



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.

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 giudicio 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 espreso, 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 espreso, né attraverso un'enunciazione indiretta, ma chiara ed inequivoca. Quando la mera riproposizione (che dev'essere espresa) 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*.

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 *Dispositionsmaxime*, 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».