



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

DIRITTO DEI CONTRATTI

Ciclo XXVIII

TITOLO TESI

NEGOZIO GIURIDICO PROCESSUALE
E CATEGORIA GENERALE DI CONTRATTO
NELLA SCIENZA GIURIDICA EUROPEA

Settori scientifico disciplinari di afferenza

IUS/01 - IUS/18

Presentata da: dott.ssa Enrica Angioni

Coordinatore Dottorato Prof.ssa Valeria Caredda

Tutor Prof. Riccardo Fercia

Esame finale anno accademico 2014 – 2015

NEGOZIO GIURIDICO PROCESSUALE
E CATEGORIA GENERALE DI CONTRATTO
NELLA SCIENZA GIURIDICA EUROPEA

Al Prof. Riccardo Fercia,
con affetto e stima

A Michele
ed ai miei genitori,
con amore e gratitudine

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO IL PROBLEMA DEL NEGOZIO GIURIDICO PROCESSUALE

1. <i>Status quaestionis</i> : riscontri e problemi	1
2. I diversi orientamenti a confronto	8
3. Autonomia privata e principio dispositivo	12
4. Perimetro di esplicazione dell'autonomia privata nel processo: tra regolamentazione pubblicistica e contributo alla miglior realizzazione del giusto processo	15
5. Buona fede e struttura consensuale della convenzione nel processo. Prospettive d'indagine e genesi storica del modello	19
6. L'inscindibilità del concetto di parte processuale dal rapporto sostanziale	25
7. Il diverso atteggiarsi della necessaria incidenza sul processo: atti incidenti sul regime della tutela giurisdizionale dei diritti ed atti incidenti sulla configurazione di regole meramente processuali	29
8. Il perimetro funzionale: il contributo dell'autonomia privata alla migliore realizzazione del giusto processo	37
9. La patologia: i limiti delle disposizioni inderogabili della legge mediante la quale si attua la giurisdizione ed il recupero per conversione	42

CAPITOLO SECONDO 'AGERE CUM ALIQUO'

1. <i>Agere cum aliquo</i>	49
2. Il problema del <i>pactum de non petendo</i>	50
3. La convenzione processuale e lo schema della <i>stipulatio</i> : a) <i>l'agere per sponsionem</i>	54
4. Segue. b) <i>Le stipulationes praetoriae</i>	64
5. La gestione convenzionale della lite: a) il <i>compromissum</i>	70
6. Segue. b) la <i>litis contestatio</i> del processo privato romano	76
7. Il segno della cesura storica della <i>cognitio</i> giustiniana nell'interpretazione medievale	81

CAPITOLO TERZO UN APPROCCIO CASISTICO ALL'ESPERIENZA ITALIANA CONTEMPORANEA

1. Considerazioni introduttive	89
2. Processo civile	97
2.1 Negozi incidenti sull' <i>agere</i> in senso sostanziale ossia sulla tutela giurisdizionale dei diritti	97
2.1.1 'Gentlemen's agreements'	98

2.1.2	L'accordo di arbitrato irrituale	105
2.1.3	Regime convenzionale delle eccezioni <i>ex art.</i> 1462 cod. civ.	109
2.1.4	Regime convenzionale delle prove <i>ex art.</i> 2698 cod. civ.	114
2.1.5	Regime convenzionale dell'interpretazione	124
2.2	Negozi incidenti sull' <i>agere</i> in senso processuale implicanti configurazione del rapporto processuale	130
2.2.1	Accordi sulla competenza	131
2.2.2	Accordi sulla giurisdizione	141
2.2.3	Segue. L'accordo di arbitrato rituale	148
2.2.4	Accordi sulla semplificazione del rito	152
2.2.5	L'accordo sulla sospensione <i>ex art.</i> 296 cod. proc. civ.	160
2.2.6	La richiesta di decisione secondo equità <i>ex art.</i> 114 cod. proc. civ.	166
2.2.7	Disponibilità negoziale dei mezzi di gravame: dall'accordo <i>ante sententiam</i> sulla <i>revisio per saltum</i> al patto di rinuncia preventiva alle impugnazioni	176
2.2.8	Le conclusioni conformi	190
2.2.9	La rinuncia agli atti	192
3.	Processo penale	201
3.1	Querela	202
3.2	La convenzione nel processo penale: dal superamento del disposto dell'art. 439 cod. proc. pen. all'applicazione della pena su richiesta delle parti	211
3.3	La convenzione nell'esecuzione della pena	226
3.4	Rinuncia all'amnistia, alla prescrizione	232
	<i>Abstract</i>	237
	<i>English abstract</i>	249
	<i>Bibliografia</i>	251

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA DEL NEGOZIO GIURIDICO PROCESSUALE

SOMMARIO: 1. *Status quaestionis*: riscontri e problemi. - 2. I diversi orientamenti a confronto. - 3. Autonomia privata e principio dispositivo. - 4. Perimetro di esplicazione dell'autonomia privata nel processo: tra regolamentazione pubblicistica e contributo alla miglior realizzazione del giusto processo. - 5. Buona fede e struttura consensuale della convenzione nel processo. Prospettive d'indagine e genesi storica del modello. - 6. L'inscindibilità del concetto di parte processuale dal rapporto sostanziale. - 7. Il diverso atteggiarsi della necessaria incidenza sul processo: atti incidenti sul regime della tutela giurisdizionale dei diritti ed atti incidenti sulla configurazione di regole meramente processuali. - 8. Il perimetro funzionale: il contributo dell'autonomia privata alla migliore realizzazione del giusto processo. - 9. La patologia: i limiti delle disposizioni inderogabili della legge mediante la quale si attua la giurisdizione ed il recupero per conversione.

1. *'Status quaestionis': riscontri e problemi.*

L'attuale concetto di 'negozio giuridico processuale' è nato all'incirca due secoli or sono dalla riflessione nella dottrina di lingua tedesca sotto l'influsso della Pandettistica. Storicamente, esso è stato elaborato per assolvere alla funzione di individuare «una categoria di atti, compiuti nel processo ed operanti a fini processuali, nei quali si riteneva di attribuire alla volontà un ruolo analogo a quello svolto nei negozi di diritto sostanziale»¹.

In particolare, questa impostazione concettuale si è articolata, in un momento iniziale, in senso estensivo essenzialmente intorno a due tipologie di atti che vennero ricondotti all'interno della categoria dei negozi giuridici processuali, ossia, da un lato, gli atti di natura processuale che riverberano i propri effetti in senso dispositivo su situazioni sostanziali e, dall'altro lato, gli atti extraprocessuali inerenti al processo, sul cui

¹ V. DENTI, voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 138.

svolgimento vanno ad influire². Tra i negozi endoprocessuali si soleva ricomprendere atti dal contenuto dispositivo, quali la rinuncia alla pretesa ovvero la confessione³. In relazione al secondo tipo, autorevole dottrina riconosceva l'appartenenza alla categoria di atti di configurazione del processo, come il *pactum de non petendo* ed il *pactum de non exequendo*, ovvero gli accordi sulla competenza⁴.

All'impostazione fatta propria in un primo tempo dalla dottrina dei negozi giuridici processuali si oppose ben presto una differente posizione maggiormente restrittiva, imperniata sull'opportunità di limitare l'area concettuale della figura in questione con esclusivo riferimento al processo⁵. In altri termini, a seguire questa linea di

² In proposito, occorre menzionare A. WACH, *Das Geständnis. Ein Beitrag zur Lehre von dem prozessualischen Rechtsgeschäft*, in *AcP*, LXIV, 1881, 216 ss. (in particolare, 237 ss.), il quale non opera una distinzione tra negozi di diritto materiale e negozi di diritto processuale.

³ A. WACH, *Das Geständnis*, cit., 216 ss. (in particolare, 237 ss.), che fa riferimento pressoché esclusivo alla confessione giudiziale, in quanto non si presenterebbe come un atto processuale predeterminato, ma bensì inciderebbe sul rapporto sottostante che intercorre tra le parti.

⁴ J. KOHLER, *Über prozessrechtliche Verträge und Creationen*, in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin, 1894, 127 ss., il quale conclude le proprie argomentazioni sulla base dell'assunto secondo cui «le categorie giuridiche, che si sono formate prima in ambiti ad esse riservate, divengano un fertile mezzo di costruzione per altri rapporti giuridici» (così, traducendo dall'originale tedesco, come nelle successive occorrenze, a p. 238). Il che indurrebbe a ritenere che, potendo le medesime categorie travalicare i ristretti limiti del diritto civile, esse «si estendono al diritto pubblico, così da ricostruirsi adeguatamente il diritto processuale solo con il loro aiuto» (in questi termini, a p. 238). In quest'ordine di idee, «l'estensione di categorie giuridiche fertili sul loro cerchio originale è nella scienza così importante come nella cultura materiale la diffusione di culture in aree che non avevano conosciuto prima» (testualmente, a p. 238).

⁵ J. TRUTTER, *Über prozessualische Rechtsgeschäfte*, München, 1890, 193 ss., 288 ss. e 381 ss., il quale impronta la sua ricostruzione alla necessità di tenere distinti gli atti giuridici processuali, che vanno ad incidere sullo svolgimento del processo, sostanzialmente consentendo l'esercizio di diritti soggettivi processuali, dai negozi giuridici processuali. I primi non avrebbero, infatti, nulla di negoziale, mentre questi ultimi sarebbero definibili soltanto in negativo, in quanto non implicherebbero in alcun caso uno svolgimento processuale tramite il quale un diritto soggettivo processuale possa essere esercitato. Ed invero, ciascun diritto soggettivo processuale troverebbe sempre la sua forma di esercizio in relazione allo svolgimento di un processo, non avendo una sua autonoma esistenza, ma appearing funzionale alla realizzazione del processo stesso. Da quest'ultimo punto di vista, pertanto, i negozi processuali risulterebbero definibili esclusivamente in negativo, in contrapposizione agli atti processuali. Detto questo, l'A., in modo condivisibile, edifica la propria struttura argomentativa sul presupposto teorico per cui, in relazione ai negozi giuridici processuali, occorrerebbe discorrere non già di contratto, ma bensì di modello di contratto. In questa prospettiva, la figura negoziale in questione troverebbe un fondamento nella vicenda costitutiva, nella modificazione ovvero nell'estinzione di un rapporto giuridico processuale inerente a diritti soggettivi processuali. Specificamente, a titolo esemplificativo, al primo gruppo apparterebbero negozi giuridici processuali che fondano rapporti giuridici processuali o che giustificano negozi giuridici processuali. L'A. classifica così i negozi in esame in tre gruppi, dal cui ambito certamente esulerebbero gli accordi sulla competenza, dal momento che non apparirebbero idonei a gestire il processo. E nemmeno si configurerebbe in questo senso *sub specie* di negozio giuridico processuale il *pactum de non petendo*. In buona sostanza, quel che si propone attraverso questa ricostruzione concettuale è di distinguere tra un'iniziativa funzionale a creare un rapporto, oppure volta a dettare regole, da un atto di parte che in realtà è totalmente determinato dal diritto processuale. In questa logica, il pensiero dei Pandettisti guarda al rapporto obbligatorio come ad un organismo, quindi anche il rapporto giuridico processuale si presenterebbe come un organismo. Ecco perché si evoca la dimensione negoziale, che in questo contesto attiene in particolare al profilo del volere sugli effetti, cui

pensiero, occorrerebbe circoscrivere l'ambito di operatività dei negozi processuali unicamente in relazione agli atti il cui compimento rappresenti l'esercizio di 'diritti soggettivi processuali'⁶. Nel nostro Paese, questo orientamento ha trovato autorevolissimi sostenitori, specie tra i processualcivili, fra i quali può ricordarsi il Carnelutti⁷, il quale ha ritenuto di individuare il *proprium* del negozio giuridico processuale nell'esercizio di un potere giuridico che si traduca in una potestà oppure in un diritto soggettivo, riconoscendo tale qualifica agli atti che realizzano una simile funzione⁸.

A proseguire nel percorso della dottrina di lingua tedesca, in particolare, è utile poi osservare come l'ulteriore evoluzione della costruzione della categoria del negozio giuridico processuale sia pervenuta ad individuare principalmente una duplice problematica.

Anzitutto, è stato posto l'accento sulla questione relativa alla necessità di «considerare autonomamente quegli atti di disposizione del diritto sostanziale che, pur essendo compiuti nel processo o in occasione del processo, hanno sotto ogni aspetto la natura di negozi sostanziali»⁹, profilo che implicherebbe determinate conseguenze in termini di disciplina ad essi applicabile. Per altro verso, la dottrina in questione è giunta progressivamente a predicare la necessità di rinvenire la disciplina degli atti del processo qualificati in termini negoziali unicamente nell'ambito del diritto processuale¹⁰. Ed è su

sostanzialmente è ricondotta la causa. A ben vedere, il negozio processuale è l'atto voluto, mentre l'atto processuale non ha attinenza col volere, in quanto risulta predeterminato dal sistema. In ultima analisi, l'A. rifiuta già a monte l'idea che la legge possa regolare ogni aspetto del processo, per chiarire come il fatto che questa regolamentazione possa essere realizzata ad opera dell'autonomia privata implichi che il negozio processuale non produca obbligazioni.

⁶ J. TRUTTER, *Über prozessualische Rechtsgeschäfte*, cit., 193 ss., 288 ss. e 381 ss.

⁷ F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*⁵, I, Roma, 1956, 270 ss., il quale afferma che «secondo che un atto imperativo costituisca esercizio di una potestà oppure di un diritto subbietivo si chiama provvedimento o negozio giuridico» (così, a p. 270), per includere nel secondo tipo la domanda giudiziale, in quanto «quest'ultima è un negozio non un atto facoltativo perché con essa si esercita tipicamente l'azione» (testualmente, a p. 270). In questa prospettiva, la circostanza che il legislatore non adoperi il termine 'negozio giuridico' apparirebbe dovuta alla circostanza che la parola in questione «ancora dal linguaggio scientifico non è discesa al linguaggio legislativo» (testualmente, a p. 271). Occorre altresì ricordare il contributo di G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*⁴, Napoli, 1928, 775 ss., il quale non si nasconde l'elevato livello di problematicità della figura, nel denunciare come «la materia non [abbia] avuto ancora una sufficiente elaborazione» (testualmente, a p. 775). Nondimeno, l'A. ritiene che si possano stabilire alcuni criteri. In particolare, anzitutto, sarebbero individuabili negozi giuridici processuali «non ogni volta che l'accordo delle parti è presupposto del provvedimento del giudice» (così, a p. 775). In secondo luogo, pur nella loro efficacia dispositiva, essi continuerebbero per specifici profili ad essere regolati dal diritto processuale. Infine, «che assegnando a un atto processuale il carattere di negozio giuridico, non si è detto ancora con ciò che il diritto riconosca alla volontà della parte la stessa importanza che può riconoscerle nel diritto privato» (in questi termini, a p. 776), dal momento che occorrerebbe comunque rapportare questo elemento alle esigenze di certezza proprie di un meccanismo procedimentale di impronta pubblicistica quale è il processo.

⁸ F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 270 ss.

⁹ V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 139.

¹⁰ Per una simile impostazione, si veda K. HELLWIG, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für O. Gierke*, II, *Privatrecht. Zivilprozessrecht*, Breslau, 1910, 75 ss., il quale – dopo aver definito i negozi giuridici processuali come quegli atti consentiti dall'ordinamento

quest'ultimo aspetto che la teoria in esame, come è stato evidenziato¹¹, ha trovato verosimilmente la ragione del crescente svilimento del concetto stesso, il quale ha finito per configurarsi, nelle più fini riflessioni dirette a riordinare sistematicamente la materia degli atti processuali, esclusivamente come un semplice accorgimento volto a classificare una specifica tipologia di atti – quali le dichiarazioni idonee a realizzare una configurazione delle modalità di tutela in senso dispositivo del rapporto processuale – privo di ricadute pratiche circa il regime da applicare all'aspetto volontaristico¹².

Come è stato puntualmente osservato¹³, la dottrina del negozio giuridico processuale è giunta infine all'approdo concettuale basato essenzialmente sulla bipartizione degli atti processuali, riconoscendo al suo interno quelli di natura normativa, come distinti dagli atti processuali in senso stretto. In questa logica, la loro caratteristica peculiare consisterebbe essenzialmente nella connessione che la obiettiva modalità di manifestazione di questi atti evidenzia rispetto alla produzione di determinati effetti giuridici, ossia, nel fatto che tali effetti risulterebbero determinati dallo stesso enunciato negoziale¹⁴.

Ed è allora da qui che occorre ripartire per indagare la possibilità di rivalutare la consistenza dogmatica e l'eventuale adeguatezza delle ricadute pratiche da individuarsi in relazione alla categoria che si andrà delineando, anche attraverso un approccio casistico riguardante le figure rinvenibili nell'ordinamento.

Con queste premesse, vediamo ora, in via di prima approssimazione, quali elementi appaiano *prima facie* suscettibili di indurre a riesaminare la tematica in esame.

In estrema sintesi, sembra utile immediatamente osservare come la possibilità di configurare attraverso atti di esercizio dell'autonomia privata gli ambiti del processo in cui la cogenza delle norme processuali – giustificata dalla natura eminentemente pubblicistica della giurisdizione – lascia spazio di esplicazione al principio dispositivo si fondi, in primo luogo, sulla presenza ordinamentale di figure codificate di negozi giuridici processuali¹⁵. Oltre a ciò, occorre considerare in questa direzione la realtà,

processuale con cui le parti pongono in essere uno specifico rapporto e che trovano la propria disciplina all'interno del processo – sostanzialmente afferma l'identità tra i negozi in questione e quelli di diritto sostanziale, dai quali si differenzierebbero in quanto espressivi di una volontà incidente su una specifica esigenza del processo. In altri termini, secondo la ricostruzione restrittiva dell'A. i negozi giuridici processuali non potrebbero estrinsecarsi che all'interno del processo.

¹¹ V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss.

¹² V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss.; opina peraltro in senso contrario G. DONÀ, *Del negozio giuridico processuale*, Milano, 1933, 102 ss., secondo cui «anche la scuola tedesca, dopo avere coltivato estesamente il negozio processuale, pare voglia ora mortificarne il concetto, censurandolo d'infertilità. Ma scambia forse il concetto di tale negozio con le superfetazioni del medesimo, da essa troppo alimentate» (testualmente, a p. 102). Per questa ragione l'A. preferisce ciò che «fu intuito originariamente, con chiarezza e praticità latina, dai romani, presso i quali la *res in iudicio deducta* assumeva un aspetto singolare» (in questi termini, a p. 102) nelle forme della *litis contestatio*.

¹³ V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss.

¹⁴ V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss., che muove da queste considerazioni al fine di argomentare circa l'incongruità dell'utilizzo della categoria in esame in ordine all'applicabilità della disciplina propria del diritto privato.

¹⁵ Tra i quali risultano ascrivibili, a titolo esemplificativo, il regime convenzionale delle prove di cui all'art. 2698 cod. civ., il regime convenzionale delle eccezioni previsto dall'art. 1462 cod. civ., l'accordo sulla sospensione di cui all'art. 296 cod. proc. civ.

prevalentemente accettata, di altri atti cui usualmente si fa ricorso nell'esperienza applicativa, nonché il riconoscimento della derogabilità convenzionale di alcune delle rigide scansioni processuali quasi costantemente operato dalla prevalente giurisprudenza¹⁶.

Si avrà poi modo di riconoscere come, a comprovare la stessa ammissibilità della categoria di negozio giuridico processuale, assumano rilievo altresì alcuni importanti principi: in primo luogo, a livello costituzionale, occorrerà considerare, in particolare, il principio di cui all'art. 111 Cost. Invero, quest'ultima disposizione sembra evidenziare la necessità di perseguire una tempestiva – oltre che contenutisticamente adeguata – composizione delle liti. È dunque questa la ragione per cui l'ordinamento sembrerebbe forse addirittura imporre il ricorso a strumenti negoziali che siano espressione del contributo dell'autonomia privata – in quanto meritevole di tutela e corrispondente al criterio della buona fede processuale – per una più efficiente realizzazione del giusto processo regolato dalla legge.

Infine, vengono in evidenza i principi espressi a livello del diritto processuale, come, innanzitutto, il fondamentale principio dispositivo.

In questo quadro, è immediatamente utile individuare un antecedente storico degli accordi processuali nella figura della *litis contestatio* del processo formulare del diritto romano classico, attraverso la quale le parti in sostanza si accordavano sul programma processuale. Specificamente, pur non potendosi prescindere dalla *datio iudicii*, ossia dall'autorizzazione del magistrato, affinché il *index privatus* procedesse a risolvere la controversia, la *formula* sulla base della quale egli era chiamato a decidere, che valeva a delimitare i termini del *iudicium*, costituiva la rappresentazione in fatto e/o in diritto di quanto prospettato dai litiganti.

Tuttavia, rispetto a questo modello storico – come si vedrà – non sembra comunque predicabile una continuità nella scienza giuridica europea, laddove verisimilmente la 'gestione bilaterale della lite' andrà a perdersi nella dimensione statual-legalista già a partire dall'esperienza postclassica e giustiniana. In altri termini, con il sistema della *cognitio*, per un verso, si adottano meccanismi che consentono di prescindere – in casi tassativi – dalla collaborazione del convenuto. Per altro verso, il giudizio si articola diversamente, strutturandosi per atti di parte, e, di conseguenza, non si procede più all'accertamento sulla base di un programma comune. E nondimeno, pare si possa affermare che un recupero del significato più fecondo del modello romano classico sia attualmente necessario, nella prospettiva appena espressa della migliore realizzazione del giusto processo, essenzialmente *sub specie* della sua ragionevole durata.

Addentrando su questa via, sembra anzitutto necessario prendere posizione in merito alla validità dogmatica della categoria degli accordi tra privati non contrattuali¹⁷

¹⁶ Possono menzionarsi, *ex pluribus*, Pret. Verona 22 settembre 1998, (ord.), in *Giur. merito*, 1999, II, 712 ss., con nota di C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale, ovvero della derogabilità convenzionale delle fasi che scandiscono il processo ordinario*, ivi, 716 ss.; Cass., 11 luglio 2012, n. 38070, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.; Cons. St., 7 giugno 2012, n. 3371, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 4, 958; Cass., 12 novembre 2010, n. 22956, *Ius Explorer*, Milano, 2015, ult. ed.; In senso conforme cfr. Cass. 29 aprile 1998 n. 4397, in *Giust. civ.* 1999, I, 853 ss., con nota di M. GIORGETTI, *Ricorso per saltum, giudice monocratico ... e unico*, ivi, 858 ss.; Cass., sez. un., 31 luglio 2006, n. 17289, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

¹⁷ In proposito, cfr. V.M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, a) *Teoria generale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 297 ss.

per delineare i caratteri essenziali dei negozi giuridici processuali. In particolare, giova osservare come alla stessa faccia riferimento una parte della dottrina, che tuttavia non è pervenuta sinora ad una posizione condivisa né ha espresso orientamenti stabili riguardo a questa tematica, con ogni probabilità per la sua traslazione da altri settori, quali, soprattutto, quelli del diritto amministrativo ed internazionale¹⁸. In questo quadro, si segnala perciò una generale propensione, peraltro disomogenea, ad intendere l'accordo, da un lato, alla stregua di una statuizione negoziale effettiva, dall'altro lato, come un mero atto giuridico, incidente su rapporti giuridici¹⁹.

La trasposizione della categoria oggetto di questa elaborazione nell'ambito del diritto processuale civile ha così condotto al riconoscimento di diverse ipotesi ad essa ascrivibili²⁰, rispetto alle quali, come è stato osservato²¹, per una prima impostazione sussisterebbe in capo alle parti la possibilità di regolare convenzionalmente, ma non contrattualmente, la propria posizione, attraverso atti che dal punto di vista strutturale si estrinsecerebbero in mere dichiarazioni parallele. Secondo un altro orientamento, più attento all'aspetto della struttura dell'accordo, esso si articolerebbe essenzialmente nell'affiancamento di plurime dichiarazioni comunque non collegate da un rapporto di reciproca dipendenza, dal contenuto coincidente, ma eventualmente dettate da ragioni non convergenti. Una voce differente, prendendo in considerazione alcuni casi specifici, ha poi adoperato la qualificazione di atti integranti dichiarazioni concordi, descrivendoli altresì come atti complessi, di natura non contrattuale. Infine, in relazione a certe tipologie di accordo, piuttosto è stato disconosciuto che le parti possano esercitare un potere dispositivo, dal momento che un atto così configurato si presenterebbe soltanto quale forma di compartecipazione rispetto all'attività del giudice, del cui provvedimento le convergenti manifestazioni di volontà costituirebbero un semplice presupposto²².

