

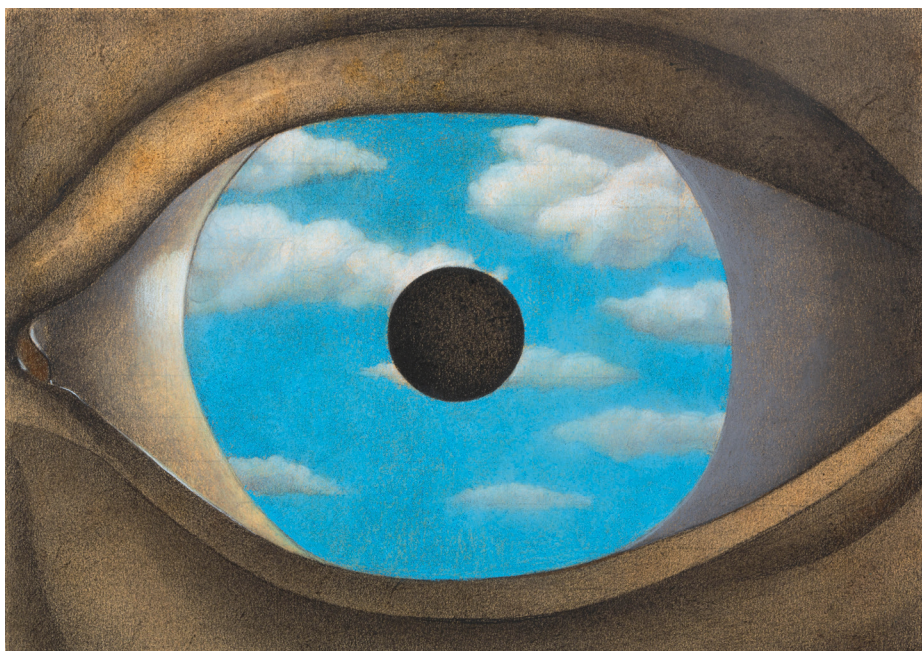
# IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. OROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,  
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE



Numero 3/2024

# IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. DROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,  
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE

  
**Pacini  
Giuridica**



Hanno collaborato a questo fascicolo:

ANTONIO BRIGUGLIO

Ordinario nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

BRUNELLA BRUNO

Consigliere di Stato

ADRIANA CIAFARDONI

Dottoranda nell'Università degli Studi di Parma

VALENTINA CICHELLI

Dottoranda nell'Università LUM Giuseppe Degennaro di Bari-Casamassima

BIAGIO G. DI MAURO

Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Enna "Kore"

ALESSANDRO FABBI

Associato nell'Università degli Studi di Catania

PAOLA MILIOTO

Dottoranda nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara

MARCO MONGELLI

Dottorando nell'Università LUM Giuseppe Degennaro di Bari-Casamassima

ANTONIO ROMANO

Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara

CLARA SILVANO

Dottore di ricerca nell'Università degli Studi di Padova

DOMENICO FRANCO SIVILLI

Dirigente Generale del Consiglio di Stato

GIORDANA STRAZZA

Associato nell'Università degli Studi di Salerno

FRANCESCO TRAPELLA

Ricercatore nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara

GIOVANNI VERDE

Emerito nell'Università LUISS "Guido Carli" di Roma

---

# sommario

---

## Saggi

<i>Attualità del principio dell'onere della prova</i> di GIOVANNI VERDE .....	625
<i>Il giudicato e l'efficacia preclusiva</i> di ANTONIO BRIGUGLIO .....	653
<i>Situazioni giuridiche e processo civile: micro-speculazioni tra dogmi, categorie e concetti, dall'angolo visuale dell'accordo</i> di ALESSANDRO FABBI .....	699
<i>Digitalizzazione della Giustizia amministrativa italiana: l'impiego delle tecnologie di IA</i> di BRUNELLA BRUNO - DOMENICO FRANCO SIVILLI.....	775
<i>Il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di pubblici servizi tra giurisprudenza formalmente consolidata e casistica della prassi sostanzialmente divergente</i> di BIAGIO G. DI MAURO .....	803

## Dialoghi con la giurisprudenza

<i>Il principio di necessaria elasticità del software: verso un soccorso istruttorio "automatizzato"?</i> Consiglio di Stato, Sez. VII, sentenza 16 febbraio 2024, n. 1588 Commento di MARCO MONGELLI.....	843
<i>La difesa contingentata: sull'inammissibilità da superamento dei limiti di estensione del ricorso</i> Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 22 settembre 2023, n. 8487 Commento di GIORDANA STRAZZA.....	877
<i>La violazione dei limiti dimensionali degli atti processuali: un monito dal giudice amministrativo</i> Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 13 ottobre 2023, n. 8928 Commento di CLARA SILVANO .....	891
<i>Cumulatività delle domande congiunte e rinvio pregiudiziale: il compromesso della Cassazione</i> Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza 16 ottobre 2023, n. 28727 Commento di VALENTINA CICCHELLI .....	909

**Attualità**

*L'onere della prova nel sistema giurisdizionale: cronaca di un convegno  
(Chieti, 5 e 6 dicembre 2024, Università "G. d'Annunzio" di Chieti -  
Pescara)*

di ADRIANA CIAFARDONI - PAOLA MILIOTO - ANTONIO ROMANO - FRANCESCO TRAPPELLA .....

949

# Situazioni giuridiche e processo civile: micro-speculazioni tra dogmi, categorie e concetti, dall'angolo visuale dell'accordo (\*)

di ALESSANDRO FABBI

SOMMARIO: 1. *Konventionalprozess* e rapporto giuridico processuale. — 2. Transizione. La teoria del processo come procedimento e il (via via più) limitato senso dei residui richiami al “rapporto”. — 3. Il processo come serie di situazioni giuridiche e gli accordi. Variazioni. — 4. Oltre i postulati: accordi e fattispecie (sullo sfondo del procedimento); poteri e doveri; accordi e (cedevolezza della) norma. — 5. Un esercizio pratico conclusivo, su di un problema solo all'apparenza ozioso.

## 1. *Konventionalprozess* e rapporto giuridico processuale.

Di là del titolo stentoreo gli intenti sono ben più discreti di quanto se ne possa inferire: e intendono agitarsi nello studio della negletta figura dell'accordo processuale nel quadro della giustizia civile italiana; formula adoperata estensivamente, ad includere — secondo una diffusa dottrina straniera — tanto gli accordi c.d. obbligatori (di natura o meno sostanziale), con efficacia sul/nel processo, sia essa prevista o regolata o meno dalla legge, con cui le parti dispongono di propri poteri (o per taluno o talvolta: facoltà) processuali (1), quanto gli accordi, c.d. dispositivi, con cui le parti ‘dispongono’, in via diretta, della norma processuale, ossia dello svolgimento del processo o della attività del giudice (2).

(\*) Articolo destinato al volume di E. NICOSIA - R. BELFIORE (a cura di), *Situazioni soggettive e diritto pubblico*, Napoli, 2024.

(1) Che necessitano, comunque, di una trattazione autonoma dai negozi di diritto sostanziale, per la *sedes* in cui operano, e quand'anche producano effetti rilevanti sul piano sostanziale; nonché possibilmente unitaria, con adeguati *caveat*, benché in contesti diversi.

(2) È la distinzione comunemente accolta, sulla scia di quella tedesca: v. tra tutti A.

La scienza giuridica italiana — tampoco il locale *stylus curiae* — non è ancora giunta a un finito e unitario riconoscimento di una o più categorie generali di accordo, che ha anzi non di rado rigettato <sup>(3)</sup>: complice fino ad ora, forse (si è soliti dire, ma dissentiamo, per genericità dell'argomento <sup>(4)</sup>), la decisa virata pub-

CABRAL, *Convenções Processuais*, São Paulo, 2015 (ed edizioni successive sino a *Convenções Processuais: Teoria Geral dos Negócios Jurídicos Processuais*, 2023), spec. 50 e riff. nelle note a piè di pagina (51: per la distinzione, inoltre, tra accordi ad effetti diretti ed indiretti, tale da escludere ad es. dal novero cui allude l'espressione la clausola con cui le parti stabiliscono il luogo di adempimento dell'obbligazione, con ogni conseguenza in punto di foro competente). V. anche G. SCHUMANN BARRÁGAN, *Verso una teoria generale degli accordi processuali. Premesse ricostruttive* (trad. S. Dalla Bontà), in *Giust. Consensuale*, 2023, 81 ss., spec., per la distinzione di cui al testo, note 14 e 15 (rispettivamente per gli accordi “a carattere dispositivo”, *prozessuale Verfügungsverträge*, e per gli accordi a carattere obbligatorio, *prozessuale Verpflichtungsverträge*), i primi influiscono sul processo o sull'attività dell'organo giurisdizionale, i secondi mirano a disciplinare la condotta delle parti. *Amplius*, del medesimo A., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid, 2022, spec., sulle categorie in discorso, 147 ss. e *passim*.

<sup>(3)</sup> S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Roma, 1966, I, 451: “dalla disponibilità del diritto alla disponibilità del processo, e quindi del giudizio, non c'è uno svolgimento consequenziale ma un salto”. Più chiaramente la (iniziale, come si vedrà) avversione di Satta agli accordi era formulata in *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, spec. 49 ss., 50, ove riconosceva che la loro ammissione toccasse le radici più intime di tutto il diritto processuale, avversandola, e contribuendo ad un “equivoco storico”, come si vedrà nel presente §, poiché si trattava a suo dire “di decidere sulla convenzionalità o meno del processo, di accettare cioè l'idea del rapporto pubblicistico... o di tornare all'antico .. i contratti processuali rappresentano una nostalgia di questo antico”. Più distesamente dello stesso S., v. le repliche e considerazioni sull'opera giovanile sul giuramento di Allorio, richiamate alla nota seguente, nonché, anni dopo, la voce enciclopedica dedicata all'accordo, del pari *infra* richiamata.

<sup>(4)</sup> Non inusuale, come altrove rilevavamo (A. FABBÌ, *Appunti sugli accordi processuali nel diritto federale statunitense*, in AA.VV., *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, 2016, II, 1003 ss.), la sovrapposizione del tema degli accordi, o più genericamente del ruolo della autonomia privata nel processo, a progetti di sua *privatizzazione* o *pubblicizzazione*. Per un datato ma spendibile discorso intorno alla inutilità di tali espressioni, v. per es. S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, rist. 2004, Nuoro, spec. in *Storia e “pubblicizzazione” nel processo*, 199 ss. (dove Satta prende largamente in esame l'opera di Allorio sul giuramento), ed anche, prima, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo* (la nota prolusione in Padova nel 1939), 173 ss. ove Satta argomenta e se si vuole riconosce, *ivi*, 204, che lo Stato potrà intervenire in maggiore o minor misura sul processo e quindi più o meno “pubblicizzarlo”, “ma questa misura sarà data dalle norme di diritto positivo nelle quali essa si sarà manifestata, le quali possono lasciare largo campo alla disposizione delle parti, che non è affatto incompatibile con l'intervento dello Sta-

blicistica della scienza di settore <sup>(5)</sup>; più probabilmente un casuale disinteresse degli interpreti tempo per tempo accostatisi all'argomento. Ancorché l'ordito codicistico nel suo complesso, ben più di altri per noi, appaia votato ad accogliere una ricostruzione univalente in argomento, conoscendo diverse categorie tipiche (a volte confuse o nascoste tra le disposizioni), oltre a previsioni generali strumentali alla sistematizzazione.

Al confronto di tale stato dell'arte con i notevoli sviluppi raggiunti invece sull'accordo, su tutte, dalla processualistica tedesca <sup>(6)</sup>, si è anni addietro autorevolmente ipotizzato <sup>(7)</sup> che il tema avrebbe potuto conoscere altra sorte se anche in Italia avesse avuto maggior seguito la teoria, di matrice appunto tedesca e post-pandettistica, del rapporto giuridico processuale <sup>(89)</sup>.

to" e, prima, discutendo tali orientamenti pubblicistici, mette in evidenza la loro erroneità nei limiti in cui appuntano il "pubblicismo" sullo scopo di attuazione del diritto oggettivo, mentre, eccepcisce S. SATTÀ, *op. cit.*, 178-179, il processo è un "modo di essere", in cui sempre si fa sempre valere un interesse privato.

<sup>(5)</sup> La affermazione del carattere pubblicistico e autoritario del pensiero chiovendiano, quasi uno stilema linguistico ai fini di che trattasi, è, come noto, ben che in altri riportata a corrette proporzioni da F. CIPRIANI, tra le tante sedi, v. ad es., *omisso* ai presenti fini il resto, il breve scritto di passaggio intitolato *Giuseppe Chioventa tra Salvatore Satta e Virgilio Andrioli*, in *Foro It.*, 2002, 129 ss.

<sup>(6)</sup> Attestata anche da A. CHIZZINI, *Koventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 45 ss. A. CABRAL, *Convenções*, cit., si pone l'obiettivo dichiarato (p. 19) di "provar que as convencoes, no processo contemporaneo, sao compatíveis como publicismo processual". E ancora, p. 20, muove dall'ipotesi che sia possibile conciliare le conquiste del "publicismo processual com a possibilidade de celebraçao de convenoes processuais".

<sup>(7)</sup> R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in AA.VV., *Accordi di parte e processo. Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2008, 99 ss., poi in Id., *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, I, Milano, 2022, 179 ss. e spec. 190-192. Nella dottrina straniera: A. CABRAL, *Convenções*, cit., 140, ove sostiene che, sulla base della concezione del rapporto giuridico processuale (ma, aggiunge anche, grazie al principio dispositivo), si apre lo spazio per l'autonomia delle parti nel processo, e ciò "in collaborazione con il giudice", laddove J. GOLDSCHMIDT (sulla cui opera *amplius infra*) ne discorreva (*Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, 1925, 299) in relazione alla sola autonomia delle parti. Si è visto alla nota 4 che, forse d'istinto, anche Satta temeva l'idea dell'accordo, come temeva un ritorno alle ... *Pandette* ed al rapporto come ivi inteso.

<sup>(8)</sup> V. O. v. BÜLOW, *Die Lehre von den Prosesseinreden und die Prosessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, *passim*; adde, J. KOHLER, *Über processrechtliche Verträge und Creationen, Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*, Berlin, 1894. Per un riepilogo della

Donde la opportunità e all'un tempo giustificazione della presente ricerca: la quale, senza addentrarsi in un dibattito di recente rinverdito <sup>(9)</sup>, intende esplorare le più note concezioni teorico-stipulative (rapporto/situazione giuridica/procedimento, ecc.) del fenomeno processuale, vagliandone eventuali utilità nella angolazione indicata (*i.e.* lo studio dell'accordo) <sup>(10)</sup>. Quale quella prescelta, si deve condividere intuitivamente che, per la ricerca in svolgimento, rechi vantaggio la ricostruzione del processo a mezzo, come sempre meno si fa, di categorie generali <sup>(11)</sup>. Vedremo che l'accordo entra nella teorica degli atti processuali: atteso che quest'ultima, per comune opinione, chiama in causa l'ausilio della teoria generale <sup>(12)</sup>, risulta che l'una e l'altra sono messe in moto ed in discussione dal primo. L'esercizio, poi, per scelta fatta

loro posizione circa l'accordo, v. M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, 149 ss.

<sup>(9)</sup> La ricostruzione del processo come procedimento, serie di atti caratterizzata dal contraddittorio, *rectius* dalla nozione di giusto processo e dagli elementi che la devono connotare, è stata da ultimo ripresa da A. PANZAROLA (*Processo, procedimento e iudicium (brevissime annotazioni a margine di una celebre dottrina)*, in AA.VV., R. MARTINO, A. PANZAROLA e M. ABBAMONTE (a cura di), *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, Milano, 2022, 411 ss.), generando una discussione che ha visto, nell'ordine, gli interventi, dopo Panzarola, di R. MARTINO (*Prefazione*, in AA.VV., *Procedimento e processo*, cit., VII ss.), B. SASSANI (*Il discorso interrotto. Il diritto processuale ed il suo oggetto al tempo del right to a fair trial*, prima in *Il Proc.*, 2022, 1, 1 ss., poi ancora in AA.VV., *Procedimento e processo*, cit., 425 ss.) e, da ultimo, R. TISCINI (*Ulteriori brevi riflessioni intorno a un discorso interrotto... tra processo, procedimento e iudicium*, in *Judicium*, 2022, II, 493 ss.).

<sup>(10)</sup> L'approccio si giova delle connessioni, comuni ascendenze o sviluppi, tra teorie del diritto processuale in vari sistemi ed epoche, principalmente tra Germania e Italia, sul che v. chiare linee generali (lì anche relative alla Francia e al più distante *common law*) in C. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile "osmosi"*, in *Riv. It. Scienze Giuridiche*, 2015, 127 ss.

<sup>(11)</sup> G. VERDE, *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti (Soliloqui del crepuscolo 2021-2023)*, Torino, 2023, 28 ss., vuole densamente sottolineare che, magari per schiavitù dai concetti entificati dalla stessa dottrina che seguiamo, si osserva la tendenza a proporre come soluzioni tecniche — e in qualche misura "neutre" — scelte di valore, sul che v. anche B. SASSANI, *A proposito di un libro di Giovanni Verde "sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti"*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 947 ss. spec. 952 ss.

<sup>(12)</sup> In luogo di molti: F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1942, 267: "poiché ... gli atti processuali sono atti giuridici, s'intende che per la loro conoscenza giovano anzitutto le nozioni elaborate dalla teoria generale del diritto ...".

— escluso il non difficile caso pratico conclusivamente esaminato —, riguarderà lo stato della dottrina volta per volta selezionata, ponendo perlopiù e volutamente da parte quello della giurisprudenza <sup>(13)</sup>.

Si dica che la opinione per cui la teoria del rapporto meglio feconderebbe la riflessione sull'accordo — sensata, per come risuona, di primo acchito — si rivela da principio non poco ambigua: furono difatti proprio i teorici del rapporto, Bülow, Kohler e seguaci <sup>(14)</sup>, a fissare il c.d. divieto di *Konventionalprozess* cui si devono gran parte dei dogmi giunti (a noi) sino a oggi, primo tra tutti quello della tassatività, portato della indiscussa natura pubblica del diritto processuale, e così della inderogabilità della rispettiva disciplina <sup>(15)</sup>.

A riguardo, Bülow, nella sua lezione in tema di *Dispositives Civilprozeßrecht*, sostenne (seppur, per qualcuno, risultando frainteso <sup>(16)</sup>) la esistenza di un diritto processuale dispositivo, la cui essenza doveva consistere in un'autorizzazione della legge che sola consentiva spazio alla autonomia delle parti (c.d. norma di autorizzazione, *Ermächtigungsnorm* <sup>(17)</sup>): che fosse pure corre-

<sup>(13)</sup> Peraltro, apparirà tra qualche pagina (forse paradossale) che la giurisprudenza di legittimità talvolta, anche in anni recenti, cerchi appigli nel rapporto giuridico processuale; mentre il caso esaminato in conclusione mostra non altrettanta dimestichezza con le situazioni processuali.

<sup>(14)</sup> O. von Bülow, J. Kohler, A. Wach, K. Hellwig, tra gli altri. La categoria dogmatica in discorso fu quindi importata in Italia da G. CHIOVENDA (v. su tutto i *Principii*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1923, es. 859). Ma v. anche, per l'adesione alla costruzione in oggetto, F. KLEIN, tra l'altro in *Die Schuldhafte Parteihandlung: Eine Untersuchung aus dem Civilprozessrecht*, Wien, 1885.

<sup>(15)</sup> Per una discussione del tema cfr. ancora M. MARINELLI, *La natura*, cit., 149 ss.; A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., 45, nota 1. V. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 106, discorrendo dei contratti processuali il cui campo “è limitatissimo”.

<sup>(16)</sup> *Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1881, 1 ss. Cfr. G. WAGNER, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, 57 ss. V. anche M. MARINELLI, *op. cit.*, 151 ss.

<sup>(17)</sup> Si direbbe: in coerenza con la sua concezione dei rapporti tra legge e giurisdizione (su cui v.: trad. M. MARINELLI, *Legge e giurisdizione*, in *Giust. Proc. Civ.*, 2011, 1269 ss.): così, A. CHIZZINI, *Konventional*, cit., 50 e nota 25. Ricorda A. CABRAL, *Convenções*, cit., 33, sul punto, la teoria per cui i negozi processuali sarebbero inammissibili

data di una *default rule*, diremmo oggi) (18); peraltro, come rilevato tempo dopo *ex professo* da Wagner, la posizione era tutt'altro che di apertura, atteso che l'importante autore era anche colui il quale credeva che la stipula di un contratto processuale dovesse considerarsi una "*krasse Gesetzesverletzung*" (19).

Anche Kohler (20), tra gli altri, pur variandone vari sviluppi con le sue "*Creationen*", e pur non senza svariati ragionamenti, singolarmente isolati, validi e da recuperare ancora adesso (21), era

nel processo, potendo produrre effetti soltanto nei limiti previsti dalla legge (tassatività dei negozi), coerentemente con la considerazione degli atti processuali come atti giuridici in senso stretto dove la volontà dell'agente resta irrilevante, mentre solo per taluni atti questa sarebbe la regola, rammentando come (80 ss.), nella vigenza del codice del 1973, tale teoria fosse imperante anche in Brasile, oltre che all'estero, per cui rife. alla nota 214. L'A. rammenta altresì come, 81 ss., un primo superamento di tale orientamento restrittivo si ebbe in Germania in linea con lo sviluppo della concezione collaborativa del processo: già, secondo Cabral, con Schiedermaier e Baumgärtel (ma anche, per C., con W. SELLERT, *Der Verzicht auf Einwendungen beim deklaratorischen Schuldanerkenntnis – ein Prozeßvertrag?*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, 230 ss. e con Hellwig, su cui v. *infra*). Di qui Cabral, 89 ss., ripercorre l'evoluzione della dottrina tedesca in materia, analizzando le posizioni di Bülow – cui imputa condivisibilmente di aver ispirato larga parte delle successive posizioni di chiusura in arg., v. 92 ss. —, ma anche Kohler e Wach, *ante* e *retro* citati.

(18) Allude a ciò, al punto di riprendere e sintetizzare gli insegnamenti della dottrina tedesca, anche G. SCHUMANN BARRÁGAN, *Verso una teoria generale*, cit., là dove, nota 22 si riferisce ad una "subsidiäre Regelung", che però, come evidenziamo nel testo ed altrove, non risulta così rigidamente richiesta, a delimitazione chiara e definitiva dei legittimi casi di accordo, neppure nella stessa processualistica tedesca moderna ed un poco meno.

(19) G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 4, citando O. BÜLOW, *Dispositives*, cit., 64; ma anche, più avanti, p. 58, quando ascrive (a titolo di colpa) alla teorica bülowiana la nascita del dogma della indisponibilità del diritto processuale: "*Der Schluß von der öffentlich-rechtlichen Natur des Prozeßrechts auf seine Unverfügbarkeit läßt sich indessen bereits aufgrund der Lehre Bülows als Fehlschluß entlarven. Wie oben bereits angedeutet, wandte sich Bülow gegen die „Mutationstheorie“, also die Vorstellung, die Parteien wandelten durch Verträge das sonst geltende Recht ab, von der aus der Schluß, das dem Allgemeininteresse verpflichtete öffentliche Recht müsse vor Privatwillkür geschützt sein, allerdings naheliegt*".

(20) *Über processrechtliche Verträge und Creationen*, cit., 126 ss. e spec. 154 ss. ove Kohler riteneva peraltro che quando la legge processuale concedesse almeno due scelte alle parti, a queste ultime fosse data la possibilità di accordarsi per scegliere una sola via tra le due o tra le varie (citando le rinunce alle impugnazioni, gli accordi sulla competenza, l'allegazione e la prova dei fatti, ecc.).

(21) V. ad es., per l'affermazione per cui taluni atti di natura civilistica, una volta divenuti parte integrante del processo, perdono siffatta natura tramutandosi in atti processuali: ID., *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*,

rimasto in sostanza ancorato alle premesse bülowiane — malgrado ripreso per più versi dal primo Goldschmidt<sup>(22)</sup> nell'introdurre l'elemento dinamico della situazione giuridica o la teorica dell'atto con effetti su vari piani. Non dissimilmente lontani furono gli approdi di Wach<sup>(23)</sup> e, poi, Hellwig<sup>(24)</sup>, pur anch'essi valorizzati<sup>(25)</sup>, magari senza distinzione tra il Konrad e l'Hans-Jürgen, e ciò a dispetto, specie per il primo, di conclusioni a dir poco astringenti<sup>(26)</sup>.

Ci volle gradatamente una rilevante dottrina successiva a provocare una decisa virata, donde importanti nomi della processualistica tedesca (il più noto fuori dai confini sino a tutt'oggi è Schlosser ma più profondamente avviarono e delimitarono il dibattito, prima di lui, Schiedermaier<sup>(27)</sup> e Baumgärtel<sup>(28)</sup>) hanno dato il loro

1901, 1 ss. spec. 1-4 (altro discorso è dire: v. più avanti, che Kohler entro tali atti ricomprende anche la "pretesa fondata"); peraltro, la visione di Kohler anticipa le basi della teorica degli atti ad effetti plurimi, ripresa in seguito e valida a tutt'oggi. Si confronta con essa, cogli obiettivi lì perseguiti, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 222, nota 45.

(22) J. GOLDSCHMIDT, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale. Prima parte*, trad. M. MARINELLI, Torino, 2019, 182, ove il rilievo che sia stato proprio Kohler a far sprigionare le scintille più preziose dalla "pietra focaia" del rapporto processuale.

(23) A. WACH, *Das Geständnis*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1881, 201 ss., per la "completezza" del diritto processuale, p. 221 e p. 225 ove si legge che "*das Civilprozessrecht ist erschöpfend*", ma dello stesso A. v. soprattutto Id., *Vorträge Über Die Reichs-civilprozessordnung*, Bonn, 1879 e 1896, *passim* (ora in rist.).

(24) H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Bonn, 1968, p. 45 ss. (per la eccezione della natura pubblicistica del diritto processuale civile), nonché 50 ss., per consonante qualificazione del rapporto giuridico processuale, e ancora per la qualificazione, per cui Hellwig propende, degli accordi come aventi direttamente ad oggetto una situazione giuridica processuale, p. 30 e p. 43 ss. (tesi contrapposta a quella che ha invece di mira gli effetti degli accordi, risultandone in tal modo una categoria più ampia).

(25) V. es. J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 184, ove riporta l'affermazione di Hellwig per cui dagli atti processuali si generano "specifiche situazioni giuridiche", che determinano e orientano "l'ulteriore corso del rapporto processuale".

(26) K. HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozeßrechts*, I, Leipzig, 1912, 452, rammentando come contratti privatistici sui poteri processuali fossero un controsenso ed escludendo *in toto* la ammissibilità di accordi preventivi in tal senso.

(27) G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, 1935. Per tale considerazione dell'opera di Schiedermaier, v. sin d'ora diffusamente G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., sin da 5 ss. ed altrove ripetutamente; ripreso da M. MARINELLI, *op. cit.*, 153 e poi da A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., 49 e nota 24.

(28) G. BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivil-*

contributo via via allentando le rigide premesse dei teorici del rapporto: vuoi sfaldando il generalizzato dogma della tassatività <sup>(29)</sup> derivante dalla necessaria esistenza di una norma autorizzativa da riconoscersi per la previsione di una regola sussidiaria in assenza di accordo <sup>(30)</sup> (idea che, esasperando la legalità delle forme che pur nessuna ricerca sull'accordo potrebbe abbracciare <sup>(31)</sup>, ha ispirato i brevi contributi censiti in Italia a metà del secolo scorso, e che ancor oggi, per semplificare, raccoglie accoliti: v. *infra* <sup>(32)</sup>), vuoi chiarendo qualche rilevante equivoco. Ciò, ad esempio, è accaduto sull'insegnamento bülowiano nel punto in cui riduceva sì l'ambito degli accordi, ma estendendolo (per una concezione della norma processuale, che sviliva la differenza tra poteri delle parti e del giudice e prendeva il caso in cui la disposizione conferisca più scelte per il caso di oscurità) al contesto della discrezionalità del giudice civile <sup>(33)</sup>. Per i successivi studiosi fu questo uno tra i maggiori

*prozeß*, Berlin/Frankfurt am Main, 1957, e Köln/Berlin/Bonn/München, 1972. In punto di metodo, come ricordato anche da Wagner sin dall'introduzione, *loc. ult. cit.*, Baumgärtel propende per un approccio differente rispetto a Schiedermair, rinunciando ad elaborare principi generali per esaminare, attraverso un metodo induttivo, diversi tipi di contratto separatamente, in ciò anticipando nella impostazione Schlosser, nonostante il rilevante distinguo tra i due, negli esiti e prima ancora nel metodo, solo quest'ultimo e non il primo muovendo dalla massima "*in dubio pro libertate*", che l'a. enuncia sin dalle prime pagine della sua ricerca: v. infatti P. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Tübingen, 1968, 9 ss., che fa leva sulla libertà dei privati, costituzionalmente costruita.

