicata stessa, ossia sulla decisione data alla lite in sede giurisdizionale, di superare pertanto quell'incontrovertibilità dell'accertamento in cui appunto si riassume il giudicato materiale (60).

(d) Infine, un ultimo rilievo, con il quale soprattutto si vuole dimostrare come, a ben vedere, se si approfondisce l'esame, anche la nostra dottrina, seguita dalla giurisprudenza, riconosca spazi di autonomia alle parti nella regolamentazione del processo assai più ampi di quanto affermato *in apicibus*.

Si pensi al complesso fenomeno della graduazione, semplice o condizionata, delle domande e delle eccezioni già attentamente scandagliato nella letteratura (61). 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 che, laddove si attribuisce alle stesse di compiere quelle posizioni per gradi, si viene nel contempo ad ammettere una scansione procedimentale dettata dalla parte, che vincola il giudice nell'esercizio della sua potestà decisoria. E se questo emerge già con nettezza – si crede – con le 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) (62), correlativamente nel potere riconosciuto al convenuto di sciogliere nel cumulo proprio quella graduazione per giungere ad una decisione nel merito (63), correlativamente ad un potere analogo da riconoscersi senz'altro all'attore stesso (64); ma ancor più si palesa nella valutazione graduata dei fatti costitutivi e delle eccezioni (65), laddove in ragione ad uno specifico interesse del convenuto, che in certe prospettive teoriche si lega alla concreta portata della tutela che assegna il giudicato, in quanto rilevante in relazione al motivo portante (66).

---

(59) Sul tema si vedano le limpide osservazioni già di Goldschmidt, *op. cit.*, p. 198 s.

(60) Circa i patti destinati ad incidere sul giudicato cfr. Wagner, *op. cit.*, p. 711 s.

(61) Cfr. la trattazione svolta da Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova 1985, spec. p. 262 s.

(62) Il profilo è esaminato da Consolo, *op. cit.*, p. 268 s.

(63) V. Consolo, *op. cit.*, p. 356 s.; Romano, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli 2006, p. 28.

(64) Sul potere di «purificazione» del cumulo condizionale, Consolo, *op. cit.*, p. 402 s.

(65) Ancora Consolo, *op. cit.*, p. 461 s.

(66) Ci si riferisce al giudicato sui motivi come costruito alla stregua dell'insegnamento di Zeuner, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß*, Tübingen 1959, spec. p. 42 s. Cfr. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, p. 215 s.; Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990 p. 475 s.; Menchini, *I limiti oggettivi*

Alla stregua di queste recepite posizioni diviene difficile negare che si superi il regime processuale dettato dal legislatore – da ricondursi al combinato disposto degli artt. 187, cpv. e 279, comma 1°, n. 2, c.p.c. – quale può certo riferirsi al c.d. primato della questione (o ragione) più liquida, ossia a quel principio immanente nel sistema, al fine di una sollecita definizione della lite, che impone al giudice di decidere sulla domanda facendo ricorso, per un principio di razionalità ed economia dei mezzi processuali, a quegli elementi di fatto e di diritto di più pronta ed immediata cognizione e decisione (67), pur dovendo rispettare la scansione tra rito e merito (68). Il che appare ancor più evidente, laddove si dia credito a quelle note (pur variegate) tesi secondo le quali, in quanto dal contenuto dell'accertamento dipenderebbe, in modo decisivo, il grado di tutela assicurato al vincitore del processo rispetto a successivi atti di esercizio di un potere sostanziale, si deve riconoscere che le parti possano validamente istituire un vincolo al potere decisorio del giudice, volto a superare la decisione fondata sulla più pronta delle questioni (69).