Nondimeno, appare forse utile considerare come al termine 'accordo' in generale si ricorra sovente per indicare il negozio giuridico bilaterale, quale frutto dell'attività giuridica realizzata da una pluralità di persone²³, incidente sulla definizione di situazioni processuali ovvero sostanziali²⁴. E difatti, a ben vedere, a fronte del richiamo all'accordo in un'accezione puramente strutturale e descrittiva, ove si accetti come la produzione di effetti giuridici consegua ad una valutazione funzionale in termini di meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento, occorrerà qualificare come negoziali gli accordi dotati di

¹⁸ Circostanza, questa, posta in evidenza da V.M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, cit., 297 ss.

¹⁹ V.M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, cit., 297 ss.

²⁰ In proposito, V.M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, cit., 297 ss. riferisce circa la predicabilità della categoria dell'accordo nel settore processual civilistico con particolare riferimento, tra gli altri casi, alla «concorde richiesta delle parti, per la pronuncia secondo equità» (in questi termini, a p. 297), all'intesa «per la determinazione delle scritture di comparazione in sede di verifica della scrittura disconosciuta» (testualmente, a p. 298), il *pactum de non exequendo*, il *pactum de non petendo*, etc.

²¹ V.M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, cit., 297 ss.

²² Gli orientamenti in questione sono stati così sintetizzati da V.M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, cit., 297 ss.

²³ V.M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, cit., 297 ss.

²⁴ S. SATTA, voce *Accordo*, b) *Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 300 s., secondo cui la convenzione rivestirebbe un peculiare rilievo nell'ambito del processo civile, dal momento che, entro certi limiti – essenzialmente rappresentati dalla compatibilità «con le finalità generali del processo» (in questi termini, a p. 300) – la volontà privata può efficacemente regolamentare alcuni suoi aspetti.

queste caratteristiche, laddove l'inedoneità dell'«*in idem sentire*»²⁵ a determinare gli effetti sostantivi della fattispecie²⁶ indicherà piuttosto la presenza di una «*nuda pactio*»²⁷ dal carattere meramente accessorio, suscettibile di confluire in un più ampio assetto negoziale²⁸.

Al riguardo, può invero preliminarmente osservarsi come il negozio giuridico processuale si presenti – ad ammetterne la configurabilità – quale atto di autonomia privata con cui le parti stabiliscono in senso configurativo un regolamento diretto ad incidere sulle modalità di svolgimento del processo ovvero – purché comunque in vista del processo – sul profilo della tutela dei diritti, negli spazi consentiti dalla legge e dai principi dell'ordinamento. Ed allora, se si riconosce la necessità che l'atto in questione sia sorretto dalla meritevolezza della causa in senso economico-individuale²⁹, un accordo così configurato dovrà perciò considerarsi quale vero e proprio negozio giuridico, piuttosto che come mera pattuizione accessoria, e parimenti lo sarà una espressione di volontà privata unilaterale, laddove ciò risulti ammissibile. In questa prospettiva, infatti, non potrà non tenersi conto della circostanza che i suoi effetti di carattere essenzialmente propulsivo rispetto al procedimento giurisdizionale risultino in tal caso idonei a regolare immediatamente il rapporto processuale³⁰. Pertanto, questa

²⁵ V. M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, cit., 300.

²⁶ V. M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, cit., 297 ss.

²⁷ Così R. FERCIA, voce *Contratto normativo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Agg. VIII, Torino, 2013, 195.

²⁸ Sul punto, in relazione al problema del c.d. 'accordo normativo', specificamente, R. FERCIA, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss., che evidenzia la necessità di qualificare la figura in questione come un contratto, dal momento che, «o ci si trova di fronte ad una convenzione sganciata da un qualsiasi profilo di meritevolezza, ed allora il nostro 'accordo normativo' è *nuda pactio*, come tale priva di autonomia, necessariamente inerente ad un contesto negoziale – come dire – di più ampio respiro, mera intesa preparatoria; oppure sussiste una meritevolezza funzionale, che sottende la convenzione normativa giustificandone uno specifico effetto» (testualmente, a p. 195).

²⁹ Per una riflessione sul significato del requisito causale, si veda G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 355 ss., secondo il quale – attraverso una ricostruzione oramai prevalentemente accolta dalla giurisprudenza di legittimità – occorre aver riguardo all'«interesse che attraverso il negozio si vuol realizzare, e cioè la funzione che il negozio ha per i soggetti che lo pongono in essere» (in questi termini, a p. 370), cui va quindi parametrata la valutazione in termini di meritevolezza dell'assetto di interessi concretamente realizzato. In particolare, dopo aver denunciato la «contaminazione delle nozioni di causa e tipo» (con questa espressione, a p. 357), che al tempo predominava negli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, l'A. sottolinea come la recezione in via legislativa di un particolare schema negoziale, pur costituendo l'indice di una considerazione astratta di favore da parte dell'ordinamento, attenga al mezzo, ma non all'«interesse concreto perseguito con quel determinato negozio» (in questi termini, a p. 358), per cui anche in questo caso occorrerà comunque valutare la compatibilità ordinamentale dell'operazione realizzata. In questa logica, avere riguardo alla «funzione economico-individuale» (così, a p. 371) non implica un ritorno alla definizione di causa negoziale quale «scopo meramente soggettivo degli autori del negozio stesso» (in questi termini, a p. 372). Piuttosto, occorre riconoscere che «la causa è l'elemento che collega l'operazione economica oggettiva ai soggetti che ne sono autori» (testualmente, a p. 372).

³⁰ Riguardo al profilo strutturale degli 'accordi processual-civiltistici', S. SATTA, voce *Accordo*, cit., 300 s., secondo cui «la volontà privata appare spesso determinante delle situazioni processuali: sia unilateralmente, quando, ad esempio, la legge subordina l'attività del giudice all'istanza di parte, o condiziona il prodursi di un determinato effetto all'attività di parte, casi tipici l'eccezione di incompetenza territoriale o il rilievo delle nullità ..., sia bilateralmente, quando appunto la legge riconosce a determinati accordi efficacia nel processo» (testualmente, a p. 300). In questa logica, pur

considerazione rende manifesta l'opportunità di recuperare il più risalente orientamento espresso dalla Pandettistica³¹, nella misura in cui riconosceva che anche gli atti aventi ad oggetto profili della tutela dei diritti, qualora vadano ad incidere sullo svolgimento del processo, potessero qualificarsi come negozi giuridici processuali.

2. I diversi orientamenti a confronto.

Abbiamo così prospettato l'astratta riconducibilità nell'ambito della categoria del negozio giuridico delle manifestazioni di autonomia privata, sorrette da un idoneo scopo pratico, che si esplicano nel processo oppure in funzione della tutela dei diritti, purché comunque in via strumentale rispetto al processo.

Nondimeno, la questione appare forse, come si accennava, un poco più complessa, in quanto, a fronte di un orientamento dottrinale e soprattutto giurisprudenziale favorevole ad affermare la configurabilità e la compatibilità ordinamentale dei negozi giuridici processuali, secondo un'altra impostazione, viceversa, la stessa categoria dogmatica apparirebbe infeconda, oltre che inconferente rispetto alle sue applicazioni pratiche. Sotto altro profilo, ad accedere alla prima tesi, occorre – come meglio si vedrà – ulteriormente evidenziare la presenza di una posizione comunque improntata alla negazione dell'atipicità negoziale in ambito processuale, la quale si contrappone all'indirizzo per il quale sarebbe più ragionevole ammettere che la possibilità che l'autonomia privata intervenga in via negoziale, anche con una regolamentazione atipica, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, cod. civ., ad influire sulla disciplina del processo³².

Ed è su queste differenti impostazioni che dovremo ora soffermarci.

In particolare, tra le fila dell'ordito intessuto dalla prevalente dottrina³³ che ha da tempo considerato come privo di utili implicazioni pratiche il concetto in esame si collocano le posizioni di autorevoli studiosi, i quali hanno liquidato il problema dei negozi giuridici processuali come una questione essenzialmente nominalistica³⁴.

Specificamente, il ragionamento seguito da una risalente dottrina che si è occupata della questione³⁵ muove dalla considerazione secondo cui l'incessante vitalità che conosce il negozio processuale nell'ambito della giurisprudenza porrebbe in evidenza

apparendo innegabile il carattere pubblicistico della giurisdizione, l'interesse sottostante al suo esercizio si presenta comunque come privato, «perché privato è il rapporto rispetto al quale essa in concreto si esercita» (così, a p. 300).

³¹ In proposito, può menzionarsi la posizione di A. WACH, *Das Geständnis*, cit., 216 ss. (in particolare, 237 ss.).

³² R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Accordi di parte e processo*, a cura di F. Carpi, Milano, 2008, 99 ss. (ed, *amplius*, 107 ss.).

³³ Al riguardo, occorre menzionare, *ex pluribus*, V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss.

³⁴ Può così riassumersi, in ultima analisi, la pregevole ricostruzione di V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss. Sulla medesima linea di pensiero sembra sostanzialmente attestarsi altresì l'impostazione seguita da S. SATTA, voce *Accordo*, cit., 300 s., ove si consideri come – pur riconoscendo la necessità di attribuire rilievo agli accordi che dispiegano la propria efficacia nel processo – l'A. tenda comunque a perimetrarne la disciplina nei ristretti limiti dati dalle esplicite previsioni della legge processuale.

³⁵ V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss.

come al concetto medesimo si faccia usualmente riferimento al fine di trovare una soluzione alla questione del regime giuridico da applicare ai vizi della volontà ovvero ai difetti della manifestazione del volere in relazione agli atti processuali³⁶. Nondimeno, in senso contrario si opina che l'emersione di una tipologia di atti processuali di natura normativa, antitetica alla categoria degli atti del processo restrittivamente intesi, che si distinguerebbe in quanto il loro contenuto obiettivo renderebbe palese la connessione che li lega agli effetti giuridici che producono, e dunque la traslazione del concetto di negozio giuridico nella sfera processuale, non importerebbe comunque la possibilità di estendere alla materia in questione la disciplina dei negozi giuridici privati, ossia di quelli che esplicano i propri effetti in campo sostanziale³⁷. Ad orientarsi in quest'ordine di idee, infatti, occorrerebbe valorizzare in tal senso la circostanza che la tradizionale questione dei vizi della volontà troverebbe piuttosto soluzioni peculiari, caratteristiche degli atti processuali, comunque rinvenibili nell'ambito di tale ordinamento³⁸. Di conseguenza, secondo i fautori della tesi in esame, non potrebbe che concludersi nel senso che «l'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 del diritto privato, l'esatta individuazione delle soluzioni proprie degli atti di carattere processuale»³⁹.

In questa logica, sebbene l'utilizzo della categoria del negozio giuridico processuale varrebbe ad evidenziare la necessità di modulare in concreto il regime degli specifici tipi di atti processuali, allo scopo di non relegare la volontà di parte ad una funzione indefinita, il rilievo comunque riconosciuto alla 'normatività' dell'atto presenterebbe nondimeno elementi peculiari non identificabili con i caratteri propri dei negozi giuridici⁴⁰. In particolare, ciò discenderebbe dalla circostanza che l'atto processuale si contraddistinguerebbe principalmente per il fatto di incardinarsi nello svolgimento ordinato del procedimento, presentando, di conseguenza, effetti non autosufficienti, ma inevitabilmente collegati al provvedimento decisorio del giudice⁴¹. La mancanza di autonomia in senso negoziale degli atti di questo genere risiederebbe

³⁶ V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss.

³⁷ V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss.

³⁸ G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 74 ss., il quale evidenzia le specificità della disciplina processuale – e dunque di diritto pubblico – al fine di rispondere al quesito se «la trasposizione del concetto di negozio giuridico» (in questi termini, a p. 74) in quel campo abbia «per oggetto una semplice etichetta, cioè una categoria da sfruttare a soli fini di classificazione degli atti giuridici, oppure port(i) con sé una determinata disciplina, quella a cui la categoria, pur tra varie differenze ... è sottoposta nel diritto privato» (testualmente, a p. 74).

³⁹ G. CONSO, *I fatti*, cit., 79, che – nel precisare come l'utilità di una qualifica vada riscontrata in relazione alla capacità di sintetizzare in modo certo e sufficientemente preciso gli elementi comuni ai fatti giuridici ricondotti nel suo ambito – sottolinea l'importanza di stabilire se l'atto si espliciti nella volontà degli effetti giuridici anziché nella volontà dello scopo pratico ovvero nella volontà che abbia ad oggetto il contenuto della dichiarazione. Il che rappresenterebbe il presupposto essenziale per stabilire quali conseguenze importino i vizi della volontà e la mancata coincidenza tra volontà e dichiarazione.

⁴⁰ V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss.

⁴¹ V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss.

dunque nella loro natura transitoria di mero passaggio momentaneo in direzione di un successivo atto normativo e di conseguenze giuridiche susseguenti⁴².

Una volta delineati questi aspetti, ai fini dell'analisi degli orientamenti sottostanti alla casistica di cui ci occupiamo, non si può prescindere, a questo punto, dall'esaminare la tesi – sostenuta da una parte della dottrina, nonché dalla prevalente giurisprudenza – favorevole ad ammettere l'autonomia dogmatica del concetto di negozio giuridico processuale, con cui sarebbe consentito all'autonomia privata regolare, entro i limiti consentiti, il rapporto instaurato o da crearsi con il processo.

Al riguardo, può innanzitutto muoversi dalla considerazione di una risalente dottrina, la quale mette in risalto l'assunto per cui «se il carattere pubblicistico e le forme processuali sopprimessero ogni libertà di volere nella parte che pone in essere gli atti processuali, il potere dispositivo delle parti, universalmente riconosciuto a base del processo civile e spiccatamente sancito dal diritto positivo italiano, sarebbe una chimera»⁴³. In questa logica, si configurerebbero quali negozi processuali quegli atti che rappresentino una libera e volontaria forma di esercizio del diritto soggettivo processuale – propria delle parti ed esulante dai meri atti procedurali ovvero dagli atti dovuti – con cui queste realizzino un assetto di interessi giuridicamente rilevante, che opera sulle posizioni avanzate e svolte con il processo⁴⁴. Per altro verso, ci si troverebbe in presenza di uno strumento logico valevole a superare le difficoltà che aveva generato la configurazione di contratti o quasi contratti tra le parti processuali⁴⁵. In altri termini, il ricorso alla categoria negoziale apparirebbe necessario e sufficiente al fine di predicare il sorgere di effetti giuridici vincolanti a carico dei litiganti⁴⁶ in relazione al rapporto processuale.

Ebbene, ciò consentirebbe di individuare quello che sin dall'esperienza giuridica romana si era percepito come un'entità di natura processuale – configurandosi, può invero precisarsi, come un *agere 'cum' aliquo*, ossia con la cooperazione dei litiganti allo svolgimento della procedura, piuttosto che come un *agere 'contra' aliquem* – comunque distinto dal diritto sostanziale⁴⁷. Infatti, questo concetto gioverebbe, pur senza trascurare

⁴² V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss., il quale osserva che «se si considera che il connotato essenziale dell'atto processuale è dato dal suo inserimento nella serie effettuale del procedimento, e quindi dell'assenza di un'efficacia autonoma, per il suo riflettersi necessariamente sull'esercizio dei poteri decisorii dell'organo giurisdizionale, sembra difficile individuare nella 'normatività' dell'atto un fenomeno operante sullo stesso piano della 'normatività' degli atti negoziali» (così, a p. 143).

⁴³ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 35.

⁴⁴ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 34 ss.

⁴⁵ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 82 ss.

⁴⁶ Ebbene, la stessa definizione delle parti in termini di litiganti non si presenta come di per sé incompatibile con il raggiungimento di un accordo in ordine alla stipulazione di negozi volti a gestire il processo. In questa logica, già A. DIANA, *Dei rapporti processuali*, Milano, 1901, 3 ss. poneva in evidenza come «il rapporto processuale si sovrappone, pur senza confondersi con esso, su quello reale, e fa scomparire ... l'atteggiamento di rivalità personale» (così, a p. 6). Dal ché si ricava che la civiltà del giudizio si manifesta proprio nella circostanza che «il contrasto personale si attenua e si trasforma in un accordo fra gli stessi litiganti, animati dall'intento comune di ottenere la dichiarazione del diritto obbiettivo» (in questi termini, a p. 6).

⁴⁷ Al riguardo, occorre, in primo luogo, richiamare l'impostazione di C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. Le 'legis actiones'*, I, Torino, 1982, 6 ss. (e, soprattutto, 9), il quale pone in evidenza come la nozione di *'agere'* vada intesa, in relazione al processo romano classico, «nel preciso

la natura complessa della figura⁴⁸, essenzialmente a valorizzare un ineliminabile sostrato volontaristico quale emergerebbe dalla cospicua casistica. In particolare, al negozio giuridico processuale gioverebbe far ricorso al fine di risolvere – sulla base della disciplina sostanziale propria degli atti negoziali, eccettuata l'indispensabile sistemazione per adattarla alla positiva disciplina processuale⁴⁹ – le questioni applicative del diritto vivente, quale, ad esempio, la conversione di un'opposizione di terzo in un intervento in appello di cui possieda i requisiti. Da quest'ultimo punto di vista, risulterebbe dunque che la presa di consapevolezza circa la configurabilità razionale e giuridica della figura negoziale in esame apparirebbe come produttiva di risultati considerevolmente vantaggiosi sia dal punto di vista dogmatico e ricostruttivo sia da quello dei suoi portati applicativi, operando trasversalmente rispetto al processo civile ed a quello penale, che apparirebbero sotto questo profilo assimilabili⁵⁰.

Lungo la prospettiva di sviluppo di questa tesi si colloca chi, con una più recente elaborazione⁵¹, specificamente ammette che nell'ordinamento trovi spazio la realizzazione di negozi processuali non previsti in modo espresso dal legislatore, e dunque atipici, in forza dell'operatività del principio dispositivo. In particolare, nel processo civile dovrebbe coordinarsi quest'ultimo con la regola della autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 cod. civ., in considerazione della natura strumentale della procedura in questione rispetto ai diritti ed all'autonomia privata, pur senza oltrepassare i limiti pubblicistici stabiliti dall'ordinamento⁵². Ed invero, ad orientarsi in quest'ordine di idee, può riconoscersi la trasversalità del diritto comune, dal momento che – come si avrà modo di chiarire più avanti – il diritto dei contratti si presenta come destinato a livello ordinamentale a disciplinare tutte le vicende in cui comunque venga in considerazione la possibilità di autoregolamentazione delle parti, laddove la normativa in

senso di attività che il magistrato (la corte) accorda ad un soggetto nei confronti di un altro, e che si svolge con la partecipazione di entrambi quei soggetti: i Romani non dicevano, infatti, 'agire contro qualcuno', come è usuale per noi, ma 'agere cum aliquo', agire con, insieme a qualcuno» (testualmente, a p. 9). In questa prospettiva, è altresì necessario menzionare la posizione espressa da M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, 233. Sul punto, cfr. altresì G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 102 s.

⁴⁸ Natura mista del negozio giuridico processuale che emergerebbe, in particolare, a seguire l'impostazione di G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 121 ss., dalla sua caratteristica «a) formale, per la prova della volontà soggettiva, in rapporto col suo valore obbiettivo; b) privata e autonoma nei moventi; c) pubblica e controllata negli effetti; d) patrimoniale nei moventi e negli effetti insieme» (in questi termini, a p. 124).

⁴⁹ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 96 s.

⁵⁰ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 103 ss.

⁵¹ R. CAPONI, *Autonomia*, cit., 99 ss. (e, soprattutto, 107 ss.).

⁵² R. CAPONI, *Autonomia*, cit., 99 ss. (e, soprattutto, 107 ss.). La tesi favorevole all'ammissibilità dei negozi processuali atipici trova sostegno anche da parte di G. DE NOVA, *Accordi di parte e decisione*, in <http://www.altalex.com/>, il quale, in questa prospettiva, esattamente rileva che sarebbe arduo «tener fermo il limite della tipicità» rispetto alle convenzioni mediante le quali le parti incidono sulla configurazione del processo. Si tratta di «un limite che anche in linea di principio non sussiste se la decisione è dell'arbitro, ma che non regge neppur quando a decidere sia il giudice togato. Sullo sfondo, tuttavia, rimane il problema della validità di tali accordi, non in linea di principio, ma presi uno per uno, in relazione alla possibile elusione di norme imperative».

questione risulti eventualmente compatibile con le norme imperative espressione di interessi di carattere pubblicistico.

Occorre peraltro ricordare, per completezza, l'impostazione di una parte della dottrina che – come meglio si vedrà nell'affrontare questo problema – risolve in termini generali sfavorevolmente la questione relativa all'ammissibilità di accordi processuali in ipotesi non espressamente consentite dalla disciplina del processo⁵³. Da quest'ultimo punto di vista, l'orientamento in considerazione trae la regola dalla circostanza che non è concesso all'autonomia privata regolare diversamente forme o termini previsti dalla legge a pena di nullità oppure di decadenza, adducendo ad esempio i termini di impugnazione delle sentenze e quelli di estinzione del giudizio. Rileverebbe, inoltre, il fatto che non è permesso derogare ai principi basilari volti a garantire l'effettività della giustizia, per cui si porrebbe in insanabile contraddizione con questi canoni un negozio con cui si rinunci preventivamente a proporre mezzi di impugnazione⁵⁴.

3. *Autonomia privata e principio dispositivo.*

Che l'apparente «crisi dogmatica del concetto»⁵⁵ di negozio giuridico processuale celi in realtà una mai sopita vitalità della figura in esame – quale strumento di cui le parti si avvalgono al fine di regolamentare gli aspetti non indisponibili del procedimento – trova riscontro nel suo non infrequente riaffiorare negli approdi della giurisprudenza. Ed infatti, questo filone di ricerca può schiudere prospettive di sicuro interesse e rilevanza applicativa: specificamente, risulterà utile indagare la possibilità di stabilire una correlazione tra la figura del negozio giuridico processuale e la categoria generale di contratto, allo scopo di definirne i rapporti reciproci, in vista della tendenziale estensione al negozio processuale di alcuni principi che governano la disciplina contrattuale. In quest'ordine di idee, nella preliminare ricerca di un fondamento che consenta di predicare l'ammissibilità della figura in questione, occorrerà prendere le mosse anzitutto da alcuni interrogativi di carattere preliminare.

In particolare, è bene chiedersi immediatamente se il principio dell'autonomia privata sancito essenzialmente dall'art. 1322 cod. civ. possa rappresentare una risorsa applicativa in ambito processuale⁵⁶. In altri termini, partendo dalla considerazione secondo cui alla luce del principio dispositivo il processo non è totalmente indisponibile, sarà opportuno perimetrare i limiti di esplicazione della regola in esame – di cui emergerà il carattere di tendenziale bilateralità, quale proiezione del dovere di buona fede – al fine

⁵³ S. SATTA, voce *Accordo*, cit., 300 s.; sulla stessa linea di pensiero può ricordarsi C. ASPRELLA, *Dell'accordo*, cit., 718.

⁵⁴ G. BONGIORNO, voce *Accordo processuale*, in *Enc. giur.*, I, 1990, 1 ss., che si esprime in modo sostanzialmente conforme a S. SATTA, voce *Accordo*, cit., 300 s.