<sup>(29)</sup> Per un riepilogo, G. WAGNER, *op. cit.*, spec. 79 ss.

<sup>(30)</sup> *Supra* e, ancora, G. WAGNER, *op. cit.*, 58.

<sup>(31)</sup> G. SCHUMANN, *Verso una teoria*, cit., nota 17 e 19, avvalendosi come visto della distinzione elaborata in Germania, per gli accordi a carattere "dispositivo" richiama la "necessità di esaminare la natura giuridica della norma. Dello stesso a., nell'opera maggiore, *Derecho*, cit., 138 ss., ancora sulla distinzione tra *prozessuale Verpflichtungsverträge* e *prozessuale Verfügungsverträge*, ne tratta separatamente il regime, rispettivamente riferendosi alla valida disposizione di poteri (p. 150 ss.) e alla esistenza di una norma processuale dispositiva: spec. p. 148 ss. e p. 153, ove il richiamo alla *Normdisposition*, norma processuale autorizzativa. In Spagna come altrove, l'art. 1 LEC stabilisce il principio di legalità nel processo. Si rammenta sin d'ora, *ex multis*, che per P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1941, 220 ss., la libertà delle forme processuali consiste non già nella libertà ma nella loro "legalità".

<sup>(32)</sup> V. il già citato ed importante studio di G. SCHUMANN BARRÁGAN, in nota 3.

<sup>(33)</sup> O. BÜLOW, *Dispositives*, cit., spec. 78, per cui 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; per l'esame, M. MARINELLI,

punti dolenti, a rischio di anettere alla libertà dei privati ambiti delicati, segnatamente ammissione e, soprattutto, valutazione delle prove <sup>(34)</sup>. Dovette affievolire pure l'idea, al fondo confusiva, che la negoziabilità del processo ne richiedesse un'analisi con schemi e metri sostanzialistici: si pensi al malinteso, bülowiano (e non solo), della esaltazione del concetto di *actus trius personarum*, — altamente improprio ai fini di indagine da noi perseguiti <sup>(35)</sup> — dal quale scaturiscono suggestivi ma infondati dubbi intorno a trilateralità/imprevedibile pluralità degli accordi <sup>(36)</sup>. Lo stesso ha a dirsi, per

*La natura*, cit., spec. 157.

<sup>(34)</sup> V. riff., alle critiche, tra gli altri, di Goldschmidt, Schiedermaier, Schlosser e Wagner, in A. CABRAL, *Convenções*, cit., 148 e nota 46. La evoluzione è riepilogata in T.M. PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, spec. 1-56.

<sup>(35)</sup> Che sia stata la concezione (anche in questo significato) artificiosa dell'unico rapporto giuridico ad alimentare il dibattito intorno alla bi- o tri-lateralità del processo, è confermato da F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, rist. 2022 (pref. di P. Ferrua), spec. 281 ss., e sulla cui indagine *amplius infra*. V. anche B. HESS, *Der Prozess als Rechtslage – James GOLDSCHMIDT 1925. Proceedings As a Sequence of Judicial Situations – A Critique of the Procedural Doctrine – Der Prozess als Rechtslage – James GOLDSCHMIDT 1925*, in L. CADIEU, B. HESS e M. REQUEJO ISIDRO (a cura di), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Baden-Baden, 2015, § 1: “*The procedural relationship existed between the parties and the court, it was conceived of as a triangle*”. Il concetto di *actus trius personarum* ebbe peraltro massima diffusione, mai assurgendo ad effettivo e reale paradigma tecnico-giuridico: v. ad es. le menzioni, dense ma comunque etico-moralistiche, di P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, ora in *Opere giuridiche*, I, *Problemi generali del diritto e del processo*, rist. 2019, Roma, 541.

<sup>(36)</sup> Ricorda ancora in tempi moderni G. VERDE, ora in *Diritto processuale civile. Parte generale*, I<sup>o</sup>, Bologna, 2023, 89 ss. e spec. 97 ss. che “in estrema sintesi, può dirsi che la cultura giuridica italiana, sotto l'influenza di quella tedesca, ha sempre più abbandonato l'idea che il processo civile sia una vicenda gestita dalle parti sotto il controllo del giudice e ha con sempre maggiore convinzione condiviso un'impostazione pubblicistica della giustizia anche nelle controversie tra privati e relative a diritti disponibili. Oggi, peraltro, tali conclusioni possono essere giustificate anche da un diverso punto di vista, superando gli steccati ideologici e tenendo come obiettivo del processo l'effettività delle tutele elargite”, sicché – posto che tra i vari principi processuali si legano al diritto sostanziale quello della domanda e quello della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, tutto il resto restando tecnica del processo, “sarebbe meglio, allora, ricorrere alla collaborazione fra le parti e il giudice, concependo il processo come *actus trius personarum*, poste sullo stesso piano e tutte cooperanti per la ricerca della verità e della giustizia sostanziale”. Limitatamente, ai fini di che trattasi, deve allora rilevare il richiamo della dottrina citata (nei limiti in cui riferito a collaborazione/cooperazione nel giudizio). Che l'adozione dell'espressione di atto trilatero superi correnti e teorie, riducendosi — come

il riferimento stesso, costante all'epoca, all'equivalente terminologico italiano di “negoziio giuridico” (processuale) <sup>(37)</sup>, che calava sulla scena concetti di diritto sostanziale e che — richiamato senza dirlo l'elemento della volontà — poneva in crisi, causando ulteriori ritrosie, l'allora già embrionale orientamento circa la volontà del solo atto, ma non del suo effetto <sup>(38)</sup>, con ciò che ne consegue in termini di tendenziale (ir)rilevanza dei vizi del volere. Ciò che d'altra parte spostava il centro dell'attenzione scientifica su istituti per i quali si intuiva (e dibatteva, a ragione o a torto), appunto, una componente volontaristica, senza attenzione al consenso ma includendovi atti unilaterali <sup>(39)</sup>: quali, in un calderone niente affatto concentrato sugli accordi tra due parti, confessione, riconoscimento della domanda, “componimento processuale”, avvio ed estinzione del processo, sino alle estreme ma diffuse opinioni di coloro i quali avevano ritenuto che “*in ogni atto processuale volontario si con-*

<sup>(37)</sup> Cfr. M. RICCA-BARBERIS, *Due concetti infecondi: negozio e rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, 191 ss.

<sup>(38)</sup> G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 776; classico riferimento nella dottrina tedesca è quello di P. ARENS, *Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß*, Berlin-Zürich, 1968, su cui v. anche H.F. GAUL, *Review: Willensmängel bei Prozeßhandlungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1972, 342 ss.; da noi, V. DENTI, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Pavia, 1959. Il punto è evidenziato anche, pur ancora non compiutamente elaborato, in A. COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, 165, ove rammentava come per gli atti processuali può dirsi in genere irrilevante il concetto di causa, essendo già fissati dalla legge gli scopi, che i privati non possono in alcun modo cangiare, sicché la forma è “l'elemento veramente essenziale di questi atti”. Nel panorama comparatistico, si richiama subito, per un superamento, P. COSTA E SILVA, *Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, 2003, *passim* e spec. cap. 2.

<sup>(39)</sup> Cfr. J. KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Zivilprozesses*, Mannheim, 1888, §§ 6 ss., ove riteneva negozi di natura civilistica i negozi di scioglimento del rapporto processuale, rilevandone la efficacia autonoma indipendente dai vizi di cui il processo può essere affetto; trattando pure il tema in termini di negozio di diritto pubblico, cfr. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 775 e altrove.

*tiene un negozio processuale*”<sup>(40)</sup>. Il negozio giuridico processuale era espressione volta a designare quei casi (con la lente dell’attualità abusandone per eccesso<sup>(41)</sup>) in cui la componente volontaristica prende(va) un qualche rilievo nel processo, sia se di due parti sia pure di una soltanto, il che per inciso spiega la nostra (e non solo: v. per tutti il Carnelutti<sup>(42)</sup>) scelta di non far impiego generalizzato dell’espressione, anche per la ulteriore intuizione<sup>(43)</sup> che la tecnica dell’accordo, in quanto tale, è sovente impiegata a prescindere od indifferentemente dal rilievo della manifestazione dei contendenti (si contendono il campo, agli antipodi, atti neutri o con effetti/rilievo soltanto processuali)<sup>(44)</sup>, semmai a soli fini di applicazione del

<sup>(40)</sup> Schultze, citato da A. COSTA, *Contributo*, cit., 81.

<sup>(41)</sup> Categoria definita difatti “infeconda” da V. DENTI, voce *Negozio processuale*, *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 138 ss., a mutuare l’espressione, anni prima, nota 38, di Ricca-Barberis.

<sup>(42)</sup> Al complesso pensiero di Carnelutti esattamente sull’accordo va dedicato un separato capitolo d’indagine, donde qui, rinviando a F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., ove plurimi richiami e trattazioni, es. 305-306, ne affermiamo la importanza, senza svolgimenti sui punti specifici. Per una scelta diversamente argomentata, v. L. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, Padova, 2012, spec. 89 ss.

<sup>(43)</sup> Conf., pur cimentandosi ad altri propositi, G. CONSO, *Fatti giuridici processuali e procedimento*, in *Studi Urbinati*, 1954-1955, 247-410, spec. 322, ove, tenendo distinti i negozi sostanziali che producono effetti nel processo, rileva che “nemmeno i più decisi assertori dell’estendibilità del negozio giuridico si sentono di affermare che, sia pur soltanto su taluni punti, esista una disciplina valevole per il negozio in genere, cioè nel diritto pubblico e privato” e ancora: “la tradizionale problematica del negozio inteso nel senso di dichiarazione di volontà ... portata in campo processuale, cioè applicata ad atti giuridici di carattere processuale, incontri soluzioni proprie, tutte da ricavare sulla base dell’ordinamento”; oppure, 327, evidenza che adottare in campo processuale la figura del negozio giuridico, non solo non giova ma può essere causa di equivoco “ostacolando, con il quasi inevitabile richiamo alle soluzioni proprie dei negozi del diritto privato, l’esatta individuazione delle soluzioni proprie agli atti di carattere processuale”.

<sup>(44)</sup> Si spiega perché già Schiedermaier usò il termine “Vereinbarungen”, sin dal titolo dell’opera, e lo stesso faceva J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 457 e nota a piè di pagina 2425, là dove esponeva però (in questo si sarebbe poi evoluto il lessico –per tutti Wagner–, fermi i principi ricostruttivi, della dottrina tedesca) di voler parlare di accordi, “senza voler indicare con ciò qualcosa di opposto ai contratti, sebbene l’accordo processuale, a differenza di quello di diritto privato, non crei rapporti giuridici, bensì situazioni giuridiche” (“*Der Text spricht, gleich Hellwig, von Vereinbarungen, ohne damit hier etwas den Vetraegen Entgegengesetztes bezeichnen zu wollen, mag auch das prozessuale Uebereinkommen, anders als das privatrechtliche, nicht Rechtsverhältnisse, sondern Rechtslagen begründend. Jedenfalls schafft die prozessuale Parteivereinbarung weder*

principio *venire contra factum proprium* nel giudizio e che, se qui visto bilateralmente, conduce ad un solo risultato possibile al lume dell'art. 157 sec. cpv. c.p.c.

Comunque, tornando ora ai pandettisti: con questo “stato dell'arte” così come restituito, era inevitabile che si finisse per concludere con una chiusura, con “non parliamone più”.

Come evidenziato da Wagner, troppo spesso il divieto elaborato da Bülow, coi suoi corollari — in uno al concetto di rapporto — venivano evocati come obiezione di inammissibilità degli accordi <sup>(45)</sup>. Anni dopo, De Stefano avrebbe etichettato l'avversione al *Konventionalprozess* derivata dalla pandettistica come un vero e proprio “incubo” <sup>(46)</sup>.

Esemplare conferma di quanto si è detto finora si ritrova nel principale ma isolato studio apparso in Italia in quegli anni sull'argomento <sup>(47)</sup>, che — sulla sfondo una valutazione dell'autonomia privata nel processo del tutto eccezionale e limitata <sup>(48)</sup> —, sovente più per avversione ideologica che per ragioni argomentate, nell'ordine (sparso, a dir poco): (i) sostiene che la “legge che regola l'andamento della causa, lo svolgersi del procedimento, ha di per sé un carattere prettamente formalistico, che s'impone alle parti ed esclude l'arbitrio di un processo convenzionale” <sup>(49)</sup>; (ii) ritiene “ben diverso dal fatto della rilevabilità di una nullità o di una decadenza soltanto, per mezzo di una eccezione processuale ... il fatto della possibilità di una deroga preventiva ad una norma processuale, mediante apposita convenzione” <sup>(50)</sup>; (iii) si sofferma partitamente ma

*objectives Recht noch einen sonstigen einheitlichen, von dem der Parteien unterschiedenen Willen”*).

<sup>(45)</sup> G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., riff. *supra* nota 15.

<sup>(46)</sup> G. DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, spec. 57, nota 93 e 71 ss.

<sup>(47)</sup> A. COSTA, *Contributo*, cit.

<sup>(48)</sup> Per la posizione, nella dottrina tedesca all'epoca censita, per cui l'autonomia privata è l'eccezione nel diritto processuale, A. COSTA, *op. cit.*, 55 e riff. alle note.

<sup>(49)</sup> A. COSTA, *Contributo*, cit., 31.

<sup>(50)</sup> A. COSTA, *Contributo*, cit., 31, che prosegue motivando che (in linea con la concezione pandettistica del diritto processuale come di regola “cogente”) ciò sarebbe possibile solo a patto che lo preveda espressamente la legge.

senza spiegazione armonizzante, replicando il confuso insieme di moda al tempo (*breviter* giustificato dall'adozione del lato concetto di negozio processuale<sup>(51)</sup>), ora sulla confessione, ora sulle rinunce unilaterali e le "manifestazioni" bilaterali<sup>(52)</sup>, ora sul riconoscimento dell'azione concludendone per la natura di negozio sostanziale<sup>(53)</sup>, ora su accordi sostanziali con effetti sul processo<sup>(54)</sup>; (iv) di rado soltanto riflettendo su più densi ed effettivi problemi quale quello della natura del compromesso<sup>(55)</sup> o del patto di *forum prorogatum*, entrambi ad avviso di Costa di natura sostanziale e perciò, in definitiva, "contratti"<sup>(56)</sup>, oppure proponendo svolgimenti ad es. sul regime dei vizi degli accordi (negozi) ammessi<sup>(57)</sup>, sull'acco-

(51) Su cui v. pure per es. F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915 e rist. Napoli, 2016, 31 ss. per cui sarebbe negozio processuale ogni atto che venga compiuto dal "subbietto" con lo scopo pratico di raggiungere quell'effetto giuridico di fissazione formale.

(52) *Id.*, *op. cit.*, 49, citando gli studi di Wach, e poi più avanti (143) dissentendo sulla presunta negozialità della stessa.

(53) A. COSTA, *Contributo*, cit., 106-107, tratta del riconoscimento dell'azione e afferma che esso costituisce di per sé un atto giuridico dispositivo, è dunque un negozio giuridico perché connesso alla volontà della parte che lo presta, non è un negozio processuale perché la legge processuale non lo prevede. Costa conclude trattarsi di negozio di diritto materiale, p. 108, che trae origine dal potere privatistico della parte ed è quindi regolato dalle norme di diritto materiale corrispondenti.

(54) Cfr. A. COSTA, *Contributo*, cit., 95 ss., citando la transazione, la remissione o il pagamento del debito, che, volta dedotti in giudizio mediante eccezione della parte interessata, "hanno l'effetto di produrre immediatamente la fine del processo".

(55) D'interesse per A. COSTA, *Contributo*, cit., 51, la sottoposizione che Kohler predicava per vari accordi quale il compromesso, al diritto sostanziale, mentre per altri rivendicava la sottrazione al potere dispositivo delle parti, es. per quelli sui divieti convenzionali probatori.

(56) A. COSTA, *Contributo*, cit., 135, ritiene fondamentale il punto che le manifestazioni di volontà formate fuori dal processo sono da trattare come "private" e rilevano per il processo nei limiti in cui la legge processuale ne determina la ammissibilità. Così Costa, ritenendoli negozi di diritto privato, cita le convenzioni sulla scelta del foro e il compromesso: pp. 136-137.

(57) *Op. cit.*, 161 ss. anche con rife. alle indagini compiute (es. Cammeo) sui vizi della volontà negli atti amministrativi; poi, p. 162, Costa ritiene assiomaticamente la impossibilità di ricorrere all'analogia tra i negozi privatistici e i negozi processuali ammessi perché ciò sarebbe suscettivo altrimenti di una indefinita sequela di controversie dirette a precisare la reale esistenza di una volontà rivolta al compimento di ciascuno, le quali perpetuerebbero uno stato di incertezza assolutamente contrario alla stessa finalità del giudizio, e ciò giustifica il perché il potere dispositivo va comunque posto in relazione all'interesse processuale superiore e prevalente anche su quello individuale, prevalendo,

stamento con la funzione omologatoria/di volontaria giurisdizione<sup>(58)</sup>, e sulle impugnazioni<sup>(59)</sup>; (v) ancora: distinguendo meri atti di impulso da atti dotati di un *quid pluris* differente<sup>(60)</sup>; (vi) poi: come tra l'altro consueto in questo genere di ricerche, per un verso recando a conclusioni ovvie, con concessioni sulle allegazioni convergenti<sup>(61)</sup>, ma non sul piano della prova<sup>(62)</sup>, ecc.; per altro

p. 163 e riff. alle note, la necessità sociale sulla autonomia dell'individuo.

<sup>(58)</sup> A. COSTA, *Contributo*, cit., 175, citando l'accostamento, che si deve a Calamandrei, tra l'operato del giudice che decida in sentenza sulla base del riconoscimento dell'azione da parte del convenuto, ovvero prendendo atto della rinuncia dell'attore, ai casi in cui il giudice è investito di una "funzione amministrativa", "documentatrice", ecc.

<sup>(59)</sup> Ad es. v. A. COSTA, *Contributo*, cit., 177-178, ove ritiene che il processo definito sulla base del "componimento processuale" possa essere riproposto *ex novo* (senza onere di impugnazione), ivi citando il caso pratico (p. 173) della rinuncia al ricorso in cassazione fatta in base ad una transazione successivamente annullata, riff. per la esperibilità del ricorso, in giurisprudenza ed in dottrina, in nota 2 (anche con posizioni contrarie).

<sup>(60)</sup> A. COSTA, *op. cit.*, 125, ove l'affermazione che certi atti di solo impulso non avrebbero altro effetto che non di arrecare un nuovo contributo allo sviluppo del processo. Costa cita esempi nel vecchio codice del 1865 e così nella legge speciale, del 1901, sul procedimento (p. 128, e in nota 3; anche per l'accordo di scelta del perito: per cui v. artt. 253, 260, 272 e 277 c.p.c. 1865). Di qui ricorda, p. 138, confutando sul punto Carnelutti (nota 1, nota 2) come l'impulso di parte che caratterizza il processo civile con riferimento alla raccolta e produzione del materiale di discussione, si fonda su una ragione di opportunità, "ma ha pure per presupposto l'indole essenzialmente privata della controversia che riguarda solo l'interesse del singolo"; p. 166, deduce come, se la forma è rimessa alle parti, come scelta di tecnica, e così il rilievo delle nullità alla loro eccezione, è pur vero che la legge impone la sanatoria e così rende a maggior ragione irrilevante la volontà. I vizi che l'atto processuale assume, puntualizza Costa (p. 167), vengono riassunti complessivamente nell'impugnativa del provvedimento del giudice che ebbe per presupposto l'atto viziato. Poi, più avanti, p. 175, fissando una ulteriore distinzione, sostiene che il problema della volontà viziata si porrebbe comunque in termini diversi per quei negozi che, di natura materiale, presentano una 'manifestazione' processuale (in nota 1 comunque ritenendo il caso improbabile).

<sup>(61)</sup> *Op. cit.*, 141, ove la opinione che, in caso di affermazione bilaterale di fatti, in quanto una circostanza di fatto sia affermata da entrambe le parti, il giudice deve senz'altro ritenerla come accertata, col limite del c.d. processo simulato (rispetto al quale, rileva Costa, si apprezza la tendenza di ogni ordinamento a rettificare il tiro attribuendo poteri correttivi all'organo) citando in senso conforme F. CARNELUTTI, *La prova*, cit., 23 ss., nonché, prima, p. 18, ove è esaminata la ipotesi in cui le parti, tacendo un fatto reale o concordando su un fatto immaginario, costringano il giudice a porre nella sentenza una situazione fattuale diversa dalla realtà.

<sup>(62)</sup> Nel quale, secondo A. COSTA, *Contributo*, cit., 142, la legge "scioglie il giudice dalla rigorosa limitazione all'attività di parte ed ammette un'integrazione di attività per sua iniziativa". Ed ancora, p. 153, nota 1, quando afferma che il "potere di costrizione del convincimento del giudice ... repugna alla concezione della funzione giurisdizionale stessa".

verso cadendo in iper-classificazioni, con un faticoso e non sempre scorgibile *distingue frequenter* (63). Presto nell'indagine è raggiunta la conclusione che, nel processo, non si può accostare il rilievo della volontà delle parti (64), quand'anche ammesso, a quel potere dispositivo che domina la lite privata (65) e ciò sebbene l'autore — che però ancora ritiene, come da dogma corrente, che la parte nel processo agisca nella “attuazione della legge (66) — avesse finanche provato, a suo dire, ad allentare alcuni tra i gravosi “dazi” bülowiani (67).

(63) Così, tra l'altro, A. COSTA, *Contributo*, cit., 129-132, ammette che possano esservi accordi processuali solo per volontà omogenee ed uniformi, ma non per verità opposte che si incrociano (?); p. 132, tratta della perenzione della istanza ricordando come l'istituto sia solito essere trattato come una tacita o presunta rinuncia alla lite, ritenendo però la concezione errata. Rimarca il carattere negoziale dell'accettazione della sentenza, tacita o espressa che sia: p. 133; p. 135 ritiene ben diversa la problematica là dove vi sia una rinuncia preventiva ad una facoltà garantita dall'ordinamento processuale, anche se concordemente tra le parti, dicendosi contrario.

(64) Si interroga poi Costa della possibile apposizione di elementi accidentali negli atti processuali: v. A. COSTA, *op. cit.*, 169 riff. alla nota 1, a Hellwig e Pollak: non nega che vi siano atti, previsti o meno dalla legge, condizionati, sostenendo che li si debba indagare volta per volta, se validi. Assume poi, p. 170, la libera revocabilità delle dichiarazioni processuali presentate, riferendosi alle domande, il che contribuisce a far comprendere perché non serva la impugnabilità della dichiarazione per vizio di volontà del dichiarante.

(65) *Op. cit.*, 89: “non ne consegue in alcun modo l'accostamento a quel potere dispositivo, che domina la materia litigiosa in corrispondenza alla natura normalmente privatistica della lite, ed è quindi esente da qualsiasi influenza di pubblici interessi”. Contraddittoriamente v. però il punto in cui afferma potersi parlare di atti caratterizzati da autonomia processuale in parallelo alla autonomia privata sul piano sostanziale: p. 126, concedendo la difficoltà della loro identificazione, in quanto spesso, p. 127, la volontà sarebbe attuata in forma negativa (es. della mancata eccezione). Di qui richiama a titolo d'esempio l'accordo tacito sulla competenza territoriale.

(66) La concezione del processo, corrente al tempo e fatta propria da A. COSTA, *op. cit.*, era che (p. 140) la parte agisse “per un fine pubblico, l'attuazione della legge; essa opera non già per un proprio potere discrezionale, come quello di cui è investita sul rapporto controverso, ma bensì per una delega che lo Stato le accorda, affinché colla sua attività giovi ai fini generali della giurisdizione”. Riprendendo ora quanto si diceva nelle notazioni introduttive (ove abbiamo ritenuto inutile collegare interesse e percezione dell'accordo nel processo a “pubblicismo” o “privatismo”), aggiungiamo che il mutamento di ideologia può aver rilievo in questo limitato senso, consistente in ciò che: quella concezione del processo è oggi rimpiazzata dalla idea utilitaristica della giustizia come risorsa limitata, ecc.

(67) A. COSTA, *Contributo*, cit., 125, sul significato da attribuire al concetto di norme dispositive ricorda come Bülow ritenesse tali quelle destinate a trovare applicazione in via secondaria in mancanza di un assetto pattizio, mentre a suo avviso sarebbero state tali

Tornando dal particolare al generale, oggi nella dottrina italiana — di là dei richiami, ancora multipli e talora solo esornativi (v. *infra*), alla espressione “rapporto processuale” <sup>(68)</sup> — prevale la posizione, per cui “pretendere peraltro di ridurre il processo allo svolgimento di un rapporto giuridico tra le parti e/o di un rapporto tra ciascuna di esse e il giudice appare riduttivo e fuorviante”, ove invece primario rilievo è dato, quale tessuto connettivo, al contraddittorio <sup>(69)</sup>.

## **2. Transizione. La teoria del processo come procedimento e il (via via più) limitato senso dei residui richiami al “rapporto”.**

In linea con l’insegnamento ad oggi diffuso, Fazzalari su tutti <sup>(70)</sup> — ma altrettanto Picardi (per cui v. poco di seguito) — ha(nno) a loro tempo insegnato che il procedimento consiste in una determinata sequenza di norme “*nonché degli atti da esse disciplinati e delle posizioni soggettive da esse estraibili*”, in vista del — e compreso il — “compimento di un atto finale”. Nel processo, la sequenza è disposta in modo che all’*iter* di formazione dell’atto partecipino, oltre al suo autore, coloro nella cui sfera l’atto finale è destinato a svolgere i suoi effetti. E così “la nozione di processo è individuata non dall’*an*, ma dal come di tale partecipazione”.

Per Fazzalari, poi, il procedimento va riguardato “come una serie di facoltà, poteri, doveri: quante e quali sono le posizioni soggettive che è dato trarre dalle norme in discorso”, concezione che i processualisti hanno stentato ad elaborare rimanendo fermi

solo quelle che ammettono espressamente la deroga; in altra parte, p. 143, Costa ritiene “vecchia” la dottrina di Bulow che concepiva il rapporto processuale “come contratto giudiziale nel quale si scambiavano reciproche dichiarazioni di volontà fra gli avversari”.

<sup>(68)</sup> Cenni in G. SCARSELLI, *Giuseppe Chiovenda (e i problemi attuali del nostro processo civile)*, *Giust. Ins.*, 27 novembre 2021, spec. § 4.

<sup>(69)</sup> Così ad es., G. RUFFINI (M. GRADI - V. BERTOLDI), *Diritto processuale civile*, I, *La giustiziazione civile*, Bologna, 2023, 35.

<sup>(70)</sup> Voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 819 ss., spec. 827 ss.; come noto, la posizione di Fazzalari fu ripresa in molte sedi, es. in *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1 ss. Ulteriori riff. in R. Martino, *Prefazione*, cit., VII ss.

“*al vecchio e inadatto cliché*” pandettistico del rapporto giuridico processuale <sup>(71)</sup>.

L'ondata dei processualisti post-chiovendiani aveva in effetti, da un canto, seguito l'insegnamento concettuale derivato dal rapporto germanistico, con isolati e parziali distinguo, tra i quali per vari versi la posizione di Betti <sup>(72)</sup>; d'altro canto, però, lentamente iniziato a distaccarsene — complice pure il fatto che i teorici generali del diritto, e a più forte ragione quelli versati sul processo già iniziavano decisamente a preferire il concetto di “fattispecie” <sup>(73)</sup> — ordinatamente nemica o complice, tra i maggiori influssi, proprio l'opera goldschmidtiana di cui si dirà più centralmente più avanti. Già Carnelutti aveva criticato il concetto unico di rapporto giuridico processuale, in quanto nel processo vi sarebbero

<sup>(71)</sup> Id., *La dottrina processualistica italiana: dall'azione al processo (1864-1994)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 911 ss. V. altresì, *Sistema e processo*, in *Jus*, 1986, 134 ss.