(e) Nella stessa direzione sembrerebbe muovere quella propensione, sostenuta da Chiovenda, per la quale, mentre il giudice, in difetto dell'interesse ad agire, dovrebbe rigettare in rito la domanda per mancanza di una delle condizioni dell'azione, si dovrebbe tuttavia riconoscere che il convenuto possa chiedere una sentenza sul merito che dichiari la inesistenza del diritto dedotto dall'attore (70). La fattispecie è di particolare evidenza: siccome è pacifico che la mancanza dell'interesse ad agire debba essere rilevata d'ufficio dal giudice, per coerenza si deve ritenere che laddove il convenuto si sia difeso in rito (contestando la mancanza di una

---

*tivi del giudicato civile*, Milano 1987, p. 130 s.; Motto, *Poteri sostanziali*, cit., spec. p. 171 s.; nonché soprattutto l'ampio riesame svolto da Dalla Bontà, *Una «benefica inquietitudine»*. Note comparative in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane, in *Il giust. proc. civ.* 2011, p. 891 s.

(67) Su tale principio si veda il classico insegnamento di Liebman, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.* 1967, p. 539 s.; analogamente, Attardi, *Diritto processuale civile*, I, Padova 1999, p. 489. Nella dottrina tedesca, cfr. soprattutto il contributo di Rimmelspacher, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß*, Göttingen 1966, p. 149 s.; Henckel, *Prozeßrecht und Materielles Recht*, Göttingen 1970, p. 124 s. Inoltre, sul tema, cfr. Cerino Canova, *Le impugnazioni civili*, Padova 1973, p. 257, in nota; Consolo, *op. cit.*, p. 452 s.; Merlin, *Compensazione e processo*, I, Milano 1991, p. 87 s., ove tra l'altro si analizza il problema specifico (ma assai interessante per le osservazioni svolte in testo) della allegazione in via subordinata della compensazione (c.d. *Eventualaufrechnung*).

(68) Scansione questa tradizionalmente accolta (cfr. Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1961, p. 582; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano 1980, p. 235; Attardi, *op. ult. cit.*, p. 87), ma contestata come noto soprattutto da Rimmelspacher, *op. loc. cit.*; e nella nostra dottrina anche da Fornaciari, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Torino 1996, p. 27 s.; possibilisti sembrano anche Mandrioli, Carratta, *Diritto processuale civile*, II, 32<sup>a</sup> ed., Torino 2014, par. 57, nota 17. Cfr. per una completa discussione del tema Consolo, *op. cit.*, p. 419 s.

(69) Così Motto, *op. cit.*, p. 580, cui si rinvia per dovuti riferimenti di dottrina.

(70) In questo senso, Chiovenda, *Istituzioni*, I, cit., p. 288.

delle condizioni di trattabilità e decisione della causa nel merito), o non abbia detto nulla a tale riguardo, ma si sia limitato a richiedere il rigetto in merito, sempre il giudice possa rilevare d'ufficio la mancanza dell'interesse e rigettare in rito la domanda; si riconosce, invece, la possibilità – e qui appunto opera una modifica del regime legale conseguente ad un atto di volontà unilaterale della parte – che il convenuto chieda espressamente di decidere comunque nel merito, pur in mancanza dell'interesse ad agire. Opera uno spazio dispositivo rimesso alle parti e che incide sul regime delle condizioni di trattabilità e decisione della causa nel merito. Si potrebbe, invero, immaginare che in questa ipotesi l'interesse ad agire, ossia la incertezza o contestazione del diritto, sopravvenga nel corso del processo e sia questo che consenta al giudice di decidere nel merito. Ma una simile soluzione sarebbe chiaramente fondata su di una finzione: peraltro, da un lato, mancherebbe la incertezza o la contestazione *extraprocessuale*, il vanto fuori dal processo, che è condizione per l'interesse ad agire, giacché altrimenti basterebbe che il convenuto si difenda nel merito e sempre la contestazione sarebbe sopravvenuta (71); dall'altro, il tema posto da Chiovenda e risolto positivamente è quello che attiene alla possibilità di riconoscere al convenuto il potere di chiedere una decisione nel merito *pur in assenza dell'interesse ad agire dell'attore*. Si ha anche qui una chiara ipotesi di *Konventionalprozess*.

AUGUSTO CHIZZINI  
*Professore ordinario*  
*nell'Università Cattolica di Milano*

---

(71) V. con chiarezza Attardi, *L'interesse*, cit., p. 296 s.; cfr. anche Romano, *op. cit.*, p. 33 s.