⁵⁵ F. CARPI, *Introduzione*, in *Accordi di parte e processo*, a cura di F. Carpi, Milano, 2008, 1 ss., il quale, nel delineare i termini del tema della 'contrattualizzazione' della giustizia, sottolinea come non sia possibile «ignorare la formula, apparentemente rigida, dell'art. 111 Cost., secondo cui il giusto processo è quello regolato dalla legge e quindi, *sembrerebbe*, non dagli accordi di parte» (in questi termini, a p. 3). In questa logica, secondo l'A. occorrerebbe perciò confrontarsi con «la tendenza in Italia alla rigidità dei modelli» (così, a p. 4), che segnerebbe la distanza con i «più moderni modelli europei» (testualmente, a p. 4).

⁵⁶ R. CAPONI, *Autonomia*, cit., 99 ss. (e, soprattutto, 107 ss.).

di delineare i contesti in cui sia possibile pensare ad un recupero della negozialità del processo, oltre a ricostruire la struttura degli accordi processuali.

Procediamo pertanto ad analizzare il primo punto essenziale, afferente al profilo della configurazione del principio dispositivo – con particolare riferimento, almeno inizialmente, al diritto processuale civile – allo scopo di valutare la sua eventuale correlazione, non necessariamente biunivoca, con il principio dell'autonomia privata.

In proposito, giova preliminarmente osservare come ad una corrente dottrinale tedesca del XIX secolo sia da ascrivere la distinzione tra principio dispositivo in senso stretto o sostanziale (c.d. 'Dispositionsmaxime') e principio dispositivo *lato sensu* inteso, detto altresì processuale (c.d. 'Verhandlungsmaxime')⁵⁷.

La prima accezione, in particolare, fa riferimento al potere-onere di proporre la domanda e di allegare i fatti giuridici costitutivi della pretesa; essa trova espressione nel nostro ordinamento essenzialmente nelle norme di cui agli artt. 99 cod. proc. civ. e 2907 cod. civ., le quali prevedono, rispettivamente, che chi intenda far valere un diritto in giudizio debba proporre domanda al giudice competente e che l'autorità giudiziaria assicura la tutela giurisdizionale dei diritti su domanda di parte, salvi i casi previsti dalla legge. Specificamente, questa disciplina rappresenta un portato del canone fondamentale di cui all'art. 24 Cost., esplicitando la garanzia della possibilità di agire e difendersi in sede giurisdizionale per la tutela dei propri diritti e interessi. Un preminente rilievo assume, quindi, il principio della domanda che – quale espressione del potere di disposizione conseguente alla natura tendenzialmente privata dei diritti dedotti in giudizio⁵⁸ – appare strettamente connesso con il principio dispositivo⁵⁹. In questa prospettiva, «il principio della domanda giudiziale, quello cioè che subordina alla autonomia della parte lo svolgimento del processo e della giurisdizione civile, costituisce aspetto essenziale ed indefettibile della soggettività del diritto»⁶⁰, dal momento che soltanto il titolare dello stesso, in quanto tale, ha la possibilità di determinarsi nel senso della sua tutela giurisdizionale. Si deve perciò escludere che nel suo esercizio «possano ingerirsi né estranei, né pubbliche autorità in vista di supposti interessi pubblici o superiori»⁶¹.

Il secondo profilo riconoscibile nel principio dispositivo, invece, ricomprende più ampiamente l'aspetto organizzativo del processo, ivi incluse le iniziative istruttorie.

In questo senso, la sua alterazione in via legislativa non si ripercuoterebbe negativamente sul «sistema della tutela giurisdizionale e dell'ordinamento giuridico

⁵⁷ G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile. Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, I, Padova, 2012, 274 ss.

⁵⁸ Vi sono nondimeno ipotesi le quali, come rileva C. ASPRELLA, *Dell'accordo*, cit., 717, costituiscono «eccezioni al principio dispositivo», dal momento che «ricorrono anche tratti inquisitori nel processo civile, in casi tassativamente previsti *ex lege*, quando “all’interesse delle parti si sovrappone un interesse generale a ricercare la verità”» (testualmente, a p. 717). L'attività istruttoria nel processo ispirato al principio inquisitorio viene per l'appunto regolamentata in un titolo autonomo della normativa processuale, denominato 'sui rapporti indisponibili' e caratterizzato dai più ampi poteri assegnati al pubblico ministero ed al giudice.

⁵⁹ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 198 ss.

⁶⁰ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 199.

⁶¹ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 199.

privato»⁶² complessivamente inteso⁶³. Nondimeno, non sembra revocabile in dubbio che un modello processuale fondato sul principio dispositivo garantisca un «processo pienamente conforme al contraddittorio, al diritto di difesa e alla sfera di autonomia e libertà delle parti»⁶⁴, laddove il principio inquisitorio – quale strumento, essenzialmente caratterizzato dall’iniziativa del giudice, per conseguire rapidamente ed eventualmente contro la volontà delle parti la verità ‘reale’ – risulta invero «improntato ad una visione che potrebbe definirsi ufficiosa, quindi burocratica ed autoritaristica della giurisdizione civile»⁶⁵. In quest’ordine di idee, occorre dunque considerare innanzitutto come non vi siano elementi obiettivi che avvalorino la tesi⁶⁶ per cui l’introduzione nel processo delle prove ad opera delle parti, piuttosto che officiosamente da parte del giudice, apparirebbe fuorviante rispetto all’obiettivo di accertare processualmente la verità dei fatti⁶⁷. Viceversa, la partecipazione del giudice alla ricerca delle prove – secondo un oramai pacifico approdo, rispetto al quale, del resto, è orientato l’intero ordinamento – certamente rischia di compromettere l’imparzialità dell’organo giudicante e, di conseguenza, l’obiettività della valutazione⁶⁸. Ciò trova conferma altresì nel divieto posto al giudice di fare uso della propria scienza privata ai fini della decisione, quale corollario del principio del contraddittorio cristallizzato nell’art. 111 Cost. In buona sostanza, il sistema inquisitorio – già sconosciuto nell’ambito del processo penale – non soltanto non importa la sicurezza di conseguire risultati certi e solleciti, ma altresì si presenta come la manifestazione di un potere pubblico di stampo autoritaristico⁶⁹ che pregiudica il diritto di difesa delle parti. In questa logica, è chiaro che «non si può arbitrariamente

⁶² G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 274.

⁶³ In proposito, cfr. G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 274 ss., il quale considera come, in astratto, appaia possibile «attribuire vasti poteri direttivi ed inquisitori al giudice civile, senza che ciò comporti attentato alla natura ed alla titolarità dei diritti soggettivi ed al principio della domanda: trattandosi di mera tecnica processuale, l’attribuzione di siffatti poteri sarebbe perfettamente compatibile con la struttura e la funzione della giurisdizione civile» (in questi termini, a p. 274).

⁶⁴ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 275.

⁶⁵ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 275.

⁶⁶ M. TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Accordi di parte e processo*, a cura di F. Carpi, Milano, 2008, 69 ss., secondo cui «la verità degli enunciati relativi ai fatti della causa esiste o non esiste in funzione di come si sono svolti i relativi accadimenti nel mondo reale, e non è oggetto di negoziazione o di accordo tra le parti» (in questi termini, a p. 92), per trarne la considerazione che «il fatto non contestato deve essere effettivamente oggetto di decisione, nel senso che il giudice può sempre trarre elementi di convincimento intorno alla verità o falsità di esso, da qualunque fonte di informazione che gli venga fornita nel corso del processo» (così, a p. 97).

⁶⁷ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 274 ss., il quale chiarisce che, per altro verso, la finalità del processo – e dunque della prova – consiste piuttosto nel rendere edotto il giudice circa lo svolgimento dei fatti, così che sia in grado di «accertare e dichiarare il diritto» (così, a p. 275, nt. 29). In altri termini, «la ricerca della verità è solo un equivoco dal quale nasce, come al solito, un falso e quindi insolubile problema: esso svanisce ove si rifletta che in realtà la cognizione dei fatti, e/o la ricerca della verità, non sono il fine del processo giurisdizionale, ma solo un mezzo per consentire lo svolgimento della giurisdizione» (in questi termini, a p. 275 s., nt. 29).

⁶⁸ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 274 ss. Sul punto, si veda altresì D. BUONICRISTIANI, *L’allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001, 28 ss.

⁶⁹ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 274 ss.

staccare il fine dal modo in cui si persegue, quindi non si può affatto astrarre la tutela giurisdizionale dei diritti dal modo in cui si giunge ad essa»⁷⁰.

In ultima analisi, il processo dispositivo ridonda quindi nella regola della necessaria corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, di cui all'art. 112 cod. proc. civ. In questa prospettiva, la proposizione della domanda giudiziale – quale esercizio di un diritto potestativo – compete in via esclusiva a chi sia provvisto della legittimazione e dell'interesse per agire e si rivolge ineluttabilmente verso un altro soggetto a sua volta provvisto di legittimazione e di interesse a contraddire. Ed allora, «qualsiasi intrusione di organi o soggetti estranei, sia pure il giudice, nell'ambito oggettivo del processo finirebbe con il menomare il diritto dell'attore e con il pregiudicare la difesa del convenuto»⁷¹.

4. *Perimetro di esplicazione dell'autonomia privata nel processo: tra regolamentazione pubblicistica e contributo alla miglior realizzazione del giusto processo.*

Una volta delineata, in via generale, l'importanza del principio dispositivo per il corretto ed efficiente esercizio della giurisdizione, occorre ora riflettere sul tema dell'area di possibile incidenza degli accordi processuali sullo svolgimento del processo. In altri termini, è necessario perimetrare il problema centrale – su cui si tornerà nel prosieguo della trattazione – del rapporto tra autonomia privata e disciplina essenzialmente pubblicistica del processo civile disposta dalla legge⁷², per comprendere fino a che punto il principio dispositivo consenta all'attore di disporre dello strumento processuale in sé.

Al riguardo, giova innanzitutto osservare come l'autonomia negoziale che si esplica nel processo non possa «essere tale da contrapporsi alle norme positive e generali di legge, da cui dipende il lecito ed il possibile nella sfera del diritto»⁷³, né a quelle di carattere imperativo riguardanti la peculiare disciplina del processo⁷⁴. Si tratta invero di limiti indirizzati verso l'obiettivo di garantire alla collettività un funzionamento efficiente della giustizia civile attraverso un equilibrato dispiego di risorse statali⁷⁵, in sintonia con il principio del giusto processo regolato dalla legge, di cui all'art. 111 Cost. In buona sostanza, non pare ammissibile che – nel momento in cui la manifestazione di autonomia privata consentita dal principio dispositivo si esplica nell'ambito di una procedura di carattere essenzialmente pubblicistico – alle parti sia consentito di spingersi sino ad abusare dello strumento processuale con comportamenti inutilmente dilatori che vadano a discapito del buon funzionamento del processo medesimo, con un deleterio

⁷⁰ Testualmente, G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 277.

⁷¹ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 254.

⁷² R. CAPONI, *Autonomia*, cit., 100 s., la cui riflessione si appunta sul superamento di una certa configurazione di tali rapporti, i cui segnali si coglierebbero nella «diminuzione della capacità di regolazione dello Stato secondo il modello tradizionale, basato sulla imposizione unilaterale della regola di condotta; (nel)la diffusione di strutture di formazione cooperative e consensuali, come tentativo di compensare la perdita di potere autoritativo e di affiancare al comando l'accordo, come altra forma originaria di fondazione del vincolo giuridico» (in questi termini, a p. 100 s.).

⁷³ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 31.

⁷⁴ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 27 ss.

⁷⁵ R. CAPONI, *Autonomia*, cit., 107 ss.

dispendio di mezzi. Per questa ragione, sembra possibile ammettere che la regolamentazione di alcuni aspetti del processo trovi la propria fonte in un atto di carattere negoziale, laddove l'autonomia delle parti si inserisca negli ambiti consentiti dalla legge processuale oppure in quelli naturalmente disponibili⁷⁶.

Ed è allora in questo senso che la regola dell'autonomia privata – essenzialmente ricavabile dalla disposizione di cui all'art. 1322 cod. civ. per quanto concerne il potere dei privati di determinare il contenuto del contratto – ed il principio dispositivo appaiono certamente correlati, ancorché non necessariamente biunivoci. In altri termini, il principio dispositivo mostra di esplicitarsi attraverso scansioni processuali predeterminate – anche mediante atti processuali in senso stretto oppure con negozi incidenti piuttosto sulla situazione sostanziale controversa –, se non intervenga l'autonomia privata ad ampliarne la portata per mezzo di strutture negoziali ineluttabilmente improntate alla regola della buona fede, pur nei limiti del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico processuale.

Da quest'ultimo punto di vista, occorre peraltro valutare immediatamente se la stessa regola di cui all'art. 1322 cod. civ. assicuri il rispetto del principio di legalità giurisdizionale ed appaia, di conseguenza, applicabile altresì in ambito processuale. In buona sostanza, è necessario stabilire se la norma in questione si presenti come idonea a soddisfare la riserva di legge rinforzata di cui all'art. 111 Cost.

Specificamente, essa si traduce innanzitutto nella regola sulla base della quale è consentito regolare lo svolgimento del processo soltanto mediante atti normativi aventi forza di legge. Per di più, la riserva implica un vincolo contenutistico nei confronti del legislatore, il quale, nel predisporre la disciplina processuale, è tenuto a conformarsi ai principi enucleati nel medesimo art. 111 della Costituzione⁷⁷. In altri termini, ciò vale ad integrare la previsione di una riserva di legge rinforzata in ordine alla circostanza che attraverso atti normativi di rango primario venga predisposta una regolamentazione del processo che si presenti come 'giusta'. Il che presuppone il rispetto delle garanzie minime di salvaguardia necessarie affinché qualsivoglia procedimento giurisdizionale possa riconoscersi 'giusto', le quali sono essenzialmente riconoscibili nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, nella ragionevole durata del processo ed, infine, nella imparzialità e terzietà dell'organo giudicante. È appena il caso di ricordare, poi, che quest'ultimo parametro trova espressione nell'obbligo di motivazione della sentenza e nella garanzia del ricorso per Cassazione, parimenti previsti dalla norma costituzionale in questione.

Pertanto, come è stato esattamente osservato⁷⁸, occorrerebbe ai nostri fini riscontrare l'effettiva osservanza della riserva di legge in questione in funzione delle predette garanzie processuali, quali – soprattutto – il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio, non sembrando sostenibile affermare che il legislatore costituzionale abbia inteso limitare «tutti quei moduli processuali fortemente “deformalizzati”»⁷⁹.

⁷⁶ R. CAPONI, *Autonomia*, cit., 107 ss.

⁷⁷ V. PETRALIA, *Equo processo, giudicato nazionale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, 165 ss.

⁷⁸ V. PETRALIA, *Equo processo.*, cit., 165 ss.

⁷⁹ V. PETRALIA, *Equo processo.*, cit., 166.

Orbene, sembra utile prendere le mosse dalla considerazione per la quale il contenuto testuale della disposizione di cui all'art. 1322 cod. civ. appare *prima facie* compatibile con il riconoscimento degli accordi processuali. Infatti, il secondo comma della norma in questione consente alle parti di stipulare contratti non rientranti negli schemi tipici, a condizione che l'assetto di interessi programmato si presenti come meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. A ben vedere, la disposizione può essere letta quale riscontro positivo circa la configurabilità degli accordi giuridici atipici, pur restando aperto, come noto, il problema della ammissibilità della figura del negozio unilaterale atipico.

Non paiono sussistere pertanto ragioni ostative alla configurabilità di accordi processuali atipici, stante la rilevata qualificazione degli stessi in termini negoziali. In particolare, ciò trova fondamento nella circostanza che la disciplina contrattuale può operare quale 'diritto comune'. Ciò equivale a dire che nel vigente assetto ordinamentale la medesima disciplina risulta idonea a regolare ogni atto di autonomia privata plurilaterale che configuri una convenzione, a prescindere dal settore in cui si esplica, salvo il rispetto di specifiche norme imperative⁸⁰.

Sulla base di queste premesse, per poter predicare l'applicabilità della disciplina in questione in questo settore dell'ordinamento, occorre anzitutto rinvenire un fondamento normativo di rango primario, il quale può appunto individuarsi nel medesimo art. 1322 cod. civ. Più precisamente, quest'ultima norma appare suscettibile di regolamentare al livello legislativo gli spazi della disciplina processuale rimessi all'operatività del principio dispositivo – e dunque non soggetti alla normativa pubblicistica del codice di rito – secondo il parametro della meritevolezza, da declinarsi tenendo conto delle peculiarità del processo⁸¹. Oltre a ciò, la riserva sembra così rispettata finanche da un punto di vista

⁸⁰ In questo senso, può menzionarsi, *ex pluribus*, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁶, Napoli, 2013, 775 ss., il quale – dopo aver ricordato che «il codice civile prevede una disciplina generale comune a tutti i contratti, tipici ed atipici» (così, a p. 775), ponendo così la categoria di contratto «al centro del sistema» (testualmente, a p. 775) – evidenzia che «la disciplina del contratto ... domina sovrana quando c'è patrimonialità, con una forza espansiva che va peraltro al di là dell'art. 1324» (in questi termini, a p. 777). In quest'ordine di idee, «perfino la P.A. ... può scegliere il modello convenzionale per realizzare i propri interessi pubblici» (così, a p. 777). Inoltre, l'A. rileva che «la forza espansiva della disciplina contrattuale si manifesta anche in un altro settore pubblicistico» (con queste esatte espressioni, a p. 778), dal momento che «la giurisprudenza penale ... è concorde nell'applicare al patteggiamento della pena i principi sulla conclusione del contratto (la revoca unilaterale è dunque impossibile una volta raggiunto l'accordo)» (in questi termini, a p. 778).

⁸¹ Sembra peraltro opinare in senso parzialmente difforme C. ASPRELLA, *Dell'accordo*, cit., 718, secondo cui occorrerebbe distinguere due tipi di negozi giuridici processuali. Da un lato, sarebbe possibile individuare gli accordi che «producono efficacia diretta sul processo ma non sono regolati dalla normativa processuale» (così, a p. 718), per i quali sarebbe da ammettersi il ricorso a strutture atipiche. Dall'altro lato, occorrerebbe differenziare gli accordi la cui «natura prettamente processuale» (in questi termini, a p. 718) discende dalla circostanza che essi apparirebbero «disciplinati direttamente dalle norme del codice di rito» (testualmente, a p. 718) e si manifesterebbero «sotto forma di atti bilaterali ovvero di duplice atto unilaterale di identico contenuto» (così, a p. 718). In particolare, a quest'ultimo genere apparirebbero l'accordo sulla sospensione del processo di cui all'art. 296 cod. proc. civ. e la richiesta di decisione secondo equità proveniente dalle parti, contemplata dall'art. 114 cod. proc. civ. Ebbene, per questi ultimi accordi vigerebbe «la tassatività delle ipotesi e il divieto di modificare forme processuali o termini posti dalla legge con la sanzione della nullità o della decadenza ... o derogare ai

contenutistico, dal momento che le convenzioni processuali cui l'ordinamento può riconoscere tutela sono esclusivamente quelle contrassegnate dal contributo dell'autonomia privata alla migliore realizzazione del giusto processo *ex art. 111 Cost.* – *sub specie* di una maggiore efficienza dello stesso procedimento ed un incremento delle probabilità di conseguire un accertamento processuale più vicino alla *rei veritas* – quale effetto riflesso dell'assetto più confacente agli interessi delle parti. In questa prospettiva, il vincolo di contenuto espresso dalla riserva di legge sembra imporre l'apertura all'operatività del negozio giuridico processuale, dal momento che la regolazione privata della procedura, nei limiti funzionali ora accennati, contribuisce a configurare il processo 'giusto'.

Del resto, tutto questo rappresenta il logico corollario del riconoscimento della circostanza che il procedimento civile si configura come la proiezione dell'autonomia privata rispetto alla posizione giuridica soggettiva per la tutela della quale si agisce in via giurisdizionale, spettando perciò di regola alle parti ogni iniziativa di impulso rispetto allo svolgimento del processo, ad eccezione di alcune ipotesi particolari⁸². Pertanto, gli accordi processuali si presentano come negozi incentrati sulla gestione del procedimento, quali manifestazioni di «quel principio dispositivo che consente alle parti di regolare lo svolgimento della attività giurisdizionale civile secondo la loro privata volontà per conseguirne vantaggi reciproci»⁸³. In quest'ordine di idee, la validità dei negozi di questo genere risulta comunque delimitata dalla necessaria conformazione alle norme ed ai parametri di ordine pubblico ed alle ragioni di carattere generale del processo, dal momento che le parti non possono spingersi sino a modificare forme o termini imposti dalla legge a pena di nullità o di decadenza ovvero discostarsi da alcune coordinate fondamentali per garantire la possibilità di ottenere giustizia nel caso concreto⁸⁴.

Ebbene, a ritenere applicabile ai negozi giuridici la disciplina dei contratti in quanto compatibile, sembra potersi da ciò inferire che nemmeno i negozi processuali si discostino dal principio per cui l'atto privato incontra un limite esterno nella compatibilità ordinamentale, secondo quanto sancito espressamente dalla disposizione di cui all'art. 1418 cod. civ. Limite che si estrinseca nel caso in questione soprattutto nella diversità strutturale del diritto processuale.

principi fondamentali della tutela giurisdizionale» (in questi termini, a p. 718). Ciò si porrebbe dunque in contrasto con l'ammissibilità di convenzioni processuali al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla normativa del codice di procedura civile. Tuttavia, sembra chiaro come il necessario «limite del rispetto tanto dell'ordine pubblico, quanto delle finalità che il processo civile persegue» (testualmente, a p. 718), nei termini che si andrà ad indagare, valga a perimetrare piuttosto che ad ostacolare la configurabilità di negozi giuridici processuali atipici ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.

⁸² G. BONGIORNO, voce *Accordo*, cit., 1 ss.

⁸³ G. BONGIORNO, voce *Accordo*, cit., 1.

⁸⁴ G. BONGIORNO, voce *Accordo*, cit., 1 ss.

5. *Buona fede e struttura essenzialmente consensuale del negozio nel processo. Prospettive d'indagine e genesi storica del modello.*

Con queste premesse, siamo adesso in grado – dopo aver appurato che il processo, in sé, pur nella sua essenza pubblicistica, non è totalmente indisponibile – di individuare i contesti in cui si possa legittimamente ammettere il ricorso al negozio processuale e quale ne sia la struttura. Ciò consentirà successivamente di accennare al significato dell'accostamento – che non si traduce in una piena identificazione – con la categoria generale di contratto, in ragione delle radici storiche della figura in questione.

In proposito, emerge immediatamente – nell'ambito dell'indagine sui fondamenti storico-culturali di un possibile recupero della negozialità nel processo ed in vista di esso – il tema della bilateralità degli atti con cui in questi ambiti si può concepire l'esercizio dell'autonomia privata, da collegarsi all'operatività finanche in sede giurisdizionale della clausola di buona fede.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

Ci troviamo, infatti, di fronte ad una prospettiva che merita una più approfondita considerazione, dovendosi immediatamente procedere ad analizzare i rapporti tra la regola espressa dall'art. 1175 cod. civ. e la disciplina processuale. A tal fine, sembra opportuno, in primo luogo, prendere le mosse dalla casistica che ha riguardato l'argomento in esame. Infatti, la questione si riconnette alla complessa vicenda giurisprudenziale del frazionamento della domanda volta ad ottenere la tutela giudiziaria del credito⁸⁵, il cui esito finisce sostanzialmente per riproporre il criterio di giudizio del *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*, che costituiva la struttura dell'*intentio dei iudicia bonae fidei*, del processo privato romano⁸⁶. Specificamente, la Corte di legittimità è pervenuta da ultimo a riconoscere che il corretto equilibrio degli interessi considerati dal regolamento negoziale, rispetto al quale il criterio della buona fede costituisce parametro di controllo, rileva non soltanto ai fini dell'eventuale integrazione o modificazione del rapporto obbligatorio, ma bensì deve *a fortiori* essere rispettato anche in tutte le fasi successive, compresa quella giudiziale, del medesimo, non potendo, di conseguenza, subire modificazioni su impulso del creditore, in danno del debitore⁸⁷. Ad orientarsi in quest'ordine di idee, il frazionamento giudiziale del credito (*Teilklage*), che avrebbe invece consentito una tutela unitaria, comporterebbe un nocumento rispetto alla posizione del debitore. Per questa ragione, una simile strategia processuale determinerebbe l'improponibilità delle domande parcellizzate in quanto contrastanti con

⁸⁵ La questione ha trovato dapprima una soluzione favorevole all'ammissibilità della proposizione della domanda frazionata in Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 502 ss., con nota di V. ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, ivi, 506 ss., sulla scorta dell'assunto che il potere di rifiuto dell'adempimento parziale (eccettuato il caso dei titoli di credito) equivalga a consentirne la pretesa. La pronuncia è stata poi superata da Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giust. civ.*, 2008, I, 641 ss. e 2807, con nota di V. FICO, *La tormentata vicenda del frazionamento della tutela giudiziaria del credito*, ivi, 2807 ss.; e in *Guida al dir.*, 2007, 47, 28 ss., con nota di M. FINOCCHIARO, *Una soluzione difficile da applicare nei futuri procedimenti di merito*, ivi, 31 ss.; per un'opinione sostanzialmente adesiva cfr. T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il 'ripensamento' delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 345 ss.