<sup>(72)</sup> Mi riferisco a due tra i tanti aspetti coltivati dal Betti: il primo, quando si occupava degli atti del processo, con dense categorizzazioni che, forse per eccesso, attribuiscono però significato e pongono in evidenza in modo notevole per il tempo in cui ciò accadeva (v. peraltro la distinzione di Goldschmidt, su cui si tornerà in seguito, tra atti induttivi e atti causativi) i differenti effetti tra taluni e tal altri atti di parte: E. BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, 106 ss.; il secondo, da teorico generale: con il riconoscimento, dato che il negozio è atto con cui il privato dispone un assetto impegnativo di propri interessi, che fosse innegabile che anche nel processo le parti possano farlo (pur ritenendo dell'autonomia nel processo un ruolo limitato, una “efficacia mediata o immediata” sul provvedimento del giudice): E. BETTI, voce *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1965, 220-221.

<sup>(73)</sup> Si richiama, *ex multis*, l'opera di G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955 e nella presente sede, per riferimenti, la “prima bozza” della medesima opera, G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit.; avrò presente pure G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, in *Studi Urbinati*, 1956, 303-404. In *Fatti giuridici*, cit., CONSO muove, p. 251, dalla nozione di fattispecie; definisce, p. 252, fattispecie processuali quelle a “cui vengono ricollegati effetti processuali”; tratta di fattispecie “alternative” (es. i vari atti da cui può promanare la *notitia criminis* che attiva il dovere del p.m.), p. 257; p. 263: svolge il rilievo che “se è vero che ogni fatto che produce effetti giuridici è fattispecie, non è altrettanto vero che ogni fattispecie si risolva in un fatto giuridico, e per ciò che si riferisce ai rapporti tra fatto giuridico e fatto storico, se è vero che ogni fatto giuridico completo implica un fatto storico, non è altrettanto vero che ogni fatto storico sia anche un fatto giuridico. D'altra parte, vi può essere un fatto storico che integra più fatti giuridici”. Nota 87, p. 290: richiama le teorie del rapporto, della situazione, ecc. e, come visto sopra di sfuggita, dà prevalenza alla costruzione della situazione processuale di Goldschmidt.

numerosi rapporti giuridici e sarebbe improprio e inutile unificarli <sup>(74)</sup>; con ciò, poi, Carnelutti è pure tra coloro i quali puntellano innumerevoli situazioni processuali, di facoltà, potere, onere, dovere (obbligo), diritto ecc., all'interno del processo: Goldschmidt è tenuto presente, persino condotto qualche distanza oltre.

Liebman, dicendosi ancorato all'insegnamento del caposcuola, ed anzi dichiaratamente assumendone le difese, diede comunque rilievo, pur in-autonomo, alle situazioni giuridiche di cui al processo, che avevano però a suo dire significato solo se in seno ad un rapporto più ampio, che “mantiene la sua identità dal principio alla fine ...” <sup>(75)</sup>. Peraltro, Liebman ne concludeva che “il processo è un'unità, ed essa si esprime, sui piani diversi, coi concetti del procedimento e del rapporto processuale” <sup>(76)</sup> e, insistendo oltremodo sul rapporto, vi indugiava conclusivamente riportando come a lui conformi le opinioni, tra gli altri, di Betti, Redenti <sup>(77)</sup> e Calamandrei <sup>(78)</sup>, e citando pure quella, come accennato differente, del Carnelutti.

Separata menzione merita la posizione di Calamandrei, nel 1927 polemicamente critico verso il Goldschmidt <sup>(79)</sup>, ma vari lustri dopo di tutt'altro indirizzo nei suoi confronti <sup>(80)</sup>. Anni

<sup>(74)</sup> F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, I, 1936, es. 900, per altro verso — come si sa — con ricostruzione in particolar modo imperniata sull'onere.

<sup>(75)</sup> E.T. LIEBMAN, *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 328 ss. (consultabile anche in ID., *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, 144 ss.), spec. 332.

<sup>(76)</sup> E.T. LIEBMAN, *op. loc. cit.*

<sup>(77)</sup> Rinviamo l'approfondimento del pensiero di Redenti, non senza anticipare che il medesimo, come rammentato pure da E. FAZZALARI, *Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 372 ss., mise inizialmente in dubbio l'idea del processo come rapporto, in favore del procedimento, in E. REDENTI, *Profili pratici di diritto processuale civile*, Milano, 1939, 125 ss.

<sup>(78)</sup> Rispettivamente citando E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 100 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1947, 79 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., I, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1943-1944, 167 ss.

<sup>(79)</sup> P. CALAMANDREI, *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1927, 219 ss.

<sup>(80)</sup> P. CALAMANDREI, *Un maestro di liberalismo processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 1 ss.

dopo, detto altrove e più avanti di Satta — forse non immune, nella sostanza, dall’opera di Goldschmidt <sup>(81)</sup> —, va pure ripresa la posizione di Andrioli, il quale, nelle dense pagine dedicate agli atti del suo *Diritto processuale civile* <sup>(82)</sup>: inizia rimarcando la arbitrarietà della nozione di fattispecie, come pure di quella di procedimento (poco più avanti ritenuta, comunque, realtà “insopprimibile”), entrambe aventi significato “meramente classificatorio”, e conclude, con Chiovenda, che il processo presenta “in potenza o in atto, due o più aspirazioni normalmente contrastanti, e altrettante aspettative giuridiche coincidenti”, di talché esso “è un rapporto giuridico” <sup>(83)</sup>. Peraltro, Andrioli, trattando più avanti degli atti del processo, intende come sempre dottamente che il legislatore del codice di rito ignorerebbe i travagli della teoria generale del diritto, ma non omette, richiamando Carnelutti (la cui impostazione, anche e anzitutto sugli atti del processo, merita come già detto un discorso a parte <sup>(84)</sup>), di ritenere l’atto come “mediatore del passaggio” che si inserisce tra l’una e l’altra *situazione processuale* <sup>(85)</sup>.

<sup>(81)</sup> Così A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., 49 e nota 21, rinvenendo assonanze alle posizioni di Goldschmidt in S. SATTA, voce *Accordo (b) diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, 300 ss., la cui opinione qui, come conviene sempre Chizzini, si mostra più aperta (quando concede l’ammissibilità di accordi fatti “fuori” dal processo ma con effetti su di esso rifluenti) di quanto non fosse lo sbarramento alzato prima (lo abbiamo constatato, in ID., *Contributo*, loc. cit.).

<sup>(82)</sup> V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 439 ss.

<sup>(83)</sup> ID., *op. cit.*, 444, dove richiama le critiche di Liebman a Goldschmidt, e così, trasversalmente, a Satta.

<sup>(84)</sup> V. la articolata trattazione loro dedicata in F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 286 ss.

<sup>(85)</sup> V. ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 473, richiamando Redenti, e volgendo il discorso, ancora e però, sul rapporto: “...e poiché l’atto si profila come un *posterius* rispetto alla situazione, è da questa che si ricava la processualità di quello, non viceversa: situazioni la cui doppia caratteristica consiste nella sequenza temporale che le collega, e nel nesso funzionale con il provvedimento, che definisce il processo”. Così, Andrioli cita ad es. il compromesso e, come atto processuale che consente il passaggio da una ad un’altra situazione processuale, la eccezione di compromesso posta a disposizione della parte interessata, ecc. La sensibilità per la situazione processuale in quanto tale è dunque già, con lui, l’insegnamento odierno e vedremo più avanti che Andrioli aderirà, appieno ma re-interpretandone i contenuti, come non molti altri, alla classificazione degli atti, induttivi o causativi, elaborata da Goldschmidt.

Oggi, del lemma rapporto processuale residuano sì impieghi nella manualistica — che qui non possiamo peraltro esaminare con completezza — ma mai, si può inferire, nel senso che esso aveva al momento del suo conio <sup>(86)</sup>. Analogo discorso (che spie-

<sup>(86)</sup> Per C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2023, il rapporto è elevato a titolo, sebbene — per primo avendone trattato in passato con riguardo ai presupposti processuali (*infra*) —, l'espressione frutto di una "elisione verbale", nondimeno utile per spiegare il processo oggettivamente e soggettivamente cumulato; per converso, per Consolo dev'essere parlato nel processo di posizioni giuridiche processuali, di diritti e poteri e più spesso di oneri e soggezioni quanto alle parti, mentre per il giudice di doveri decisori (v. tra l'altro p. 389 ss.). Innumerevoli richiami descrittivi al lemma rapporto processuale sono in B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2023, v. ad es. p. 123 (la "regolarità del rapporto processuale"), p. 296 ss., circa il regolamento ("prosegue l'unico rapporto processuale"), p. 97 ss., sulle nullità extraformali ("si contesta che il rapporto processuale in corso possa esistere"), p. 577, sull'estinzione, p. 617, sulle impugnazioni in caso di pluralità di parti, ecc. G. VERDE, in *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2023, 83, 115 ss. ma anche 239 ss., ricorda che le attività processuali non hanno come destinatarie dirette le parti "anche se, per nostalgici influssi liberali, si voglia rispolverare la teoria del rapporto processuale", mentre su F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna, 2023, v. § 2 e centralmente in via conclusiva, § 4). In F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2023, 57 ss. si rimarca come le norme processuali, al pari di quelle sostanziali, prevedano comportamenti umani qualificati come leciti e doverosi; p. 59, si adotta la nozione di presupposti processuali anche se ritenendola di terminologia non del tutto corretta, si rammenta che essi (i presupposti processuali) sarebbero tassativamente previsti, "non disponibili alle parti", salve eccezioni ugualmente tassative (p. 60); d'altra parte, spec. p. 418 e ss. alludendo al procedimento, non vi è diretta menzione della situazione processuale, che peraltro plurime volte nel manuale viene qualificata, alludendo ad oneri delle parti, doveri del giudice, ecc. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2019, 55 ss. fa propri i concetti di condizioni dell'azione e di presupposti processuali, non quello del rapporto; p. 246, trattando degli atti, descrive il processo come un procedimento, composto di una sequela di atti, appunto, che consisteranno nella nascita, modifica o estinzione di "poteri, oneri o doveri, a loro volta schiettamente processuali in quanto aventi ad oggetto il compimento di altri atti processuali" (precisando pure come non possa escludersi che un atto processuale produca effetti sostanziali). Non dissimile l'impostazione di P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2023, 13 ss. e spec. § 7. V. anche E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile. Parte generale*, Pisa, 2017, 301, per la affermazione (che in punto, adottati prima riferimenti ai presupposti processuali, evoca l'antica matrice del rapporto pur senza richiamarla) secondo cui, nella catena procedimentale, solo il provvedimento finale ha efficacia esterna al processo ed è dotato di piena autonomia funzionale, nel senso che non presuppone lo svolgimento di atti processuali successivi; riconoscendo, pp. 301-302, come in taluni casi un atto compiuto nel processo possa avere natura essenzialmente civilistico-sostanziale, menzionando la transazione "compiuta in occasione della conciliazione" (identici rilievi della stessa a., in *Elementi di diritto processuale civile*, I, Milano, 2022, 300 ss.). In linea

ga almeno in parte le adozioni residue) crediamo riguardi il suo ancora talora riscontrabile utilizzo — più teso nel senso di rapporto, *recte* serie di rapporti pubblicistici/organici — nella dottrina francese, della c.d. “*Opération à procédure*”, grata alla teoria dell’atto c.d. organico <sup>(87)</sup>.

con la prospettiva rappresentata sin qui e cui si giungerà oltre (Goldschmidt e avanti), è invece maggiormente S. MENCHINI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2023, ove leggesi tra l’altro, p. 83, che “la norma processuale, non diversamente dalla norma sostanziale, consiste in un canone di valutazione di un comportamento, qualificato come lecito o doveroso” e poi, pp. 83-84, che “essa describe la fattispecie processuale (astratta) al cui realizzarsi segue la produzione di situazioni soggettive, che, essendo attribuite in funzione del processo ed essendo compiute nel processo, hanno natura processuale”. Menchini aggiunge ed espone l’elenco delle situazioni soggettive processuali attribuite principalmente, ma non esclusivamente, al giudice e alle parti, menzionando potere, onere, diritto e dovere. Entro il potere, per esemplificare, menziona quello del giudice “di sollevare le eccezioni rilevabili d’ufficio”; per l’onere: lo collega alla circostanza che alla parte sia attribuita una situazione di potere. Menziona il diritto, ad es., di tutte le parti affinché il giudice emetta sentenza. Connette il mancato rispetto del dovere a conseguenze sanzionatorie, e tra queste esemplifica per prima la invalidità della sentenza. Prosegue Menchini, p. 85, data la nozione di procedimento, che “parimenti, le situazioni soggettive sono collegate in modo che un potere o un dovere sorge in capo a un soggetto quando un altro potere o dovere è stato attuato e quel potere o dovere, a sua volta, costituisce il presupposto per la nascita di un altro potere o dovere”.

<sup>(87)</sup> Rinviando anche al riguardo, ad altra sede, per maggior approfondimento sulla posizione dei francesi intorno all’accordo, il richiamo alla “*relation juridique*”, seppur, come si legge *entre les parties*, o, molto più comunemente, al “rapport”, talora ad una pluralità di rapporti, si trova sino a oggi ad es. in E. JEULAND, *Droit processuel général*, Monchrestien, 2022, spec. 99 ss. (ove richiami al pensiero dei padri del diritto processuale francese, Hébraud, Motulsky Roubier, non esenti, dichiaratamente per mezzo di Chiovenda, dagli influssi tedeschi, né ignari, tutt’altro, specie l’ultimo Roubier che ne fece trasposizione, nemmeno dell’opera di Goldschmidt). Su questo rilievo storico della scienza processuale francese v. anche, dello stesso E. JEULAND, *Hébraud, la notion de droit processuel dans la perspective de la justice numérique*, in L. MINIATO e J. THÉRON (diretto da), *Pierre Hébraud, doctrine vivante?*, Toulouse, 2019, 25 ss., ove è più chiaramente spiegato il senso dell’impiego del termine “rapport”, pubblicistico e non riducibile a schemi privatistici, dovuto alla teoria dell’istituzione che si deve, prima, a Hariou (“*Le procès constitue ainsi une opération juridique à trois ou quatre personnes (avec les assistants du juge) dominée par deux principes*”); peraltro, si vedrà diffusamente in seguito, e si assume noto allo scopo della presente indagine, che l’elevato sviluppo dell’accordo raggiunto anche nel diritto processuale francese sia in maggior misura dovuto, lì più che altrove, a natura e, diremmo rinviando oltre, cedevolezza della norma processuale, con maggior uso dei principi e, tra questi, di quello di cooperazione tra giudice e parti. Nella processualistica attuale, v. anche, per il riferimento alla fusione tra *critère organique et procédural*, L. CADJET ed E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2013, 74; nonché S.

Ora, se il superamento si è giustificato dapprima sull'intento, ancora con Goldschmidt, di andare oltre o perlomeno modernizzare la nozione, al rapporto intimamente connessa, dei presupposti processuali <sup>(88)</sup>, esso deve alle nostre finalità apprezzare specie per la focalizzazione intorno alle situazioni giuridiche processuali, mutevoli, rivenienti in capo a parti e giudice, prima quel fascio di rapporti inspiegato dall'unico rapporto di cui discorrevano in vari, come visto Canelutti, poi Attardi, ecc. <sup>(89)</sup>.

Volta acquisita la nozione dinamica di procedimento, non è inutile calcare il rilievo che: nella sequela di atti logicamente e cronologicamente ordinati, si inseriscono situazioni sempre dinamicamente in evoluzione <sup>(90)</sup>. Così, ripreso il concetto, risalta la posizione di Picardi, nel cui manuale ancora leggesi che le norme processuali (punto su cui torneremo) si intendono come “diritto nel senso più pieno della parola” (sono parole di Liebman, quando recensiva Goldschmidt), attribuendo ai soggetti che operano nel processo diritti soggettivi processuali, i quali si scompongono in una serie di posizioni soggettive, autonome e distinte da quelle sostanziali. Ripreso dai pregressi studi di Picardi è il concetto che “le posizioni soggettive processuali possono esser cedute, trasmesse o rinunciate”, e di qui l'idea che l'azione sia una posi-

GUINCHARD, C. CHAINAIS e F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, 2012, 691 ss. circa le varie teorie sulla funzione giurisdizionale e, prima, p. 119, sulla natura del diritto di azione. Dell'adesione francese (ma ribadiamo il rinvio, *transeat ad altra sede*, per l'approfondimento sui risvolti processuali) alla teoria c.d. dell'“atto giuridico organico” (*acte-organisme*) dà conto, per quell'epoca, anche G. CONSOLO, *Fatti giuridici*, cit., 250, nota 2.

<sup>(88)</sup> C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 141, esaminando la dualità in punto di oggetto del processo, quello concernente l'ammissibilità in rito e quello concernente la pretesa di merito, rispetto all'insegnamento di Bülow, ma poi, ai fini qui considerati, dando conto di come anche Goldschmidt ritenesse la domanda sottoposta a una duplice valutazione, idealmente finendo per replicare l'essenza del distinguo tra *Vorverfahren* e *Hauptverfahren*, spec. 155.

<sup>(89)</sup> Alcuni ulteriori riff. in C. CONSOLO, *Spiegazioni*, loc. cit.

<sup>(90)</sup> Oggi, ad es., sulla nullità degli atti: v. R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 167: “la nullità processuale è quindi sempre strumentale alla legittimità di un altro e diverso atto, cui tutti gli atti processuali sono teleologicamente collegati e dal cui regime, anche di efficacia e validità, saranno totalmente assorbiti”.

zione soggettiva composita (in quanto assomma una pluralità di posizioni soggettive processuali) ad evoluzione progressiva (in quanto si traduce in una sequenza che si snoda gradualmente nel corso del processo), sintesi di poteri e facoltà, doveri e oneri, nonché diritti in senso stretto che l'ordinamento attribuisce <sup>(91)</sup>.

Come noto, Picardi aveva condotto la sua linea di ricerca dapprima nello studio sulla successione e in ideale *consecutio* in quello sulla trascrizione, proponendosi di superare l'allora ancora comune assunto per cui solo il rapporto sarebbe riuscito a spiegare il fenomeno successorio lite pendente <sup>(92)</sup>, e volendo invece penetrare nella “tessitura interna del processo” — sfruttando le costruzioni, inclusa per Picardi quella del Liebman e dell'azione in senso prospettico (ognun sa che Picardi era un maestro, universale ed anche di *savoir-faire* <sup>(93)</sup>) — considerata non più come posizione isolata, ma come, appunto, una serie di doveri, poteri e facoltà che fanno capo ad un soggetto, lungo tutto l'arco del processo <sup>(94)</sup>. Nei suoi studi, Picardi ripercorre i punti nevralgici della teoria del rapporto giuridico processuale, che, con sue parole, non riusciva a scorgere altro che l'azione *ex parte actoris*, identificando il diritto al provvedimento con l'azione, e di qui ritenendo fondate le riserve avanzate nell'opera di Goldschmidt <sup>(95)</sup>, col concetto di *Materielles Justizrecht* <sup>(96)</sup>.

<sup>(91)</sup> N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2024, in corso di pubblicazione, spec. § 53. V., prima, ID., *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968, spec. 315 ss.

<sup>(92)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 193.

<sup>(93)</sup> Rammento, rinviando a toni e testi, che Liebman recensì ambedue le opere prime di Picardi sulla *Processuale*, rispettivamente *Riv. dir. proc.*, 1965, 104 ed in *Riv. dir. proc.*, 1971, 98 ss.: vedile ripubblicate in C. CONSOLO, A. FABBI e A. PANZAROLA (a cura di), *Fatto e diritto nella storia moderna dell'ultimo grado del processo civile europeo. Atti del convegno del 22 dicembre 2017 in memoria di Nicola Picardi*, Roma, 2021, 184 ss.

<sup>(94)</sup> N. PICARDI, *La trascrizione*, cit., 318, ed ivi richiami a E. FAZZALARI, tra l'altro in *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1959, 112 ss. e in voce *Processo (teoria generale)*, in *Nuoviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 18 ss.

<sup>(95)</sup> N. PICARDI, *La trascrizione*, cit., 319 e spec. nota 172.

<sup>(96)</sup> Vedilo analizzato da C. CONSOLO, *loc. cit.* nonché dal già citato saggio di E.T. LIEBMAN, *L'opera*, cit., 331, per cui, ripreso come visto da Picardi, “le norme processuali,

Al postutto, si riscontrano, un passo oltre dai *patres*, pressoché unanimi fautori della riconduzione del processo all'archetipo del procedimento, ma molti se non tutti consci dalla prima ora che ad esso abbisognasse accostare altro, *i.e.* la identificazione, in capo alle parti, al giudice, insieme o divisi è discorso differente, di specifiche situazioni, da inquadrare e costruire indipendentemente dal diritto sostanziale.

Quindi, analogo anelito di autonomia rivendicata dal diritto processuale qualifica questo nuovo approccio centrato sulla situazione, come era stato prima per il rapporto. Resiste insomma prima e dopo — e si rivela preziosa nella chiave brandita per questa nostra analisi —, pur senza più chiamare in causa il rapporto, la tendenza ad autonomizzare i modi della tutela dal diritto sostanziale <sup>(97)</sup>.

Peraltro, si è già detto che, malgrado gli evidenti influssi di Goldschmidt, in Italia la riflessione sugli accordi è comunque rimasta a dir poco minimale <sup>(98)</sup>, non tanto perché infconde le nuove categorie inserite sulla scena, ma si crede, più semplicemente, per un certo disinteresse ideologico dei *maiores* dei vari tempi; disinteresse che, in un modo o nell'altro, complice la mancanza, nel panorama italiano, di uno studio al pari di quello, tra gli altri, di Schiedermaier, si era *a fortiori* venuto rinsaldando.

Alla rilevanza dell'opera goldschmidtiana per la scienza processualistica di vari sistemi e in particolare per lo sviluppo delle

essendo diritto nel più pieno senso della parola, sono anche attributive di posizioni giuridiche soggettive attive e passive, le quali trovano in quelle norme a un tempo la loro garanzia e i loro limiti”.

<sup>(97)</sup> Già G. WAGNER, *op. cit.*, 60, nota 67, richiamato anche conf. da A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., 54, precisava come con la ricerca non si intendesse contrastare in alcun modo quella piena autonomia dell'esperienza processuale rispetto al diritto sostanziale, proficua acquisizione della scienza processuale moderna. Analogo tentativo, coi distinguo legati alla assunta centralità della nozione di diritti fondamentali nell'ordinamento spagnolo odierno, è anche nella più recente costruzione di G. SCHUMANN, *Derecho a la tutela*, cit., *passim*.

<sup>(98)</sup> È uno dei presupposti, assunti come veri, e che ci auto-esentiamo dal provare, tra gli altri, da R. CAPONI, *Autonomia privata*, cit., od A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit.

teorie sugli accordi è dedicata l'analisi che segue, la quale — si anticipa — dimostra la centralità del concetto di situazioni giuridiche processuali, come pure di altri spunti di Goldschmidt, nel generale divenire del processo. Appena prima di addentrarci, a mo' di snodo e pure *caveat* del discorso, con le sue parole, “la ragione d'essere di un concetto, in ultima analisi, dipende sempre da ciò cui serve”<sup>(99)</sup>: di qui, vediamo a cosa è servita, ed in questa limitata sede per sommi capi a quali esiti ulteriori porterebbe, l'uso della teorica in questione, intera o di sue parti, ai fini della sistematizzazione di un qualche paradigma generale (se possa esservene uno) di accordo.

### **3. Il processo come serie di situazioni giuridiche e gli accordi. Variazioni.**

È noto che Goldschmidt sottopose a revisione critica complessiva l'insegnamento bülowiano, a partire dai fondamenti individuati nel diritto processuale romano, uno per uno svalutati<sup>(100)</sup>, adottando una concezione divenuta nota come “dinamica”, confutando, assieme al rapporto, l'affermazione di obblighi processuali di sorta — salvi quelli, isolati, di “polizia del processo”<sup>(101)</sup> — sia in capo al giudice sia pure in capo alle parti<sup>(102)</sup>. Per Goldschmidt il concetto di situazione processuale si comprende appieno solo se si abbandona la configurazione di tipo sostanzialistico, che risolve le relazioni tra le parti e il giudice in un rapporto di diritti ed obblighi reciproci, e si vede nel giudice colui che

<sup>(99)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo come situazione giuridica*, cit., 9.

<sup>(100)</sup> V. ancora, nella trad. italiana, J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., spec. 13.

<sup>(101)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 175, ove rammenta l'obbligo a non turbare l'ordinato svolgimento del processo, cui accomuna — nei sistemi che l'abbiano previsto — ad es., quello di non proporre istanze consapevolmente infondate o assumere condotte dilatorie, tutti dunque non discendenti da uno speciale rapporto giuridico processuale, anche da questa ottica negato.

<sup>(102)</sup> Intanto, con riferimento al giudice, “il rapporto giuridico processuale, se considerato in ragione dei suoi presupposti, non serve dunque a nulla”: J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 101 ss.

ha il potere di soddisfare o meno le aspettative delle prime <sup>(103)</sup>.

L'opera di Goldschmidt ha goduto nel tempo di una diffusione notevole <sup>(104)</sup> e, di là delle critiche riservatele in Italia <sup>(105)</sup> (non univoche, tra le più decise, se riferite al mantenimento del rapporto, si è visto esservi state ad es. quelle di Liebman <sup>(106)</sup>), — sebbene non acriticamente assentita *tout court* ma nel tempo perfezionata presso gli stessi tedeschi sino ad arrivare ad oggi <sup>(107)</sup> — ha avuto senz'altro il merito di liberare il diritto processuale civile, mantenendo per altro verso, in chiave più moderna, la invero già conquistata autonomia, da paradigmi soltanto privatistici e in questa misura condizionarne gli sviluppi successivi <sup>(108)</sup>.

<sup>(103)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 187.

<sup>(104)</sup> In L. PRIETO-CASTRO, *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, I, 761 ss., l'opera è definita, riportando conferme di padri della processualistica spagnola, come “*el libro más revolucionario que desde la llamada edad de oro del procesalismo alemán (Bülow, Wach, Kohler, etc.) se haya compuesto; pero es a la vez profundamente constructivo*”.

<sup>(105)</sup> Ma v. A. CHIZZINI, *Konventionalprozess*, cit., nota 21, ove riporta, e forse fa proprie, critiche mosse a G. in Germania.

<sup>(106)</sup> Cfr. nuovamente E.T.L., LIEBMAN, *L'opera scientifica*, cit., 334, ove dapprima concede che il modo (di GOLDSCHMIDT) di descrivere le speranze, le possibilità ed i rischi delle parti, fosse “certamente molto più aderente alla realtà di quello che risulta dalla comune teoria del rapporto processuale”; ricorda che l'originalità della costruzione del G. risiede non tanto nell'aver delineato diritto ed oneri delle parti, ma nell'averli riferiti al contenuto della futura sentenza, e di qui il legame con il concetto di diritto giustiziale materiale, ma conclude, p. 336-337, che la situazione giuridica non è il processo ma il suo oggetto, sicché per ciò solo G. non sarebbe riuscito a sostituire la costruzione dal rapporto giuridico processuale, in quanto, p. 337, con la costruzione della situazione giuridica “non si sono precisati i rapporti tra quest'organo e le parti”, trattandosi di una teoria in cui è “necessariamente ignorata la posizione e la funzione che in esso ha il giudice”.

<sup>(107)</sup> Come compiutamente spiegato da B. HESS, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., § I, ove d'altronde lo ricorda definito come “*letzte große Leistung der deutschen konstruktiven Prozessrechtswissenschaft*”.

<sup>(108)</sup> Cfr. ancora B. HESS, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., § IV: “*Today, most of the pertinent textbooks on German civil procedure combine to some extent the attractive paradigm of the procedural legal relationship with Goldschmidt's approach of the sequence of judicial situations. ... On the one hand, it goes without saying that there is a kind of legal relationship between the parties and the court during civil litigation. This situation is much more visible in the context of arbitration where the legal relationship of public law is largely replaced by the private and contractual legal relationships between the arbitral tribunal and the parties. However, the process must be considered as a sequence of different situations which progresses from the bringing of the lawsuit until the judgment*”.