⁸⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 313 ss.

⁸⁷ Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, cit., 641 ss.

il valore della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111, comma 1, Cost., e con l'inderogabile principio solidaristico espresso dall'art. 2 Cost. Di conseguenza, l'azione giudiziale contrastante con la regola della buona fede configura un abuso del processo, come tale ostativo all'esame della domanda e rilevabile d'ufficio⁸⁸.

A ben vedere, la proiezione processuale del principio in questione evoca – come si diceva – il modello romano dei giudizi di buona fede, «nella cui *intentio* incerta l'*oportere* del convenuto è fondato sulla e delimitato dalla *bona fides*»⁸⁹.

Nella prospettiva sinora delineata, se si muove dalla considerazione che la regola della correttezza definisce trasversalmente, al livello di rapporto, le vicende del diritto tutelato sia dal punto di vista sostanziale sia da quello processuale, presentandosi come un *continuum* tra la norma di cui all'art. 1175 cod. civ. e quella di cui all'art. 88 cod. proc. civ., ben si comprende come l'ordinamento in linea di principio non permetta che il processo come organizzazione possa essere oggetto di una iniziativa unilaterale. In questa logica, allora, in via di prima approssimazione, le figure di negozi giuridici processuali tipicamente individuate sembrano implicare una tendenziale avversione all'unilateralità dell'iniziativa, dal momento che, una volta avviata la macchina processuale, diviene indispensabile un coinvolgimento della controparte.

In questo senso, costituisce una manifestazione del dovere di correttezza, ad esempio, la regola secondo la quale, nel processo civile, la rinuncia agli atti, quale negozio processuale in sé, è necessariamente bilaterale. Similmente, un'altra norma che rappresenta l'espressione del canone in questione è quella che sancisce l'inefficacia nei confronti della controparte della rinuncia al mandato, ove si consideri come risulti iniquo far ricadere le conseguenze pregiudizievoli conseguenti all'interruzione del processo in capo all'altra parte, né potendo l'assistito del difensore rinunziante disporre dello stesso procedimento quale effetto indiretto dell'atto in esame.

Il che – se si considera la prospettiva dell'attore – riecheggia in un importante messaggio della storia: Nov. 112.3⁹⁰ pone, infatti, a carico dell'attore un vero e proprio obbligo di proseguire il giudizio instaurato, dal momento che si riferisce al processo giustiniano quale modello non più strutturalmente privatistico, come quello formulare, ma piuttosto espressivo di un sistema pubblicistico. Ed invero, mentre in quest'ultimo le

⁸⁸ Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, cit., 641 ss.

⁸⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 313.

⁹⁰ Nov. 112.3: *Omniū vero causarum finem volentes celeriter provenire et illorum malignitatibus obviamus, qui tantummodo proponunt actiones, nolunt autem usque ad finem exercere iudicium, dicentes legem esse quae decernit neminem compelli actiones suas exercere nolentem. Et hanc igitur pravitatem extinguere festinantes iubemus memoratae legis auxilio non eos uti, qui contra aliquem suas proposuerint actiones sive per iudiciariam conventionem sive per preces principi oblatas et iudici insinuatās et per eum ad scientiam adversarii deductas, vel sub legitimo iudicis coeptas examine. Iniuste enim agere recusat, qui paratus adversarium suum ad iudicium vocavit, cum haec excusatio pulsato magis quam actori conveniat. Quamobrem sancimus actorem coeptum negotium usque ad finem litis exercere. Si vero causam persequi distulerit, damus pulsato licentiam iudicem apud quem lis coepta est postulandi, ut ab eodem actor ad iudicium aut per se aut per legitimum procuratorem venire moneatur, et si hoc minime fecerit, propositis tribus vocetur edictis, unaquaque vocatione non minus quam triginta dierum spatio concludenda. Iubemus enim ordinarios iudices non solum praeconum vocibus, sed etiam edictis propositis quamcumque litigatorum partem absentem in iudicium vocare: vocem enim praeconum pauci possunt qui praesentes inveniuntur audire, edicta vero per multos dies sic proposita possunt paene omnes agnoscere. Aliis autem omnibus iudicibus, qui per imperialem iussione[m] causas examinant, ex praesenti lege permittimus partes quae in iudicio non permanent propositis edictis vocare, ne causae infinitae permaneant (Auth.).*

parti, con la *litis contestatio*, presentavano al giudice i termini della controversia in un unico atto, con cui avevano determinato negoziabilmente il programma da seguire, nello schema processuale postclassico e giustiniano, con l'abbandono delle formule, il processo si articolava *per libellos*, perdendosi così, già a livello empirico, la dimensione della negoziabilità.

Nondimeno, quel che permane, anche in questo sistema, è la centralità della dimensione collaborativa imposta alle parti.

In questa logica, poiché l'introduzione del giudizio costringe il convenuto ad enormi dispendi, non soltanto a quest'ultimo, bensì anche all'attore risultava imposta una condotta di cooperazione. Infatti, una volta azionato il procedimento, egli non poteva abbandonarlo⁹¹.

In ultima analisi, quanto sinora osservato appare coerente con la natura necessariamente bilaterale della buona fede. Ed invero, non sembra azzardato affermare che il significato della proiezione nel processo della regola in questione può rinvenirsi nella rappresentazione di una 'Mitwirkung' – ossia nell'idea di una collaborazione tra le parti per un efficiente funzionamento della giurisdizione, che costituisce l'essenza stessa dell'*ex fide bona* – adeguata al modello statual-legalista delle regole processuali⁹².

L'aver delineato questa caratterizzazione strutturale impone quindi un'importante precisazione, dal momento che sembra adesso possibile definire in che termini una manifestazione di volontà privata – di provenienza, di regola, bilaterale – assuma la qualificazione di negozio giuridico processuale, sulle cui ricadute pratiche ci si soffermerà più oltre.

Sul punto, giova osservare, in prima battuta, come la figura in questione risulti propriamente integrata – differenziandosi così sia dalla classe dei fatti processuali sia da quella peculiare degli atti processuali – esclusivamente nell'ipotesi in cui la manifestazione di autonomia privata proveniente dalle parti appaia effettivamente libera ed autodeterminata, e piuttosto non si presenti come legislativamente imposta da norme di carattere processuale oppure sostanziale⁹³.

In secondo luogo, è utile considerare che, in questa logica, l'essenza dell'attività negoziale risiede nella utilizzazione di un congegno fisiologicamente volto a trarre obiettivi vantaggiosi e concreti dallo stesso procedimento⁹⁴. In altri termini, occorre che l'atto posto in essere dalle parti abbia come effetto la produzione di diritti o di vincoli in capo alle parti interessate dal processo, oppure a carico di uno soltanto tra i litiganti⁹⁵.

⁹¹ R. FERCIA, *Intentiones exercere: problemi e prospettive in Nov. 112*, in SDHI, LXXIV, 2008, 170 ss., in particolare 203 ss.

⁹² Per una prospettiva storica si veda S. SCHLINKER, *'Litis contestatio'. Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 2008, 635 ss., che si sofferma sull'analisi dell'idea che la collaborazione del convenuto potesse implicare una funzione processuale costitutiva, in relazione al problema della contumacia.

⁹³ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 31, il quale chiarisce che «se fosse resa obbligatoria, per ipotesi, da una legge di natura non processuale, mancherebbe al negozio il requisito della manifestazione libera della volontà da parte dell'individuo, e così, non potendo essere un negozio giuridico del tipo comune, non potrebbe essere neppure un negozio giuridico della specie processuale» (così, a p. 31).

⁹⁴ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 32.

⁹⁵ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 32.

Orbene, non pare incongruo preliminarmente affermare – ma su questo aspetto si tornerà successivamente per un maggiore approfondimento – che il contenuto della categoria del negozio giuridico processuale si estrinsechi in una convenzione diretta a ‘gestire’ il processo, essenzialmente ascrivibile all’area della disciplina volta a regolare le modalità di svolgimento del rapporto processuale medesimo, ovvero ad incidere sullo stesso dal punto di vista della tutela giurisdizionale dei diritti. In quest’ultima accezione, rileveranno, dunque, esclusivamente gli atti negoziali comunque diretti a regolare aspetti afferenti al processo, quale, ad esempio, l’accordo modificativo dell’onere probatorio di cui all’art. 2698 cod. civ. Ed allora, sembra appropriato descrivere gli atti in esame come quei negozi giuridici che presuppongono un’autonomia privata procedimentale all’interno di uno strumento pubblico (negozi ‘endoprocedimentali’) oppure in relazione al medesimo (negozi ‘extraprocedimentali’ inerenti al processo): a ben vedere, dunque, la valenza *lato sensu* contrattuale della figura in esame – rappresentando una programmazione vincolante che si configura, come meglio si vedrà, quale causa in senso economico-individuale dell’atto del processo – induce a ricercare quale possa essere la funzione rilevante degli accordi in questione. Il che induce a prospettare un possibile recupero della posizione più risalente della Pandettistica⁹⁶, nella misura in cui ricomprendeva nell’ambito della categoria di negozio giuridico processuale anche quegli atti qualificabili come di diritto materiale, purché rivolti al processo. Ed invero, ciò appare coerente – come si avrà modo di riconoscere – con l’origine sostanziale del concetto di azione.

Siamo a questo punto di fronte ad un prospettiva che evidenzia l’opportunità di una più approfondita valutazione, giacché essa può riconoscersi nel recupero della funzione del ‘regolare’ rapporti giuridici, ai sensi dell’art. 1321 cod. civ. Ebbene, appare evidente che il negozio giuridico processuale non sembri di per sé idoneo né a ‘costituire’ né ad ‘estinguere’ rapporti giuridici. Ed è allora in questo quadro che si perverrà a considerare come la figura negoziale che stiamo analizzando assuma in relazione al processo la medesima funzione consistente nella «genesì di una norma giuridica di (ri)configurazione»⁹⁷ del rapporto che il negozio di accertamento è suscettibile di esplicitare all’esterno del contesto giurisdizionale⁹⁸.

Dopo aver perimetrato in questo modo il campo d’indagine, non sembra inutile esplicitare ulteriormente l’oggetto degli atti di autonomia privata in questione.

Ed invero, da quanto rilevato a proposito dell’area di ‘negoziabilità’ del processo si evince che la regolamentazione delle parti può incidere soltanto su diritti disponibili, come peraltro esplicitato dal legislatore nella norma di cui all’art. 2698 cod. civ., sui patti riguardanti gli oneri probatori⁹⁹, da considerarsi questi ultimi quali negozi giuridici processuali in quanto incidenti sulle modalità della tutela dei diritti ed evidentemente privi di significato se non li si concepisce in funzione del processo. Ciò consentirà, quindi, di risolvere favorevolmente il problema della ammissibilità dei negozi processuali atipici, configurabili ai sensi dell’art. 1322, comma 2, cod. civ., in considerazione della natura strumentale del processo civile rispetto ai diritti ed all’autonomia privata, entro i

⁹⁶ A. WACH, *Das Geständnis*, cit., 216 ss. (in particolare, 237 ss.).

⁹⁷ R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Agg. VII, Torino, 2012, 38.

⁹⁸ R. FERCIA, voce *Accertamento*, cit., 32 ss.

⁹⁹ In proposito, cfr. M. TARUFFO, *Verità negoziata?*, cit., 69 ss. (ed, in particolare, 96 s. e nt. 73).

confini rappresentati dalle norme imperative e di diritto pubblico che regolano pur sempre l'esercizio della giurisdizione¹⁰⁰. Da quest'ultimo punto di vista, è opportuno rimarcare altresì l'elemento valoriale della presenza nell'ordinamento di figure di accordi processuali pacificamente riconosciute e socialmente, oltre che storicamente tipiche, sebbene non positivizzate¹⁰¹, quali sarebbero, secondo una certa impostazione, il *pactum de non petendo* ovvero il *pactum de non exequendo*¹⁰².

Siamo però giunti, a questo punto, ad accennare ad un profilo che richiede una specifica valutazione, in quanto occorre trovare, negli spazi di realizzazione consentiti all'autonomia privata, una dimensione di meritevolezza della 'convenzione dentro e in vista del processo'. In proposito, può sin da ora anticiparsi che, nel solco tracciato dalla regola della buona fede, la tutela attribuibile da parte dell'ordinamento giuridico ai negozi in esame, nell'ottica di una necessaria corrispondenza tra strutture negoziali adoperate e scopo perseguito, appare fondamentalmente inscrivibile nell'esigenza, cristallizzata dalla norma di cui all'art. 111 Cost., di assicurare che il processo pervenga a definire la situazione controversa in tempi ragionevoli, quale garanzia di effettività della tutela giurisdizionale, senza con ciò ostacolare l'accertamento della *rei veritas*.

Il che non si pone peraltro in contraddizione con il principio dispositivo, dal momento che le parti risultano libere di predisporre la regolamentazione dei propri rapporti processuali con una diretta incidenza sugli stessi, ossia con un atto immediatamente efficace nel configurare vincolativamente il rapporto principale rendendolo conforme all'accertamento voluto 'con forza di legge' dai privati¹⁰³, escludendo diverse possibili soluzioni. E ciò si presenta in linea di principio come un legittimo utilizzo dello strumento processuale al fine di ottenere una definizione certa e tempestiva dei rapporti giuridici controversi. Nondimeno, occorre riconoscere immediatamente che l'autonomia privata che si esplica in relazione al processo non può spingersi sino ad abusare dello strumento giurisdizionale al fine di conseguire risultati che esulano dal contenuto del proprio diritto e non altrimenti ottenibili¹⁰⁴. Ed è allora in questo senso che i negozi posti in essere in consapevole contrasto con una determinazione processuale ragionevolmente compatibile con l'effettività delle situazioni giuridiche sostanziali oggetto della vicenda giudiziale devono considerarsi affetti da nullità insanabile ai sensi dell'art. 156 cod. proc. civ., sulla scorta del parametro del giusto processo regolato dalla legge di cui all'art. 111 Cost. Infatti, il regime del vizio che affligge l'atto può ricavarsi, sul presupposto della sua natura di negozio giuridico ed al contempo di atto processuale, sulla base del combinato disposto degli artt. 1325, n. 2), e 1418 cod. civ., e dell'art. 156, comma 2, cod. proc. civ., traducendosi l'invalidità nella illiceità della causa quale ragione che impedisce il corretto conseguimento dello scopo dell'atto.

¹⁰⁰ R. CAPONI, *Autonomia*, cit., 107 ss.

¹⁰¹ R. CAPONI, *Autonomia*, cit., 107 ss., che ricorda comunque la specifica tipizzazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti nella recente legge di riforma del diritto fallimentare.

¹⁰² R. CAPONI, *Autonomia*, cit., 107 ss.

¹⁰³ R. FERCIA, voce *Accertamento*, cit., 32 ss.

¹⁰⁴ Per un collegamento tra abuso del diritto e buona fede, da una parte, e principio del giusto processo, dall'altra parte, *ex pluribus*, in dottrina, cfr. F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 802 s.

Siamo ora in grado di tirare le fila di questo discorso, e di evidenziare come, ad orientarsi in quest'ordine di idee, il richiamo alla categoria generale di contratto imporrebbe preliminarmente di verificare in che termini questa ipotesi ricostruttiva possa considerarsi dogmaticamente fondata e, comunque, quale sia la sua genesi.

Nel delineare questo aspetto, occorre innanzitutto evidenziare come l'imprecindibile connessione tra momento sostanziale e proiezione processuale della buona fede – nella prospettiva della necessaria bilateralità dei vincoli prodotti dai negozi in questione – rappresenti l'antecedente logico per impiegare alcuni profili tratti dalla disciplina contrattuale, pur senza mai concludere per una completa identificazione dei negozi processuali con il contratto. Per questa ragione, diviene centrale il tema di una collaborazione tra le parti ('Mitwirkung') adeguata all'ordine statual-legalista della disciplina processuale.

Se quindi sembra consentito far ricorso a quest'ultimo concetto in rapporto ad un recupero della categoria generale di contratto per il negozio giuridico processuale, ci troviamo di fronte ad un accostamento limitato, le cui radici nondimeno affondano – quantunque non direttamente – nella storia.

Ebbene, seppure di questo profilo ci occuperemo più ampiamente in seguito, può sin d'ora anticiparsi che il negozio giuridico processuale trova il suo modello essenzialmente nella duttilità della figura della *stipulatio* – fonte strutturalmente dialogica di *verborum obligatio* – quale strumento di gestione del rapporto processuale, e nella *litis contestatio* – che, come visto, rappresenta sostanzialmente un accordo delle parti sul programma processuale – propria del processo formulare del diritto romano classico. Al riguardo, occorre comunque accennare alla sostanziale ambivalenza del modello romanistico di negozio giuridico processuale, dal momento che il diritto romano non distingueva tra le regole sostanziali dell'azione e l'azione in senso processuale, al fine di un recupero in ordine ad una più ampia configurazione del concetto in senso strumentale alla gestione della lite. In altri termini, il prototipo del diritto romano evidenzia una nozione di azione in senso sostanziale idonea a ricomprendere – se proiettata nelle attuali categorie, frutto dell'elaborazione della Scuola iberica di diritto naturale e del giusnaturalismo razionalista a cavaliere tra Sei e Settecento –, da un lato, il profilo della tutela dei diritti comunque incidente sul processo e, dall'altro lato, quello della gestione del processo medesimo.

Nondimeno, la configurazione negoziale del processo rinvenibile nell'esperienza giuridica romana si perderà con il passaggio al modello processuale statual-legalistico giustiniano strutturato sulla base di atti di parte contrapposti piuttosto che su un programma condiviso. Ed è proprio nell'esigenza costituzionalizzata di ambire a configurare un 'giusto processo' che sembra si possa rinvenire il senso di un recupero della categoria. Del resto, l'attività negoziale così configurata non potrebbe che tradursi in un peculiare atteggiarsi della procedura per effetto, in linea di principio, di una convenzione tra i litiganti, finalizzata ad una più confacente organizzazione del ricorso alla giurisdizione e del suo svolgimento. Gestione negoziale del processo da considerarsi meritevole essenzialmente in quanto contribuisca ad una più veloce definizione della controversia, ossia a quella ragionevole durata del processo richiesta proprio dalla norma di cui all'art. 111 Cost.

6. *L'inscindibilità del concetto di parte processuale dal rapporto sostanziale. La proiezione processuale del rapporto sostanziale in funzione della tutela dei diritti.*

Dopo aver delineato questi aspetti, siamo però giunti, a questo punto, ad accennare ad un profilo che merita uno specifico approfondimento, in quanto l'esame delle questioni sollevate dalla tematica del negozio giuridico processuale evidenzia la necessità di soffermarsi sulla questione dell'estensione del concetto di parte, nella sua duplice articolazione, sostanziale e processuale, al fine di indagare la natura del rapporto processuale. Ciò consentirà, infatti, di riconoscere la ontologica diversità di quest'ultimo rispetto al rapporto sostanziale per il quale si chiede la tutela giurisdizionale, pur appearing in linea di principio gli stessi correlati, e di individuare, in buona sostanza, l'oggetto sul quale si esplica l'autonomia privata.

Potrà dunque, sulla base di questa considerazione, individuarsi la ricaduta pratica dell'opzione interpretativa qui suggerita, essenzialmente da ascrivere alla necessità di configurare lo scopo pratico idoneo a sorreggere la convenzione in relazione all'autonomia del 'regolare' di cui all'art. 1321 cod. civ. In questa prospettiva – appearing la funzione del 'regolare' irriducibile alla semplice modificazione del rapporto – ciò imporrà di fare riferimento al concetto di configurazione di regole destinate ad operare nel processo.

Al riguardo, sembra utile, pertanto, prendere le mosse dalla nozione di parte del giudizio¹⁰⁵, dal momento che la domanda giudiziale rende evidente la necessità del giudizio che ha origine immancabilmente in circostanze materiali, rispetto alle quali ed in rapporto alla loro regolamentazione, «nasce a causa del contrasto uno stato di incertezza che blocca il fisiologico concretarsi dell'ordinamento giuridico»¹⁰⁶. In altri termini, al livello astratto non pare potersi prescindere da un collegamento tra la posizione processuale e quella sostanziale, che a sua volta implica l'esistenza di relazioni intersoggettive le quali si incardinano su fatti «che recano in sé impresso ed implicito un ordine giuridico»¹⁰⁷. Ciò racchiude indefettibilmente il concetto di parte per il necessario collegamento delle situazioni giuridiche in questione con soggetti determinati.

La proiezione processuale del rapporto giuridico sostanziale, pertanto, non può che riflettersi sulle parti degli stessi rapporti da accertare in giudizio. In questa logica, l'ordinamento accorda la posizione di 'parte' ai titolari di posizioni giuridiche soggettive per assicurare l'effettività delle quali emerge l'esigenza della tutela giurisdizionale¹⁰⁸. Ed invero, quest'ultima ricostruzione trova riscontro indiretto nel sistema giuridico complessivamente considerato, oltre che – in modo implicito – nella disposizione di cui all'art. 81 cod. proc. civ. e nella norma di cui all'art. 24, comma 1, Cost., che stabiliscono

¹⁰⁵ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 151 ss., che precisa come «scopo e funzione della teoria processuale delle parti, come anche dei concetti di legittimazione ed interesse ad agire ad essa strettamente connessi» (in questi termini, a p. 152) sia esattamente «quello di fornire degli strumenti per ottenere la loro precisa identificazione in relazione alle domande giudiziali ed al loro oggetto» (testualmente, a p. 152).

¹⁰⁶ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 152.

¹⁰⁷ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 152.

¹⁰⁸ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 152 ss.

la regola per la quale esclusivamente il titolare di un diritto è legittimato ad agire in giudizio per la sua tutela¹⁰⁹.

Nondimeno, in questo si coglie una certa ambiguità dell'espressione 'parte', di cui risultano identificabili – sulla base delle indicazioni ricavabili dall'ordinamento positivo – differenti significati. A ben vedere, infatti, se si delineasse il concetto in questione unicamente sulla base del parametro costituito dalla situazione sostanziale, ciò presenterebbe il difetto di una patente astrattezza, ove si consideri come – a collocarsi sul piano giurisdizionale – la sussistenza dei diritti e delle altre posizioni giuridiche che vengono in rilievo risulti di per sé immancabilmente incerta in quanto oggetto della controversia che il giudizio mira appunto a risolvere¹¹⁰.

In quest'ordine di idee, occorre dunque, coerentemente, individuare la soluzione in relazione all'apprezzamento della domanda giudiziale. In particolare, è necessario – poiché quest'atto di parte realizza «la condizione attuale per l'esercizio della giurisdizione»¹¹¹, costituendo cioè l'indefettibile presupposto affinché si proceda ad esaminare la questione e si pervenga ad una pronuncia nel merito¹¹² – che la stessa esprima chiaramente, allegandoli, i fatti, i rapporti giuridici, i motivi della contestazione e la richiesta di specifici provvedimenti su di un determinato oggetto. Il che consente, in primo luogo, di definire la parte del processo, secondo l'enunciazione prevalentemente condivisa, come il soggetto che per il proprio interesse propone la domanda giudiziale¹¹³.