L'effetto, ai fini qui considerati, è di offrire una ossatura tecnica del processo, considerato come “una serie di rapporti in continua trasformazione nell'evolversi delle situazioni attraverso l'esercizio dei poteri”<sup>(109)</sup>.

Goldschmidt confuta Bülow enfatizzando la natura pubblicistica della situazione riveniente in capo al giudice, che non richiede legittimazione ulteriore (né quindi l'“accordo” iniziale delle parti, *novativo* se letto con i crismi moderni, ma dubitando che lo fosse per i romani, alla stregua della *litis contestatio*<sup>(110)</sup>): trattandosi invece di dovere discendente dal generale rapporto tra stato e consociati<sup>(111)</sup>. Di qui, come accennato, sconfessa uno per uno gli obblighi di fare delle parti enucleati dalla pandettistica, tutti, *re melius perpensa*, da lui più semplicemente qualificati come oneri<sup>(112)</sup>; illustra come la condotta delle parti (si pensi al riconoscimento della pretesa azionata) può suscitare, ma an-

*becomes res judicata. This dynamic of the process has in modern textbooks become the most useful angle for describing procedural law”.*

<sup>(109)</sup> V., sin dalla introduzione, M. MARINELLI, in J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., in prossimità della nota 17b: “... Goldschmidt ritiene che “diritti soggettivi e i correlativi obblighi, una volta dedotti nel processo, si tramutano in aspettative o possibilità giuridiche di una sentenza favorevole o sfavorevole. Di conseguenza, il processo non può più concepirsi come un (astratto e schematico) rapporto giuridico, ma come una “situazione giuridica” (intesa appunto come il crogiolo di quelle aspettative e possibilità, nonché degli oneri che vi si connettono) che — sino al giudicato — è suscettibile di mutare continuamente in ragione degli effetti dei singoli atti in cui si articola il procedimento”.

<sup>(110)</sup> Per un recente riesame delle fonti in arg., S. LONGO, *La litis contestatio formulare nelle institutiones di Gaio*, in *AUPA*, 2023, 221 ss.

<sup>(111)</sup> Altrimenti detto, per G., “l'esecuzione del dovere di sottomettersi alla giurisdizione statale ... non fa nascere alcun nuovo rapporto giuridico tra lo stato e chi ne è soggetto ...”.

<sup>(112)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., *passim*, ove si tratta dei vari corollari di codesto pensiero, dalla giustificazione del pagamento delle spese di lite sulla sola soccombenza, dalla spiegazione che il “divieto di modifica” (di una domanda) “ha molto dell'onere e nulla dell'obbligo”, alla distinzione di obblighi, ove raramente presenti, semmai, attinenti alla “polizia del processo” (ad es. quello di non dire il mendacio nel processo), concludendone in vari punti che “in realtà il concetto di situazione processuale si comprende appieno solo se si abbandona un approccio di tipo sostanzialistico, che risolve le relazioni tra le parti e il giudice in un rapporto di diritti ed obblighi reciproci, e si sceglie un approccio processualistico che vede nel giudice colui che ha il potere di soddisfare o meno le aspettative delle parti”.

che disattivare (come nello stesso esempio) il dovere del giudice, enuclea con massimo realismo — di là delle specifiche soluzioni date a specifici problemi del diritto tedesco allora vigente, qui non d'interesse precipuo —, anche (ma non solo) a fronte di situazioni processuali che per parte denomineremmo pure di discrezionalità, casi di *leges minus quam perfectae* <sup>(113)</sup>.

È indubbio, oltre che documentabile *per tabulas*, che nello studio in chiave moderna dell'accordo innanzitutto la considerazione delle singole posizioni giuridiche processuali di parti e giudice, volta per volta esaminate, — e più in generale il lascito di Goldschmidt <sup>(114)</sup> — abbia avuto seguito nell'ampio panorama comparatistico, e dunque possa intuitivamente assolvere un ruolo significativo. Più in generale, vedremo che lo sviluppo offerto da Goldschmidt costituì per tanti aspetti l'ambiente culturale adeguato affinché, come è stato, la dottrina tedesca si liberasse dal “negoziato” e passasse a più realistiche ricostruzioni, tali — come sono — da resistere all'attualità <sup>(115)</sup>.

Così, a titolo soltanto d'esempio, con riguardo alla necessità di una norma autorizzativa tanto cara ai seguaci di Bülow, e all'opposto alla presunta perché più liberale e moderna (ma anch'essa a ben vedere mai provata se non per scelta ideologica,

<sup>(113)</sup> Ad es. là dove J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 150, sminuisce l'affermazione di obblighi di parte in punto di esibizione, oppure tratta della ammissione, ove al comportamento processuale attivo o passivo è collegata una conseguenza che è rimesso al giudice di applicare, od ancora dove tratta la comparizione personale delle parti disposta dal giudice.

<sup>(114)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., fornisce vari “saggi” dell'applicazione del concetto di situazione processuale riferito all'accordo: vedine un esempio nella densissima nota a piè di pagina, 2514, p. 473-475.

<sup>(115)</sup> Smentiamo quindi, ma *a posteriori* è semplice farlo, quanto G. CONSO rilevava in *Fatti giuridici*, cit., 316 e nota 162, ove rammentava che il concetto di negozio giuridico processuale era nato in Germania, con Wach, Kohler, Hellwig, ma che poi esso avrebbe avuto sempre minor seguito lì, laddove invece (qui la nostra confutazione) sulla generale ammissibilità, se ben si intende per Conso cogliendo loro e non i primi l'esempio tedesco, si sarebbero collocati gli autori italiani nella stessa nota citati (Satta, Allorio, Chioyenda e, prima, Costa). I fatti e le evidenze documentali dimostreranno l'esatto contrario, anche se Conso, che a quell'epoca ignorava, ad es. gli studi di Schiedermaier e Baumgärtel, ciò non era tenuto a, né poteva sapere.

“vetero-liberale”<sup>(116)</sup>), *Freiheitsvermutung*, cioè presunzione di libertà, già Goldschmidt, nella seconda parte della sua opera, riteneva non provato il principio per cui mancando una previsione se ne dovrebbe derivare un divieto, ma si asteneva dall’affermare il contrario<sup>(117)</sup>. Con Goldschmidt, prima di tutto l’insignificanza dell’argomento *a silentio*, dunque, si fa largo bidirezionalmente nella processualistica tedesca<sup>(118)</sup>: esso non sta né a significare che l’accordo sia rimesso ai casi tipizzati — per quanto resta indubbia la vocazione della norma processuale anche per lui<sup>(119)</sup> — ma neppure che tutto si presuma permesso. In scia, anni dopo, Wagner ha messo in luce come dagli sviluppi dalla teoria bülowiana ci si sposti perché, oltre alle norme propriamente e puramente autorizzative che essa esaltava, possono esservene anche di diversamente permissive, “*freistellende Normen*”, che son quelle che conferiscono poteri o se si vuole facoltà ai litiganti,

(116) P. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln*, cit., partito dalla ideologia della libertà perché desumibile dalla Costituzione, così come, egli ricorda, vale analogo criterio informatore per la materia penale rispetto al principio *in dubio pro reo*, assume analogo principio informatore per il processo civile, ma è così più volte costretto — lo si dice senza oscurare la pregevolezza dell’opera — più volte, a ricorrere alle ideologie, per costruire qui e lì (partito dalla libertà è quello che solo coerentemente poteva fare) i limiti al potere delle parti di determinare le regole del gioco: v. ad es. 44 ss., ove limita l’accordo con cui preventivamente le parti si impegnino a non contestare determinate allegazioni in giudizio, per la presenza di un “interesse pubblico” (*öffentliche Interesse*) a presidio e barriera della indiscriminata ammissibilità dei contratti processuali, laddove altri più puntualmente si erano e si sarebbero interrogati, ora sulla necessaria prevedibilità, che come chiaro doveva calare sull’oggetto dell’accordo, sulla sua accettabile o meno dose di aleatorietà, ecc. (v. ad es., in tale ultimo senso, G. BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff*, cit., 258).

(117) J. GOLDSCHMIDT, vers. ted., *Der Prozess*, cit., nota 2427.

(118) È questa, se ben se ne esamina la globale impostazione, anche la direzione presa dall’opera, sovente ingiustamente svalutata, di G. DE STEFANO, *Studi*, cit., 57, e riff. nota 93.

(119) *Ex multis*, da noi, G. RUFFINI, *Diritto processuale*, cit., 68-69, per cui da un canto non sembrerebbe cogliere nel segno la opinione dominante per cui il diritto processuale va ricondotto al diritto pubblico; dall’altro, non sarebbe da credere che il medesimo dif-fuso inquadramento della norma processuale nel diritto pubblico comporti una necessaria inderogabilità della stessa, di qui isolando casi in cui la volontà privata può, a determinate condizioni e nel rispetto di determinate forme, provocare effetti (li elencati e che noi per sintesi richiamiamo come) rifluenti sulla tutela.

che sono liberi di esercitarli, avvalersene, ecc. <sup>(120)</sup>. Ancora con Goldschmidt, Wagner adduce la impossibilità di assumere la pertinenza al diritto pubblico del diritto processuale quale dogma che ne proverebbe sempre e comunque la cogenza e, *in thesi*, inderogabilità <sup>(121)</sup>. Ed infatti Wagner, sin dalle primissime espressioni della sua ricerca, riprende sì il discorso sul rapporto, ma chiarisce non potersi negare, in capo alle parti del processo, una serie concatenata di situazioni giuridiche progressivamente mutevoli <sup>(122)</sup>.

Andando oltre: nelle recenti importanti indagini svolte in argomento da Cabral, — che pur all’inizio descrittivamente richiama il sostrato ideologico del passaggio, dal ‘pubblicismo’ al ‘privatismo’, dalla chiusura verso l’accordo all’apertura, muovendo dalla presunta natura contrattuale della *litis contestatio* romana, come sappiamo anch’essa criticata da Goldschmidt <sup>(123)</sup> —, si ri-

<sup>(120)</sup> G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 56 e nota 44 con riff. a Goldschmidt: “bezeichnet werden und sind von den dispositiven Normen im eigentlichen Sinn zu unterscheiden”.

<sup>(121)</sup> G. WAGNER, *op. cit.*, 59, richiamando J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 301. Aderisce A. CABRAL, *op. cit.*, 165, ritenendo anch’egli falsa premessa quella della natura cogente e dunque inderogabile della norma processuale, ma al contrario ricordando come esistano — con G. WAGNER, *loc. cit.*, 106 — tanto il diritto privato cogente quanto il diritto pubblico dispositivo.

<sup>(122)</sup> G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., riprende le costruzioni del processo, menzionando il rapporto e le situazioni processuali sin da pp. 14-17; confuta, con Schiederemair, le passate idee, lì di Konrad Hellwig: “Die von K. HELLWIG herausgearbeiteten Bedenken gegen privatautonome Dispositionen über prozeßrechtliche Rechtspositionen finden immer noch Berücksichtigung, werden jedoch nicht mehr als ausreichend angesehen, um die Zulässigkeit gesetzlich nicht ausdrücklich geregelter Prozeßvertragstypen a limine zu verneinen. Schiederemair hat der Problematik ihren bis heute gültigen dogmatischen Rahmen vorgegeben, indem er das Zulässigkeitsproblem in die Frage nach dem Umfang dispositiven Zivilprozeßrechts umformuliert hat ...”; v. poi p. 16, ove riprende per altra volta Goldschmidt, affrontando il caso della domanda dell’attore priva di fondamento nel diritto sostanziale, che solo con le norme del processo può essere inquadrata (“Erfindet ein Kläger einen Sachverhalt, um den Beklagten, mit dem ihn keinerlei materiell-rechtliche Rechtsbeziehungen verbinden, mit einem Schadensersatzprozeß zu überziehen, so lassen sich die innerprozessualen Rechte und Pflichten der Parteien nur verfahrensrechtlich erklären”).

<sup>(123)</sup> A. CABRAL, *Convenções*, cit., *Introdução*, dove cita l’esperienza della *litis contestatio* nel diritto processuale romano (per cui si riferisce a G. PUGLIESE, *La litis contestatio nel processo formulare*, *Riv. dir. proc.*, 1951, 37 ss.), richiamando il lavoro dottorale di Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, 1995, 11 ss. Sulla assimilazione al pro-

cavano numerosi richiami all'opera di quest'ultimo, non solo in punto di dinamicità dell'incedere procedimentale, ma anche per la categorizzazione, pur forse a tratti estremizzata se riportata al prototipo dell'accordo, degli atti processuali (su questo v. *infra*). Così, in concreto, Cabral — che pur astrattamente indica nella teorica del rapporto, nei principi dispositivo e di collaborazione il sostrato ideologico per l'accordo <sup>(124)</sup> — in altro punto esplicita di voler adottare il concetto di situazione giuridica processuale <sup>(125)</sup>. Egli, poi, ricorda (tutti i) vari modi di classificazione degli accordi processuali, finendo con la tradizione tedesca (la già citata diade *Verfügugunverträge c. Verpflichtungsverträge*) <sup>(126)</sup>.

Analogamente è a dirsi per Costa e Silva — codesta autrice pure avvantaggiandosi dei suoi precedenti studi sugli atti processuali, dichiaratamente goldschmidtiani <sup>(127)</sup> —, che è condotta a richiamare più volte Goldschmidt, come vedremo tra poco specialmente sulla distinzione degli atti del processo da questo teorizzata, che la Costa e Silva esattamente adopera ai fini dell'accordo <sup>(128)</sup>.

cesso romano, v. peraltro J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 116-117: “del resto, quanto la tesi contrattuale di Wlassak possa confondere le idee ...”; v. pure più avanti, pp. 122-123, quando riporta le tesi che invece spiegherebbero il necessario consenso del convenuto all'assunzione del *judicium* alla stregua di un retaggio dell'antico giudizio davanti all'arbitro; utile la spiegazione, pp. 122-123, che, calato nel contesto romano dell'epoca, era prevalente il ricorso libero all'autotutela per gli individui e di qui da giustificarsi, come limite a quest'ultima, la necessità del consenso, laddove per converso, in epoca moderna (p. 124), l'esecuzione del dovere di sottomettersi alla giurisdizione statale “non fa nascere alcun nuovo rapporto giuridico tra lo stato e chi ne è soggetto ... non fa nascere un nuovo rapporto giuridico”, ma, più semplicemente, l'onere di difendersi del convenuto.

<sup>(124)</sup> A. CABRAL, *Convenções*, cit., 140.

<sup>(125)</sup> A. CABRAL, *Convenções*, cit., 55, che esemplifica il caso in cui le parti con accordo dispongano di un proprio diritto (processuale appunto, si desume), ad es. rinunciando convenzionalmente ad un mezzo di tutela.

<sup>(126)</sup> A. CABRAL, *Convenções*, cit., 35-36, spiegando come la distinzione possa risultare utile anche per il sistema brasiliano, 63 ss., dove l'art. 190 c.p.c. si riferisce ad accordi sul procedimento e ad accordi su oneri, poteri, facoltà e doveri processuali. L'autonomia delle parti (64 e nota 135) risulta maggiore nei negozi *obligacionais* che in quelli dispositivi.

<sup>(127)</sup> P. COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, cit., *passim* e spec. §§ 6-8 e 100 ss.

<sup>(128)</sup> V. P. COSTA E SILVA, *Perturbações no cumprimento dos negócios processuais: Convenções de arbitragem, pactos de jurisdição, cláusulas escalonadas e outras tantas*

Il rilievo vale allo stesso modo per Schumann (è nota, per note ragioni legate alla storia personale, la accentuata diffusione nei paesi di lingua spagnola dell'opera di Goldschmidt): il quale, pur muovendo da una personale ed originale ricostruzione, come esigibile, del diritto processuale spagnolo vigente, dà di frequente per scontata, giusta gli influssi (anche francesi) *in loco* esercitati, la teorica in discorso (129).

L'adozione del concetto di situazione processuale permette così di evitare rischiosi automatismi o di incappare, come non di rado avveniva, nell'assimilazione ampia al "negoziò" (essenzialmente facenti leva che timore che sul processo generalmente inteso si abbatta la scure dell'autonomia privata ... *but we still need judges*, mi venne saggiamente detto da un decano del diritto processuale civile nordamericano, sebbene tale processo risulterebbe essere, come ognuno sa, ben più di altri ... *party driven, party initiated, party controlled* (130)): il principio dispositivo ha certo un ruolo — non disconosciuto neppure da G. rispetto al processo civile moderno (131) —, ma, per dirla con Cabral, "*sería estranho pensar que a autonomia das partes lehs desse uma total possibilidade de disposicao sobre o objeto do processo más noi lhes conferisse nenhum poder no campo da tramitacao do procedimento*" (132). È questa della posizione processuale autonoma, del resto ed esemplificando, la via che Goldschmidt prese (e che stava al di-

*Novelas talvez exemplares, mas que se desejam de muito entretenimento*, Lisboa, 2020, v. spec., tra i molti richiami, p. 92, p. 98, p. 103, e più approfonditamente pp. 106-109.

(129) G. SCHUMANN, *Derecho a la tutela*, cit., spec. 52 ss., sulla autonomia del diritto processuale prendendo le mosse proprio dal concetto di diritto giustiziale materiale.

(130) Rinvio ancora, per codesta esperienza di ricerca, ad A. FABBÌ, *Gli accordi*, cit., *passim* e spec. nei §§ introduttivi.

(131) V. infatti J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 173, ove si interroga intorno alla sua compatibilità con verità e menzogna, riportando anche le differenti concezioni del principio, come di sola politica processuale (e non come riflesso dell'autonomia privata nel diritto sostanziale): rife. pure alle note 708a e 709.

(132) A. CABRAL, *Convenções*, cit., 141-142: "*nao è propriamente a liberdade contractual do direito privado que justifica a autonomia das partes no processo ... è a combinacao entre principio dispositivo e principio do debate que permite justificar a autonomia das partes*".

ritto processuale tedesco per tempo vigente) per ammettere, tra i primi all'epoca, accordi di parte di rinuncia al giudicato <sup>(133)</sup>.

Determinante (nell'ottica dell'accordo) è stato il magistero di Goldschmidt anche là dove nell'opera, riprendendo suoi precedenti esiti — come noto in punto di esecuzione forzata ingiusta <sup>(134)</sup> — argomentò la rilevanza potenzialmente duplice o comunque molteplice, su vari piani dell'ordinamento, di atti del processo <sup>(135)</sup>: così ad es. additando l'atto processuale esecutivo, lecito sul piano processuale, ma in caso di esecuzione ingiusta appunto, illecito sul piano sostanziale <sup>(136)</sup>. L'influsso di tale acquisizione sarebbe poi stato tempo dopo evidentissimo nella costruzione, presso i tedeschi, della categoria unitaria, con natura per i più rivendicata al processo <sup>(137)</sup>, dell'accordo, così potendo oltrepassare, ponendo l'attenzione dell'indagine anzitutto sugli effetti <sup>(138)</sup> (per poi solo a seguito virare sul *label* più appropriato) le davvero troppe disquisizioni intorno

<sup>(133)</sup> V. J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 198 ss.; aderirono poi, tra gli altri, G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 76 e 110 ss. e, da ultimo, G. WAGNER, *op. cit.*, 720.

<sup>(134)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb*, München, 1910, sin da 8 ss.

<sup>(135)</sup> Il che avrebbe condotto ad ulteriori sviluppi, interni al processo o sul suo crinale col diritto sostanziale: classico riferimento è, in Germania, W. NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen, 1950.

<sup>(136)</sup> In contrapposizione, tra gli altri, alla posizione di Hellwig: v. J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 177 nota 725 e 728.

<sup>(137)</sup> V. infatti sin da G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 95, per cui l'efficacia giuridica dei contratti processuali ammessi deve essere esclusivamente e direttamente processuale; poiché, è proprio per tale ragione che essi sono contratti di diritto processuale (*“Verträge des Prozeßrechts”*). Diamo per note le tradizionali disquisizioni, tra gli interpreti italiani, sulla natura di certe norme, od istituti: per completi cenni, si fa richiamo, in una prospettiva utile a quella qui calcata, a R. ORIANI, voce *Atti processuali. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, spec. 2, ove discute il criterio “effettuale”, per cui propendeva Carnelutti. Non va trascurato che su questo J.G. riprese Kohler, per cui rife. alla nota 22.

<sup>(138)</sup> Adducono duplici effetti della clausola compromissoria G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 191 ss. e G. WAGNER, *op. cit.*, 44 nota 161, citando anche pronunce giurisprudenziali (una di rilievo del *Bundesarbeitsgericht*): in nostra, informale, trad. del secondo: “la duplice natura del compromesso non implica che esso debba essere scisso in un atto processuale e in un negozio giuridico separati e autonomi. Al contrario, il compromesso costituisce un'unità, con la conseguenza che le controversie sulla sua validità devono essere valutate in modo uniforme sia dal punto di vista del diritto sostanziale che di quello processuale”.

ad accordi *ex ante*, *ex post*, fuori o dentro (?) il processo <sup>(139)</sup>, di natura sostanziale con effetti processuali — complicate dalla tendenza a “sostanzializzare”, che abbiamo visto plasticamente ed in lingua italiana in Costa, istituti del processo ove apparisse qui o lì una componente di volontà <sup>(140)</sup> —, e via discorrendo <sup>(141)</sup>. Indubbio è che a tale iniziale insegnamento sarebbe poi stata affiancata la considerazione che, se un atto del processo ha rilievo per il diritto sostanziale, esso dovrà da questo versante essere valutato coi rispettivi crismi da combinare con quelli *giustiziali*, ed allora, aprendo le strettoie lasciate dalla legge processuale vigente, lo spazio per l'*enforcement* dell'accordo può allargarsi e, vedremo poi, — se si concorda nel ravvivare le potenzialità applicative della clausola di buona fede nel processo — lo strumento può talvolta essere quello della *exceptio doli processualis*.

Chiariamo perciò e torneremo a dire — *principaliter* con Cordero nel § seguente — che il distacco e la autonomia così predicati alle situazioni del processo, da questa prospettiva hanno tutto fuorché creato concetti artificiosi <sup>(142)</sup>, poiché, per converso, l'autonoma focalizzazione su chiare situazioni, pretenderemo di darne un minuto saggio nell'esercizio conclusivo, non può che avvantaggiare lo studio dell'accordo.

<sup>(139)</sup> Se ne occupa A. CABRAL, *op. cit.*, 46-47 e nota 68 anche per riff. alla dottrina tedesca, circa la teoria che riduce gli accordi a quelli stipulati nel corso del processo attribuendo gli altri al diritto sostanziale, sicché con il termine accordi processuali si indicherebbero solo quelli stipulati nel corso del processo mentre sarebbero parte del diritto sostanziale quelli stipulati al di fuori di esso; già J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 312 e nota 1616 — col quale Cabral concorda — vi si oppone.

<sup>(140)</sup> *Supra* ed *infra*, riff. note 4, 51, 52, 74, e la seguente 127; e, per tutte, al corrispondente testo.

<sup>(141)</sup> V. ancora A. CABRAL, *op. cit.*, 54 ss. ove richiama la categoria degli atti processuali con effetti di diritto sostanziale e quella degli atti di diritto sostanziale con effetti processuali (qualifica questi ultimi pur sempre come processuali attesi gli effetti, pur se indiretti, causati sul processo).

<sup>(142)</sup> È la critica mossa di recente, *post mortem*, a Goldschmidt, da B. HESS, *Der Prozess*, cit., I e note 10 e 11, che magari sarà pur valida in punto di diritto tedesco e di sue successive evoluzioni (il punto è per Hess, che l'eccessivo distacco giustificò tra l'altro l'affiancamento di diritto processuale civile e penale, come si vede ancor oggi in Spagna, a suo avviso inappropriato), ma è invece da avversare ai nostri correnti fini, ossia se ci si focalizza sull'accordo e sulla storia delle sue teorie.

In altre parole, quand'anche si rinvenga un fondamento di diritto sostanziale in un certo istituto del processo, non per questo esso entra a pieno titolo nella indagine sugli accordi, l'autonomia privata e il processo: può sì fornire lumi o finanche risultare determinante nella ricostruzione, qui e lì, ma è per il resto fuor di scopo assumere una mai provata corrispondenza biunivoca<sup>(143)</sup>. Specularmente, la tecnica dell'accordo, quand'anche abbia a che fare con l'esercizio di poteri di parte, non sottende sempre, essendo vero diverse volte il contrario, un nucleo di negoziabilità, la suscettività a fare oggetto di vincolo obbligatorio<sup>(144)</sup>.

Per completare il discorso sulla possibile utilità dell'insegnamento goldschmidtiano, va ancora ripresa la parte dell'indagine dove si interroga sul concetto di rapporto giuridico processuale per attribuire significato agli atti processuali, che, nuovamente, nella costruzione bülowiana, hanno senso se riguardati nel fine ultimo, nell'ambito del rapporto, della sentenza, e quindi restano prima e a prescindere da essa in una sorta di stato di pendenza<sup>(145)</sup>. Di qui Goldschmidt elabora la teorica distinzione tra atti causativi e atti induttivi<sup>(146)</sup> e, così, sul piano pratico, postula la differente rilevanza

<sup>(143)</sup> Calando questa asserzione un poco più nel concreto: ad es., la concezione della confessione, riferita al limite della disponibilità del diritto sostanziale, ora come "atto dispositivo", ovvero come "volontaria ricognizione del diritto altrui", risulterebbe malposta, (per un riepilogo, v. A. FRASSINETTI, *La confessione stragiudiziale*, Trieste, 2017, 49, sulla prima concezione, 61 ss., sui più adeguati sviluppi in chiave "processuale"), atteso che la fattispecie, per scelta di tecnica, e non il contrario (riponendo le norme maggior o minor fiducia nell'organo) interviene qui sul dovere del giudice di accertare una verità quand'anche diversa da quella risultante dalla confessione al ricorrere del parametro sostanzialistico della indisponibilità del diritto, mutandolo in dovere di non discostarsi dalla confessione in ogni altro caso, pur con il limite della revoca, in quanto e fin quanto prevista.

<sup>(144)</sup> Ci occuperemo, nell'ultimo paragrafo, di un pratico esercizio che, a questo proposito, consente di distinguere l'accordo sulla competenza territoriale che la legge processuale contempla ex artt. 28 e 29 c.p.c., dal c.d. "accordo endoprocessuale" che ai medesimi fini può formarsi, ex art. 38 c.p.c., per contegno processuale concludente, ma rifletteremo meglio altrove della colorazione (*ergo* dei modi di *enforcement*) che tale contegno processuale merita se ... isolato dal resto.

<sup>(145)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Il processo*, cit., 179 ss.

<sup>(146)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 364 ss. e 456 ss., distinguendo dagli atti di impulso del procedimento, induttivi, c.d. *Erwinkungshandlungen*, questi per G. (in contrapposizione con una diffusa teorica già ripresa) non costituenti dichiarazioni di volontà,

della volontà riconosciuta ai primi (anche da noi, ad es., si è detto da interpretare *ex art. 1362 c.c.*, ecc.)<sup>(147)</sup>, ma non ai secondi, addivenendo ad un primo temperamento del dogma, divenuto principio tendenziale e che in questi termini tendenziali ha da restar vero (esso ben si spiega a tutt'oggi con la prevalenza, nella disciplina del processo, del dato "formale")<sup>(148)</sup>, della irrilevanza del fattore volontà, pur senza così sciogliere i dubbi che, dal dettato dell'art. 156 c.p.c., rendono all'interprete arduo identificare altre invalidità per l'atto processuale "in senso lato", siccome non previstene nei termini di cui in questa norma sullo scopo delle invalidità<sup>(149)</sup>. La distinzione (con qualche seguito anche in Italia, ed anche tra i sostenitori del rapporto<sup>(150)</sup>) concede varie applicazioni, essenzial-

pur creando una situazione processuale "interna" (alla serie, al procedimento), "*innerprozessuale Situation*": trattasi di istanze, deduzioni, allegazioni; e, d'altro lato, i c.d. *Bewirkungshandlungen* (p. 456 ss.), che invece non determinano lo sviluppo procedimentale in senso proprio ma hanno effetto diretto, tipicamente rientrandovi per G., seppur con i distinguo da farsi, le rinunce, ma anche dichiarazioni unilaterali, attività materiali e, per G., ma l'aspetto è qui da porre sotto indagine, gli accordi interni al processo.

<sup>(147)</sup> Ripropongono la teorica E.T.L. Liebman, G.A. Micheli, V. Andrioli, G. Tarzia, G. Verde; per alcuni ruff. cfr. R. ORIANI, voce *Atti processuali*, cit., 8. Sulla interpretazione degli atti causativi come riferito nel testo, v. C. CONSOLO, *L'interpretazione della sentenza (di cassazione con rinvio) — e in genere degli atti "causativi" — come "atto di volontà particolare" e così secondo gli artt. 1362 c.c.*, in *Corr. Giur.*, 2004, 1339 ss. Richiami alla distinzione, pur senza adottarla sul piano applicativo, in R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 37 e nota 35.

<sup>(148)</sup> *Ex multis*: F.P. LUISO, *Diritto*, cit., 419, quando, ponendo l'attenzione sulla volontarietà del comportamento e non dei fini, osserva che nel processo l'indagine sulla volontà è indagine sulla semplice volontarietà del comportamento e, si aggiunge, essa è semplificata dal fatto che tale accertamento "*viene ad essere surrogato dalla forma*". Per E. MERLIN, *Elementi*, cit., 302, gli atti del processo sono atti giuridici in senso stretto, e non manifestazioni di volontà; sicché per essi, a differenza dei negozi, è esclusa qualsiasi indagine circa la regolarità della formazione della volontà del soggetto, rilevando solo la volontarietà dell'atto, non dell'effetto, ed indicando come ipotesi di scuola quella in cui detta volontà manchi; per l'a. fanno eccezione alla regola "*gli atti consistenti nel compimento di un negozio dispositivo ad effetti processuali*", o sostanziale (cita la rinuncia *ex art. 329 comma 1*), e, per il riferimento al negozio sostanziale, la transazione.

<sup>(149)</sup> J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 323, ricorda di qui l'opinione, con ruff. in nota 177, che esclude l'applicazione analogica delle norme civilistiche, e motiva la impossibilità di ricorrere allo strumento analogico, tra l'altro, per la presenza di norme sulla nullità degli atti che l'applicazione del rilievo dei vizi del volere non consentono.

<sup>(150)</sup> V. infatti V. ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 477, che (facendo cenno alla adesione alla teoria pure da parte di Micheli e Liebman) ritiene gli atti induttivi la regola

mente sul piano della volontà, intervenendo apertamente — come notato anche da Costa e Silva — sul principio della irrilevanza ora richiamato. Lo ha notato la migliore dottrina cimentatasi con gli atti del processo <sup>(151)</sup>, che non a caso — torneremo a vedere — è pure quella che ha saltuariamente offerto, da noi, le maggiori intuizioni in punto di accordi, pur evidentemente del tema non appassionandosi <sup>(152)</sup>. Ai fini degli accordi, poi, la differenza — di cui tiene certo conto Wagner <sup>(153)</sup> — è ripresa dai più: ad es. da Cabral <sup>(154)</sup>, anche al fine, oltre a valorizzare maggiormente l'elemento volontaristico, sempre ed anche qui con la processualistica tedesca, di isolare atti processuali che costituiscono semplici dichiarazioni “congiunte”, alla Betti “mere intese” contrapposte agli accordi <sup>(155)</sup>.

ed i causativi l'eccezione; vedremo ancora in seguito come proprio A. abbia probabilmente inciso nella futura sensibilità di vari studiosi degli atti del processo nel richiamare codesta distinzione. V. poi prima, pur critico come visto per ogni altro verso nei confronti di Goldschmidt, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1976, I, 115 ss. La distinzione è a ben vedere evocata anche dal concetto di autonomo o non autonomo/mediato od immediato, fatto proprio da E. ALLORIO, per cui v. rispettivamente, dopo, Id., *Diritto processuale tributario*, 2ª ed., Torino, 1952, 498, e, prima, Id., *Il giuramento della parte*, Milano, 1937, 232: tra l'una e l'altra alternativa concettuale si suole intravedere uno sviluppo nel pensiero di Allorio, poco oltre la concezione di Goldschmidt: sul punto, G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 291, nota 90.

<sup>(151)</sup> R. ORIANI, *op. cit.*, 9, fa l'esempio della dichiarazione di accettazione della sentenza, che a suo giudizio può essere seguita dalla impugnazione nei termini che deduca che la dichiarazione di accettazione era stata estorta con violenza; oppure, ammette una impugnativa della conciliazione giudiziale per vizi del consenso.

<sup>(152)</sup> Si pensi alla densa voce enciclopedica di Oriani, già richiamata, agli studi di Auletta, ecc.: ulteriori riff. *infra*, nel testo e nelle note.

<sup>(153)</sup> Es. G. WAGNER, *op. cit.*, 228.

<sup>(154)</sup> A. CABRAL, *Convenções*, cit., 52-53, ove argomenta che, ove si tratti di atti causativi, che producono effetti indipendentemente dalla serie, può postularsi un controllo di validità, ma non di convenienza, da parte del giudice. Sulle c.d. dichiarazioni “congiunte” (v. nel testo), p. 59 nota 110, Cabral osserva come l'effetto da esse prodotto non sia il frutto della capacità negoziale dei soggetti.

<sup>(155)</sup> V. ancora A. CABRAL, *Convenções*, cit., 57-58, ove la distinzione tra contratto e accordo in ragione del fatto che nel primo vi sono interessi contrapposti e un contenuto patrimoniale, non nel secondo; ed ancora quella tra atti processuali congiunti e accordi processuali. Cabral ne trae la definizione di accordo come “*convencao (ou acordo) processual é o negocio jurídico plurilateral pelo que as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediacao de nenhum outro sujeito, determinam a criaçao, modificacao e extinçao de situacoes jurídicas processuais, ou alteram o procedimento*”; in Germania, sulla rilevanza di tali distinzioni, v. G. WAGNER, *op. cit.*, 15 e, prima, G.

Ancor più evidente è l'operazione nello stesso senso compiuta dalla citata Costa e Silva <sup>(156)</sup>, la quale già in precedente opera se ne era avvalsa <sup>(157)</sup>.

#### **4. Oltre i postulati: accordi e fattispecie (sullo sfondo del procedimento); poteri e doveri; accordi e (cedevolezza della) norma.**

Abbiamo visto che, per comune opinione, né Bülow né Goldschmidt esauriscono i fondamenti attuali della scienza processuale; d'altra parte, è indiscussa la necessità di avvalersi della nozione di procedimento, per come sviluppata, per quanto sopra riportato, ad es. dalle tesi di Fazzalari e Picardi.

L'esercizio finora compiuto ha messo in rilievo, di là di utili aspetti particolari: vuoi (persino per il primo Satta, non certo, almeno a quell'epoca, aperto al nostro argomento <sup>(158)</sup>) che strumentale a disvelare lo spazio per l'accordo è la indagine sulle norme di diritto positivo "le quali possono lasciare largo campo alla disposizione delle parti, che non è affatto incompatibile con l'intervento dello Stato"; vuoi, tornando alle *stipulationes*: che i costrutti del rapporto e delle situazioni processuali hanno nei tempi arrecato più di qualche utilità al punto di spiegare precisi fenomeni del processo.

BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff*, cit., 186. La prospettiva assunta richiama la rilevanza, da un canto, dei casi di incontro di dichiarazioni congiunte (impostazione, tra l'altro, di P. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln*, cit., spec. 3 ss., 12 ss. 62 ss.; d'altro canto, della teorica che allude all'atto complesso (*Gesamtakt*) (tedesca, ma non solo: v. nel testo) (su ad es. G. WAGNER, *op. cit.*, *passim* e spec. 339 ss.): entrambi gli aspetti meriteranno approfondimento, ai fini della presente ricerca.

<sup>(156)</sup> P. COSTA E SILVA, *Perturbações*, cit., 98, trattando degli accordi probatori, "*Estes negócios processuais, através dos quais as partes modelam o modo de exercer situações jurídicas processuais pelo juiz seriam uma espécie de negócios híper - dispositivos: a hipérbole deve — se ao facto de, na terminologia de Goldschmidt, os negócios serem, todos eles, dispositivos (por contraposição aos actos postulativos), sendo que aqueles que agora consideramos seriam híper — dispositivos por modelarem apenas o exercício de uma situação jurídica ancorada no decisor, a saber, o dever de julgar*".

<sup>(157)</sup> P. COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, cit., spec. 100 ss., richiamando anche Carne-lutti.

<sup>(158)</sup> Ma v. i riff. alle note 4 e 82, ove si è desunto, d'accordo Chizzini, che il pensiero sattiano fosse, forse non in via di ma almeno aperto al, cambiamento.

Assumere l'autonomia del diritto processuale e di quella concatenazione di atti e situazioni che lo caratterizzano, non più limitandosi a domanda e a sentenza, è già parso consigliato per chi voglia svolgere lo studio dell'accordo.

Si è quindi postulata, e in qualche prima misura messa a fuoco, l'utilità ritraibile dal concetto di "situazione processuale", che difatti è ripreso nelle teorie e negli studi apparsi in tema, anche all'estero, non soltanto in Germania.

Il riferimento alle situazioni non dice, però, ancora niente sulla loro consistenza, sulle differenze tra le une e le altre, e quindi aiuta sì l'inquadramento, ma non svela specifici limiti e differenziazioni tra singole e/o gruppi di fattispecie: più esplicitamente, quali queste situazioni e *quid* intorno alla loro "disponibilità". Ove assumessimo la coesistenza nel processo di numerose e variegate situazioni (onere, potere, dovere, diritto, facoltà), al fine di valutare come esse operano al cospetto dell'accordo, causeremo disorientamento, anche considerato che la dottrina tedesca, con diffuso seguito, enuclea solo due categorie di accordo, riferendo la prima ai poteri e facoltà delle parti, la seconda alla norma processuale e di qui, indirettamente, al ruolo del giudice.

Vanno quindi speculativamente ricercate posizioni della processualistica che, là dove svolti esercizi di teoria generale, lambendo od espandendo, ovvero migliorando, la teoria delle situazioni processuali che abbiamo ripercorso, possano aver offerto strumenti utili, e se possibile in chiave di ancora maggiore riduzione.

Ripetiamo, a riguardo, che, se si guarda alla sostanza delle cose, la principale critica mossa dal Liebman al Goldschmidt fu che, con la sua costruzione, non si sarebbero "precisati i rapporti tra (il giudice) e le parti", sarebbe stata ignorata "la posizione e la funzione che in esso ha il giudice" <sup>(159)</sup>. Sia che la critica fosse fondata, o che non lo fosse, anche per questo occorre smarcarla e guardare brevemente oltre, se è vero — come è vero — che la ricerca tali rapporti riguarda.

<sup>(159)</sup> E.T.L. LIEBMAN, *riff.* nota 100.

L'indagine conduce alla scienza italiana e indirizza al pensiero di Allorio, che di tali tentativi, sul piano della teoria generale, fornisce rilevanti saggi <sup>(160)</sup>; e soprattutto, sui punti che a noi serve (e su diversi altri) — non senza più di qualche debito da prestare a Conso <sup>(161)</sup> — alla magistrale opera, dalla quale scegliamo di partire per accompagnarci in qualche ragionamento ulteriore (ché, si badi, sarebbe svolto sulla base di altre ricostruzioni, se preso in singoli segmenti), di un processualista tra i massimi teorici generali, Cordero, che, non è un caso, (anche) alla scuola di Allorio si era formato. L'opera è goldschmidtiana nel titolo, perché dedicata alle situazioni giuridiche nel processo penale, ma pur — dato lo sforzo sistematico che ospita — appieno spendibile circa il processo civile, con i cui studiosi, infatti, Cordero costantemente dialoga.

L'opera di Cordero mira in effetti a ridurre il novero delle situazioni del processo, financo, senza svalutarne il valore di significato ed esplicativo, aggirando la figura dell'onere che per tutti lo caratterizza <sup>(162)</sup>: le situazioni del processo, per Cordero, sono tutt'altro che innumerevoli ma ai suoi fini, e sarà vedere se anche ai nostri, riducibili ed effettivamente ridotte ai soli concetti di potere (delle parti) e dovere (del giudice). Volgiamo quindi alla sua costruzione <sup>(163)</sup>, memori dell'obiettivo che ci siam dati, di sviare l'accostamento all'accordo secondo preconconcette ideologie <sup>(164)</sup> ed invece di provare ad utilizzare una costruzione solamente

<sup>(160)</sup> E. ALLORIO, *Problemi di diritto. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, I, Milano, 1957.

<sup>(161)</sup> Che pur ritiene fondamentale il concetto di situazione processuale: G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 253, nota 8.

<sup>(162)</sup> La figura dell'onere fu centrale in Goldschmidt, come lo era in Carnelutti, Betti, ecc., nella maggiore processualistica sino ad oggi: v., in questo senso e pure lui adottandola, G. CONSO, *Il concetto e le specie*, cit., 366 e nota 138.

<sup>(163)</sup> *Le situazioni giuridiche*, cit., ed. in rist.

<sup>(164)</sup> Ai poli opposti, citiamo ancora l'impostazione "in dubio pro libertate" di Schlosser, ripresa da Chizzini ed in cui (intuitivamente ... ce lo dicevano negli Usa, di non poter fare a meno dei giudici) non vorremmo credere, convertendola sì in apertura ma meditata dalla necessità di riflessione fattispecie per fattispecie, congegno per congegno, *situazione per situazione*; e, d'altro lato, pur dedicandosi ad accordi assai complessi e per questo meritoriamente indagati dall'autrice, quella di T.M. PEZZANI, *Il regime convenzionale*, cit., quando ad es., p. 162 ss., p. 166, conclude che: "il punto è invece che un sistema

ove utile — come diceva Goldschmidt — ai fini perseguiti.

Ferrua, nella recente ristampa delle *Situazioni giuridiche*, presenta Cordero come abile maneggiatore del rasoio di Occam addirittura nei confronti di Goldschmidt, la cui eredità, peraltro, è largamente recepita da Cordero e ne permea la struttura<sup>(165)</sup>, solo affinata ulteriormente<sup>(166)</sup>.

Dunque, Cordero — con Allorio — pone sin dall'inizio al centro della sua costruzione il dovere (del giudice), aderendo a Goldschmidt nel punto in cui ravvede nell'azione e negli atti processuali non il suo rovescio, ma il presupposto, la "fattispecie" del dovere<sup>(167)</sup>. Il comportamento in violazione del dovere si qualifica, perciò, come viziato sin tanto che ciò preveda la legge, mentre in caso la legge taccia può essersi di fronte ad una *lex minus quam perfecta*<sup>(168)</sup>, il che sin da subito nella ricerca allenta pure, senza ovviamente cancellarla come si confà ad un regime degli atti che sia prevedibile, la rilevanza della sanzione<sup>(169)</sup>. Ancora con Allorio<sup>(170)</sup>, Cordero esemplifica e motiva ampiamente come, in un ordinamento statale, le condotte o posizioni dei privati, nel prima del processo, costituiscano, sottendano od implicino sem-

giuridico processuale rimanga "sistema", e non divenga quindi un apparato di norme vuote che legittimi modifiche potenzialmente continue e comunque sempre eterogenee".

<sup>(165)</sup> In più punti del lavoro F. CORDERO difende Goldschmidt: v. ad es. *Le situazioni giuridiche*, cit., 128 ss., quando richiama il concetto di *Rechtsschutzanspruch* (su cui Wach, ripreso da Hellwig: v. nota 69), come "il più cospicuo prodotto dogmatico di quest'aspirazione ad una visione unitaria", ma poi, glacialmente prosegue, lo riconduce a quella "natura di soluzioni artificiose ricavate da un espediente di alchimia concettuale mediante il quale si costruisce una specie di esangue doppione del diritto sostanziale"; di qui Cordero riconosce un progresso su queste posizioni, da attribuirsi proprio alla teoria del "diritto giustiziale materiale" di Goldschmidt.

<sup>(166)</sup> P. FERRUA, *Prefazione*, in F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, cit., VII ss.

<sup>(167)</sup> Lo rammenta anche N. PICARDI, *La trascrizione*, cit., 319.

<sup>(168)</sup> P. FERRUA, *Prefazione*, cit., XIX.

<sup>(169)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, cit., spec. 105 ss.

<sup>(170)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, cit., 115, ove richiama E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 247 ss., spec. 261 proprio con riguardo alla previsione di un dovere in capo ad un organo statale da parte di una norma, il che può accadere tanto quando si prevedono comportamenti sanzionatori, tanto quanto divieti, ad es. di fare.

pre un certo dovere in capo ad un organo dello stato <sup>(171)</sup>, talché “il contegno del privato divergente dallo schema normativo non può essere definito, sul piano dell’osservazione empirica, se non come la fattispecie costitutiva di quel dovere” <sup>(172)</sup>, che riguarda “gli organi statali” <sup>(173)</sup>. Nel processo, pertanto, tutto si “risolve in una sequela di situazioni soggettive di dovere aventi come destinatario l’organo giurisdizionale” <sup>(174)</sup>.

La riduzione praticata è sin da queste poche espressioni sotto gli occhi di tutti ed è questo il vero “nucleo interno”, tutt’altro che superficialmente magmatico infatti, dell’opera di Cordero, che lo conduce di lì a poco a dimostrazioni molto serie. Come quando — dovrebbe qui tornar alla mente Bülow e la sua visione della discrezionalità, che apriva incondizionatamente all’accordo (ma si è visto che la processualistica successiva dovette soffrire per arroccarsi, letteralmente *en arrière*, su ammissione e valutazione di prove) — di atti normativi, rimessi ad organi ma discrezionali, tratta per quei casi in cui la norma intenzionalmente preveda che il dovere possa essere adempiuto attraverso un’alternativa di comportamenti, con insorgenza di una fattispecie a formazione frazionata “risultante dagli estremi specificamente previsti nella norma e dell’ulteriore elemento che si desume dal risultato di una valutazione successiva” <sup>(175)</sup>. Egli — si badi — ammonisce

<sup>(171)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, 120 ss., ammette che, su un piano di “pura logica”, è ovvio che non vi sono argomenti per riferire il dovere soltanto all’organo statale, ma mostra come (stazionando sul delitto di omicidio) la condotta privata ridonda sempre nella posizione di dovere di quest’ultimo organo.

<sup>(172)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, cit., 127, richiamando ancor conf. E. ALLORIO, *La pluralità*, cit., 278 ss.; si definisce per tal via “quinta ruota del carro” il dovere di osservanza dei precetti giuridici da parte dei consociati.

<sup>(173)</sup> Concludono C. ed E. ALLORIO, rispettivamente ne *Le situazioni giuridiche*, 132 e *La pluralità*, cit., 279, nelle parole del primo, che “in un ordinamento di tipo autoritario il comportamento dei privati non viene in considerazione come oggetto d’una valutazione condotta alla stregua di situazioni soggettive di dovere, ma come semplice elemento della fattispecie costitutiva di un dovere degli organi statali”.

<sup>(174)</sup> F. CORDERO, *op. cit.*, 138, sempre conf. Allorio.

<sup>(175)</sup> F. CORDERO, *op. cit.*, 167-170: solo alla conclusione della valutazione successiva, e così ad integrazione avvenuta dello schema normativo, sorge a carico del soggetto uno specifico dovere di condotta.

affinché si distinguano questi, da quelli in cui ricorre invece ambiguità (o lacuna, non intenzionali) e, dunque, è necessaria la interpretazione, diversi allora dalla succitata “indeterminatezza intenzionale della fattispecie”<sup>(176)</sup>, che, per dirla con termini nostri, scinde in due quest’ultima, inquadrando il dovere a scelta multipla e l’atto del suo esercizio, quest’ultimo da rivalutare *ex post*, ove suscettivo di altra conseguente situazione processuale, in punto di modi. Come ad imbracciare un modernissimo (*truth*) *detector*, Cordero fornisce così le coordinate per la identificazione della fattispecie complessa/discrezionale<sup>(177)</sup>, non in genere, ma proprio nel contesto di serie di atti quali i procedimenti, dove il dovere — d’altro canto in linea con l’opinione che ravvede nei giudici i destinatari delle norme processuali<sup>(178)</sup> — risulta essere la situazione informatrice od almeno “caratteristica”<sup>(179)</sup>. Né

<sup>(176)</sup> Per C., *Le situazioni giuridiche*, cit., 160-162, la norma che anche prevede vari comportamenti possibili non per questo può ritenersi fattispecie libera, trattandosi anzi comunque di comportamenti doverosi: “si conviene di riservare la locuzione discrezionalità per il caso particolare in cui il fenomeno si profila in ordine ad un atto normativo, anche se, sul piano conoscitivo, l’uso da parte del legislatore di un certo congegno espressivo nella descrizione della fattispecie del comportamento fa sorgere, in entrambi i casi, un identico ordine di problemi”. V. p. 167, ove è esposto che di libertà di scelta a fronte della discrezionalità non si può mai parlare in termini incondizionati e in generale, ma in concreto, là dove dalla norma intenzionalmente determinata risulta che il dovere può essere adempiuto attraverso un’alternativa di comportamenti.

<sup>(177)</sup> Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici*, cit., 372 ss., che l’espressione di fattispecie complessa a formazione successiva riserva al procedimento in genere (fatti giuridici collegati l’uno all’altro in vista di un effetto). Ancora G. CONSO, p. 375 e p. 383, richiama le opinioni, ascritte, in assonanza alla teorica del rapporto, ora a Calamandrei ora a Chiovenda, per cui, a chiusura della serie, non si pone come ultimo fatto giuridico il provvedimento, ma il fatto negativo della sua mancata impugnazione (per il primo tra i due richiamandosi una condizione sospensiva). G. CONSO, *op. cit.*, 383, aderisce alla visione che ravvisa in ogni procedimento non una pluralità di atti ed un unico effetto ma “una serie di atti e una serie di effetti causalmente collegati sino ad un effetto conclusivo”.

<sup>(178)</sup> F.P. LUIO, *Diritto*, cit., 56 ss.

<sup>(179)</sup> F. CORDERO, *op. cit.*, 173 offre la seguente indicazione: “in presenza di ogni norma che preveda, con descrizione di specie o di genere, direttamente ovvero con una formulazione stilistica di secondo grado, un tipo di condotta degli organi statuali, si tratti di un atto normativo nel quale si esprime l’esercizio di un potere o di un semplice atto giuridico, si deve ritenere che il contenuto ipotizzato costituisca il termine obiettivo di una situazione di dovere, a meno che non risulti espressamente, attraverso una dizione non equivoca della norma, l’inesistenza di un vincolo sull’*an*; in particolare questa conclu-

basta, perché il dovere Cordero mette letteralmente in moto nel processo, e ne completa la sistematica quando si addentra nelle norme che alla condotta delle parti sono dedicate: tutte riducibili al potere, meglio che all'onere (alla coppia dovere-potere, si dica ora, Cordero riduce l'intero fenomeno processuale) <sup>(180)</sup>, e tutte queste ultime strumentali, nel corso del processo, a quanto verrà dopo. Insomma, le ultime (norme strumentali/dinamiche) mai potrebbero discutersi se non aggiungendovi le prime (norme statiche, sul dovere del giudice/ degli organi) <sup>(181)</sup>, donde si vedono

sione si impone in ordine agli atti dalla cui successione legalmente determinata risultano quei tipici strumenti di produzione del diritto che sono i procedimenti". Di rilievo (massimo per i fini per cui si procede) è pure, a chiusura del cerchio, quanto Cordero afferma più avanti, p. 252, nel senso che "nel processo non esistono atti neutri, che si fondano su un diritto di chiedere ma non di ottenere", ma poi concedendo, p. 255 (con richiamo di T. Carnacini, nota 35), che in un processo dominato dal principio dispositivo (non quello penale) è possibile che il legislatore si valga di tecniche tali da, per dirla con le parole di Cordero, "attribuire alle istanze ed affermazioni di parte l'attitudine ad impastoiare la decisione entro limiti invalicabili, nel senso ad esempio che il giudice debba astenersi da ogni ulteriore indagine in ordine a un certo fatto solo perché l'esistenza di quest'ultimo è concordemente affermata dall'imputato o dal pubblico ministero". Ciò non fa venir meno, comunque, il dovere di "prendere in considerazione l'attività assertiva delle parti", *Berücksichtigungspflicht* per la processualistica tedesca. Si ricorda infine, sul punto, pure G. CONSO, *I fatti giuridici processuali*, cit., 131 ss., che già discorreva di obbligatorietà.

<sup>(180)</sup> F. CORDERO, *op. cit.*, 239 ss., ove la conclusione, perciò, che dovere e potere esauriscono le ipotizzabili situazioni giuridiche soggettive nel processo, mentre le altre nel tempo e da altri enucleate, in dialogo con loro (citando Carnelutti ed altri, ed ancora d'accordo con Allorio: per cui v. *La pluralità*, cit., 252) Cordero nella parte conclusiva dell'opera neutralizza (non nella loro utilità descrittiva ma tecnico-sistematica) una per una, nel complesso definendole (p. 241) "pseudo-situazioni": i) così per la facoltà (p. 241 ss.), che "non si presta nel processo ad alcuna applicazione costruttiva che non sia già acquisita in sede di classificazione dei comportamenti doverosi", trovando invece applicazione naturale nel settore delle valutazioni sostanziali; ii) analogamente per l'onere, centrale per Goldschmidt, come per Carnelutti ed altri, che Cordero, p. 256 ss., ritiene confacente a fotografare allocazioni di rischi e giochi di interessi sottostanti ai fenomeni giuridici (per "originaria coloritura economica"), epperò dice Cordero con algida efficacia "in termini di ofelimità"; iii) così per l'obbligo, rispetto al quale enfatizza che la condotta in violazione determina pur sempre l'insorgere del dovere dell'organo; iv) *idem* per la soggezione, spec. per la opinione a p. 272 e ss., avente rilievo in fin dei conti extragiuridico e non dogmatico.

<sup>(181)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 192 ss.: senza le norme strumentali, si prospetterebbe una varia costellazione di fenomeni senza una spiegazione del congegno che presiede alla loro produzione. Elaborando ancora oltre con C., ne risulta che, quando un soggetto ha il potere, e sempre che realizzi un comportamento conforme a quello descritto, questo determina il sorgere di conseguenze giuridiche predefinite, che "possono risolversi in una

e richiamano costanti riflessi di Allorio, in questa impostazione (182). Nel seguito dell'indagine, è esemplarmente illustrata, forte di precedenti teorici, Conso *in primis* (183), la concatenazione possibile tra potere e dovere, potendo l'esercizio del primo scaturire in una nuova situazione di potere, oppure direttamente nel dovere dell'organo; talaltra volta in entrambi (184).

La situazione processuale del potere (185), nel processo da

situazione di dovere ... ovvero in un più o meno complesso itinerario di ulteriori stadi strumentali, il cui definitivo punto d'approdo si rinviene nella vicenda costitutiva di un dovere".

(182) F. CORDERO, *loc. cit.*, riferendosi a norme la cui "funzione si esaurisce nel determinare gli stadi intermedi di un processo di qualificazione articolato in modo più complesso", ossia norme "strumentali-dinamiche, ovvero relative alla produzione giuridica"; conf. E. ALLORIO, *La pluralità*, cit., 263.

(183) Cfr. G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 380, 387 e altrove, assumeva una non dissimile nozione di procedimento e, per altro verso, venendo alle situazioni degli organi, per Conso "soggetti di diritto pubblico", definitiva gli atti –come concetto caratteristico ed *unicum* del procedimento giurisdizionale – che del procedimento in questione costituiscono l'ossatura, quali atti di "adempimento ad un obbligo nascente da un altro fatto del procedimento".

(184) "Il predicato di giuridicità delle proposizioni strumentali si desume dalla loro attitudine a porsi come termine iniziale od intermedio di un processo di produzione giuridica destinato ad esaurirsi in una situazione finale di dovere": F. CORDERO, *op. cit.*, 199, e poco prima, p. 197, perché le norme strumentali-dinamiche "in forza di una loro intrinseca necessità di struttura, ipotizzano uno schema di condotta come fattispecie di ulteriori effetti giuridici", laddove, di converso, ancora p. 197, la delimitazione del potere, in caso di difformità dal paradigma normativo, si esaurisce in sé stessa, senza per forza richiamare le conseguenze, anche quando quella difformità scaturisce in ulteriori situazioni giuridiche discendenti. Cordero, p. 205, puntualizza poi che, sia dalla situazione diretta di dovere che da quella di potere si scaturisce in fattispecie ugualmente costitutive di doveri processuali, ma se nel primo caso "l'effetto consistente nel sorgere di un dovere processuale decisorio è condizionato alla circostanza che sia posto in essere un atto configurato secondo modalità che rendono esteriormente riconoscibile la sua esclusiva destinazione a servire in funzione di quell'effetto", nell'altro, p. 208, "ogni atto di esercizio del potere, insomma, si pone come una norma regolatrice di condotta ovvero attributiva di ulteriori poteri, e non potrebbe essere altrimenti ...". Ancora, entrambi, potere e dovere, p. 214, si risolvono in figure di "qualificazione necessariamente monosoggettiva".