Il contenuto indefettibile della domanda giudiziale permette poi di riconoscere l'altra parte processuale, alla quale fa capo la situazione giuridica antitetica rispetto a quella azionata dall'attore, e che presenta un effettivo e tangibile interesse di opporsi alla stessa e di chiedere che venga rigettata, ossia il convenuto. Del resto, è la stessa regola del contraddittorio, alla quale il processo appare improntato, a richiedere che l'atto di parte che dà origine al procedimento non possa non essere indirizzato verso uno specifico soggetto. Per questa ragione, può così individuarsi l'altro contenuto della nozione di parte processuale con riferimento al soggetto avverso il quale la domanda risulta proposta¹¹⁴.

Le considerazioni sinora svolte consentono, a questo punto, di opinare nel senso che l'utilizzazione della domanda giudiziale come parametro per l'identificazione della corretta instaurazione del contraddittorio e, di conseguenza, per l'individuazione delle parti non vada interpretata in un'accezione meramente formale, mediante una deliberata astrazione dalla titolarità delle posizioni giuridiche dedotte in giudizio¹¹⁵. Ed invero, sembra utile osservare come appaia incongruente già sotto il profilo della logica operare una duplicazione del concetto di parte – attraverso la distinzione della parte 'astratta' dalla c.d. 'giusta parte' – fondando una simile ricostruzione sulla anticipazione al principio del giudizio di quella che si presenterà come la sua conclusione. In questa

¹⁰⁹ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 152 ss.

¹¹⁰ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 152 ss.

¹¹¹ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 153.

¹¹² G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 152 ss.

¹¹³ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 152 ss.

¹¹⁴ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 152 ss.

¹¹⁵ Così, quasi testualmente, G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 154.

prospettiva, può dunque convenirsi con quell'autorevole dottrina¹¹⁶ secondo la quale, «allorché in seguito alla notificazione della domanda giudiziale il processo comincia a pendere, le parti sono in ogni senso quei soggetti che in base ad essa hanno la titolarità dei rapporti in essa dedotti, ed *a priori* non è lecito fare altra affermazione»¹¹⁷.

Orbene, sulla base di quanto sin qui affermato pare ben cogliersi il presupposto per discorrersi dell'esistenza di un rapporto processuale tra le parti in lite.

In proposito, giova immediatamente osservare come il rapporto giuridico che trova la propria ragion d'essere nel processo – e si differenzia comunque da quello sostanziale, per le ragioni sopra descritte – in considerazione della natura pubblicistica della disciplina processuale si attesti alla stregua di «una situazione particolarissima di diritto e di dovere fra le parti collidenti, non solo, bensì anche fra ognuna di queste e il giudice, virtualmente investito com'è – lo stesso giudice – del potere di risolvere la controversia, o chiamato che sia in effetto a esercitare codesto potere»¹¹⁸. Da quest'ultimo punto di vista, risalta, in prima battuta, la circostanza che il rapporto processuale si sostanzia nella pretesa ed obbligo reciproci ad un comportamento conforme alle regole processuali¹¹⁹.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

Siamo di fronte ad una tematica ampiamente dibattuta nell'ambito della dottrina¹²⁰, rispetto alla quale non sembra inutile premettere che «un *quid processuale*, diverso dal diritto materiale, fu già intuito dai romani»¹²¹, i quali, relativamente alla *litis contestatio*, mostravano di intendere «il concetto di un vincolo formale, costruito in qualche modo sopra o fuori di quello materiale»¹²². Si distingueva, in buona sostanza, da un lato, il rapporto sorto dalla convenzione prodromica ed essenziale al processo e, dall'altro lato, il sostrato giuridico sostanziale, da accertare in giudizio.

Tuttavia, come in precedenza accennato, la concezione del rapporto processuale andò perduta nel periodo intermedio, in considerazione del fatto che il modello delle *positiones* aveva determinato una scissione del processo «in tanti momenti quante erano le possibili azioni, e ad ognuna di queste veniva fatto un trattamento speciale e separato»¹²³.

¹¹⁶ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 154 ss.

¹¹⁷ In questi termini, G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 156, che esattamente evidenzia come, in seguito alla pronuncia della sentenza di merito che definisce il giudizio, «si saprà chi ha ragione o torto, ma mai il giudice respingerà la domanda perché la 'parte' non era quella 'giusta', bensì perché essa era infondata, o perché il diritto non le apparteneva» (testualmente, a p. 156).

¹¹⁸ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 12.

¹¹⁹ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 11 s., il quale afferma che «può anche dirsi, con pari equivalenza di espressioni» (così, a p. 12), che la correttezza del comportamento nel processo «è un *dovere* di una parte verso l'altra o invece un *diritto* di questa verso quella, nonché un dovere di entrambe verso il giudice, o infine un diritto di questo verso ciascuna di loro» (testualmente, a p. 12).

¹²⁰ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 13 ss.

¹²¹ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 13.

¹²² G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 13.

¹²³ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 13; *contra* S. SCHLINKER, '*Litis contestatio*', cit., 635 ss., per il quale «gli effetti sostanziali della *litis contestatio* risultano conservati» (testualmente, traducendo dall'originale tedesco, come nelle successive occorrenze, a p. 640), pur ammettendosi che «da litispendenza si verifica già con la notifica della citazione» (così, a p. 640), in considerazione dell'asserzione per la quale «fino alla conclusione del Secolo XIX ... l'essere insieme' delle parti, con valenza costitutiva del processo, è

Tantomeno esso poteva predicarsi riguardo all'esercizio della giurisdizione nel medioevo, ove si consideri come la stessa giunse a poter eventualmente prescindere dalla collaborazione del convenuto per la costituzione del rapporto processuale¹²⁴, dal momento che, secondo il diritto processuale di area colta, «già alla fine del XIII secolo poteva configurarsi una sentenza di accertamento che non richiedeva l'attuazione del contraddittorio sul bene della vita»¹²⁵, essendo ammissibile in specifici casi (essenzialmente ascrivibili alle ipotesi in cui, regolarmente citato il convenuto, «emergeva l'interesse dell'ufficio giudiziario a trattare il merito»¹²⁶) la celebrazione di un processo contumaciale, allo scopo di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva¹²⁷.

In questo quadro, sembrava dunque sfumare «quel concetto di cooperazione fra gli stessi litiganti, disposta al fine comune della dichiarazione del diritto, che contraddistingue il giudizio dei popoli evoluti, presso i quali di tratta di un contrasto, ma di un contrasto contenuto nei limiti legali, in cui il rapporto processuale si sovrappone, pure senza confondersi con esso, su quello reale, e fa scomparire in conseguenza nelle parti la veste di creditori e di debitori, e con essa l'atteggiamento di rivalità personale»¹²⁸.

Il parimenti tormentato concetto di rapporto processuale¹²⁹ – recuperato successivamente dalla dottrina della Pandettistica, aprendo in tal modo la strada a vastissimi avanzamenti per la comprensione della natura degli atti processuali¹³⁰ –, pertanto, non sembra finire per coincidere esattamente con quello di negozio giuridico processuale, pur potendosi realizzare congiuntamente, soprattutto se al primo si voglia attribuire la prevalentemente accolta «estensione unitaria e comprensiva di ogni vincolo e di ogni diritto reciproco, sorgente fra le parti, e fra queste ed il giudice, *in* e *ad* occasione del processo»¹³¹. Nondimeno, è nella possibilità di gestione e regolamentazione convenzionale del rapporto processuale stesso che sembra forse cogliersi maggiormente la funzione pratica del concetto in questione, ponendosi quale presupposto logico oltre che quale luogo di esercizio dell'autonomia privata nella disposizione del processo.

Si potrebbe obiettare, peraltro, che il concetto di rapporto giuridico processuale apparirebbe «ormai insufficiente ad esprimere il fenomeno giuridico processuale nella sua complessità»¹³², dal momento che «tutte le utilizzazioni pratiche di quel concetto ... possono benissimo considerarsi acquisite con riferimento senz'altro al processo, come

richiesto per il processo ordinario culto» (in questi termini, a p. 636), dal momento che si richiedeva a tal fine, in linea di principio, la collaborazione del convenuto.

¹²⁴ S. SCHLINKER, *Litis contestatio*, cit., 635 ss.

¹²⁵ S. SCHLINKER, *Litis contestatio*, cit., 635.

¹²⁶ S. SCHLINKER, *Litis contestatio*, cit., 637.

¹²⁷ S. SCHLINKER, *Litis contestatio*, cit., 635 ss., il quale puntualmente sottolinea che «lo sviluppo di una conduzione processuale unilaterale si trova innanzitutto negli statuti dei comuni italiani e nel diritto canonico, nella misura in cui si riscontrava l'interesse del comune come comunità fondata sul diritto e sulla pace, e l'interesse della Chiesa e come istituzione e per la sua dottrina morale» (in questi termini, a p. 637).

¹²⁸ A. DIANA, *Dei rapporti*, cit., 6.

¹²⁹ Cui fa riferimento, *ex pluribus*, G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., 776 ss.

¹³⁰ A. DIANA, *Dei rapporti*, cit., 3 ss.

¹³¹ G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 17.

¹³² Così, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*²⁰, I, Torino, 2009, 46.

fenomeno giuridico in evoluzione»¹³³. Da quest'ultimo punto di vista, si pone in risalto come alla figura in questione si sia fatto sovente ricorso al fine di riconoscere l'esistenza dei c.d. 'presupposti processuali', distinguendo, per un verso, tra quelli relativi alla venuta in essere del rapporto processuale¹³⁴, e, per altro verso, «all'attitudine del rapporto processuale a consentire il suo normale svolgimento fino al conseguimento del risultato del processo (c.d. presupposti di validità o di funzionalità del rapporto processuale)»¹³⁵. Tuttavia, si asserisce che una simile distinzione, «palesamente fondata sulla dinamica giuridica del processo, mette in evidenza, una volta di più, come il riferirsi senz'altro al processo sia più calzante del riferirsi allo statico rapporto processuale»¹³⁶.

Evidenziati questi aspetti e chiarito come non sia lecito ormai dubitare della «autonomia del processo come fenomeno giuridico»¹³⁷, è possibile ciononostante considerare che la reale essenza del processo non si comprende forse pienamente a voler escludere la rilevanza che assume la prospettiva della 'Mitwirkung', nel senso di una reale dimensione collaborativa delle parti. Il che può cogliersi soltanto ad ipotizzare la sussistenza di un rapporto giuridico nel – e in funzione del – processo, in quanto tale eventualmente suscettibile – negli spazi resi disponibili dall'operare del principio dispositivo – di modulazione ad opera delle parti attraverso negozi giuridici processuali. A ben vedere, ciò non rappresenta la manifestazione di una costruzione concettuale statica, né si pone in antitesi con il canone del giusto processo, piuttosto – come si è in precedenza avuto modo di constatare – ne costituisce una modalità per la sua migliore realizzazione.

7. *Il diverso atteggiarsi della necessaria incidenza sul processo: atti incidenti sul regime della tutela giurisdizionale dei diritti ed atti incidenti sulla configurazione di regole meramente processuali.*

Una volta tratteggiate le linee essenziali dell'opzione ricostruttiva qui suggerita, possiamo procedere immediatamente ad analizzare un ulteriore aspetto della tematica del negozio giuridico processuale, in quanto occorre soffermarsi sul problema del profilo funzionale degli accordi nel processo. In particolare, dopo aver isolato il concetto di rapporto giuridico processuale, è adesso utile osservare come ciò consenta di riconoscere che in realtà non possono ascrivarsi nell'area del negozio giuridico processuale che gli atti suscettibili di incidere sullo stesso – con le modalità che si andranno ora ad

¹³³ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 46, il quale rileva la circostanza che «nel momento in cui venne elaborata, questa figura costituì indubbiamente un progresso poiché, attraverso l'acquisizione di una chiara base concettuale per l'autonomia giuridica del processo, consentì di conseguire importanti risultati pratici» (testualmente, a p. 45). Può in questo senso considerarsi, in particolare, «la possibilità di ammettere la successione nel processo, considerato per sé stesso ..., e così la rappresentanza nel processo ...; e, ancora, la possibilità di considerare il momento dell'instaurazione del rapporto processuale come il momento al quale va ricondotto il risultato della prestazione della tutela; la possibilità di vedere nel rapporto processuale il punto di riferimento giuridico della qualità di parte ...; e tante altre utilizzazioni» (così, a p. 45).

¹³⁴ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 45 ss.

¹³⁵ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 47.

¹³⁶ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 47.

¹³⁷ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 46.

analizzare – e non già gli accordi che, pur stipulati nell’ambito della procedura giurisdizionale, riverberano i propri effetti esclusivamente sul sottostante rapporto sostanziale. Ed è in questo che si coglierà il presupposto per indagare relativamente al negozio così configurato lo scopo pratico idoneo a sorreggere la convenzione, da ricercarsi nell’ambito dell’autonomia del ‘regolare’¹³⁸.

Al riguardo, può pertanto considerarsi, in primo luogo, come il prerequisito della necessaria incidenza sul processo valga a perimetrare inequivocabilmente il campo d’indagine, dal momento che questo elemento appare idoneo a qualificare e differenziare la categoria del negozio giuridico processuale rispetto ad ogni altro atto negoziale, in quanto – come si accennava – capace, laddove consentito dall’ordinamento, di imprimere al rapporto giuridico processuale una precisa caratterizzazione, che adesso si andrà ad approfondire. In questa prospettiva, dunque, non sembra coerente includere nell’analisi in questione i negozi endoprocessuali riverberanti i propri effetti all’esterno della procedura giurisdizionale, poiché attraverso queste figure ci si limita a realizzare la soluzione concordata dalle parti processuali relativamente all’assetto di interessi sostanziale che aveva dato origine alla lite tra le stesse (tra cui, a titolo esemplificativo, può menzionarsi la conciliazione giudiziale). Ed invero, non vi è ragione per la quale questi ultimi strumenti negoziali non debbano seguire la logica dei negozi giuridici di diritto sostanziale.

Ma torniamo al problema concernente la funzione che appaia ammissibile rispetto alla convenzione ‘nel’ processo ed ‘in relazione al’ processo.

In proposito, sembra immediatamente possibile cogliere il significato della figura negoziale in questione nella possibilità di esercizio dell’autonomia privata che si realizza negli spazi consentiti dall’operare del principio dispositivo, dispiegando la propria efficacia su situazioni attinenti al processo, pur in relazione ad una procedura eterodeterminata dalla legge. Più precisamente, è importante riconoscere – cogliendo le implicazioni del modello romanistico fondato, come meglio si vedrà, sull’azione in senso sostanziale – come il concetto di negozio giuridico processuale individui in realtà qualunque atto di autonomia privata, di carattere convenzionale, strumentale a gestire la lite nel senso più ampio di un negozio relativo all’*agere* in senso sostanziale come processuale. In buona sostanza, perché si possa predicare l’attributo processuale del negozio giuridico occorre la sua necessaria incidenza sul processo, per cui sembra coerente con tali presupposti evidenziare il duplice significato del concetto in esame: da un lato, esso individua l’atto di autonomia privata destinato ad incidere sul processo dal punto di vista della tutela giurisdizionale dei diritti; dall’altro lato, il negozio diretto a creare la regola del processo, modulando il rito in una prospettiva di semplificazione della procedura.

¹³⁸ R. FERCIA, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss., che riflette, in proposito, su come «nell’attuale impianto codicistico», in ciò influenzato dalla più compiuta elaborazione dottrinale del Cinquecento europeo «anche per il tramite dell’apporto giusnaturalista ed illuminista, la convenzione ridonda in ‘contratto’ non solo con un particolare arricchimento del suo spettro effettuale, configurandosi come tale anche ove determini la circolazione dei diritti, ma altresì ... ogni qual volta sia suscettibile di incidere su rapporti giuridici anche semplicemente ‘regolandoli’» (testualmente, a p. 195). Profilo questo che sembra per lo più obliterato dalla prevalente dottrina: si veda, in proposito, *ex pluribus*, F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 775 ss.

Ad orientarsi in quest'ordine di idee, l'analisi del profilo funzionale della categoria di atti in questione impone peraltro di considerare il fatto che lo scopo pratico della regolamentazione convenzionale del processo non risulta individuabile né in una vicenda costitutiva e neppure nell'estinzione diretta del rapporto processuale. Infatti, lo scopo pratico del negozio processuale si può configurare al più come un 'regolare' funzionale all'estinzione del processo, ma – anche in questo caso – occorrerà pur sempre un provvedimento del giudice affinché tale effetto estintivo si produca. Ed è questa la ragione per cui occorre fare riferimento senz'altro – in relazione ai negozi processuali dispositivi del rito ovvero della tutela giurisdizionale dei diritti – al concetto di configurazione.

Il che impone una specifica, importante precisazione, per quanto concerne la valorizzazione della funzione del 'regolare' ai sensi dell'art. 1321 cod. civ., non sintetizzabile nella mera modificazione¹³⁹. È opportuno, infatti, prendere le mosse dalla considerazione per cui l'elemento funzionale dei negozi in questione si percepisce nell'imprimere una regola di configurazione che valga a conformare il rapporto giuridico processuale¹⁴⁰, similmente a quanto – secondo l'impostazione preferibile¹⁴¹ – può riscontrarsi in un contesto di diritto prettamente sostanziale in relazione ai contratti normativi ed ai negozi di accertamento.

Ebbene, da questa soluzione dogmatica emerge, come puntualmente evidenziato da un'attenta dottrina¹⁴², l'importanza del fondamento storico su cui poggia l'attuale esistenza di «una sorta di 'terza via' tra le due storicamente configuratesi, nell'esperienza giuridica romana, nella dicotomia tra *negotium contrahere* e *negotium transigere* – 'dar vita' o 'porre fine' ad un affare – che esaurisce in *apicibus* lo scopo di qualsiasi convenzione secondo la più matura interpretazione dell'architettura dell'editto giuliano»¹⁴³. In questa prospettiva storica, che si manifesta già a livello terminologico, il moderno concetto di contratto trova spazio innanzitutto a partire dal superamento del sistema romano dei *nomina* edittali con la cauta ammissione di figure *sine nomine*¹⁴⁴, attraverso il suo assurgere a categoria generale¹⁴⁵. In particolare, nel percorso speculativo che dal diritto comune porta alla compiuta elaborazione del Cinquecento, la convenzione si presenta come 'contratto' di regola unicamente qualora intervenga a costituire un rapporto obbligatorio, differenziandosi così anche dalla corrispondente fattispecie estintiva¹⁴⁶. In questo quadro, l'attuale assetto ordinamentale mostra l'influenza della sua storia, recepita attraverso la mediazione del contributo del Giusnaturalismo e dell'Illuminismo¹⁴⁷. Ed invero, attraverso questo percorso si giunge ad ampliarne l'ambito di efficacia, ritenendo

¹³⁹ R. FERCIÀ, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss.

¹⁴⁰ R. FERCIÀ, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss.

¹⁴¹ R. FERCIÀ, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss. e R. FERCIÀ, voce *Accertamento*, cit., 32 ss.

¹⁴² R. FERCIÀ, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss.

¹⁴³ R. FERCIÀ, voce *Contratto normativo*, cit., 195.

¹⁴⁴ R. FERCIÀ, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss.

¹⁴⁵ R. FERCIÀ, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss. Per un'approfondita analisi del percorso storico-giuridico che ha condotto all'elaborazione della categoria generale di contratto, si veda I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, 1997, 137 ss.

¹⁴⁶ R. FERCIÀ, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss.

¹⁴⁷ R. FERCIÀ, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss.

che la convenzione ridondi in ‘contratto’, oltre che nelle ipotesi in cui valga a realizzare la circolazione dei diritti, anche in tutti i casi in cui i suoi effetti si traducano in un semplice ‘regolare’ il rapporto giuridico¹⁴⁸.

Una volta valorizzato il più ampio ruolo da attribuirsi alla funzione del ‘regolare’, quale scopo pratico distinto dal ‘costituire’ e dall’‘estinguere’, irriducibile alla mera modificazione del rapporto, che prescinde dal *medium* dell’obbligazione, sembra potersi condividere quell’opzione interpretativa¹⁴⁹ per la quale, «a ben vedere, qualsiasi funzione di mera configurazione precettiva assolve ad una funzione pratica *lato sensu* normativa»¹⁵⁰, non integrando una causa di scambio in senso tecnico¹⁵¹.

Ed invero, emerge a questo punto la specifica scelta ricostruttiva che sorregge una simile conclusione. Orbene, se si omette la considerazione delle dottrine assolutamente sfavorevoli a riconoscere una qualche utilità ricostruttiva al concetto di negozio giuridico, del quale annunciano la ‘crisi’¹⁵², assume rilevanza il fatto che le diverse impostazioni riconoscibili in merito alla teoria generale del negozio giuridico appaiono accostabili per una comune base teorica, che ne testimonia la capacità di persuasione¹⁵³. In particolare, essa afferisce alla circostanza che il negozio abbia da sempre manifestato la sua potenzialità normativa, in forza della quale non sembra revocabile in dubbio il fatto che esso si discosti concettualmente dal semplice fatto giuridico¹⁵⁴. Per questa via si torna perciò alla configurazione negoziale per il tramite dell’ampiezza del regolare di cui all’art. 1321 cod. civ.

Ad orientarsi in quest’ordine di idee, se ci si muove innanzitutto sul piano delle vicende di diritto sostanziale, è preferibile quindi accedere all’impostazione ermeneutica per la quale la funzione del ‘regolare’ accomuna allo stesso modo il negozio di accertamento ed il contratto normativo. In buona sostanza, se con il primo le parti stabiliscono una regola di configurazione che senza mediazioni operi nel senso di

¹⁴⁸ R. FERCIA, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss.

¹⁴⁹ R. FERCIA, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss.

¹⁵⁰ R. FERCIA, voce *Contratto normativo*, cit., 195 s. Sul punto cfr. F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 900 s., il quale, tuttavia, nell’evidenziare come mediante i negozi configurativi le parti non realizzano una disposizione sul piano degli effetti patrimoniali sostanziali, afferma come, per questa ragione, non potrebbero inquadrarsi tra i contratti sulla base dell’art. 1321.

¹⁵¹ R. FERCIA, voce *Accertamento*, cit., 32 ss., che pone in luce come la «certezza giuridica» (così, a p. 43) che assurge a scopo pratico del negozio di accertamento sia da intendersi «come possibilità di percepire la conseguenza del proprio agire in conformità al rapporto giuridico accertato, cioè ‘ricfigurato’ dalla regola voluta dalla legge dei privati» (testualmente, a p. 43).

¹⁵² Si può menzionare in proposito, per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 67 ss., che si pone sulla scia di una riconsiderazione critica della teoria del negozio giuridico. In particolare, «la funzione pratica [sarebbe] messa in discussione perché si rileva che proprio la generalità della categoria determin[erebbe] eccessiva generalità ed astrattezza dei suoi contenuti, scarsa aderenza ai problemi specifici e agli interessi concreti che si manifestano in relazione ai vari atti dell’autonomia privata» (in questi termini, a p. 67). In questa logica, dopo aver proposto una partizione dell’istituto in tre ulteriori categorie – quali «gli atti personali», «gli atti a causa di morte» e «gli atti patrimoniali fra vivi» (così, a p. 68) –, l’A. sostiene che i requisiti di validità e di efficacia, per ognuna di esse, risulterebbero «disciplinati con regole molto diverse, così da rendere artificioso e vacuo qualsiasi tentativo di riduzione ad unità» (testualmente, a p. 69).

¹⁵³ A.P. UGAS, *Fatto e dinamica nel diritto*, Torino, 2011, 106.

¹⁵⁴ A.P. UGAS, *Fatto*, cit., 106.

conformare l'assetto di interessi risultante dal preesistente rapporto giuridico, analogamente con il secondo i contraenti prestabiliscono il medesimo effetto in relazione ad un rapporto non ancora sorto¹⁵⁵.