(185) F. CORDERO, *Le situazioni*, 216 ss., opta per ritenere il potere nel processo come situazione autonoma, esistente di per sé e solo dove esercitata scaturente in ulteriore situazione di dovere, tesi predicata per poter spiegare la legittimazione ma anche decadenza e rinuncia, p. 221, che rappresentano un motivo di difformità tra l'atto e il relativo schema "in quanto l'ordinamento le ipotizza come fattispecie estintive del potere di cui quell'atto incarna il momento d'esercizio".

considerarsi normalmente esauribile in chiave temporale <sup>(186)</sup>, si presenta secondo tipi e sfaccettature diversi e particolari <sup>(187)</sup>: e così se ne può trarre che una sua estinzione (del potere) resta anzitutto sul piano processuale, potendo poi verificarsi se operi anche su di altro piano (*infra*): sicché, questo più quello, permette provvisoriamente di riprendere il nostro filo conduttore dopo il lungo *excursus* sul fatto che: là dove la norma contempla un dovere dell'organo di esso le parti non dovrebbero poter *disporre* se nella serie procedimentale il momento non è propizio (giuridicamente possibile <sup>(188)</sup>); all'opposto, ove l'esercizio del dovere risulti in una nuova fattispecie successiva e *strumentale*, le parti tornerebbero titolate della libertà di fare o non fare, che al potere è riconnessa <sup>(189)</sup>. L'accordo, in presenza di dovere, resterebbe inefficace e privo di tutele ai fini del processo, ma ciò, banalmente, è vero fino allo stadio ultimo in cui quel medesimo dovere può e quindi deve essere esercitato, la situazione rinvenibile andando re-indagata nello stadio immediatamente successivo <sup>(190)</sup>.

<sup>(186)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 223 ss., in modo diverso quindi da quello legislativo, oppure da quello giurisdizionale, inesauribili nella loro esistenza ordinamentale ed anche in via tendenziale indisponibili, anche se per quello giurisdizionale l'indagine, fondata sulla norma che senza non avrebbe potenziale, può consentire ulteriore approfondimento.

<sup>(187)</sup> Ricorda poi Cordero, citando anche Garbagnati, p. 224, come il potere si presenti secondo una varietà di tipi particolari, "tra i quali è possibile distinguere avendo riguardo alle caratteristiche di struttura del singolo atto ed all'effetto cui esso è preordinato".

<sup>(188)</sup> F. CORDERO, *loc. ult. cit.*, non tratta, né doveva o poteva trattare, l'aspetto di nostro primario interesse, ma il tempo del processo è lambito quando, proseguendo nel discorso, ricorda che in molti casi, ed è questo il caso del processo, la fattispecie dell'atto normativo è costruita secondo uno schema che include un limite temporale, limite talvolta della *Einmaligkeit*, che pur per Cordero doveva restare confinata a situazioni date (nell'ottica, aggiungiamo, della conservazione, degli atti, del sistema, nonché del rispetto della sequenza) e quindi, non estesa al limite di ritenere che il secondo esercizio del potere, quand'anche le forme e i tempi lo consentono, sia sempre e per definizione inefficace per una sorta di, sul punto indimostrato, principio di economia processuale immanente in ogni ordinamento (riff. alla dottrina tedesca, *ivi* nelle note, svolti dall'a.).

<sup>(189)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 183 ss., descrive doveri commissivi od omissivi (richiamando il caso di *infra* ed *ultrapetizione*), dagli uni e dagli altri generandosi successive situazioni di potere.

<sup>(190)</sup> Il che disserra, a sua volta, il tema della negoziabilità e dunque disponibilità del potere processuale *ex ante*, condizionatamente, aleatoriamente, e via dicendo, sul quale

Ora, ripetiamo che la riduzione al potere ed al dovere delle situazioni processuali rivenienti in capo a parti e giudice non è ancora data per dimostrata e del resto non è qui, ovviamente, optata come di necessità l'unica possibile a descrivere il processo, ma già al momento pare molto utile nella più limitata prospettiva che vogliamo svolgere, dell'accordo, mettendo alla prova le categorie in discorso, se non altro inferiori nel numero <sup>(191)</sup>.

Su di un piano immediatamente collegato a questo, è ancora il caso di aggiungere che Cordero, nella sua opera, si sofferma anche sulla già vista goldschmidtiana distinzione tra *Erwirkungs/Bewirkungshandlungen* (i primi soggetti al vaglio di ammissibilità/fondatezza, i secondi a quello di rilevanza): essa non piace a Cordero, che sul punto recepisce le critiche dell'aver usato argomenti psicologici montate da Liebman <sup>(192)</sup> (che invece quella distinzione accolse!), ma la vera spiegazione che egli dà di tale dichiarato mancato gradimento è a nostro avviso da ricercare poco più avanti (ed atta a dimostrare che, in realtà, non proprio di dissenso si tratti, ma soltanto di ricerca di una maggior aridità, che per Cordero voleva dire efficacia, lessicale e dei concetti), quando Cordero collega Goldschmidt ad Allorio, o a Betti, ove avevano parlato di atti diretti/indiretti o mediatamente od immediatamente efficaci, autonomi/non autonomi <sup>(193)</sup>, con loro invece

rinviamo ad altra più spaziosa sede di indagine.

<sup>(191)</sup> Richiamiamo però, *ex multis*, il pensiero di S. MENCHINI, cit., in nota 87, che pure suscita, nella descrizione delle singole situazioni del processo, riflessioni nel senso voluto.

<sup>(192)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 231 ss., ove accusa, con Liebman, la distinzione di far propri assunti vagamente psicologici; del resto, Cordero dissente da Goldschmidt anche nel punto in cui questi slega dalla domanda di parte il dovere del giudice (obbligo, per i teorici del rapporto) di emettere sentenza.

<sup>(193)</sup> F. CORDERO, *loc. cit.*, richiamando E. ALLORIO (atti mediati/immediati: *Il giuramento*, cit., 231; ma pure atti autonomi/non autonomi: *Diritto processuale tributario*, cit., 233 *et alibi*) e Betti (*supra*, nota 68: "atti tendenti a sollecitare una decisione giudiziale di contenuto determinato favorevole alla parte che li compie e atti per virtù propria operativi di situazioni processuali, senza mirare a provocare siffatta decisione"). Peraltro, ed *a fortiori*, vien fatto di rilevare che, ad onor del vero, F. CORDERO avrebbe adoperato la distinzione per l'intero *cursus* suo, tant'è che essa ancora si rinviene (nell'ambito processualpenalistico, quantunque riformato), sino all'ultima edizione della sua *Procedura pe-*

concordando e calibrando il mirino dell'interprete verso il criterio dell'effetto dell'atto del processo, se davvero compiuto ed auto-sufficiente ovvero costituente tramite necessario per una ulteriore condizione giuridica.

Non è certo un caso, e dimostra il poco entusiasmo per il concetto, che Cordero <sup>(194)</sup> proprio in questa parte ne concluda che nel processo penale gli atti di parte sono perlopiù sprovveduti del carattere della autonomia esaurendosi nella costituzione di un dovere dell'organo giurisdizionale, mentre — da grande teorico generale qual era — concede che nel processo civile le parti “*hanno* (o possono avere, in un ordinamento dato) *maggiori possibilità di controllo*”, il che — con ennesima iterazione di significati — ci porta a richiamare quanto arguivamo poche righe sopra.

In sintonia con quanto precede, Cordero, nel creare l'assetto, dal nucleo interno a quello esterno, al mantello: delinea subito dopo, di nuovo con Goldschmidt ed Allorio, gli atti con doppia funzione (processuale e sostanziale), e manco a dirlo li distingue <sup>(195)</sup> (atti con concorso di effetti: avrebbe detto poco prima Conso <sup>(196)</sup>), esclude che le situazioni del processo possano essere oggetto di autonomo accertamento giudiziale <sup>(197)</sup>, ma ciò corro-

*nale*, Milano, 2012: qui bastino richiamare i riferimenti dall'indice finale degli argomenti, pp. 1337 e 1342, rispettivamente per *Bewirkungshandlungen* ed *Erwirkungshandlungen*.

<sup>(194)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche*, cit., 235.

<sup>(195)</sup> Cfr. F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 140, citando E. ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 192 ss., e ricordando in consonanza come si assegnano al diritto sostanziale le norme che dettano la disciplina del contenuto dell'accertamento giudiziale suscettibile di cosa giudicata, a quello processuale le norme definenti le forme della tutela e le condizioni per la pronuncia giurisdizionale di merito.

<sup>(196)</sup> Puntando la lente sulla medesimezza del fatto giuridico, G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 284 ss., preso in considerazione dall'ordinamento sotto diversi aspetti.

<sup>(197)</sup> E riprendendo pure e ancora Allorio: F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 141: “l'essenza o la decisione intorno ad esse (le situazioni giuridiche processuali) non può mai costituire oggetto autonomo dell'accertamento giudiziale” e richiamando in identico senso, del primo, *Per una teoria*, cit., 192 ss. e spec. 196. Prosegue C. che, quindi, se anche si riscontrassero sentenze a contenuto processuale suscettibili di efficacia di giudicato (si cita il “giudicato sul punto di diritto”, secondo la ricostruzione redentiana: v. nota 102) il criterio resterebbe fermo, ossia in nessun caso quella pronuncia sarebbe idonea a costituire autonomo oggetto di accertamento giudiziale; riporta i classici esempi, ripresi da

bora in punto di motivazione, riprendendo Goldschmidt, per la limitatezza delle situazioni di obbligo nel processo <sup>(198)</sup>. Come Goldschmidt, Cordero crede, per questo, poco o punto nell'illecito processuale, ma ad ogni modo non manca di scinderlo in via teorica in situazione, eventualmente, complessa, ossia in punto effettuale: un certo atto che appartiene al paradigma delle condotte processuali in senso stretto, idoneo ad influire sull'esito del processo, col concorso di altri estremi (che per il processo non rilevano), è previsto come illecito dall'ordinamento sostanziale <sup>(199)</sup>. Ma, se questo è vero, e Cordero non era né tenuto ad indagare oltre, se ne ricava, *a contrario* e per estensione, che: se le parti, con riferimento al processo, possono assumere liberamente e parallelamente obblighi, la situazione processuale strumentale, che viene in tal modo a rilevare in parallelo per il diritto sostanziale, potrebbe pure costituire un autonomo oggetto di processo (e consecutivamente, irrompono sulla scena i concetti di: *Primärprozess/Sekundärprozess* <sup>(200)</sup>).

Allorio, ad escludere che in un processo possa chiedersi, sotto pena della inammissibilità della domanda, che si accerti la legittimazione ad agire in giudizio da promuovere ma che non si promuove, oppure la competenza di un certo giudice nell'esame di una pretesa purtuttavia non dedotta in giudizio.

<sup>(198)</sup> F. CORDERO, *Le situazioni*, 180-181, riprende Goldschmidt e afferma che le parti private e i loro comportamenti processuali possono integrare obblighi quando l'omissione della condotta prevista o la realizzazione della stessa secondo modalità divergenti dal tipo legale siano assunte come presupposto per l'applicazione di conseguenze sanzionatorie.

<sup>(199)</sup> *Op. cit.*, 182, sfilando la concezione di "illecito processuale in un'accezione rigorosa", in quanto, ricorda, anche la figura del litigante temerario, come la condotta processuale in frode, rilevano non perché vi sia un obbligo processuale ma perché danno luogo ad una situazione complessa, p. 182, tale per cui il compimento di un certo atto che appartiene al paradigma delle condotte processuali in senso stretto, od anche solo idoneo ad influire sull'esito del processo, è previsto al contempo come figura di illecito.

<sup>(200)</sup> Di questo, e non d'altro, si disquisisce quando si discute la possibilità di una autonoma azione di accertamento della validità della convenzione di arbitrato. Un attento svolgimento del tema è in S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, spec. 83 ss.; più di recente, v. altresì L. BIANCHI, *La controversia sulla convenzione di arbitrato*, Napoli, 2023, 29 ss. e *passim*. All'opposto, come noto, per Cass., 14 gennaio 2009, n. 603, "La revoca della confessione, prevista dall'art. 2732 c.c., non può ammissibilmente costituire l'oggetto di un'azione autonoma e separata dalla deduzione in giudizio del diritto sostanziale cui si riferisce il fatto oggetto della stessa dichiarazione confessoria", e ciò perché, "Il con-

Sempre sul confine tra diritto e processo, rilevante è infine l'indagine svolta da Cordero sulla distinzione tra poteri sostanziali e poteri processuali rispetto alla quale, sempre riportando per sintesi, si adotta una visione centrata sugli "effetti di cui il comportamento integra la fattispecie" e, si è già visto, Cordero non esclude certo gli effetti poter essere molteplici, da ricondurre a sistema non di necessità dotato di un unico arnese valutativo (201). È così che l'eccezione sostanziale si biforca nell'effetto sostanziale prodotto e nell'atto di esercizio del potere nel processo, l'uno e l'altro dovendo dialogare, proprio perché gli ordinamenti di quell'atto sono due, e la fattispecie a qualificazione multipla (202): pur non potendolo qui dimostrare in via applicativa, ci pare chiaro quanto questo, anche, possa aver rilievo per ricostruire il paradigma dell'accordo. Lo stesso dicasi, viepiù, per norme che meritano una doppia qualificazione, di norma strumentale e di norma statica. Questo non tramuta il potere in altro, rileva Cordero, come dimostrato da Goldschmidt trattando, una volta in più ripresi, degli esempi del litigante temerario o della esecuzione forzata ingiusta, non dovendosi cadere nell'equivoco di assumere come metro delle due valutazioni una medesima dimensione di conformità al diritto.

Finito di esaminare Cordero, le elaborazioni da lui fatte, as-

fitente deve far valere la revoca o come fatto costitutivo del diritto riguardo al quale la circostanza confessata assume carattere sfavorevole nel giudizio in cui, nella qualità d'attore, fa valere il diritto stesso oppure come una circostanza che integra un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto che, in giudizio, sia fatto valere nei suoi confronti come convenuto" (in *Corr. Giur.*, 2009, 1673 ss., con nota di M. MARINELLI, *In tema di revoca della confessione ai sensi dell'art. 2732 c.c.*).

(201) F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 226 e spec. nota 54, dove menziona il giuramento e la confessione, precisando doversi guardare al momento effettuale per stabilirne la natura.

(202) F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 227 ss.: cfr. ove deduce ad es. che la dichiarazione con cui è fatta valere una eccezione di compensazione o di prescrizione si "atteggia come la fattispecie di due effetti, che si riassumono nella costituzione di un dovere decisorio ... e nella vicenda estintiva del diritto sostanziale fatto valere dall'attore". Si ricordano in tal senso, pur meno utili nella sola nostra prospettiva odierna (ed all'un tempo più disputabili ed in effetti disputate: v. infatti A. MOTTO, *loc. cit.*, *et alibi*) le sentenze costitutive ed i rispettivi effetti sostanziali, rife. nota 56.

sieme a ma anche superando Goldschmidt, vi è ancora da rendere ragione, *in primis*, al pensiero di Allorio, che più tra i processual-civilisti si è visto esser ripreso, fino a coinciderne le idee, vedremo, per quel che a noi interessa, da Cordero stesso. *In secundis*, diremo in breve della (non numerosa ma importante) dottrina che dell'esempio corderiano, fino ai giorni nostri, ci pare aver tratto maggiori indicazioni.

Ebbene, su questi stessi aspetti a noi, in via di rivelazione e, cari (quelli isolati in Goldschmidt e poi in Cordero) Allorio scriveva quanto adesso va riepilogato, tra l'altro, nel noto lavoro *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale* (203): dove prontamente chiarisce come (204), per comprendere come gli atti di produzione giuridica dispieghino la loro efficacia, “la definizione della norma giuridica come giudizio-regola, che crea un dovere per chi ne è destinatario, non appa(ia), di primo acchito almeno, sufficiente”, essendo invece necessaria — lo abbiamo visto con Cordero — anche la categoria concettuale del potere, all'uopo definita come “intersoggettiva”, molte volte, e spec. per ciò che concerne il processo (205). Dalle due, quindi, Allorio ricava la distinzione, testualmente, prima, pure carneluttiana (206), tra norme statiche o sostanziali e norme dinamiche o strumentali (207), e ad esse affianca il concetto di “atto non normativo”

(203) Abbiamo in nostre mani la versione pubblicata in E. ALLORIO, *Problemi di diritto*, cit. cui dunque faremo principalmente riferimento; i richiami di Cordero sono in larga parte ripresi invece, come visto, da E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit.

(204) E. ALLORIO, *Problemi di diritto*, cit., 26 ss.

(205) Per E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 29, il potere può definirsi come “la condizione, nella quale qualcuno è in grado, con un proprio atto normativo, di dar vita a una norma, di carattere “statico-sostanziale”, oppure a una norma “dinamico-strumentale”; in altri termini, “è in grado di creare, oppure modifiche o estinguere, doveri o poteri”. Se nei confronti di altri, come nel processo, si parla di “intersoggettività del potere”.

(206) F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1920, 122, citato da E. ALLORIO, *Problemi*, cit., nota 26.

(207) Alle quali ultime si accosta la categoria concettuale del potere: E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 27 ss. il quale continua riferendosi alle “norme sulla produzione giuridica, insomma norme dinamiche, qualificate anche strumentali, che manifestano la loro proprietà caratteristica nel conferire (o far cessare o modificare) poteri”.

(208). In esatta sintonia, salve diversità nello stile espositivo, con Goldschmidt e Cordero, Allorio svolge il tema dell'atto con pluralità di effetti, muovendo dalla esecuzione forzata ingiusta (209), e così pure vari altri, che i tre giuristi accomunano (210).

Se con riguardo alle norme strumentali (o di produzione giuridica) Allorio precisa come esse operino attraverso atti c.d. normativi (211), ossia: attività negoziali nel diritto privato, manifestazioni rilevanti per la p.a., attività con carattere normativo nel diritto processuale (212); circa l'altra faccia della medaglia, il dovere, illustra che una norma, là dove stabilisse un dovere del privato senza alcun dovere degli organi statali, sarebbe assolutamente "ripugnante alla natura del diritto statale"; perciò: "ogni fenomeno del diritto privato si spiega compiutamente, senza residui di oscurità, col dovere del giudice" (213).

Se a sviscerare i temi di teoria generale sopra riepilogati, certo magari per segmenti nel tempo condivisi anche da altri (214), sono stati i tre Maestri posti sotto scrutinio, qui e lì, fino all'attualità, se ne rinvergono diversi richiami: è questo il caso dei riferimenti rinvenuti negli studi di Oriani, e prima di Andrioli e Verde. È questo l'esempio, centralmente sulla riduzione del novero delle

(208) E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 29.

(209) Non ponendo criticità che l'atto esecutivo, capace di essere tale ai fini del processo, può al contempo obbligare al risarcimento del danno: E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 34-35, richiamando Goldschmidt.

(210) E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 36-37: "il potere spetta tanto al giudice competente, quanto al giudice incompetente"; la incompetenza incide sul dovere di decidere, dovendo il giudice incompetente astenersi dal farlo ed essendo questo, dunque, a risultare violato.

(211) Cfr. anche E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 43: vi sono "due forme della produzione giuridica", la norma dinamica-strumentale che opera attraverso un atto c.d. normativo, attribuendo il relativo potere, che identifica una norma "legittimamente", o norma "organica"; al contrario, per le altre che non si avvalgono del congegno descritto, risultando quindi norme "non legittimanti", o "non organiche", o ancora "impersonali". Solo per le prime è esatto affermare che ne scaturisca il potere.

(212) E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 58-59: il privato insomma, nel diritto processuale, è considerato "dalle norme sulla produzione giuridica".

(213) E. ALLORIO, *Problemi*, cit., 48-50.

(214) V. di nuovo G. CONSO, *I fatti giuridici*, cit., *passim*, nonché E. FAZZALARI, *Note in tema*, cit., 55 ss.

situazioni processuali, di Auletta (l'elevato rigore e, d'altro canto, la chiarezza delle idee indifferibile in questa ricerca si ricavano perlopiù, lo si è detto, tra gli studiosi degli atti del processo), il quale, dapprima costruita la teoria delle nullità nel processo partendo dall'inquadramento come sanzione <sup>(215)</sup>, riprende ampiamente Cordero su vari punti, quale quello degli atti a duplice o plurimo effetto <sup>(216)</sup>, e di qui scompone i pezzi del *puzzle* come devesi alle teorie generali di sopra in rassegna <sup>(217)</sup>, che difatti — con riguardo alla situazione processuale — egli riprende <sup>(218)</sup>, e poi pure applica. Rileva ad es. il punto in cui, al cospetto delle nullità extraformali, si ricorda come esse consentano la “*emersione in ambiente processuale di vizi che possono non derivare dalla violazione della legge processuale, finiscono per obbedire anche a criteri peculiari di altri rami dell'ordinamento*” <sup>(219)</sup>. In più recente sede <sup>(220)</sup>, diversamente ma equivalentemente funzionale a

<sup>(215)</sup> F. AULETTA, *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 77 ss. ove esprime la aspirazione del lavoro di “rivelare come dall'originario abbinamento concettuale tra nullità e sanzione sia precipitato un sistema di previsione dell'atto processuale nullo tecnicamente distinto da caratteri di legalità, tipicità, tassatività e determinatezza che ben si adattano — sarà la mia conclusione — al diritto processuale e al suo attuale inquadramento scientifico, positivo e costituzionale”.

<sup>(216)</sup> F. AULETTA, *Nullità*, cit., 45, citando vari esempi, gli atti terminativi della serie, tra questi, e precisando che non smette di essere processuale l'atto che prende rilevanza anche nel diritto sostanziale.

<sup>(217)</sup> *Loc. cit.*, ove tiene distinta la prescrizione dall'atto-eccezione con cui viene opposta, citando E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., ed. 1957, 136.

<sup>(218)</sup> F. AULETTA, *Nullità*, cit., 56-57, con richiamo di Kohler, “pur sempre all'interno dell'orizzonte antico del rapporto giuridico” e Goldschmidt, con cui la situazione si affranca dalla matrice privatistica.

<sup>(219)</sup> F. AULETTA, *Nullità*, cit., 163: “mentre le nullità formali dipendono solo dalla legge processuale, la cui riserva assoluta esclude il ricorso a strumenti d'integrazione della disciplina incompatibili con la indefettibile completezza della legge quale unica fonte di produzione della normativa processuale, le nullità extraformali, consentendo l'emersione in ambiente processuale di vizi che possono non derivare dalla violazione della legge processuale, finiscono per obbedire anche a criteri peculiari di altri rami dell'ordinamento, ferma la serie di norme, già ricordate, volta a coerenziare e omologare le invalidità di origine spuria (e di consistenza diversa: nullità, annullabilità ...)”.

<sup>(220)</sup> F. AULETTA, *Diritto giudiziario*, cit., § 2, ove descrive la “situazione soggettiva di parti e giudice nel processo: potere-onere e potere-dovere” esponendo come: “da un canto, si osserva come del potere, all'interno del processo, occorre sempre separare il profilo oneroso o funzionale, che ne rappresenta l'altra faccia” — sin

comprovare la nostra desunzione, chiari appaiono, pur fatti propri e diversamente elaborati, i riflessi corderiani (a partire dalla coppia dovere-potere, quest'ultimo con coloritura "onerosa"). Ci è parso, più sopra, non discostarsi di molto da tale insegnamento neppure il Menchini <sup>(221)</sup> ed ancora, per concludere senza pretese di completezza, l'impiego del concetto di situazione processuale si riscontra presente, financo costante, in Poli, che ne dà per scontata la adozione <sup>(222)</sup>.

Tirando le somme di questa nostra teorica e oltremodo astratta ricerca:

- a) Goldschmidt ha insegnato la essenzialità, da molti ma non tutti ripresa, della nozione di situazione processuale, entro una serie di situazioni se si ha riferimento ad una serie di atti, come è il procedimento: la nozione, distinta da quella di situazione sostanziale, di certo deve porsi ad ineludibile assunto iniziale della ricerca sull'accordo;
- b) Cordero (beneficiandosi di Allorio) ci ha mostrato come tendenzialmente ogni situazione processuale che veda al centro la parte sia una situazione di potere e quindi oggetto di norme c.d. strumentali; mentre al giudice si riferisce la situazione del dovere e la norma c.d. statica, eccettuati solo i casi di norme che contemplano atti "non normativi", od analoghe dizioni;
- c) Cordero, assieme a Goldschmidt, ci hanno mostrato come un atto del processo ben può produrre effetti a fini terzi <sup>(223)</sup>

dal principio della domanda — gli atti di parte da quelli del giudice. Il mancato compimento dell'atto che si ha il potere di compiere, e che si è onerati di compiere, determina non una reazione afflittiva (come nel caso di obblighi o doveri) ma la conservazione dello *status quo*. "Il giudice, invece, si trova in una posizione completamente diversa: dove c'è manifestazione di potere giudiziario, lì è imposto al giudice un vero e proprio dovere ... e sono probabilmente inesistenti, o forse rarissime, le occasioni nelle quali il giudice autenticamente manifesti un potere in senso stretto".

<sup>(221)</sup> Cfr. nuovamente, S. MENCHINI, *Diritto*, cit., rife. nota 87, ove pur distinguendo onere, dovere, potere, e diritto, come già osservato, sostanzialmente, nel descriverli, non si discosta dalla concezione corderiana.

<sup>(222)</sup> R. POLI, *Invalidità*, cit., v. ad es. 116, 125, 127, 130, 241, 387, 433, 467, 532, 639, 641, 643, 675.

<sup>(223)</sup> G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., rife. nota 184.

e quindi, per quanto qui interessa, sostanziali; di qui — è specialmente il processualista tedesco —, su questo duplice rilievo <sup>(224)</sup> a non lasciar più indistinti gli atti del processo <sup>(225)</sup> da quelli che dir si voglia “in senso lato” <sup>(226)</sup> e qui di seguito, nella nostra visione, ai concetti c.d. di processo primario (quello dove ha effetto l'accordo) e secondario (in breve: quello, eventuale, di cui sono oggetto le conseguenze terze e civilistiche <sup>(227)</sup>, rimaste prive di modi di *enforcement* nel primo, ovvero, sempre che ammesso, agitate lì ed, additivamente, ad esso <sup>(228)</sup>); *a fortiori*, per ciò che concerne l'Italia, ciò apre lo spazio per una buona fede civilistica talvolta estensibile al processo (ove sì e ove no <sup>(229)</sup>) in una maniera che, essenzialmente, non si è data per vera sino ad oggi <sup>(230)</sup>;

<sup>(224)</sup> *Amplius* G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 43 ss.

<sup>(225)</sup> G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 289, definisce “fatto giuridico processuale (penale)” “qualunque fatto giuridico rilevante ai fini di un processo penale”, mentre fatto giuridico processuale penale in senso stretto ... “è un fatto giuridico che non solo è rilevante ai fini suddetti ma che si realizza, per giunta, in sede processuale penale”.

<sup>(226)</sup> Ancora G. CONSO, *Fatti giuridici*, cit., 322 nota 175, denomina atti processuali in senso lato quelli che non si inseriscono nella serie ma vi producano effetti, citando ad es. il compromesso. Secondo l'a., in questi casi non basta ricorrere al criterio della natura né a quello del solo effetto, di talché se ne devono assumere degli altri, essendo per Conso decisiva, p. 289, la sede o ambito in cui il fatto storico relativo viene posto in essere.

<sup>(227)</sup> Non intaccando ciò che, “il processo non può scaricare su strumenti esterni il controllo del rispetto delle proprie regole”, con conseguente “duplicità di contenuto della normativa processuale, la quale fornisce le regole di comportamento, ma anche gli strumenti di controllo idonei a verificare che queste regole siano rispettate”: F.P. LUISO, *Diritto*, cit., 58.

<sup>(228)</sup> Aspetto esigente e non riducibile a poche battute: si richiamano ancora le discussioni sulla autonoma azione di accertamento, in via principale ed unica, della valida esistenza e/o dell'ambito della convenzione arbitrale, e quindi per tutti, qui, gli studi di S. IZZO e L. BIANCHI (*supra* nota 193).

<sup>(229)</sup> Come rammenta anche G. SCHUMANN, *Verso una teoria*, loc. cit., a maggior ragione quando l'ordinamento non preveda rimedi o meccanismi tipici per far valere l'accordo nel processo.

<sup>(230)</sup> Cfr. A. COSTA, *Contributo*, cit., 168, quando tratta dell'illecito processuale, predicandone un limitato rilievo, come da opinione corrente, atteso che l'atto processuale resta sempre formalmente valido e come tale opera indipendente dall'eventuale volontà colposa. Prosegue Costa richiamando il pensiero di Chiovenda (v. più avanti, in nota) a comprova che siffatta tutela della buona fede processuale (“e la difesa contro le cavillosità della discussione”: questa non proprio di nostro interesse) “sono protette con norme

- d) Goldschmidt, ripreso da Cordero, sul punto non inesistenti insegnamenti bettiani, ci hanno mostrato come gli atti del processo, in dipendenza di poteri delle parti o doveri del giudice, di più o meno presenti elementi volontaristici, ma anche quando se ne ammettano ora di “neutri” ora “meri” atti, non siano tutti uguali, ciò di cui — ovviamente mirando ad altri risultati — parte della successiva processualistica italiana si è già per tempo suo avveduta.

I possibili snodi, non ancora approdi, che abbiamo riepilogato ci consentono allora, in ordine logico, il sillogismo frazionato, espresso in programma, che è di seguito:

*Primo.* Quanto a quello *sub a)*: la ricerca può compiersi liberi e scevri dall’idea, che talvolta affiora, che renderemmo con l’equazione “diritto disponibile = processo disponibile”: non annullando i possibili legami tra l’uno e l’altro ma, semplicemente, osservandoli e semmai criticandoli *a posteriori*, volta note le fattispecie; e così pure lambendo, viceversa, situazioni che dal diritto sostanziale pacificamente originano — per queste sì che vale il limite che un sistema dato voglia porre alla *freedom of contract* esercitata ovunque e pure nel processo — ma che, dato l’insegnamento *sub a)*, e ben rinvigoriti da quello *sub c)*, non smettono di produrre effetto sulla situazione processuale singolarmente considerata <sup>(231)</sup>;

saltuarie e isolate”, fermo rimanendo, per questo a., che “la sostanza dell’atto, la volontà preesistente e determinante all’atto sono assorbite dalla manifestazione con la quale la volontà si è estrinsecata”.

<sup>(231)</sup> Il tema è variegato e possibilmente complesso. Del significato tratteggiato nel testo si interessa ampiamente la civilistica contemporanea, su taluni dei quali interessi si richiama qui, almeno, M. ORLANDI, *Riduzione. Diritto senza forza*, Torino, 2024, che non a caso avvia la propria indagine trattando di “rapporto processuale”, e aprendo trattando della idea di un “autonomo diritto di eccepire”, che “derivi esso da un patto o dalla legge”. E così l’a. si interroga circa il *pactum de non petendo*, ricordando come la letteratura sembri oscillare tra un effetto sostanziale e un effetto processuale (esiste il debito ma si può proporre l’eccezione che non avrebbe effetti sostanziali); l’analisi è svolta sul piano non tipologico (pratico, dei singoli patti che ben potrebbero esibire effetti sostanziali vari e diversi: § 3), ma dogmatico, indagando la “possibilità logica di concepire un vincolo integro ancorché privo di azione o dotato di eccezione” e così, “pur obbligato alla prestazione, sarebbe al debitore dato di paralizzare l’azione del creditore, sollevando l’*exceptio pacti*”.

*Secondo.* Quanto a quello *sub b*): a conferma di un punto per molti versi intuitivo, l'indagine sui limiti dell'accordo, quando è regolato e quando non lo è, atterra sullo studio delle fattispecie normative tipiche delle une (le parti) e dell'altro (il giudice): retoricamente, non è mai che, a ben vedere, di "disposizione", nell'un caso del potere nell'altro del dovere, vuol trattare, per rendersi traducibile a noi, la processualcivilistica germanica quando distingue rispettivamente *prozessuale Verpflichtungsverträge*, ritenuti più "semplici", da *prozessuale Verfügungsverträge*, ritenuti ben più "complessi" <sup>(232)</sup>, applicando all'ambito del processo la distinzione sostanziale ad essa tipica: per loro *Trennung*, tra *Verpflichtung* (obbligazione) e *Verfügung* (disposizione)?

*Terzo.* Quanto a quello *sub c*): val la pena provare a costruire il profilo "dinamico", effettuale, dell'accordo, tenendo conto dei suoi plurimi effetti talvolta su vari piani ma — è questa particolarità dell'accordo processuale — debitamente riconciliati, di qui sviscerandone i profili attuativi in sede giurisdizionale e la rispettiva estensione; il punto implica un particolare approfondimento: guardando come visto alla buona fede nel processo civile che, qualunque cosa voglia dirsene, nasce e per lungo tempo si sviluppa in quello italiano come meta principio, di risvolto e sostrato etico (non sarebbe piaciuto a Goldschmidt) e d'indirizzo, come spiegavano agli albori, tra i *patres*, volta

<sup>(232)</sup> E così, con G. SCHUMANN, che la dottrina tedesca riprende, in *Verso una teoria*, *loc. cit.*, si distingue la disposizione del potere, *Befugnisdisposition* (da verificarne l'ammissibilità, come ha insegnato G., per la "correlazione di valutazioni" tra diritto privato e diritto processuale civile) e la disposizione della norma, *Normdisposition* (G. WAGNER, *op. cit.*, 98 ss., ma prima di lui, su tale correlazione di valutazioni, spec. Baumgärtel) che è quanto richiama una previsione di legge in qualche modo autorizzativa, ma che, a noi, evoca invero il dovere, Cordero ed Allorio, con la *lectio* intorno ad esso, e al processo che vi gravita attorno.

Chiovena<sup>(233)</sup>, volta Calamandrei<sup>(234)</sup>. Si trattava però di figura, al confronto, con evidente moncone, *i.e.*: quale la operatività di codesta buona fede non era granché a svelarsi, di là di pochi ma non per questo meno intuitivi richiami al divieto di *venire contra factum proprium*<sup>(235)</sup>: di converso, sarà nostra ipotesi

(233) G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 744 ss. si riferisce a buona fede e colpa nel processo con riferimento alla “*convinzione della parte riguardo al merito della lite*” e a “*il suo modo di comportarsi nella lite*”; ricorda che, come ogni rapporto giuridico o sociale, il rapporto processuale deve essere governato dalla buona fede, ma spiega come limitare qui nel processo costituirebbe un incappo per il litigante in buona fede e non per quello in mala fede, poiché rimettere al giudice genericamente il controllo condurrebbe rischi di arbitrio, sicché, per questo, per quello, ecc., la legge se ne occupa residualmente, solo in casi dati, che C. elenca (assimilabili agli odierni). È ancora in quel senso, espresso nei *Principii*, che deve intendersi quanto dopo leggesi, ad es. in G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1936, 328 ss., là dove, ponendo in relazione la buona fede con l’art. 88 c.p.c., la rinviene in esso.

(234) V. infatti P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, (parere reso nel 1937), in *Opere giuridiche*, cit., 295 ss., 350 ss., 351, quando ricorda che la violazione del dovere di buona fede processuale comunque non dovrebbe avere altra sanzione giuridica all’infuori di quella responsabilità aggravata, con il che l’art. 88 si riduce a portata “morale” e “pedagogica”, “norma di comune rettitudine”. V. inoltre, dello stesso P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit., ove, 543-544, ove collega l’art. 88 c.p.c. alla circostanza che nel processo, essendo stabilita solo una cornice di norme e direttive (assai elastiche dice C.) si lascia ampio margine alle parti, richiamando gli atti giuridicamente neutri/facoltativi/puramente leciti, ecc., della teorica carneltuttiana: così si riferisce alla lealtà del gioco e poi afferma che, al cospetto del principio dispositivo, per la dottrina diviene arduo trasferire nel campo del processo le nozioni concernenti gli effetti e le figure della malafade. Latamente (anche) in arg. si rinvia ovviamente, per tutti, a M. GRADI, *L’obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, *passim* e spec., sul pensiero di Calamandrei, 524 ss. Il sostrato etico della buona fede cui si è fatto cenno è confermato dalla lettura, altresì, di A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 47 ss. (I) e 491 ss. (II), nonché di A. D. DE SANTIS, *Buona fede processuale nel diritto italiano*, in *Civil Procedure Review*, 2021, 133 ss.

(235) Come ricordato nel testo, non si è mai negato che, nell’ambito della disciplina delle nullità, varie norme predichino il principio *venire contra factum proprium* nel processo, ma ciò, nel senso che si voleva trasmettere, è ancora riduttivo: v. ad es. l’art. 157 comma 3 che delegittima all’eccezione la parte che abbia causato la nullità o abbia concorso a darvi causa (a titolo d’esempio, in giurisprudenza, Cass., 2 novembre 2020, n. 24185); più in generale, sulla condotta delle parti in relazione al principio di preclusione, v. F. AULETTA, *Il principio generale di coerenza nella difesa della parte: nuovi approdi dell’analisi economica del diritto processuale civile*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2015, 959 ss.; ancora, si ritiene espressione del medesimo principio, anche la nozione di soccombenza (v. G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare, soccombenza ed acquiescenza*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 799 ss.); più ampiamente, sappiamo che il moto giurisprudenziale sull’abuso del

che sia questo il punto, più dell'applicazione del principio di autonomia al processo *ex art.* 1322 c.c. (da negarsi con ovvietà se intesa genericamente), a costituire l'anello mancante di questa ricerca, come dimostra la circostanza che, altrove, e segnatamente in Germania (si riconosce da sempre l'applicazione al processo della § 242 BGB <sup>(236)</sup>, ha rappresentato uno strumento fondante nella teoria dell'accordo, per l'innesto che vi apporta (senza una trasmigrazione completa dei costrutti civilistici ma solo) del potente strumento, antico e romanistico, della *exceptio doli* nel processo, per questo denominata *processualis* <sup>(237)</sup>, rag-

processo, che nel ricostruire le sue giustificazioni teoriche ha sfoderato tutto e il suo di più, è talvolta solito auto-giustificarsi anche col richiamo a questo generale divieto.

<sup>(236)</sup> Il punto è da lungo tempo incontroverso, in dottrina e giurisprudenza: v., anche per richiami, G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., es. 294 e nota 84, ove è citata una datata pronuncia del BGH, ivi per la discussione, invece, confermata nel senso voluto da W. in quella pronuncia, intorno all'atto con cui nel processo si solleva l'eccezione di contrarietà della condotta a buona fede (contro-eccezione — *Gegeneinrede* — di dolo), per violazione dell'accordo; eccezione che Wagner, diversamente da Schlosser, qualifica come rilevabile d'ufficio poiché trattasi di un abuso del diritto e poiché, e così, ricondotta ad *exceptio pacti* ("Regelmäßig werden die Umstände, die die Einrede [aus dem Rechtsmittelverzicht] als mit Treu und Glauben unvereinbar erscheinen lassen, vom Rechtsmittelkläger (als „Gegeneinrede“) vorgebracht werden; erforderlich ist dies nicht, da einem Rechtsmißbrauch, der anderweitig zur Kenntnis des Gerichts kommt, auch von Amts wegen keine Folge gegeben werden darf"). "Di norma, le circostanze che rendono l'eccezione [derivante dalla rinuncia al ricorso] incompatibile con il principio di buona fede vengono sollevate dal ricorrente (come 'controeccezione')".

<sup>(237)</sup> Può essere a cagione del caso, di singoli, sta di fatto che: nella Germania che prende molto presto seriamente in esame gli accordi (sin da Schiedermair, Baumgärtel giungendo a Schlosser), compaiono paralleli studi dedicati al tema di cui al testo, che si avvantaggiava degli studi dei civilisti, es. Siebert, ripresi dai romani (ché di questo, come sappiamo, si tratta), tra cui lo stesso G. BAUMGÄRTEL, *Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1956, 89 ss. e Id., *Treu und Glauben im Zivilprozeß*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1973, 353 ss. ma specialmente, nel mezzo, il non meno importante studio di W. ZEISS, *Die arglistige Prozeßpartei*, Berlin, 1967, che è uno studio sull'abuso del processo e che pure con quella dottrina già esistente dell'accordo compiutamente dialoga, sin da principio (v. *Vorwort*), dichiara di voler far ordine nella giurisprudenza, così declamando gli scopi: "Es gilt, unter Heranziehung des Materials aus der Judikatur eine Dogmatik für eine Erscheinung zu geben, die unter den Schlagworten Treu und Glauben und gute Sitten im Prozeß, *exceptio doli processualis*, *Verwirkung und Mißbrauch prozessualer Befugnisse* und hinter der *Generalklausel des Rechtsschutzbedürfnisses* auftritt". L'indagine, tradotto in italiano l'obiettivo, mira(va) esattamente a fornire una dogmatica, basata sulla giurisprudenza, per un fenomeno che si manifesta sotto i concetti di buona fede e buona condotta processuale,

giungendo in tal guisa risultati ben prima che altrove <sup>(238)</sup>. Da noi, invece, il suo ingresso nel processo — con condotte proces-suali (solo in apparenza) per la prima volta valutate coi crismi civilistici addivenendo a qualche obiettivo eccesso <sup>(239)</sup> — non ha meritato inquadramento generale e si data all'avvento della criticata costruzione dell'abuso, ma — iterato richiamo alla necessità di sintesi, anche se su questo con trasporto vorremmo andar oltre — non si è visto finora se non ad isolati ed attentissimi occhi <sup>(240)</sup>, che, da un canto, la *exceptio doli processualis* è probabilmente lo strumento che si sarebbe dovuto scegliere per (de)codificare l'abuso, almeno in molti casi, stanti semplicità e centralità all'un tempo <sup>(241)</sup>; dall'altro canto, che essa avreb-

*exceptio doli processualis*, decadenza e abuso delle facoltà processuali. È rilevante notare che Zeiss fu recensito proprio da Gottfried Baumgärtel, massimo studioso dell'accordo (*Archiv für die civilistische Praxis*, 1969, 181 ss.), su alcuni punti critico ma, tutto sommato positivamente. Sull'abuso del processo nel diritto processuale tedesco di oggi, v. T. LEIDNER, *Rechtsmissbrauch im Zivilprozess*, Berlin, 2019, *passim* e spec. 29 ss., dove l'a. ripercorre, partendo subito dall'attualità e poi volgendo a ritroso, lo stato della questione in Germania, spec. 39 per la presentazione della buona fede nel processo.

<sup>(238)</sup> È così che nello studio di Wagner il concetto è richiamato ripetutamente, in termini anticipatori di una visione del processo fondata sul divieto di abuso, cui da noi avremmo sofferatamente assistito decenni dopo: v. ad es. G. WAGNER, *op. cit.*, 342, ove l'a. ha gioco facile nell'affermare che “*Schließlich gilt auch im Zivilprozeß das Prinzip von Treu und Glauben, das der Wirksamkeit von Prozeßhandlungen äußerste Grenzen setzt und dadurch einen gewissen Schutz vor Übervorteilung durch den Gegner verbürgt*” e di qui che “*Die Ausübung einer prozessualen Befugnis ist deshalb unbeachtlich, wenn sie sich als Rechtsmißbrauch darstellt, wobei “die Arglist im Einzelfall auch darin begründet sein kann, daß eine Partei die andere durch unlautere Mittel, wie etwa Täuschung, Drohung, oder Ausnutzung einer Zwangslage zu prozessualen Dispositionen veranlaßt hat*”.

<sup>(239)</sup> Per tutti si richiamano gli studi di M.F. GHIRGA, spec. *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004. Da ultimo, della stessa a., v. M.F. GHIRGA, *Nuove riflessioni sull'abusivo frazionamento della pretesa azionata con la domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 798 ss.

<sup>(240)</sup> Unicamente C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 644-646, critico rispetto all'abuso, dà conto come, *de minimis* rispetto ad esso, si faccia largo la applicazione della *exceptio doli* nel processo.

<sup>(241)</sup> L'intera costruzione dell'accordo (*convenio* ossia contratto, per lui) è fatta da G. SCHUMANN avvalendosi di codesto strumento: vedi una sintesi del suo pensiero nell'articolo, *Verso una teoria*, cit., § 5.3, pensiero sviluppato nella già citata monografia; stando a quanto leggesi nell'articolo, “Tradizionalmente ci si è chiesti se l'obbligo di buona fede processuale — e in concreto l'*exceptio doli processualis* — possa costituire un meccani-

be dovuto tradursi in esiti non meritali, ma solo in formule di inammissibilità<sup>(242)</sup>, come è infatti in Germania limitandosi agli accordi, complice anche la teorica, di cui immediatamente sotto, e per l'ennesima volta, goldschmiditiana sugli atti<sup>(243)</sup>;

*Quarto.* Quanto a quello *sub d*): per riduzione e a completamento di quello *sub c*), ma anche di quello *sub b*) (l'indagine sulle norme), quando i “conti tornino”, vanno posti in dubbio o confermati, ancora calandosi nello studio della fattispecie e vedendo, in concreto, per quali atti ed accordi debba valere un regime oppure un altro<sup>(244)</sup>.

smo utile a conseguire l'efficacia processuale delle obbligazioni di non fare che nascono da accordi processuali a carattere obbligatorio. Ci si domanda, cioè, se una volta posto in essere l'atto contrario all'accordo processuale, la parte pregiudicata dall'inadempimento possa opporsi all'atto processuale compiuto in spregio dell'accordo attraverso l'*exceptio doli processualis*. Nell'ordinamento spagnolo deve ritenersi possibile il ricorso a detta eccezione per conseguire l'efficacia di obbligazioni di non fare nascenti da accordi processuali (art. 247 LEC) – ad esempio, diretti a non produrre un documento come mezzo di prova o a non proporre appello contro una sentenza di primo grado”. Anche A. CABRAL, *op. cit.*, 64, ne fa menzione, quando (non nega che anche questi accordi portino obbligazioni che possono essere indirettamente eseguite) aggiunge che la violazione dell'accordo fa pure insorgere il diritto al risarcimento del danno.

<sup>(242)</sup> In T. DALLA MASSARA, *Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali*, in *Riv. trim. dir. proc. div.*, 2016, 1169 ss., si cita in nota 37 e si analizza nel testo, una “delle prime decisioni nelle quali fu riconosciuta la reviviscenza dell'eccezione di dolo generale”, nel vigore del codice del 1943, ossia Pret. Parma, 20 marzo 1950, ove — fa al caso nostro — era data tutela al conduttore il quale, dopo essersi accordato con il locatore per ottenere una sentenza di sfratto soltanto per dare al primo la condizione formale di sfrattato, tale per cui fosse consentito allo stesso di ottenere un alloggio in assegnazione (processo simulato), aveva visto in realtà attivare contro di sé (e l'accordo) l'esecuzione di quella sentenza: di qui l'opponibilità dell'eccezione di dolo (*Foro civ.*, 1950, 337, con nota dal titolo *Esecuzione di sentenza emessa in lite simulata ed «exceptio doli»*). Peraltro, il punto niente affatto irrilevante della formula della inammissibilità, o della improponibilità, nell'epoca contemporanea par disperdersi: v. M.F. GHIRGA, *Nuove riflessioni*, cit., 818 ss.

<sup>(243)</sup> Rammentiamo qui, rinviando a miglior sviluppo, che la imperfezione formale dell'atto causativo ne provoca in sostanza l'irrelevanza, se in rapporto con altro atto d'impulso nella serie o se logicamente ante-ordinato al provvedimento del giudice; la conseguenza è, per Goldschmidt, in breve, la sua inammissibilità (*Der Prozess*, cit., 369).

<sup>(244)</sup> La fattispecie processuale — norma strumentale — quando avente le sembianze di atto causativo o diretto, implica una (parzialmente ripensata al lume delle tendenze) indagine sulla volontà. Può ciononostante restar ferma la legalità delle regole del giuoco (alla Calamandrei) e di qui la preminenza della forma degli atti processuali con rilevante ruolo assegnato all'effetto preterdeterminato, per base tipica, dalla legge, a spiegare perché

Una piccola aggiunta di metodo, che fuoriesce dalla ricostruzione teorica, e in via di tentativo applicativa, finora proposta, ma che si rende necessaria, per la dovuta chiarezza, all'attuale tempo e stato del diritto processuale civile, e non solo nostro.

Infatti, la indagine sulle norme (altro rispetto alla loro struttura), fuori da questo campo le norme discrezionali, che contemplano più scelte, alla Cordero, e non vanno invece incasellate tra quelle ambigue o lacunose <sup>(245)</sup>, in caso di dubbi, richiede l'uso dello strumento interpretativo, e questo ci porta ad inserire sulla scena – riferendosi ai *tasks Primo e Secondo*, ma anche *Quarto*, almeno:

*i-ii. A nel metodo: il carattere possibilmente cedevole (nachbiegib) della norma processuale (che mira e colpisce la riserva di legge in materia o meglio l'estensione dei suoi confini). Non proprio di cedevolezza si tratta, a tutto voler dire, ma anzitutto di maggior uso, nel nostro sistema come in altri, di principi processuali in luogo di o a completamento di regole, talvolta anche se chiare nel senso opposto a quello predicato dal principio. Ancora, è d'uopo segnalare come tale ipotetica cedevolezza alluda a constatare l'allentamento, cui tutti assistiamo, ma non la sparizione, di taluni dei normali ammenicoli della legalità: si pensi su tutti alla tassatività, in evidente declino — in particolare laddove la si spiegava ora a limite, ora a tutela, della autonomia privata —,*

non si tratti qui di volontà dell'effetto “voluto e dichiarato” (G. RUFFINI, *Diritto*, cit., 156-157), ma va solo esteso l'angolo visuale su quegli atti per cui, non solo principiando da un elemento o mostrando contenuto negoziale, la volontà prende rilievo, ponendo problemi di interpretazione, richiedendo strumenti di invalidazione *ex post*, e via discorrendo. Basti qui per convincersene l'esempio fatto da Oriani, riportato in nota 152; diversi altri, a tutto tondo e sino alla sentenza, possono farsene.

<sup>(245)</sup> Ciò per ridimensionare l'attenzione, altrimenti, istintivamente posta sulla norma e sulla sua derogabilità: v. es. G. DE STEFANO, *Studi*, cit., 75 ss.: “se una norma del diritto processuale sia, o meno, di ordine privatistico, e quindi sia o meno derogabile è questione che deve risolversi caso per caso, facendo capo, attraverso una interpretazione storica e dogmatica, allo scopo è al significato reale del precetto”; e poi p. 78, ove l'a. confutava la comune convinzione della chiusura e completezza dell'ordinamento processuale, spiegando che la natura, derogabile o no, di una certa norma “cada determinata con l'interpretazione”.

con i suoi naturali portati <sup>(246)</sup> o ad altri presidi, del pari divenuti sfumati <sup>(247)</sup>;

*i-ii. B nel merito*: la consistenza di principi nuovi, utilitaristici, del moderno processo civile, che incide sui contenuti dell'opera interpretatrice e che potrebbe ampliare o limitare (magari anche *ex abrupto* la armonia de) i risultati raggiunti (accordo ammesso o non ammesso/ruolo del giudice): mi riferisco a titolo d'es. alla concezione per cui (non nuovissima) il regime di preclusioni va inteso non solo nell'interesse di parte, ma anche nell'interesse pubblico all'ordinato e celere andamento del processo; alla ragionevole durata del processo, risorsa lo si sa scarsa; alla "nuova" ed anglosassone proporzionalità; alla effettività europeistica (sebbene l'anelito di giustizia che la caratterizza sia il contrario di utilitaristico).

<sup>(246)</sup> La (tendenziale) impercorribilità del metodo analogico F. AULETTA, *Nullità*, cit., 119, argomenta ampiamente, non escludendo invece — come nel diritto penale — l'uso della interpretazione estensiva. V. pure S. LA CHINA, voce *Norma giuridica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXVIII, 1978, 411 ss. che pure ammette l'estensione ma ricordando l'aspetto che si tratta sempre di operazione ermeneutica che, per lo specifico caso della norma processuale, deve abbracciare il "combinato disposto".

<sup>(247)</sup> La deriva della norma processuale e della sua tassatività/natura di stretta interpretazione (in molti casi in deflessione, come nel testo, anche e soprattutto nel suo rapporto con l'autonomia privata) è nota e agevolmente constatabile: si richiamano, in ordine sparso: la vicenda dell'art. 81, *in brief* da Garbagnati sulla sostituzione volontaria alla *class action*; la ricasazione in arbitrato e l'art. 51 comma 2 c.p.c.; il novero, tassativo come barriere all'autonomia privata, dei titoli esecutivi, al confronto con l'epoca della de-giurisdizionalizzazione; la estinzione del processo esecutivo ed invece l'art. 164-*bis* disp. att. c.p.c., ecc. Del resto, diverse le ragioni della "chiusura" che tale stretto presidio di legalità voleva (od era invocato per) assicurare, ora, per quanto a noi più interessa, l'autonomia privata (presidio a riguardo più di altri svaporante), ora la tutela dei terzi, ora limite all'arbitrio/discrezionalità del giudice, ecc. (e quindi ancora, sovente, tutela della autonomia privata); è questo però, al fondo, un discorso che merita più generosi svolgimenti. Aggiungiamo solo che la evoluzione sperimentata ha già messo alla prova, e non da ora, persino la tendenziale tassatività e, di riflesso, indisponibilità dei c.d. presupposti processuali, sul che abbiam citato la tradizionale posizione, espressa dall'autorità del Liso, citata in nota 86, *retro*. Sui principi nel processo e le recenti trasformazioni della nostra giustizia civile, leggi per tutti A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, *passim*. L'aspetto di cui alla presente nota, infine, è giustamente richiamato, nel contesto del dialogo menzionato alla nota 10, sulle categorie e nozioni di procedimento, processo, ecc., da R. TISCINI, *Ulteriori brevi riflessioni*, cit., 495-498.

## 5. Un esercizio pratico conclusivo, su di un problema solo all'apparenza ozioso.

Una applicazione concreta di quanto si è venuto dicendo può tentarsi in relazione al caso deciso da Cass. civ., 30 luglio 2024, n. 21300, in materia di opposizione a decreto ingiuntivo, rimesso a pubblica udienza perché su punto sinora non univocamente risolto dalla giurisprudenza di legittimità: che pone al centro la situazione processuale propriamente detta, e, vedremo, pure qualcos'altro.

Il caso è semplicemente riassumibile: Tizio agisce in sede monitoria nei confronti di Caio, il quale propone opposizione *ex* artt. 645 ss. c.p.c., anzitutto eccependo la incompetenza territoriale del giudice adito, e così dell'ufficio che emise il decreto ingiuntivo. Tizio (opposto), costituendosi nella opposizione, aderisce alla eccezione di incompetenza territoriale così sollevata da Caio (opponente). Il giudice, facendo applicazione dell'art. 38 c.p.c. comma 2 <sup>(248)</sup>, di quanto accaduto prende atto e, perciò: annulla il d.i. opposto; pronuncia sulle spese, compensandole, e attiva la specifica trasmigrazione che dalla tecnica dell'art. 38 deriva.

La S.C. è investita del ricorso con cui, in sintesi, si voleva cassata la statuizione di compensazione delle spese, considerato, secondo l'unico motivo svolto da Caio, che l'opponente era risultato totalmente vittorioso, “*attesa la disposta revoca del decreto ingiuntivo*”.