Prima di procedere a stabilire una connessione con la funzione estesamente normativa idonea a colorare i negozi che si esplicano in ambito processuale, pare nondimeno utile a questo punto fare chiarezza a livello concettuale riguardo alle nozioni di 'prefigurazione' e 'configurazione' del rapporto, dal momento che essi possono ben riferirsi altresì ai negozi giuridici processuali.

In proposito, sembra utile dapprima procedere a definire la funzione negoziale di configurazione proprio a partire dal negozio accertativo, che – con il suo intervenire su un originario assetto di interessi cristallizzato in un negozio già perfezionato – ne costituisce il modello. A ben vedere, l'essenza causale dell'accertamento negoziale – che certamente lo configura – risiede nell'«autodeterminazione dei privati al riesame di un precedente rapporto in funzione della genesi di una norma giuridica di (ri)configurazione di esso, e di conseguente, automatica conformazione dei contenuti del rapporto primario, pur senza determinarne la sostituzione»¹⁵⁶. In particolare, non può predicarsi la sua autosufficienza rispetto al rapporto preesistente perché ciò equivarrebbe ad ammettere la realizzazione di un negozio astratto. In questa logica, la già rilevata gratuità della funzione, che non esprime una causa di scambio, appare nondimeno meritevole di tutela da parte dell'ordinamento in quanto diretta ad assicurare la certezza dei rapporti negoziali, secondo un criterio ordinatorio di convenienza funzionalmente rilevante e suscettibile di ripercuotersi sul fondamentale diritto alla difesa giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., conducendo essenzialmente ad una agevolazione sotto il profilo probatorio¹⁵⁷.

Per completezza dell'esame delle prospettive sottostanti alla casistica di cui ci occupiamo, sembra utile peraltro tratteggiare altresì la configurazione della seconda tipologia funzionale che abbiamo individuato come adatta a descrivere lo scopo pratico dei negozi giuridici processuali, ossia quella di carattere prefigurativo rispetto alla regolamentazione di un futuro rapporto.

Se si considera l'affinità causale del negozio processuale con la fattispecie accertativa, è utile precisare, in proposito, che la funzione di immediata conformazione del rapporto in senso precettivo e configurativo propria del negozio accertativo si realizza in questo caso *ex ante*, con la creazione di una regola privata destinata a plasmare il futuro assetto negoziale. Il che induce subito ad escludere che si tratti di una fattispecie

¹⁵⁵ R. FERCIÀ, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss.

¹⁵⁶ R. FERCIÀ, voce *Accertamento*, cit., 38.

¹⁵⁷ Al riguardo, R. FERCIÀ, voce *Accertamento*, cit., 32 ss. osserva come, sulla base di questa opzione argomentativa, chiaramente «la funzione accertativa sia irriducibile tanto ad una mera “semplificazione probatoria di una posizione giuridica preesistente”, che semmai è semplice effetto secondario di quello sostantivo» (testualmente, a p. 38) da ricercarsi altrove; «quanto ad una figura apparentabile con la conciliazione [giudiziale, *ex art.* 185 cod. proc. civ.; ed ora anche stragiudiziale, secondo la disciplina dettata dal d.lg. 4-3-2010, n. 28], la cui funzione è in ogni caso quella di risolvere una lite attuale o potenziale, ancorché – a differenza della transazione senza un indefettibile ricorso a reciproche concessioni» (in questi termini, a p. 38).

atipica condizionale, valendo piuttosto la stessa ad obliterare la necessità delle trattative in vista del contratto particolare, al fine di semplificare l'attività negoziale dei privati¹⁵⁸.

Le considerazioni sinora svolte consentono, a questo punto, di entrare nel vivo della problematica via via delineata, soffermandoci sulla possibilità di estendere utilmente – in una prospettiva ricostruttiva degli aspetti di disciplina della figura – i criteri appena menzionati ai negozi giuridici processuali, in ragione dell'affinità funzionale con il contratto normativo e con il negozio accertativo, pur in relazione ai diversi settori del diritto, sostanziale e processuale.

In proposito, se si muove dalla premessa concettuale secondo cui ha senso enucleare una figura autonoma di negozio giuridico processuale solo ed esclusivamente secondo il parametro della sua idoneità a plasmare in qualche misura il rapporto processuale, non può invero disconoscersi anzitutto la necessità di ascrivere l'espressione di un simile scopo pratico nell'ambito del 'regolare' di cui all'art. 1321 cod. civ., nella sua accezione più ampia, irriducibile – come si ha già avuto modo di constatare – alla mera modificazione. Ed invero, lo strumento negoziale in questione non vale né a produrre una vicenda costitutiva e neppure ad estinguere il rapporto giuridico processuale, dal momento che effetti di questo tipo appaiono orbitare nella sfera del diritto processuale di matrice pubblicistica, rappresentando al più il riflesso legislativamente predeterminato di un negozio di disposizione del sottostante rapporto sostanziale.

Addentrandoci lungo questo percorso, una volta riconosciuta la specifica attitudine della figura in esame alla regolamentazione del processo negli spazi consentiti all'operatività del principio dispositivo, occorre altresì ammettere che tali effetti si producano senza l'intermediazione di un'obbligazione. A ben vedere, il risultato finale e sostantivo del negozio giuridico processuale parimenti prescinde – come nei negozi inerenti al diritto sostanziale ad esso affini – da un obbligo di prestazione primaria, contribuendo piuttosto a far avanzare il processo, essenzialmente attraverso le semplificazioni procedurali consentite all'autonomia privata. In questa logica, l'effetto non può che presentarsi in termini di prefigurazione ovvero di configurazione del rapporto processuale.

In buona sostanza, il primo effetto appare suscettibile di riconnettersi ad un negozio extraprocessuale incidente sul processo per mezzo della predisposizione di un assetto di interessi che regoli le modalità della tutela giurisdizionale dei diritti relativamente ad un'eventuale lite. Specificamente, esso in questo caso si traduce nella produzione di carattere finale – e non già o non soltanto procedimentale – di un'immediata prefigurazione del rapporto processuale, rispetto alla quale la buona fede

¹⁵⁸ Al riguardo, R. FERCIA, voce *Contratto normativo*, cit., 194 ss., specificamente, rileva come, per quanto concerne la questione dell'efficacia del contratto normativo, ad un tempo formativa e sostantiva, appaia preferibile ricostruire la fattispecie quale produttrice di un «effetto 'reale', correlato, se vogliamo, ad una funzione *lato sensu* organizzativa» (in questi termini, a p. 200), dovendosi intendere la 'realità' quale «attitudine a creare la legge privata senza il *medium* del rapporto obbligatorio» (testualmente, a p. 200). Nondimeno, gli effetti di questo tipo di contratto si presentano, in questa logica, come deboli e strumentali, in quanto «la realtà dell'effetto non viene in rilievo *sub specie* di un'automatica inserzione delle clausole da esso previste nell'atto particolare in termini inderogabilmente imperativi, ma semmai nel senso che la regola di prefigurazione risulterà direttamente vincolante a prescindere da una specifica ulteriore manifestazione del volere in tal senso» (così, a p. 200).

rileva essenzialmente in termini di una ineludibile bilateralità dell'iniziativa volta a modificare in qualche misura il profilo organizzativo del futuro esercizio dell'azione. Il che impone immediatamente di indagare le concrete modalità di estrinsecazione degli effetti negoziali così realizzati, allo scopo di capire quali conseguenze produca la loro violazione.

Vista da questa angolazione, la questione si traduce nel considerare in che modo il risultato immediato della manifestazione di volontà delle parti risulti idoneo ad imprimere un immediato vincolo di configurazione al futuro rapporto processuale. Da questo punto di vista, può forse, in primo luogo, ipotizzarsi una sua immediata vincolatività *sub specie* della declaratoria di inammissibilità di un atto processuale compiuto da una parte in violazione dell'accordo, potendosi configurare in questa ipotesi la mancanza dei requisiti previsti dalla legge perché l'organo giurisdizionale possa considerare la richiesta avanzata da una parte. Del resto, pare coerente sostenere che qui i requisiti in questione risultino integrati dallo stesso negozio giuridico processuale¹⁵⁹.

In secondo luogo, pare senz'altro configurabile, in via residuale, l'opponibilità dell'*exceptio doli generalis*, quale rimedio – oramai prevalentemente accettato da cospicua giurisprudenza¹⁶⁰ e dalla migliore dottrina¹⁶¹ – operante avverso «chi ... viene *contra factum proprium*, ed abusa del diritto all'azione inteso come “diritto ad un provvedimento sul merito”, frustrando l'affidamento della controparte nella conformazione alla norma di configurazione già dettata dall'autonomia privata»¹⁶². In altri termini, qui la buona fede processuale assume rilievo quale criterio capace di fondare lo sbarramento dell'efficacia di un atto ovvero di cagionare la reiezione della domanda basata sullo stesso.

Ad orientarsi in quest'ordine di idee, tuttavia, il richiamo all'immediata prefigurazione del rapporto processuale evoca la tuttora aperta questione dell'ammissibilità a livello ordinamentale di un negozio con cui le parti rinuncino preventivamente all'impugnazione della sentenza volta a dirimere la loro controversia. Nell'accennare ad un problema sul quale occorrerà tornare, è opportuno comunque sin d'ora rilevare come la Corte di legittimità – nell'ordinanza che ha rimesso gli atti al Primo presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite¹⁶³ – abbia ritenuto insussistente

¹⁵⁹ Questa opzione interpretativa trovava un ulteriore riscontro di diritto positivo, prima della sua intervenuta abrogazione, nella disposizione di cui all'art. 20, comma 4, del d. lgs. 5/2003 in relazione al processo societario, la quale prevedeva che «l'appello è dichiarato inammissibile se le parti hanno convenuto, con atto scritto anche anteriore alla sentenza, che questa sia impugnabile soltanto ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ.».

¹⁶⁰ Possono menzionarsi, *ex pluribus*, Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II, 697 ss., con nota di F. FESTI, *L'ambito di applicazione ed i limiti dell'exceptio doli generalis*, *ivi*, 710 ss., ed in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.; Cass., 10 ottobre 2007, n. 21265, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 554 ss., con nota di C. MARSEGLIA, *Exceptio doli generalis' ed 'exceptio doli specialis'*, *ivi*, 561 ss.

¹⁶¹ Al riguardo può ricordarsi L. GAROFALO - S. VIARO, *Sull'eccezione di dolo generale*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, 3 ss. (e, soprattutto, 25 ss.).

¹⁶² R. FERCIA, voce *Accertamento*, *cit.*, 43, che riconduce alla realizzazione del negozio di configurazione «la genesi di un contesto affidante» (testualmente, a p. 43).

¹⁶³ Cass., ord., 6 marzo 2012, n. 3469, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg., alla quale tuttavia le Sezioni unite non hanno fornito una specifica risposta in merito alla questione che aveva determinato la remissione degli atti, dal momento che si sono limitate ad una pronuncia in termini di inammissibilità del ricorso principale, dichiarando così assorbito quello incidentale.

nell'ordinamento un principio generale che imponga il doppio grado per il giudizio di merito, incentrandosi piuttosto la questione sui rapporti tra l'autonomia privata delle parti, da un lato, e la disponibilità dell'azione giudiziale quale espressione del principio fondamentale di cui all'art. 24 Cost, dall'altro lato¹⁶⁴.

Dopo aver delineato questo aspetto, sembra opportuno, a questo punto, accennare all'altra possibile articolazione del profilo funzionale idoneo a sorreggere i negozi giuridici processuali. Ebbene, se la prefigurazione del rapporto processuale «genera un vincolo immediato ... al quale si affianca un dovere di comportarsi secondo buona fede, funzionale alla reciproca salvaguardia delle posizioni delle parti e sostanzialmente sganciato, quindi, da un dovere di prestazione principale»¹⁶⁵, l'effetto più strettamente configurativo opera invece all'interno di un procedimento giurisdizionale già instaurato, determinando un particolare articolarsi della procedura in atto maggiormente confacente agli interessi delle parti.

In proposito, giova dunque osservare come la collocazione del negozio all'interno della procedura giurisdizionale determini una tendenziale coincidenza tra il momento dell'accordo e la sua realizzazione. Nondimeno, anche in questo caso occorre analizzare le conseguenze cui va incontro la parte del processo che non impronti la propria condotta processuale nel senso dettato dalla regola di configurazione prevista dall'autonomia privata. Per altro verso, appare altresì necessario determinare quale sia la sanzione in cui incorra il negozio processuale viziato.

Emerge, a questo punto, la ricaduta pratica dell'opzione interpretativa qui suggerita, dal momento che il regime da applicare ai casi in questione pare si possa ricavare, sulla base delle considerazioni sinora effettuate, secondo una valutazione di compatibilità della disciplina dei contratti, sulla base del parametro del diritto processuale.

Ebbene, in proposito giova osservare, in primo luogo, come – coerentemente con quanto già evidenziato in relazione al profilo di prefigurazione della tutela giurisdizionale dei diritti – anche rispetto ai negozi 'endoprocedimentali' la sanzione della regola configurata dall'autonomia privata può individuarsi nell'inammissibilità dell'atto, in quanto lo stesso difetterebbe dei suoi presupposti.

In secondo luogo, non ci si può esimere dallo stabilire se, in presenza di un negozio giuridico processuale in cui la volontà della parte risulti viziata da dolo, errore o dalla coartazione dell'atto, prevalga in ogni caso il rilievo della formalità degli atti processuali, in relazione ai quali le esigenze di certezza proprie del processo impongono di considerare tali vizi irrilevanti. Orbene, l'opzione ricostruttiva qui suggerita, sulla base della quale è necessario valorizzare il carattere negoziale degli atti riconducibili nell'ambito della categoria in esame, impone di considerare come inficiati da una qualche forma di invalidità gli accordi di questo genere qualora risultino affetti da vizi del

¹⁶⁴ In questo quadro, un'interessante prospettiva ricostruttiva è quella espressa da G. FRUS, *Il ricorso per Cassazione c.d. per saltum: istituto inutile o da riscoprire?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 151 ss. (ed *amplius* 177), che si mostra favorevole ad ammettere estensivamente il patto di rinuncia preventiva all'impugnazione in quanto rappresenta uno strumento deflativo del processo, dal momento che costituirebbe sufficiente garanzia affinché dallo stesso non derivi qualche nocimento alle parti il necessario accordo delle medesime.

¹⁶⁵ R. FERCIA, voce *Contratto normativo*, cit., 203.

consenso. Il che sembra quantomeno compatibile con la circostanza che la struttura di regola bilaterale del negozio giuridico processuale non pone problemi di tutela dell'affidamento della controparte, dal momento che, viceversa, il vincolo di immediata configurazione del rapporto processuale appare collegato e trova il suo significato proprio in relazione al dovere delle parti di tenere un comportamento conforme alla buona fede, funzionale alla salvaguardia delle reciproche posizioni.

In questa prospettiva, il regime giuridico dell'atto invalido può quindi ricavarsi in primo luogo sulla base della norma di cui all'art. 156, comma 2, cod. proc. civ., che sancisce la nullità dell'atto processuale per il difetto dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento del suo scopo, la quale va integrata con gli elementi di validità propri del contratto, in quanto compatibili¹⁶⁶. Pertanto, il vizio della volontà ridonda, da questo punto di vista, nel difetto dell'accordo delle parti quale requisito essenziale del contratto, venendo così in rilievo sulla base delle disposizioni di cui agli artt. 1325, n. 1), e 1418 cod. civ. In ultima analisi, il negozio giuridico processuale affetto da vizi genetici non può essere che insanabilmente nullo secondo la disciplina del processo civile.

8. *Il perimetro funzionale: il contributo dell'autonomia privata alla migliore realizzazione del giusto processo.*

Le considerazioni sinora svolte, con il riconoscimento dello scopo pratico valevole a sorreggere la convenzione per il processo nella specifica configurazione della procedura, consentono, a questo punto, di procedere con l'analisi del perimetro funzionale dei negozi giuridici processuali. Ebbene, a questo scopo occorrerà prendere le mosse dalla considerazione per cui la valutazione favorevole dell'operazione economica concretamente realizzata dalle parti in via negoziale soggiace unicamente al limite negativo della non incompatibilità con norme imperative, ordine pubblico e buon costume. E nondimeno, gli atti processuali ampiamente intesi appaiono legislativamente indirizzati nel senso del permettere lo svolgimento del processo, in vista dell'obiettivo dell'accertamento e della dichiarazione del diritto ad opera dell'organo giurisdizionale nei confronti delle parti in conflitto¹⁶⁷. Il che renderà manifesta la necessità di circoscrivere la meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento, in relazione al peculiare contesto processuale, secondo il parametro della migliore realizzazione del giusto processo.

Al riguardo, giova preliminarmente osservare come – specialmente sotto questo profilo – non sia congruente «negare la unitarietà del concetto di negozio giuridico»¹⁶⁸, così che l'evoluzione degli orientamenti relativi al negozio processuale dipende strettamente dall'evoluzione della medesima nozione di negozio giuridico¹⁶⁹. Ed invero, neppure all'interno delle dottrine che, sul presupposto della parzialità dell'efficacia precettiva della regola processuale di parte in ragione dell'ineluttabile concorso di un

¹⁶⁶ In questo senso, cfr. M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

¹⁶⁷ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 289 ss.

¹⁶⁸ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 237, nt. 91, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, 217, nt. 91.

¹⁶⁹ F. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 236 ss., nt. 91.

provvedimento del giudice¹⁷⁰, pervengono a disconoscere la stessa esistenza di negozi giuridici processuali¹⁷¹ si è potuto contestare che nei negozi processuali sussista effettivamente un'autonomia decisionale delle parti, da intendersi esattamente quale «volontà di autodeterminarsi e cioè di autoregolare il proprio comportamento volitivo»¹⁷². Con ciò non si intende evidentemente disconoscere la peculiarità di queste manifestazioni di autonomia privata. A ben vedere, non è revocabile in dubbio la circostanza che un negozio giuridico così configurato, trovando la propria sfera di applicabilità nell'ambito del processo, risente inevitabilmente della struttura del processo medesimo¹⁷³. Piuttosto, occorre a questo punto soffermarsi sugli aspetti essenziali della teoria del negozio afferenti alla causa, per poi riconoscere i limiti funzionali derivanti dallo specifico contesto processuale.

Addentrandoci su questa via, vediamo immediatamente in quali termini la valutazione favorevole accordata dall'ordinamento al particolare negozio giuridico si ponga come limite rispetto alla sua stessa ammissibilità.

In proposito, non sembra inutile ricordare come l'eventuale riconoscimento in termini di meritevolezza ai sensi della norma di cui all'art. 1322 cod. civ. non valga a trasformare la natura dell'atto di autonomia privata posto in essere in via negoziale, che non diviene per questa sola ragione uno «strumento per la realizzazione primaria di interessi generali»¹⁷⁴, dal momento che i principi generali dell'ordinamento si pongono per il negozio giuridico esclusivamente alla stregua di un limite rispetto al quale lo stesso non deve porsi in contraddizione¹⁷⁵. In quest'ordine di idee, è stato dunque definito il requisito causale come il «meccanismo attraverso il quale la regola privata si inserisce nell'ordinamento giuridico ed acquista efficacia»¹⁷⁶.

Orbene, l'indagine volta a determinare la rilevanza ordinamentale dell'assetto d'interessi programmato con il negozio non può che articolarsi in due fasi. Infatti, in primo luogo, risulta necessario qualificare l'operazione economica concretamente realizzata dalle parti¹⁷⁷. Il che induce inevitabilmente ad attribuire rilevanza all'elemento

¹⁷⁰ Così, in senso critico, F. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 236 ss., nt. 91, il quale acutamente pone in luce come le tesi in questione si siano spinte «troppo oltre il segno: perché, solo equivocando tra determinazione della parte che ha per contenuto un particolare comportamento del giudice su di un oggetto determinato (ad es. nell'affermazione del fatto, la necessità che tale fatto sia considerato dal giudice) e determinazione del giudice intorno all'oggetto del proprio comportamento (nella specie, l'esistenza o il modo di essere del fatto) hanno negato che alla parte spettasse anche di poter disporre della necessità del comportamento giudiziale su di un oggetto determinato: il che indubbiamente invece le compete» (in questi termini, a p. 238, nt. 91).

¹⁷¹ Può menzionarsi, tra tutti, A. COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, 120 ss., per il quale «in rapporto agli atti pubblici la volontà appare ... semplicemente come impulso, come richiamo di effetti che seguono senz'altro per opera di legge» (così, a p. 122). In particolare, l'effetto complessivo degli atti processuali si determinerebbe in relazione alla «sentenza a cui tutti convergono» (in questi termini, a p. 122, nt. 1).

¹⁷² Così F. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 239, nt. 91.

¹⁷³ F. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 236 ss., nt. 91.

¹⁷⁴ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 345.

¹⁷⁵ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 345 ss.

¹⁷⁶ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 347.

¹⁷⁷ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 345 ss.

della tipicità¹⁷⁸, in considerazione della tendenza sociale alla «creazione di forme simboliche»¹⁷⁹, il cui richiamo consente «di attribuire immediatamente all'azione che il tipo rappresenta, quella portata, quel significato proprio, appunto, del tipo»¹⁸⁰. In altri termini, l'operazione finalizzata a riconoscere ai nostri fini e classificare giuridicamente il negozio concretamente voluto dalle parti presuppone che – laddove i caratteri specifici dell'operazione programmata finiscano per coincidere con quelli consueti e regolari riferiti al modello astratto, senza che siano quindi contemplati elementi differenti e individuali – se ne traggano tutti i suoi contenuti, applicandosi integralmente la disciplina del tipo¹⁸¹.

Soltanto dopo aver individuato l'oggetto del riscontro in termini di compatibilità ordinamentale¹⁸², diviene dunque logicamente possibile procedere alla seconda fase, ossia quella dell'apprezzamento circa la meritevolezza dell'interesse espresso dalla concreta operazione negoziale posta in essere.

Come è noto, si tratta di un giudizio che riguarda ogni negozio giuridico, compresi quelli sussumibili in un tipo astrattamente previsto dal legislatore, dal momento che sarebbe un errore confondere i concetti di causa e tipo. Ed è questa la ragione per cui non appare soddisfacente constatare che lo schema ideale, rispetto al quale esso converge, corrisponde in astratto ad una funzione socialmente utile, dal momento che occorre bensì esaminare in che modo lo schema tipico è stato concretamente adoperato dalle parti¹⁸³, al fine di verificare la conformità della reale operazione economica ai principi dell'ordinamento. In buona sostanza, la disciplina degli schemi tipicamente predeterminati dal legislatore deve essere coordinata con i principi che nell'impianto codicistico afferiscono ai contratti in generale, secondo quanto può agevolmente evincersi dal disposto dell'art. 1323 cod. civ.¹⁸⁴.

In questa prospettiva, da tempo un'illustre dottrina¹⁸⁵ ha evidenziato che «la causa rappresenta il punto d'incontro, di confluenza di tutti i problemi fondamentali della teoria del negozio giuridico»¹⁸⁶, quali quello dell'interesse, della tipicità e della sua stessa natura. In particolare, è risaputo che – senza ricadere nelle oramai superate dottrine soggettivistiche – l'elemento causale del negozio esprime la funzione in senso economico individuale, ossia la ragione obiettiva dell'operazione concretamente programmata. Del resto, ad attribuire rilievo esclusivo alla funzione economico sociale, di per sé estranea al profilo strutturale, si finirebbe per trattare indistintamente elementi del negozio e criteri di compatibilità ordinamentale¹⁸⁷. Ed allora, nel suo ruolo di connessione degli altri

¹⁷⁸ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 345 ss.

¹⁷⁹ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 349.

¹⁸⁰ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 345 ss.

¹⁸¹ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 345 ss.

¹⁸² G.B. FERRI, *Causa*, cit., 345 ss.

¹⁸³ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 345 ss., (ed *amplius* 355 ss.).

¹⁸⁴ Come puntualmente osservato da G.B. FERRI, *Causa*, cit., 345 ss., (ed *amplius* 355 ss.), il quale rileva che «la formula “ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare” dell'art. 1323 cod. civ. pone, come un fatto già scontato, che ai tipi legali si debbano applicare i principi contenuti nel titolo “dei contratti in generale”» (così, a p. 359).

¹⁸⁵ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 355 ss.

¹⁸⁶ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 362.

¹⁸⁷ Da quest'ultimo punto di vista, cfr. G.B. FERRI, *Causa*, cit., 355 ss.

elementi del negozio, la causa si presenta come «l'elemento che collega l'operazione economica oggettiva ai soggetti che ne sono autori»¹⁸⁸.

Così definita la funzione rilevante, giova quindi osservare come nel valutare la meritevolezza dell'interesse occorra applicare i criteri previsti dalla norma di cui all'art. 1343 cod. civ., ossia quelli che richiedono la compatibilità con le norme imperative, l'ordine pubblico ed il buon costume. Specificamente, per quel che ha attinenza con la tematica degli accordi processuali, sembra utile precisare la nozione di ordine pubblico, il quale indica essenzialmente «quei caratteri che dalla considerazione unitaria di tutto il sistema risultino essere a fondamento dell'ordine giuridico stesso»¹⁸⁹.

Le considerazioni sinora svolte consentono, a questo punto, di entrare nel vivo della problematica via via delineata, giungendo ad analizzare la peculiare manifestazione della meritevolezza in relazione agli accordi processuali, secondo quanto risulta in modo inequivocabile dai principi fondamentali afferenti all'esercizio della giurisdizione. A tal fine, occorrerà innanzitutto effettuare alcune considerazioni di ordine generale da cui desumere l'indirizzo strumentale impresso già a livello ordinamentale agli atti processuali in senso ampio.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

In proposito, a voler delineare il quadro processuale, può immediatamente considerarsi come il procedimento giurisdizionale si componga e venga a coincidere con una serie ordinata di atti che si dispiegano tutti in direzione di un comune traguardo, ossia il giudizio, da intendersi come l'affermazione del diritto nei confronti dei litiganti ad opera del giudice¹⁹⁰. In questa logica, il principio ordinatore che regola interiormente questo svolgimento è il contraddittorio, che identifica a livello organizzativo lo stesso procedimento. A ben vedere, il processo non può concepirsi separatamente dagli atti che ne scandiscono il progredire verso la pronuncia giurisdizionale. Devono quindi qualificarsi come atti processuali quelli che determinano dei momenti di sviluppo del procedimento, permettendo che il medesimo arrivi a concludersi con uno degli esiti previsti dalla legge¹⁹¹. In altri termini, può riconoscersi un canone fondamentale che emerge dal sistema, che imprime una direzione necessitata agli atti in questione, secondo la loro stessa natura, nel senso della prosecuzione del procedimento medesimo.

Ed invero, questo dato trova un riscontro importante nel principio cardine del giusto processo regolato dalla legge di cui all'art. 111 Cost., che – come si ha già avuto modo di osservare – prescrive che, per essere qualificato come 'giusto', il procedimento giurisdizionale debba caratterizzarsi anche per una ragionevole durata. Il che implica la necessità che i singoli atti che lo compongono appaiano orientati verso il suo progresso in dirittura di una sua conclusione legislativamente preordinata, sembrando

¹⁸⁸ In questo senso, G.B. FERRI, *Causa*, cit., 372, che ribadisce di non effettuare così una ricostruzione soggettivistica, come si evince, da un lato, dal fatto che «nel valutare la meritevolezza dell'interesse è indubbiamente rilevante anche il punto di riferimento oggettivo» (così, a p. 375) e, dall'altro lato, dalla considerazione per cui «è l'essenzialità, e non l'illiceità, che rende il motivo rilevante» (testualmente, a p. 382).

¹⁸⁹ G.B. FERRI, *Causa*, cit., 408.

¹⁹⁰ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 289 ss.

¹⁹¹ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 289 ss.

tendenzialmente non conforme alle direttrici dell'ordinamento l'imporre al processo una situazione di stasi.

Del resto, queste considerazioni si riflettono nella disciplina della forma degli atti processuali. In questa prospettiva, emerge immediatamente la circostanza che, in linea di principio, il regime formale degli atti di carattere processuale vale di regola ad assorbire la considerazione di ogni altro requisito, ivi compresi quelli di carattere soggettivo afferenti alla volontarietà dell'atto stesso¹⁹². E nondimeno, al fine di impedire che la controversialità intrinseca al processo induca la parte ad abusare in termini dilatori degli strumenti che l'ordinamento le offre, da autorevole dottrina¹⁹³ è stata evidenziata l'esigenza di «evitare che i requisiti formali degenerino in vuoto e dannoso formalismo»¹⁹⁴. Necessità che trova un fondamento normativo nella norma di cui all'art. 121 cod. proc. civ., la quale stabilisce una relazione di strumentalità tra la forma, che costituisce il mezzo, ed il raggiungimento dello scopo dell'atto, che rappresenta il fine. In buona sostanza, ciò significa che il diritto positivo manifesta esplicitamente l'idea che le forme degli atti processuali risultano predisposte in funzione dello svolgimento del processo¹⁹⁵. Da quest'ultimo punto di vista, può poi incidentalmente osservarsi come i requisiti formali che la disposizione di cui all'art. 125 cod. proc. civ. stabilisce per alcuni dei più importanti atti di parte costituiscano tutti un'applicazione del principio del contraddittorio, dal momento che appaiono strumentali al suo effettivo rispetto. Il loro significato, infatti, si manifesta unicamente in quanto diretti alla controparte, che disporrà degli stessi strumenti per approntare la sua difesa¹⁹⁶.

Una volta chiariti questi aspetti, siamo ora in grado di tirare le fila di questo discorso, e di evidenziare alcune ricadute pratiche dell'opzione interpretativa suggerita. In particolare, è possibile a questo punto considerare in che modo la necessità di assicurare la progressione del processo e la sua ragionevole durata si intersechi con la funzione economico individuale del negozio giuridico ed i suoi limiti negativi consistenti nella compatibilità con l'ordinamento.

Al riguardo, giova pertanto osservare come – senza discostarsi dai canoni di teoria generale – anche la causa del negozio giuridico processuale concretamente intesa corrisponda alla ragione individuale che abbia collegato oggettivamente l'operazione posta in essere alle parti. Né la sua naturale ed imprescindibile contestualizzazione nell'ambito di una procedura connotata da un'impronta essenzialmente pubblicistica sembra debba implicare di per sé la strumentalizzazione della causa in senso economico sociale, introducendo arbitrariamente in tal modo un giudizio valoriale comunque estraneo alla struttura del negozio.

La questione, piuttosto, si manifesta nell'esigenza di definire la peculiare articolazione del perimetro della meritevolezza ordinamentale secondo i principi del processo, con particolare riferimento all'ordine pubblico, che pare assumere in questo caso un ruolo importante. Ed invero, se il limite in questione nell'ipotesi in esame si traduce nel principio della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111 Cost. e nella

¹⁹² Così, quasi testualmente, G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 290.

¹⁹³ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 289 ss.

¹⁹⁴ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 291.

¹⁹⁵ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 289 ss.

¹⁹⁶ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 289 ss.

sua specificazione definibile come necessità della direzione progressiva degli atti in vista della conclusione del processo, si può in prima battuta affermare che i negozi processuali intanto siano ammissibili in quanto facciano andare avanti il processo, nel rispetto del contraddittorio. In buona sostanza, la circostanza che lo strumento del negozio giuridico processuale appaia necessariamente improntato allo scopo di far progredire il procedimento discende dal fatto che la valutazione positiva dell'ordinamento appare ineluttabilmente collegata in questo settore a specifiche ed imprescindibili esigenze di effettività della tutela giurisdizionale. Il che non vale comunque a modificare la fisionomia essenzialmente individuale, e non già pubblicistica, degli atti negoziali in questione.

Ad orientarsi in quest'ordine di idee, peraltro, sembra forse che possa sostenersi che i negozi giuridici processuali, in quanto strumenti capaci di imprimere un'accelerazione alla procedura, risultino addirittura imposti dal principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. *sub specie* della sua ragionevole durata. In altri termini, nel rispetto dei limiti funzionali ad essi imposti dall'ordinamento, il sistema giurisdizionale così come è configurato non potrebbe non contemplarli per mantenere la coerenza dei propri principi.

9. *La patologia: i limiti delle disposizioni inderogabili della legge mediante la quale si attua la giurisdizione ed il recupero per conversione.*

Chiariti i limiti della sfera funzionale del negozio giuridico processuale, in ragione dell'esigenza di non trascurare le principali implicazioni che affiorano in relazione all'argomento che stiamo trattando, parrebbe forse nondimeno utile analizzare la questione afferente alle vicende patologiche dei negozi giuridici processuali. Ebbene, a questo proposito sembrerà opportuno prendere le mosse da una recente pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹⁹⁷ per ribadire l'inderogabilità convenzionale – similmente a quanto accade nel settore sostanziale – delle norme processuali che corrispondono a ragioni di interesse generale e, pertanto, sono classificabili come imperative. Ciò consentirà successivamente di soffermarsi sul problema della possibilità di conversione del negozio giuridico processuale affetto da nullità, per giungere – a voler considerare come parte del diritto comune il principio di conservazione degli atti negoziali¹⁹⁸ – ad ammettere l'operatività del rimedio sulla base della norma di cui all'art. 1424 cod. civ., al ricorrere dei relativi requisiti, nella prospettiva della non vanificazione della tutela giurisdizionale.

Procediamo quindi con l'esame del primo punto menzionato, afferente all'invalidità degli accordi processuali derivante dalla violazione di norme inderogabili previste dalla legge processuale, le quali, in ultima analisi, sembrano tendenzialmente rappresentare particolari applicazioni del canone fondamentale del giusto processo.

In proposito, è utile immediatamente ripercorrere l'argomentazione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che si preoccupa di definire ciò che rientra nella

¹⁹⁷ Cons. Stato, ad plen., 9 agosto 2012, n. 32, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

¹⁹⁸ P. STANZIONE - B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, 141 ss.

disponibilità delle parti in relazione alla specifica materia processualmente regolata dalla norma di cui all'art. 23-*bis* l. *e*) della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (poi trasfusa nell'art. 119 cod. proc. amm.). Specificamente, si muove dalla considerazione che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la disposizione in questione avrebbe ad oggetto non soltanto le vaste operazioni di dismissione di beni pubblici, ma altresì la cessione dei singoli beni¹⁹⁹. Orbene, per quel che qui interessa, la Plenaria rileva come «il rito abbreviato trov[i] la propria ragion d'essere nella esigenza che i giudizi in talune materie di particolare interesse, strategico o finanziario, dello Stato e della comunità vengano definiti con sollecitudine e con priorità rispetto alla generalità delle controversie»²⁰⁰. In questo quadro, occorre quindi stabilire quali conseguenze attribuire al fatto del giudice di primo grado, tradottosi nell'applicare il rito ordinario al posto di quello speciale; ossia, si era presentato il problema della scusabilità dell'errore della parte che per questa ragione abbia proposto appello nei termini del rito ordinario²⁰¹.

Non senza cogliere un aspetto importante della questione, il Consiglio di Stato – richiamando un proprio precedente²⁰² – risolve la questione precisando innanzitutto che compete al legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità la predisposizione e la determinazione della sfera di applicabilità dei riti speciali²⁰³. Per questa ragione, «l'applicazione del rito è doverosa ed oggettiva, e non vi è spazio per una scelta del rito, o sua disapplicazione, ad opera delle parti o del giudice»²⁰⁴. Ed allora, il comportamento processuale che si discosti dalla regola appena stabilita darà luogo, in relazione alla parte, a decadenza salvo che non sussista un errore scusabile e, rispetto al giudice, all'integrazione di un vizio impugnabile della sentenza²⁰⁵.

In buona sostanza, nella pronuncia in questione si esprime il principio per cui il processo amministrativo non fa eccezione alla regola generale – operante anche rispetto al processo civile – sulla base della quale il rito in sé non potrebbe validamente costituire l'oggetto di un negozio giuridico processuale, dal momento che la scelta del procedimento non sarebbe disponibile per le parti o per il giudice, in quanto risulta legislativamente stabilita per corrispondere a logiche di interesse pubblico²⁰⁶.

Conclusivamente, la Plenaria ha stabilito che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, «il comportamento fuorviante del giudice e delle controparti che ne traggano vantaggio»²⁰⁷ determina la scusabilità dell'errore di chi abbia impugnato la pronuncia di primo grado nei termini del rito ordinario²⁰⁸.

Quanto sinora osservato delinea una prospettiva che induce ad ulteriori considerazioni, in quanto appare evidente che non è consentito all'autonomia privata porre in essere negozi giuridici processuali in contrasto con le norme imperative che

¹⁹⁹ Cons. Stato, ad plen., 9 agosto 2012, n. 32, cit.

²⁰⁰ Cons. Stato, ad plen., 9 agosto 2012, n. 32, cit.

²⁰¹ Cons. Stato, ad plen., 9 agosto 2012, n. 32, cit.

²⁰² Cons. Stato, ad plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

²⁰³ Cons. Stato, ad plen., 9 agosto 2012, n. 32, cit.

²⁰⁴ Cons. Stato, ad plen., 9 agosto 2012, n. 32, cit.

²⁰⁵ Cons. Stato, ad plen., 9 agosto 2012, n. 32, cit.

²⁰⁶ Cons. Stato, ad plen., 9 agosto 2012, n. 32, cit.

²⁰⁷ Cons. Stato, ad plen., 9 agosto 2012, n. 32, cit.

²⁰⁸ Cons. Stato, ad plen., 9 agosto 2012, n. 32, cit.

sovraintendono all'esercizio della giurisdizione. È opportuno, peraltro, precisare il concetto che circoscrive l'inderogabilità delle disposizioni processuali.

Al riguardo, giova osservare che, in generale, le norme che la nozione individua come inderogabili in linea di principio non approfondiscono il merito dell'assetto di interessi concretamente posto in essere dai privati²⁰⁹. Pertanto, si presentano come norme imperative quelle che intervengono a delimitare esternamente il contenuto dell'atto privato per ragioni di interesse generale²¹⁰, attraverso l'imposizione di «una sorta di perimetro entro il quale l'attività deve essere mantenuta»²¹¹ ovvero dettando in modo vincolante il contenuto di specifici negozi²¹².

Neppure la disciplina processuale sembra sottrarsi a questa classificazione. A ben vedere, in questo settore dell'ordinamento, le ragioni di carattere generale che giustificano l'imperatività della norma sembrano presentarsi in linea di principio quali specificazioni del principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. Ed invero, pare innegabile che, a titolo esemplificativo, la disciplina consistente nella prescrizione legale di un presupposto processuale²¹³, di alcuni particolari riti del processo amministrativo²¹⁴, oltre che, in generale, i termini inderogabili per gli atti processuali corrispondano alla superiore necessità di assicurare al giudizio una ragionevole durata, nell'ottica di una maggiore effettività della tutela giurisdizionale. In particolare, le decadenze stabilite perentoriamente dal legislatore sembrano corrispondere all'esigenza di imprimere un ritmo dinamico al processo, senza tralasciare il rispetto del contraddittorio, che impone tendenzialmente di non abbreviare i termini previsti.

In questa logica, può dunque osservarsi come all'autonomia privata non sia concesso spingersi sino a porre in essere negozi giuridici processuali in violazione di norme imperative, il che comunque – come si è visto – determinerebbe una fuoriuscita dal perimetro funzionale della migliore realizzazione del giusto processo che consente una valutazione positiva in termini di meritevolezza di tutela.

Una volta precisati questi aspetti, è possibile adesso procedere a delineare un profilo che richiede una specifica valutazione, in quanto occorre analizzare la questione della possibilità di conversione dei negozi giuridici processuali ai sensi della norma di cui all'art. 1424 cod. civ., al ricorrere dei relativi presupposti.

In proposito, giova preliminarmente ricordare come la figura della conversione rappresenti uno strumento che consente di recuperare il contratto nullo, «del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità»²¹⁵. Più precisamente, è stato osservato come il meccanismo in questione

²⁰⁹ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 15 ss.

²¹⁰ Si veda, in proposito, *ex pluribus*, F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 15 ss.

²¹¹ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 15.

²¹² Così, quasi testualmente, F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 15.

²¹³ Trib. Siena, 25 giugno 2012, in *www.101mediatori.it*, in tema di mediazione, l'elusione della prescrizione legale del previo esperimento della procedura in questione, la quale assolve a fini deflattivi del contenzioso, integra la violazione di una norma da considerarsi imperativa «poiché posta a presidio del giusto processo e della sua ragionevole durata ... anche nell'interesse pubblico».

²¹⁴ Cons. Stato, ad plen., 9 agosto 2012, n. 32, cit.

²¹⁵ Art. 1424 cod. civ.

rappresenti un procedimento che consente di desumere un nuovo negozio da una fattispecie negoziale radicalmente invalida, che si differenzia da quello oggetto della volontà delle parti, pur risultando adeguato – anche se, di norma, di efficacia più circoscritta – a produrre lo stesso risultato pratico²¹⁶. È dunque necessario che sussista tra il negozio nullo e quello diverso destinato a produrne lo scopo sostantivo il c.d. rapporto di continenza²¹⁷, dovendo quest'ultimo avere un'ampiezza che non ecceda il primo, oltre a possedere i necessari requisiti di sostanza e di forma per esso previsti²¹⁸.

Orbene, pur ponendosi tradizionalmente a fondamento del meccanismo in questione il principio di conservazione degli atti negoziali²¹⁹, sembra da condividersi quell'impostazione dottrinale²²⁰ per cui, dal momento che «sarebbe esercizio vacuo»²²¹ ricercare una volontà per definizione insussistente²²² e riduttivo considerare la figura come «un automatismo di fonte legale»²²³, occorrerebbe rinvenire il fondamento e la ragione giustificatrice della conversione nel principio di buona fede. In quest'ordine di idee, può farsi ricorso allo strumento in questione qualora gli effetti differenti che conseguono dalla conversione appaiono coerenti con il programma contrattuale riversato dalle parti nel negozio nullo, di modo che rifiutarli si porrebbe in contrasto con la regola della buona fede²²⁴.

Con questo chiarimento, è quindi possibile procedere ad indagare l'applicabilità della figura in esame nel settore processuale²²⁵.

²¹⁶ L. BIGLIAZZI-GERI, voce *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 528 ss. (e soprattutto, 530 ss.);

²¹⁷ V. FRANCESCHELLI, voce *Conversione del negozio nullo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 376 ss.

²¹⁸ E. BETTI, voce *Conversione del negozio giuridico (dir. vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, 811 ss.

²¹⁹ Sul punto si veda, *ex pluribus*, P. STANZIONE - B. TROISI, *Principi*, cit., 141 ss.

²²⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 806 ss. In proposito, cfr. L. BIGLIAZZI-GERI, voce *Conversione*, cit., 534, la quale, pur non volendo ivi esprimersi sulla questione, nondimeno rileva che «non sembra dubbio che il codice del 1942 abbia dato particolare rilievo alla teoria oggettiva, riducendo in modo sostanziale la rilevanza della volontà soggettiva nella struttura del negozio giuridico» (così, a p. 534); considerando altresì che «in ogni caso ..., ai fini della conversione, in base al citato art. 1424, non si richiede una volontà effettiva degli autori del negozio invalido ...; e che il ricorso ad una volontà ipotetica, che dovrebbe rappresentare il *deus ex machina*, capace di salvare ad ogni costo l'aspetto volontaristico del fenomeno, sta a denunciare chiaramente la finzione e, di conseguenza, il fondamento essenzialmente oggettivo di questo» (in questi termini, a p. 534).

²²¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 807.

²²² Così, quasi testualmente V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 807.

²²³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 807.

²²⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 806 ss.

²²⁵ Per la tesi favorevole, si veda, in dottrina, L. FERRARA, *Sulla conversione del negozio giuridico processuale*, Napoli, 1905, 27 ss., per il quale «pure in ordine al processo civile bisogna distinguere tra conversione legale, che si opera in virtù di una disposizione di diritto positivo, e conversione volontaria o convenzionale, che si effettua in base alla volontà delle parti» (testualmente, a p. 27), campo, quest'ultimo, di proficua applicazione della dottrina del negozio giuridico processuale. Si attesta su queste posizioni altresì G. DONÀ, *Del negozio*, cit., 96 ss. Per la possibilità di conversione del negozio giuridico processuale, con specifico riferimento alla dichiarazione di impugnazione, si veda altresì R. VENDITTI, *L'art. 514 codice di procedura penale e la conversione dei negozi giuridici processuali*, in *Giur. it.*, 1951, 77 ss., secondo cui «l'applicazione di tale istituto, ispirata a criteri di equità e di giustizia, non contrasta con il diritto positivo e presenta d'altro lato il vantaggio di evitare una soluzione fondata sul concetto di

Ebbene, è opportuno ribadire a questo proposito che il diritto dei contratti mostra di operare nel nostro sistema alla stregua di un diritto comune, trasversalmente applicabile a tutti gli atti negoziali, a prescindere dal loro ambito, secondo il criterio della compatibilità ordinamentale²²⁶. Ed è questa la ragione per cui la regola della conversione degli atti negoziali non può che operare anche in relazione agli atti processuali, potendosi forse, peraltro, intravedere un *continuum* tra la norma di cui all'art. 1424 cod. civ. e quella di cui all'art. 159, comma 3, del codice di procedura civile²²⁷. In questa logica, è stato puntualmente osservato²²⁸ come, dal momento che si è pervenuti ad escludere la rilevanza determinante della volontà delle parti anche in relazione al profilo sostanziale dell'operatività della conversione del negozio giuridico, «il differente atteggiarsi del fenomeno nei due campi non sarebbe più sostenibile»²²⁹.

Del resto, questa prospettiva appare suffragata dal favore di autorevole dottrina²³⁰ e parte della giurisprudenza di legittimità²³¹. Infatti, la prima si è orientata nel senso di ritenere suscettibili di conversione i negozi giuridici processuali, limitatamente all'ipotesi in cui gli stessi appaiano idonei ad influire sui mezzi e sui presupposti della tutela giurisdizionale²³².

‘impugnazione generica’, soluzione che non troverebbe il consenso della dottrina dominante» (così, a p. 82). In generale, come rilevato da V. FRANCESCHELLI, voce *Conversione*, cit., 378 ss., non sembra di per sé rappresentare un ostacolo alla configurazione della conversione in ambito processuale l'eventuale unilateralità dell'atto, dal momento che, con riguardo ai negozi di carattere sostanziale, la giurisprudenza tende ad ammetterne l'operatività, pur negando che si possa giungere a consentire la conversione di un contratto nullo in un atto unilaterale.

²²⁶ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 777 ss.

²²⁷ Contro l'esistenza di un principio di conservazione degli atti processuali, si veda C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*²⁴, I, Milano, 2015, 559 ss., secondo cui, «mentre la regola della conversione degli atti negoziali, codificata dall'art. 1424 cod. civ., riguarda un mutamento qualitativo di un dato atto in uno diverso e autonomo, la norma in esame si riferisce ad un fenomeno quantitativo di riduzione (ossia “il far salvi quei minori effetti che il vizio non preclude”)» (in questi termini, a p. 561, nt. 6).

²²⁸ L. BIGLIAZZI-GERI, voce *Conversione*, cit., 540.

²²⁹ L. BIGLIAZZI-GERI, voce *Conversione*, cit., 540, la quale, tuttavia, ritiene che «da funzione rigidamente specifica dei singoli atti processuali» (in questi termini, a p. 540) renda «assai improbabile la possibilità di una utile sostituzione dell'atto invalido con un altro atto valido, di cui il primo dovrebbe contenere i minimi presupposti di sostanza e di forma» (così, a p. 540).

²³⁰ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*², Roma, 1936, 282 ss., il quale ha sottolineato che «la conversione dei negozi e, più generalmente, degli atti giuridici non è che un'applicazione particolare di un principio generale tendente ad attuare, sin dove sia possibile e in quanto sia praticamente utile, una conversione delle valutazioni giuridiche: conversione che d'ordinario, ma non sempre, importa un mutamento di qualifica delle fattispecie giuridiche considerate» (in questi termini, a p. 283, nt. 12).