La Corte d'appello aveva ritenuto inapplicabile le comuni regole sulla soccombenza richiamando il costante orientamento sull'art. 38 comma 2 c.p.c., per il quale, dato che qui il giudi-

<sup>(248)</sup> Constatando la formazione per comportamenti concludenti di quello che si suole etichettare come accordo endo-processuale, *as a matter of fact* tacito, sulla competenza, che il combinato degli art. 28-29 c.p.c., assieme al 38 in questa direzione, consente alle parti di concludere (quale caso in cui lo si ammette alla prova dell'attempato art. 6 c.p.c.). Recita l'art. 38 comma 2 c.p.c. che “Fuori dei casi previsti dall'articolo 28, quando le parti costituite aderiscono all'indicazione del giudice competente per territorio, la competenza del giudice indicato rimane ferma se la causa è riassunta entro tre mesi dalla cancellazione della stessa dal ruolo”.

ce —dopo l’adesione, integrante un accordo “endoprocessuale” — non decide sulla eccezione, allora non dovrebbe o potrebbe neppure identificare soccombenza alcuna, restando inibita la pronuncia sulla sua allocazione <sup>(249)</sup>. La causa, del resto, trasmigra dinanzi al giudice al quale è rimessa, cui competerà la decisione nel merito e sulle spese. La S.C., nel caso in esame, si dice d’accordo con tale orientamento, e — chiamata a pronunciarsi sul se tale soluzione si acconci anche al giudizio di opposizione a d.i. — richiama risposte non univoche tra i propri precedenti, favorevoli <sup>(250)</sup> ma anche contrarie <sup>(251)</sup> e rapidamente opta per ritenere (col

<sup>(249)</sup> Si citano, in sentenza: Cass., 11 maggio 2022, n. 15017; Cass., 8 novembre 2013, n. 25180. La S.C., nella pronuncia in questione, aderisce motivando che “Decisiva in tal senso è la considerazione che l’adesione del convenuto pone fine alla questione di competenza e rende superflua o meglio impedisce ogni decisione al riguardo. ... Da tale disposizione emerge che l’adesione del convenuto all’eccezione della controparte integra un accordo la cui efficacia è limitata al processo in corso. Discende altresì che l’accordo delle parti sulla designazione del giudice e l’adempimento dell’onere di riassunzione della causa dinanzi a quest’ultimo provocano una *translatio iudicii*, dal giudice adito a quello indicato come competente. Il processo in questo caso rimane identico e ciò, per quanto qui interessa, conforta la soluzione che a provvedere sulle spese debba essere il giudice della causa riassunta, quale giudice del merito della controversia”.

<sup>(250)</sup> In Cass. n. 25180/2013, cit. (caso in cui l’opposto aveva inizialmente resistito all’eccezione di incompetenza con la comparsa di risposta e nel corso della prima udienza, prestandovi adesione solo nel prosieguo del giudizio) la Corte ritenne allora fondata sull’accordo la decisione di incompetenza di cui all’art. 38 comma 2, aggiungendo che codesto accordo non avrebbe dovuto emergere se non che prima della decisione affinché ne venisse preso a fondamento. La Corte cassò la sentenza ritenendo che, posto che “le ragioni per emettere condanna al pagamento delle spese processuali consistono infatti nel carattere definitivo della decisione giudiziale e nella soccombenza di una delle parti sulla questione decisa”, tali presupposti a suo avviso non ricorrendo. Invece, in Cass., 20 marzo 2006, n. 6106, in un caso in cui il giudice della opposizione, preso atto della adesione dell’opposto, aveva soltanto disposto la cancellazione della causa dal ruolo senza revocare il d.i. e quindi provvedere sulle spese, si è confermato che, “nel rimettere la causa cancellata dal ruolo al giudice competente, non (si) possa pronunciare sulle spese processuali relative alla fase svoltasi ... dovendo provvedervi il giudice al quale è rimessa la causa”, ma si è accolto il ricorso in punto di necessaria, mancata, revoca del d.i. opposto (che, ripetesi, non può “traslare”).

<sup>(251)</sup> Per Cass., 16 febbraio 2021, n. 4028, “Tale principio non può però valere allorché si tratti non di ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo *ex art.* 38 c.p.c., comma 2, ma, come nel caso in esame specie, di sentenza con cui il giudice, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, dichiara la propria incompetenza e l’invalidità del decreto stesso, giacché essa non comporta alcuna declinatoria della competenza a conoscere dell’opposizione al decreto stesso, e l’eventuale riassunzione del giudizio dinanzi

dissenso del p.m.) che “la soluzione più convincente sia quella secondo cui anche nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, in presenza della fattispecie descritta dall’art. 38, comma 2, c.p.c., la pronuncia sulle spese del giudizio compete non al giudice dell’opposizione ma al giudice davanti a cui la causa è riassunta”. In motivazione, la S.C., da un canto ritiene che “Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non presenta peculiarità tali da suggerire una conclusione che si discosti dal principio generale sopra enunciato”, in quanto “non assume valore di connotato distintivo la declaratoria di nullità del decreto ingiuntivo” giacché “la relativa pronuncia non ha alcuna valenza decisoria, dal momento che la invalidità del decreto ingiuntivo è una mera conseguenza del fatto che, alla luce dell’accordo delle parti, il decreto è stato emesso da un giudice incompetente”, da qui derivandone che la decisione possa pure darsi per implicito dalla ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo; d’altro canto, corrobora la sua scelta perché “trattandosi di effetto processuale direttamente collegato alla declaratoria di incompetenza, la dichiarazione di invalidità del decreto ingiuntivo opposto, anche se espressamente dichiarata, non si configura pertanto come decisione di merito, tale da legittimare la pronuncia sulle spese”.

Il “piccolo” problema all’attenzione della Corte non riteniamo affatto svolto in maniera adeguata, avendo potuto giovare alla sua risoluzione una maggior scomposizione dei problemi (delle situazioni processuali) che esso mette in campo.

Vediamo analiticamente perché, provando ad applicare alcune delle osservazioni fatte teoreticamente di sopra.

Il caso mette al confronto la struttura del giudizio di opposizione a d.i., con la fattispecie processuale dell’art. 38 comma 2.

Partendo da quest’ultima: le parti si “accordano” sulla eccezione di nullità, a ben vedere, se è vero, come è vero, che la eccezione assentita pone il giudice non più nella situazione (di

al giudice competente non concerne la causa di opposizione, ormai definita, ma soltanto l’accertamento del credito dedotto nel ricorso monitorio”; richiamate a conforto Cass. 17 ottobre 2016, n. 20935 e Cass. 26 gennaio 2016, n. 1372.

dovere) di dichiararsi incompetente volta appurata la fondatezza della eccezione, ma — per via del solo assenso — nella diversa situazione, doverosa, di (disporre la cancellazione della causa dal ruolo e) attivare la serie della possibile trasmigrazione della causa. Qui, però, venendo alla prima, la causa di tutta evidenza (lo riconosce la giurisprudenza tutta, v. in nota, sia di un avviso sia dell'altro) non trasmigra nella sua interezza: poiché da tutti si ritiene, non certo a torto, che il d.i. vada annullato (implicitamente od espressamente non importa), e che a trasmigrare dinanzi al secondo giudice, già assentito come (per la tecnica della norma qui in rilievo una volta per tutte) competente, è “soltanto l'accertamento del credito dedotto nel ricorso monitorio”.

Se la giurisprudenza ritiene necessaria, comunque, pur dando applicazione al *tool* di economia dell'art. 38 comma 2 (preso isolatamente, fuori dalla opposizione al d.i., conforme allo schema degli artt. 28 e 29 c.p.c.), la revoca del d.i. in consimile caso, è perché assume valido il principio per cui la competenza a decidere della opposizione sarebbe “funzionalmente e inderogabilmente” assegnata allo stesso ufficio che lo ha emesso.

Trattasi di principio a tutt'oggi pacifico ma che, come noto, di per sé valorizza la struttura impugnatoria della opposizione a d.i. <sup>(252)</sup>; in apparente contrasto con l'altro orientamento professato dalla Corte, secondo il quale, ai fini dell'accertamento, devesi scommettere sulla ideale unità delle due fasi <sup>(253)</sup>.

<sup>(252)</sup> *Ex multis*, E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, p. 137; ma prima anche, *inter alia*, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, III, Roma, 1956, 136 e P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926, 120.

<sup>(253)</sup> Dell'idea — che qui si scontra con le ineliminabili venature impugnatorie — che enfatizza l'intimo rapporto e non l'autonomia tra le due fasi ci si fa scudo per sostenere, pressoché univocamente, che il giudice della opposizione “non deve limitarsi a stabilire se l'ingiunzione fu emessa legittimamente, in relazione alle condizioni previste dalla legge per l'emanazione del provvedimento monitorio, ma deve accertare il fondamento della pretesa fatta valere col ricorso per ingiunzione, pretesa che può essere dall'attore eventualmente ridotta nel giudizio di opposizione” (tra le tante: Cass., 7 ottobre 2011, n. 20613; Cass., 19 marzo 2007, n. 6514; Cass., 21 febbraio 2007, n. 4103; Cass., 19 gennaio 2007, n. 1184; Cass., 19 ottobre 2006, n. 22489; Cass., 16 marzo 2006, n. 5844; Cass.,

In punto di struttura, allo stato attuale della normativa <sup>(254)</sup>, crediamo avesse visto giusto, tra i vari, Garbagnati, per quella impugnatoria <sup>(255)</sup>, facendoci carico poi e di qui della difesa di quel diritto (ultra)vivente sulla competenza funzionale e inderogabile dell'ufficio che ha risolto la fase monitoria <sup>(256)</sup>.

Se così è, tuttavia, il problema diventa conciliare una competenza funzionale ed inderogabile con la prima parte dell'art. 38 comma 2 che qui si vorrebbe applicare (“fuori dei casi previsti dall'articolo 28 ...”). Così, la dizione d'apertura dell'art. 645 costituisce uno dei casi “*espressamente indicati dalla legge*” di cui

15 luglio 2005, n. 15037; Cass., 9 maggio 2022, n. 6663; Cass., 18 aprile 2000, n. 4974; Cass., 27 settembre 1999, n. 10704; Cass., 10 aprile 1996, n. 3319; Cass., 17 novembre 1994, n. 9708; Cass. Sez. Un., 7 luglio 1993, n. 7448; Cass., 5 settembre 1987, n. 7224). Maggior attenzione si coglie, però, in Cass., 8 marzo 2012, n. 3649, che fa infatti salvi “fini esecutivi” e “le spese della fase monitoria”.

<sup>(254)</sup> Anticipiamo ora, e ci torneremo più avanti, del differente stato della ZPO tedesca, cfr. artt. 694 e 696 comma 1. Infatti, se pare vera anche lì la necessità di rivolgere la opposizione “*bei dem Gericht, das den Mahnbescheid erlassen hat*” (694 comma 1), il successivo § 696, al comma 1, risolve il problema posto dalla sentenza in commento (idealmente *pro* unicità od unificazione in una fattispecie della iniziale doppia fase), nel punto in cui prevede che “*Wird rechtzeitig Widerspruch erhoben und beantragt eine Partei die Durchführung des streitigen Verfahrens, so gibt das Gericht, das den Mahnbescheid erlassen hat, den Rechtsstreit von Amts wegen an das Gericht ab, das in dem Mahnbescheid gemäß § 692 Abs. 1 Nr. 1 bezeichnet worden ist, wenn die Parteien übereinstimmend die Abgabe an ein anderes Gericht verlangen, an dieses*”.

<sup>(255)</sup> Ancora E. GARBAGNATI, *Il procedimento*, cit., 144; ma v. *amplius* rife. alle opinioni di codesto a. e di altri, in M. MONTANARI, cit. in nota successiva.

<sup>(256)</sup> Da ultimo, v. Cass., 12 luglio 2024, n. 19240: in motivazione “La competenza per l'opposizione a decreto ingiuntivo, attribuita dall'art. 645 c.p.c. all'ufficio giudiziario cui appartiene il giudice che ha emesso il decreto, ha carattere funzionale ed inderogabile, stante l'assimilabilità del giudizio di opposizione a quello di impugnazione, sicché essa non può subire modificazioni neppure per una situazione di connessione, senza che rilevi in contrario la eliminazione della regola della rilevanza d'ufficio delle competenze cosiddetta forti in ogni stato e grado”; in massima: “La competenza funzionale del giudice dell'opposizione prevale comunque sulle esigenze di celebrazione del *simultaneus processus* che sono sottese alle norme derogatorie degli ordinari criteri regolatori della competenza”. Il tema è più articolato di quanto solamente accennato nel testo: v. difatti, il datato ma ancora a fini odierni utile contributo di M. MONTANARI, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza inderogabile del relativo giudice: un ripensamento davvero corretto?*, in *Giur. It.*, 1993, 1150 ss., per il problema relativo alla rimessione, o meno, della opposizione a decreto ingiuntivo, innanzi ad altro organo, per ragioni di connessione o continenza di cause.

alla prima norma, talché non è per caso che, molti anni addietro, la S.C. (e non solo) escluse *tout court* l'applicazione di codesta tecnica assentiva sul presupposto della competenza in sede d'opposizione <sup>(257)</sup>.

Vogliamo però predicare il risultato opposto (applicare l'art. 38 comma 2 anche alla opposizione a d.i.), come da costante giurisprudenza, per condivisibili ragioni di economia e perché, a ben vedere, la dinamica processuale all'attenzione può comunque scomporsi e risolversi esattamente alla luce dell'"accordo".

Detto accordo è, messa per un attimo da parte la nostra sede, tecnicamente assunto dalla legge processuale a presupposto della fattispecie che interessa il giudice (con norma strumentale con cui le parti dispongono dei rispettivi poteri, al secondo rinunciando: 1. di eccezione, la prima; 2. di provocare la decisione della causa sul punto, la seconda). Ove si realizzino entrambi i comportamenti, presi insieme, essi costituiscono un atto complesso, che emerge come accordo ed è senz'altro "causativo", nella terminologia goldschmidtiana. Se si guarda al secondo della serie (adesione dell'opposto) l'atto reca con sé una rinuncia a richiedere la decisione del giudice adito. Ora, però, per l'insegnamento che fa capo a Goldschmidt, da alcuni mai disconosciuto, da altri solo trascurato ma senza cancellarlo, l'atto causativo consente di soffermarsi qualche attimo di più sulla volontà, "particolare", che vi abbia presieduto <sup>(258)</sup>.

Chiediamoci allora, legittimati nella operazione, cosa stia essenzialmente facendo l'opposto quando, con il suo contegno,

<sup>(257)</sup> Non è un caso che passata giurisprudenza sul punto (ma ancora oggi frizioni attengono al processo oggettivamente cumulato: v. il risalente commento di cui alla nota precedente ed oltre) riteneva che il meccanismo dell'art. 38 non dovesse trovare applicazione nel giudizio di opposizione: proprio perché la competenza del giudice che ha emesso il decreto ha natura funzionale ed inderogabile, talché l'adesione dell'opposto all'indicazione da parte dell'opponente del giudice competente rimane priva di effetti: così Cass., 8 febbraio 1972, n. 323. V. peraltro, per la decisione di manifesta infondatezza della q.l.c. sollevata in riferimento all'art. 38 comma 2 c.p.c. (in un caso di opposizione a d.i.), Corte cost., ord., 5 aprile 2006, n. 165.

<sup>(258)</sup> Riff. in nota 148 e tra questi specialmente, circa la interpretazione, propriamente ai sensi degli artt. 1362 ss. c.c., C. CONSOLO, *L'interpretazione della sentenza*, cit.

aderisce alla eccezione di incompetenza ed attiva la fattispecie che richiede al giudice di far, potenzialmente, trasmigrare la causa.

Egli, sul piano pratico, sta riconoscendo la nullità del d.i. (riconoscimento dell'altrui domanda, qui eccezione: non a caso *pars* delle speculazioni diffuse sull'accordo), e sa che di ciò il giudice adito dovrà prender conto, per la competenza funzionale di cui si è detto e perché non si consente che a trasmigrare siano ambedue le fasi e quindi pure la cognizione intorno al d.i. opposto <sup>(259)</sup>.

Ciò alla giurisprudenza risulta evidente, quando tratta del caso inverso (l'incompetenza per valore, per materia o territorio inderogabile non riguarda la tecnica dell'art. 38 comma 2), se mancata l'adesione all'eccezione <sup>(260)</sup>, e quindi quando conferma, sul secondo punto, che a proseguire è il (solo) "giudizio di merito relativo alla pretesa azionata dal creditore" <sup>(261)</sup>. Ci sarebbero

<sup>(259)</sup> Come chiaro, ancora e ad es., in Cass., 16 febbraio 2021, n. 4028 (o come da conclusioni del procuratore dinanzi alla S.C. nel caso *ab initio* commentato). Altra soluzione, si è visto alla precedente nota 254, che risolve *ex ante* questi problemi, è prevista nell'ordinamento tedesco.

<sup>(260)</sup> "La sentenza che, in sede di opposizione, rileva l'incompetenza del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo, espressamente (o anche solo implicitamente) revocandolo, non comporta la declinatoria della competenza funzionale a decidere della opposizione ma pone termine (con la pronuncia di incompetenza e la conseguente revoca, per motivi processuali, del decreto ingiuntivo) al giudizio di opposizione, senza che la eventuale tempestiva riassunzione della causa dinnanzi al giudice dichiarato competente possa essere riferita al giudizio di opposizione, che appartiene alla competenza funzionale del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo, al più riguardando la causa di merito per la domanda proposta dal creditore mediante il ricorso in sede monitoria, con la conseguenza che nel giudizio che segue alla riassunzione sono improponibili le questioni attinenti alla tempestività dell'opposizione, che essendo pregiudiziali alla questione di competenza, sono state sostanzialmente superate, anche solo implicitamente, con la sentenza di incompetenza" (così recentemente, e prima molte altre, Cass., 14 gennaio 2022, n. 1121).

<sup>(261)</sup> Rispettivamente: "la declaratoria di incompetenza del giudice adito in sede monitoria, caducato il decreto ingiuntivo, non fa dunque venir meno la prospettiva della prosecuzione ... del giudizio di merito relativa alla pretesa azionata dal creditore" (Cass., 22 dicembre 2021, n. 41230); la declaratoria avrà quale conseguenza la revoca del decreto opposto; in tal caso, tuttavia, "le spese di lite non andranno compensate; l'opponente avrà comunque diritto alle spese della fase monitoria" (Cass., 7 giugno 2023, n. 15988).

gli elementi sufficienti per concludere, ma qui, ci pare, a complicar le idee deve esser la scarsa dimestichezza con la situazione all'attenzione, e in fin dei conti pure con l'accordo, ch  qui a ben vedere di accordi se ne dovevano intravedere due, ed anzi, *in consecutio*, tre.

Riconoscere di aver adito il giudice senza che questi potesse deciderne il merito in sede monitoria per difetto di competenza, appare, di per s  solo, assai troppo premiante se alla trasmigrazione sul "resto", non si accompagni la revoca del d.i., come infatti vi si accompagna, e, volta revocato il provvedimento emesso in difetto di presupposto, l'allocazione delle spese (si   su questo deciso, non come quando invece, in via normale, il primo giudice, senza farlo, si limita ad aprire alla trasmigrazione verso il secondo assentito come competente), secondo le regole che qui debbono trovare applicazione.

Le regole hanno qui semplicemente da ricercarsi nell'art. 306 ult. comma c.p.c., siccome l'opposto, aderendo all'altrui eccezione, e riconoscendone la fondatezza, sta pure rinunciando al d.i., agli atti del d.i. che dir si voglia, e di questa rinuncia che si trae dal suo comportamento (atto causativo <sup>(262)</sup> che siamo autorizzati a interpretare, non solo quando chiaro nella dichiarazione, ma anche, come qui, per rinvenirla), purch  ne risultino i minimi requisiti formali che investono — non senza causa, focalizzati sul ricorso monitorio nullo — il mero e distinto piano parte/difensore tecnico <sup>(263)</sup>, si apprezza financo visivamente il connotato solamente processuale.

<sup>(262)</sup> Nel catalogo di atti che ci ha offerto J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 456 ss., la rinuncia rientra tra gli atti causativi;   dubbio a dire il vero che lo fosse anche, per es., di l  della recezione del distinguo il dissenso annidandosi nei contenuti, nel pensiero di V. ANDRIOLI (*Diritto processuale*, cit., 477, cit. gi  *supra*).

<sup>(263)</sup> In quanto, per principio pacifico, "La rinuncia all'azione non richiede formule sacramentali, pu  essere anche tacita e va riconosciuta quando vi sia incompatibilit  assoluta tra il comportamento dell'attore e la volont  di proseguire nella domanda proposta. Essa presuppone il riconoscimento dell'infondatezza dell'azione, accompagnato dalla dichiarazione di non voler insistere nella medesima" (cos , Cass., 23 luglio 2019, n. 19845).

Non può dubitarsi, con Goldschmidt ed altri, che: tale rinuncia è destinata a produrre effetti, se fatta *ante* opposizione, sulla sola “situazione processuale” che discende dalla emissione del d.i., che è il potere-onere dell’ingiunto di divenire opponente <sup>(264)</sup>; ma, quando fatta dopo l’opposizione, se la situazione del giudice parrebbe solo “neutralizzata”, *rectius* solo in parte emendata e scissa *ex art.* 38 comma 2 c.p.c., resta da fare i conti, per l’opposto cui si ascrive il “riconoscimento dell’altrui (eccezione)” e per il giudice, con l’interesse già manifestato da quest’ultimo opponente, affinché si giunga alla decisione sollecitata, *in primis*, con l’eccezione di incompetenza. Sorprendentemente (perché prendendone atto si sarebbe potuto chiudere diversamente il cerchio), a confronto di ciò: è orientamento indiscusso tra i giudici della S.C., quello per cui, “ai fini della declaratoria di estinzione del processo monitorio per rinuncia agli atti del giudizio, ai sensi dell’articolo 306 c.p.c., l’accettazione da parte dell’ingiunto si rende necessaria solo quando questi abbia assunto la veste di parte costituita mediante opposizione, e non anche quando, pur essendo già pendente il rapporto processuale per l’intervenuta notificazione del ricorso e del decreto ingiuntivo, il contraddittorio sia soltanto eventuale, non essendo stata ancora esercitata la facoltà di proporre opposizione” <sup>(265)</sup>.

L’opponente così senza dubbio “costituito” ai sensi dell’art. 306, può pertanto dire la sua (anche prima, anticipatamente, all’atto della formulazione dell’eccezione) intorno alle spese, ma sa che, se non lo fa, il sistema lo tutela, lasciandole a carico del rinunciante, mancando un diverso accordo.

Il giudice dell’opposizione non può omettere di dar conto della così “concordata” (ai fini di quanto precipuamente ne con-

<sup>(264)</sup> Essenzialmente uno solo, ma a carico dell’altra parte, come la intersoggettività alloriana delle situazioni processuali implica: ossia il potere, a carattere oneroso, dell’opponente, di proporre opposizione (ed ove il d.i. già esecutivo ai sensi dell’art. 642 c.p.c., quello ulteriore di richiederne la sospensione); solo *postea* nascerà il potere, con connotato di diritto, dello stesso opposto di richiedere, alla prima udienza, la esecutorietà, ecc.

<sup>(265)</sup> Così, ad es., Cass., 7 gennaio 2016, n. 110.

segue, mentre della nullità di per sé avrebbe dovuto dar conto in ogni caso) nullità del d.i. (eccepita e riconosciuta dall'altra parte ... modulo eliminativo di "soluzioni" altrimenti concordate qui comodamente reso visibile dalla struttura impugnatoria? <sup>(266)</sup>) e, per ciò che concerne le spese, deve sottoporre a verifica quanto appena chiarito.

La questione, che rimane dubbia nella giurisprudenza di legittimità anche dopo questa non condivisibile decisione segnalata, abbiamo ritenuto di risolvere come sopra, mancando a nostro avviso alternative rispetto all'unica sostenuta; mancandone poi, in guisa di quella offerta, ad es., quale frutto di riforma relativamente recente, in § 696 ZPO, che intelligentemente acconsente alla trasmigrazione di questo, il d.i. e quanto ne consegue, e di quello, il giudizio di opposizione.

D'altra parte, così come la combinazione eccezione-riconoscimento ha qui dato luogo alla chiusura della sola fase monitoria, alla rinuncia al d.i., non dovrebbe negarsi il potere delle parti di raggiungere fuori dal processo un consimile accordo ad identico fine, che sarebbe a questo fine, potremmo dire con Redenti, un accordo dispositivo della sola tecnica/situazione monitoria <sup>(267)</sup>.

Non per ultimo, finendo sull'accordo endo-processuale sulla competenza, domandiamoci: è uno di quegli accordi, quello ora visto all'opera, che presenta connotati sostanziali, e, questo interessa chiedersi, pone semmai la necessità di attrezzare il sistema dei controlli e dei rimedi oltre l'assetto offerto dalle norme del

<sup>(266)</sup> Per l'art. 652 c.p.c., già richiamato, se le parti si conciliano, il giudice "dichiara o conferma l'esecutorietà del decreto, oppure riduce la somma o la quantità a quella stabilita dalle parti", con conseguente conferma o riduzione degli atti esecutivi o dell'ipoteca iscritta (l'ordinanza va annotata nei pubblici registri immobiliari). La differenza tra l'uno e l'altro caso resta però evidente: se l'art. 652 guarda al "merito della pretesa", nel nostro caso il riconoscimento a favore dell'altro si limita ad "aggiustare" la serie di situazioni processuali che conseguono a un d.i. emesso da giudice incompetente.

<sup>(267)</sup> Per riprendere, adattandola al caso di specie (che è un *minus*/una riduzione ulteriore), il concetto di "atto dispositivo dell'azione" che E. REDENTI, per cui v. *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, 74 ss., quale rinuncia all'azione senza rinuncia al diritto primario sottostante, impiegava per il *pactum de non petendo*.

processo? <sup>(268)</sup>

Senz'altro no (lo stesso dicasi per quello formatosi con il riconoscimento della nullità del solo d.i. ... ed analogamente per quello – terzo, ancor più facile, accordo, che ora evidenziamo – sull'assetto delle spese *post* rinuncia <sup>(269)</sup>), non offrendoci dunque la possibilità di applicare anche questo importante insegnamento sull'atto a plurimo effetto, ma fornendoci, invece, prova del contrario. In conclusione, limitandoci al caso dell'accordo di cui all'art. 38 comma 2, se ne inferisce che anche fattispecie che paiono avere fondamenti in comune (codesto accordo tacito e quello espresso *ex* artt. 28-29: il primo condividendo i limiti del secondo), con il cesello del diritto processuale attirano trattamenti l'una e l'altra diversi <sup>(270)</sup>.

ABSTRACT: Anni orsono, interrogandosi sull'apparente scarso seguito avuto da una concezione generale dell'accordo nel diritto processuale civile italiano, autorevole dottrina ha ipotizzato che ciò potesse dipendere dalla non compiuta adozione, presso la scienza processualistica domestica, della teoria del rapporto giuridico processuale, di matrice pandettistica. Il saggio, pertanto, si sofferma sullo studio delle più note concezioni teorico-stipulative (rapporto/situazione giuridica/procedimento) del fenomeno processuale, vagliandone eventuali utilità nella angolazione indicata (i.e. lo studio dell'accordo). Conclusivamente, si osservano i plurimi vantaggi ritraibili, in via di ipotesi, dall'adozione della teoria della situazione giuridica processuale, che si deve alle origini a James Goldschmidt, pur incastonata nella serie procedimentale.

ABSTRACT: *Years ago, questioning the apparent failure of adopting a general conception of the 'procedural agreement' in Italian civil procedure, authoritative scholarship hypothesized that this could depend on the incomplete reception, in domestic pro-*

<sup>(268)</sup> Abbiamo richiamato l'art. 652 c.p.c. e la conciliazione pendente opposizione a d.i., ove è preservata la competenza funzionale ed inderogabile, ma pure valorizzato un accordo che, ad effetti ben ulteriori da questi, meriterà regime addizionale/ulteriore.

<sup>(269)</sup> Cfr. già F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 306 sulla accettazione della rinuncia, la ricorda essere non vera accettazione nel senso contrattuale: "tant'è vero che se la dichiarazione del convenuto d'accettare il recesso dell'attore fosse fatta al giudice senza conoscenza del recesso per l'eventualità in cui si faccia e così le due dichiarazioni fossero indipendenti, l'accordo si formerebbe tuttavia".

<sup>(270)</sup> Rinviamo qui alle belle pagine del Bessone, allievo di Andrioli, pur se qui e lì istintivamente da rivedere/aggiornare (a sommessimo avviso di chi scrive), spec. e proprio in punto di argomentata incidenza dell'istituto sulle "situazioni" del processo: M. BESSONE, *Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1064 ss.

*cedural science, of the theory of the procedural legal relationship, of pandectistic origin. Therefore, the essay focuses on the analysis of the most well-known theoretical-stipulatory conceptions (relationship/legal situation/procedure) of the procedural phenomenon, evaluating their possible usefulness in the indicated angle (i.e. the study of the agreement). In conclusion, the study observes the multiple advantages that can be drawn, hypothetically, from the adoption of the theory of the procedural legal situation, which is due at its origins to James Goldschmidt, though embedded in the procedural series.*