²³¹ Possono menzionarsi, in particolare, Cass., 5 marzo 2008, n. 6004, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg., e Cass., 27 febbraio 2002, n. 2912, in *Contratti*, 2002, 879 ss., con nota di M. ZAFFARONI, *La conversione dell'atto invalido e il requisito della volontà dei contraenti*, ivi, 883 ss.

²³² Orientamento riferito da E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, in <http://www.ca.milano.giustizia.it/ArchivioPubblico>, in relazione alla problematica questione della rinuncia preventiva all'impugnazione. Al riguardo, l'A. evidenzia che «qualora si ammetta la vigenza della regola di irrinunciabilità preventiva ai gravami – sebbene ormai non assoluta – occorrerà interrogarsi sulle conseguenze della relativa violazione. Segnatamente, posta la nullità della rinuncia indiscriminata ad

Per l'orientamento della Cassazione menzionato, poi, «spetta al giudice di merito indagare, agli effetti dell'art. 1424 cod. civ., se sussista un oggettivo rapporto di continenza tra negozio nullo e negozio sostitutivo e se quest'ultimo rientri nell'intento dei contraenti²³³ ..., da valutare come intento pratico perseguito»²³⁴, come precisa un'altra conforme pronuncia²³⁵.

ogni gravame contro la futura sentenza di primo grado, è opportuno verificare se essa possa convertirsi nell'accordo preventivo di salto per cassazione, oggi valido ed efficace».

²³³ Cass., 5 marzo 2008, n. 6004, cit.

²³⁴ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

²³⁵ Cass., 27 febbraio 2002, n. 2912, cit.

CAPITOLO SECONDO

‘AGERE CUM ALIQUO’

SOMMARIO: 1. *Agere cum aliquo*. - 2. Il problema del *pactum de non petendo*. - 3. La convenzione processuale e lo schema della *stipulatio*: a) l’*agere per sponsionem*. - 4. Segue. b) Le *stipulationes praetoriae*. - 5. La gestione convenzionale della lite: a) il *compromissum*. - 6. Segue. b) la *litis contestatio* del processo privato romano. - 7. Il segno della cesura storica della *cognitio* giustiniana nell’interpretazione medievale.

1. ‘*Agere cum aliquo*’.

L’opzione interpretativa che si intende approfondire, incentrata sul recupero di un modello romanistico del negozio giuridico processuale, rende indispensabile, a questo punto della trattazione, soffermarsi sull’origine del modello, procedendo ad analizzare le figure dalla cui astrazione e generalizzazione può trarsi la sua configurabilità nell’attuale sistema. In questa prospettiva, come vorremmo qui dimostrare, la *stipulatio*, in ragione della sua struttura dialogica e della sua attitudine a rendere vincolante qualsiasi assetto d’interessi lecito, si rivela strumento negoziale di configurazione anche di regole processuali.

Profilo di particolare interesse, come vedremo, è il riscontro di una tendenziale affinità strutturale – come mostrata da Ulpiano – tra *stipulatio* e *litis contestatio*. Si tratta di un aspetto che può contribuire ad evidenziare l’ammissibilità dogmatica del ricorso alla categoria contrattuale per comprendere il fenomeno degli accordi processuali, muovendo dalle fonti romane, fermo restando che una siffatta connessione innanzitutto strutturale non può indurre ad inferire la sussistenza di una relazione di identità con lo schema contrattuale, in ragione della natura pubblicistica che – anche nel diritto romano – rivestono le regole sull’organizzazione del processo¹.

¹ In proposito, *ex pluribus*, C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. Il processo formulare*, II, Torino, 1982, 7 ss.

Per altro verso, sembra a questo punto necessario preliminarmente precisare quale fosse il significato della categoria di *actio* nella concezione dei giuristi romani, al fine di individuare il possibile ambito di estrinsecazione della dimensione convenzionale della lite. In proposito, emerge immediatamente la visione spiccatamente sostanzialistica che i *prudentes* adottano nel configurare l'azione come potere di agire a tutela della propria ragione fondata². Pertanto, appare innegabile che i giuristi romani pensassero alla posizione sostanziale con il filtro dell'*actio*, per cui i due aspetti convivono inscindibilmente nella loro maniera di concepire il diritto³. Nell'ottica così delineata, ben si comprende come l'oggetto della gestione negoziale della lite vada in realtà correlato con l'idea di azione in senso sostanziale. Ed in questo senso esso assume una duplice valenza, finendo per afferire sia alle convenzioni incidenti su quello che attualmente si intende come diritto d'azione, sia a quelle relative al procedimento strumentale alla sentenza. In altri termini, la qualificazione come 'processuale' che giungiamo a predicare del negozio giuridico dipende dalla particolare ampiezza che nel diritto romano assume il significato di 'agere', e ricomprende, di conseguenza, non soltanto il profilo strettamente inerente alla gestione della procedura, ma altresì, più ampiamente, l'aspetto della tutela della posizione giuridica controversa.

In questa prospettiva, si giungerà a riconoscere come l'ampio utilizzo di strumenti consensuali nell'ambito del processo romano rappresenti l'espressione dell'operatività di un determinato modello, sulla base del quale lo svolgimento della procedura si presenta come un '*agere cum aliquo*'. In altri termini il processo costituisce essenzialmente l'oggetto di un accordo tra le parti attraverso cui definire i termini della contesa.

2. Il problema del '*pactum de non petendo*'.

Seguendo questo possibile percorso d'indagine, vediamo ora, innanzitutto, in quali termini delimitare la presenza di negozi giuridici processuali nell'esperienza giuridica romana, a partire da alcune figure che si pongono ai confini della categoria. Occorre esaminare, in primo luogo, il problema dell'inquadramento del *pactum de non petendo*, dal momento che anche su questa fattispecie, evocata soprattutto dal Kohler, si sono esercitate le moderne dottrine dei negozi giuridici processuali ed, in particolare, da una corrente di pensiero ascrivibile alla Pandettistica, nella cui area di influenza l'Autore si colloca⁴.

Al riguardo, giova preliminarmente osservare come nell'esperienza giuridica romana il negozio in questione, la cui origine è da collocarsi nell'ambito del diritto onorario, consistesse in una *nuda pactio* mediante la quale il creditore si impegnava a non agire in giudizio per ottenere il pagamento di un debito, ovvero a non avanzare la

² M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 277 ss.

³ Così, quasi testualmente, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 279.

⁴ La tesi favorevole ad un simile inquadramento del negozio è stata sostenuta, specificamente, da J. KOHLER, *Über prozessrechtliche Verträge*, cit., 127 ss. Così pure, sebbene al di fuori delle dottrine in questione, V. M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, cit., 297 ss.

propria pretesa prima di una certa data⁵. L'eventuale violazione del patto poteva essere respinta dalla controparte mediante l'opposizione di una *exceptio pacti conventi*, concessa dal pretore a partire dal I sec. a.C., che comportava l'assoluzione del convenuto. Qualora poi l'eccezione inerisse a *iudicia bonae fidei*, il patto determinava il venir meno *ipso iure* dell'*actio*⁶.

Nel tracciare le coordinate generali della figura, che consentano di valutare la sua eventuale ascrivibilità nell'ambito della categoria del negozio giuridico processuale, sembra utile delineare il profilo dell'efficacia del *pactum*, dal momento che ciò potrebbe fornire un'indicazione in ordine al tipo di effetti che esso produce, e dunque un indizio sul peculiare atteggiarsi dello stesso rispetto al processo. In proposito, occorre ricordare che, nonostante si sia soliti far risalire la compiuta partizione tra *pacta in rem* ed *in personam* al periodo postclassico, la distinzione si basava verosimilmente su «precisi spunti classici»⁷, come sembra emergere dalle fonti, tra le quali può menzionarsi

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.8: *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. in rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam. utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est.*

In sostanza, il frammento – da ritenersi in linea di principio classico nella sua impostazione – mostra la considerazione per l'effettivo intento delle parti, piuttosto che per la sua manifestazione, che Ulpiano ascrive a Pedio. Da quest'ultimo punto di vista, in ciò risiederebbe dunque il criterio con cui distinguere tra *pacta de non petendo in rem*, la cui efficacia estintiva risulta opponibile anche a soggetti diversi dal debitore, e quelli *in personam*, ad efficacia estintiva circoscritta al debitore. Ed invero, nel primo caso non sembravano sussistere dubbi circa l'estensibilità del beneficio del patto anche a soggetti che risultavano connessi da particolari rapporti con la parte⁸. Pertanto, coerentemente con questa logica volontaristica, allo stesso Pedio è riferita la dichiarazione che l'efficacia *in personam* del patto non discende di per sé dal richiamo nello stesso della parte coinvolta, dal momento che la menzione aveva l'unico scopo di individuare il paciscente.

Dunque, la tipologia di effetti che potevano discendere dal *pactum* sembra immediatamente evidenziare non già un carattere processuale di tipo configurativo, ma bensì un'efficacia sostanziale del medesimo di differente ampiezza – circoscritta o generale – a seconda della volontà manifestata dalle parti.

In questo quadro, per capire se il *pactum de non petendo* incidesse essenzialmente sulla posizione sostanziale, con un effetto sostanzialmente analogo a quello della *acceptilatio* – seppure mediante uno strumento più agile e privo del rigoroso rituale

⁵ Il *pactum* poteva colorarsi altresì di differenti contenuti, ma «il suo impegno elettivo è quello per rimettere – o dilazionare – un debito» (in proposito, cfr., testualmente, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 642).

⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 642 s., che precisa come ciò valesse «sia per le *obligationes consensu contractae* che per le *obligationes re contractae* del *ius gentium*» (così, a p. 642).

⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 643.

⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 643.

proprio di quest'ultimo negozio –, ovvero si traducesse in un meccanismo con cui modulare le forme di tutela in giudizio del credito, occorre far riferimento ad un noto passo relativo al patto in questione. Leggiamo, infatti,

Paul. 3 ad ed. D. 2.14.27.2: *Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur. eadem ratione contingit, ne fideiusoribus prius pactum prosit. sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum, non poterit, postea paciscendo ut agere possit, agere: quia et prima actio sublata est et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum. quod et in specie dotis actionis procedere potest. puta pactam mulierem, ut praesenti die dos redderetur, deinde pacisci, ut tempore ei legibus dato dos reddatur: incipiet dos redire ad ius suum. nec dicendum est deteriorem condicionem dotis fieri per pactum: quotiens enim ad ius, quod lex naturae eius tribuit, de dote actio redit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur. haec et Scaevolae nostro placuerunt.*

In sintesi, nel frammento in questione Paolo dapprima afferma che, qualora in seguito ad un *pactum de non petendo* venga successivamente concluso un accordo con il quale si accordi nuovamente la possibilità di agire per la tutela del credito, il primo patto non si estinguerebbe per effetto del secondo, poiché esso non opera *ipso iure*, come invece accadrebbe alla *stipulatio* in forza di una successiva stipulazione. Infatti, per quanto concerne i patti, si versa nel campo della tutela *in factum*, e per questa ragione l'eccezione si neutralizza con una *replicatio*. Solo in determinate ipotesi il *pactum de non petendo* appare idoneo ad estinguere l'azione posta a presidio dell'obbligazione, di modo che questa non possa rivivere in seguito ad un successivo accordo. Si tratta, in particolare, da un lato, dell'*actio iniuriarum* e, dall'altro lato, dei contratti protetti da azione di buona fede, rispetto ai quali l'inserimento nella *formula* della relativa *exceptio* si considerava implicito nel *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*, in cui si sostanzialmente intendeva l'*intentio* dei *bonae fidei iudicia*⁹. Per quanto concerne questi ultimi, dunque, il patto successivo potrebbe costituire il presupposto – al ricorrere dei necessari requisiti – per la sussistenza di un nuovo contratto. Tuttavia, quando, nel caso dei *bonae fidei contractus*, l'accordo si configuri alla stregua di quello che – con terminologia medievale – è stato denominato *pactum ad*

⁹ P. LAMBRINI, *Brevi riflessioni in tema di patti modificativi*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 312 ss., la quale sottolinea che il meccanismo in questione appare – quantomeno sulla base di una parte della giurisprudenza classica – il medesimo che conduce al riconoscimento del principio del *contrarius consensus*, come emerge da Paul. 33 ad ed. D. 18.5.3: *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.*

minuendam obligationem, così modificandola, un patto successivo sarebbe capace di rinnovare il primo contratto nella sua pienezza.

Ebbene, alla base del ragionamento del giurista si colloca la questione dell'efficacia del *pactum de non petendo*, adoperato per rimettere il debito in via informale, che – come abbiamo anticipato – non vale di per sé ad estinguere l'obbligazione, soprattutto qualora questa si configuri come protetta da *iudicium stricti iuris*, ma piuttosto consente di opporre l'accordo remissorio in via di eccezione. Specificamente, si trattava di stabilire la disciplina per il caso in cui le parti avessero successivamente concluso un nuovo accordo informale in forza del quale intendessero ripristinare la possibilità di esigere l'obbligazione. Il giurista severiano riteneva che il patto più recente avesse l'effetto di elidere il precedente *pactum de non petendo*, restituendo pieno vigore all'originaria *obligatio*, nonostante potesse operare esclusivamente come *replicatio*, per neutralizzare in giudizio l'*exceptio pacti conventi* opposta dal debitore¹⁰.

Da quest'ultimo punto di vista, la contrapposizione tra il *pactum* in questione e la *stipulatio* serve al giurista per rimarcare il peculiare modo di operare degli accordi informali in esame: quest'ultimo negozio, qualora abbia ad oggetto l'eliminazione di un'altra stipulazione, comporta un effetto estintivo automatico ed immediato rispetto alla precedente *stipulatio*¹¹.

Proseguendo con la riflessione sulla portata del *pactum de non petendo*, occorre ora soffermarsi su un aspetto relativo al suo inquadramento, in quanto – sulla base di ciò che sinora abbiamo osservato – pare emergere una valenza di carattere essenzialmente 'sostanziale' dell'efficacia del *pactum de non petendo*, in quanto la fattispecie non si configura come strumentale a creare una regola processuale.

Ed invero, sebbene – almeno in relazione alle convenzioni tutelate da *bonae fidei iudicia* – il patto accessorio mostri di riverberarsi immediatamente sulle forme di tutela, nondimeno non è revocabile in dubbio che ciò si traduca in realtà nell'estinzione dell'obbligazione, dal momento che per lo stesso giurista severiano il *pactum conventum* ha estinto l'intera obbligazione.

Del resto, l'assunto trova conferma altresì nella stessa impossibilità di riportare in vita l'obbligazione ormai estinta: appare chiara, dunque, l'efficacia del patto sulla posizione soggettiva coinvolta, così come la sua utilità quale strumento alternativo alla figura dell'*acceptilatio*. In questa prospettiva, in relazione al problema di un possibile inquadramento del *pactum de non petendo sub specie* di una figura di negozio giuridico processuale, sembra si possa concludere nel senso che si tratti piuttosto di un meccanismo che opera attraverso gli strumenti del processo: quindi 'dentro' il processo e non 'sul' processo come organizzazione.

È notevole, invero, la distanza, rimarcata da Paolo, tra il *pactum de non petendo* e la *stipulatio* (*non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem*). A ben vedere, una simile osservazione risulta coerente con il ruolo della *stipulatio* – che, come si vedrà, rappresenta una costante dell'esperienza giuridica romana – quale strumento negoziale strutturalmente duttile che, in forza del suo schema dialogico, può essere riempito di differenti contenuti e trova spazio altresì in funzione strumentale al giudizio,

¹⁰ Sul punto, cfr. P. LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., 305 ss.

¹¹ P. LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., 312 ss.

consentendo in qualche misura di configurare diversi tipi di tutela, mediante l'integrazione consensuale dei relativi presupposti processuali. Il che sembra portare alla luce il differente funzionamento del patto in questione, al quale una valenza funzionale alla creazione di una regola processuale non pare comunque attribuibile.

3. *La convenzione processuale e lo schema della stipulatio: a) l'agere per sponsionem*'.

Dopo aver escluso l'appartenenza alla categoria dei negozi giuridici processuali – in base alla dogmatica di cui qui andiamo ricostruendo – della figura del *pactum de non petendo* (che pure presentava all'apparenza delle caratteristiche per certi versi affini), vediamo ora, innanzitutto, secondo quali modalità operi il meccanismo dell'*agere per sponsionem*, per poi indagare in che termini vi si possa riconoscere una forma di negoziabilità processuale. Ed invero, si avrà modo di chiarire che una funzione sostanzialmente configurativa del rapporto processuale trova in queste ipotesi la propria spiegazione nella circostanza che, per mezzo della *stipulatio*, la posizione giuridica soggettiva fatta valere dall'attore risulta accertata in modo indiretto¹². In buona sostanza, l'analisi della peculiare struttura dello strumento processuale in esame indurrà a riconoscere che, a partire dall'introduzione della *iudicis postulatio*, da cui non può prescindere la sua operatività, esso sembra tradursi essenzialmente in un meccanismo volto all'accertamento di una situazione sostanziale che transita nel processo attraverso la *stipulatio*.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

Incamminandoci lungo questo percorso ricostruttivo, è opportuno muovere dall'esame del primo punto da analizzare, afferente alla ricognizione dei caratteri essenziali del procedimento *per sponsionem*, quale ci è stato tramandato dalle fonti. Specificamente, ad esso fa riferimento Gai 4.93-95.

In proposito, giova immediatamente osservare come si faccia risalire la creazione della figura alle origini dell'età preclassica¹³, dal momento che in quel periodo la giurisprudenza aveva predisposto un meccanismo capace di smorzare la rigidità delle *legis actiones*, attraverso cui si era giunti a configurare di uno strumento alternativo alla *legis actio sacramento in rem*, oltre ad accordare tutela a posizioni soggettive che non risultavano inquadrabili all'interno dello schema di una specifica *legis actio*¹⁴. In questa prospettiva, ad incidere sull'operatività del procedimento *per sponsionem*, rendendolo adatto ad una più proficua tutela, non può che essere intervenuta l'introduzione della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* con le XII Tavole. Ebbene, lo strumento procedurale *per sponsionem* finisce per correlarsi inscindibilmente alla *iudicis postulatio*, creando il presupposto per la sua esperibilità, dal momento che attraverso la promessa effettuata con *sponsio*, condizionata alla fondatezza della situazione soggettiva vantata dalla controparte, si

¹² L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012, 190.

¹³ In questo senso, tra gli altri, si veda G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca, Torino, 1991, 271 ss.

¹⁴ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 271 ss.

rendeva applicabile il *modus agendi* in questione ai fini dell'accertamento indiretto della vicenda sottostante alla stessa stipulazione¹⁵.

Questo chiarimento preliminare consente di introdurre l'analisi dei passi dai quali può trarsi la descrizione dello strumento processuale *per sponsionem*. A tal fine, occorre ricordare

Gai 4.93: *Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO, QUO DE AGITUR, EX IURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dare oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.*

Dal testo gaiano si ricava, in primo luogo, che, successivamente al passaggio dal *lege agere* alle formule, l'*obligatio* fondata sulla *sponsio praeiudicialis* riceveva tutela *per formulas*¹⁶. Specificamente, nel riferire la *formula* adoperata nel procedimento in esame, il giurista mostra immediatamente di intendere la provocazione diretta a prestare la *sponsio*, indirizzata alla controparte, come un meccanismo necessariamente collegato all'accertamento della spettanza di un bene *ex iure Quiritium*: una volta dimostrata l'appartenenza della *res*, ciò determina la soccombenza dell'avversario¹⁷. Il che vale subito ad evidenziare come l'*agere per sponsionem* consenta in realtà di 'eludere' l'azione reale con le sue formalità, per ottenere una tutela che permetta di ottenere il medesimo risultato pratico consistente nell'accertamento circa l'appartenenza del bene. Ed invero, può sin d'ora anticiparsi come questo strumento processuale consentisse, *ab antiquo*, di evitare la forma sacramentale e la prestazione dei *praedes sacramenti*, propria della *legis actio sacramento in rem*¹⁸.

Ulteriormente, il giurista precisa:

¹⁵ In proposito, si veda, in particolare, A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 658 s., il quale ricorda che notoriamente il superamento della farraginoso procedura della *legis actio sacramento in rem* per assicurare tutela al *dominium ex iure Quiritium* è avvenuto prima dell'introduzione della procedura *per formulas*. Pertanto, in questo contesto, le controversie sulla proprietà venivano affrontate «con l'espedito della utilizzazione della *sponsio* e della conseguente *legis actio per iudicis postulationem*: sistema della c.d. '*legis actio per sponsionem*'» (testualmente, a p. 658 s.). Circa la genesi del procedimento, A.M. GIOMARO, '*Agere per sponsionem*': dal procedimento interdittale al procedimento 'in rem', in *Studi urbinati*, XLIII, 1990-91, 197 ss. (e specialmente 228 ss.) rileva che «taluni aspetti dello stesso, e principalmente l'uso di un istituto obbligatorio qual'è la *sponsio*, ne fanno un fenomeno antichissimo, mentre certe affinità col rito *per sacramentum* inducono a ritenere che possa essersi originato nel periodo delle *legis actiones*, forse in relazione col sorgere della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, che l'avrebbe ispirato» (così, a p. 228).

¹⁶ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le 'legis actiones'*, Roma, 1961-62, 357 ss.

¹⁷ A.M. GIOMARO, '*Agere per sponsionem*', cit., 197 ss. (e specialmente 219 ss.), la quale evidenzia che «il giurista precisa anche in questo caso che la vittoria risulterà subordinata ad un'attività di verifica sostanzialmente *in rem*, analoga a quella espressa per il procedimento interdittale» (testualmente, a p. 220).

¹⁸ Si veda, in proposito, G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 357 ss.

Gai 4.94: *Non tamen haec summa sponsionis exigitur: non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur; unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur. ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS VINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, quod olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes.*

In buona sostanza, il brano mostra chiaramente la pregiudizialità logica e cronologica della promessa rispetto al susseguente accertamento contenuto nel procedimento *in rem per sponsionem*. In questa prospettiva, si può argomentare dallo stesso per cogliere come venga qui in evidenza la peculiare forma indiretta in cui si esprime la *res iudicata* – con un accertamento che può dirsi indiretto in quanto immediatamente incentrato sulla tutela del credito da *sponsio*, ma mediatamente rivolto ad un ulteriore risultato processuale – dal momento che la pronuncia che decide circa la spettanza della *summa sponsionis* non è titolo per la sua effettiva riscossione, ma piuttosto essa rileva per l'implicita statuizione circa l'appartenenza del *dominium ex iure Quiritium* del bene controverso al creditore *ex sponsione*¹⁹. Invero, questo aspetto ben si desume dall'affermazione del giurista per cui *et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur*, costituendo l'accertamento sulla spettanza del bene la sola ragione del giudizio fondato sulla *sponsio*²⁰. Ed è allora questo il motivo per cui il negozio assume una valenza non già penale, ma bensì – sebbene forse non originariamente – pregiudiziale, non contemplando appunto la riscossione della somma²¹.

Nel concludere la descrizione dell'istituto, Gaio ricorda poi come, anche in seguito all'istituzione del processo *per formulas*, l'introduzione *per sponsionem* del rito centumvirale continuasse a necessitare del procedimento del *lege agere*²², così rilevando:

Gai 4.95: *Ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provocamus; eaque sponsio sestertiorum CXXV nummorum fieri solet (?) propter legem Crepereiam.*

In proposito, occorre rilevare che dal testo emerge la circostanza che la *summa sponsionis* – la quale normalmente veniva determinata dalle parti – risulta fissata dalla *lex Crepereia* al valore di 125 assi, in relazione alle sole ipotesi in cui venissero aditi i centumviri, il che però di regola poteva realizzarsi soltanto successivamente al *sacramentum*²³. A ben vedere, questo elemento sembrerebbe implicare che inizialmente il negozio in questione si configurasse come una *sponsio poenalis*, per poi trasformarsi successivamente in *sponsio praeiudicialis*, dal momento che non si procedeva più alla riscossione della somma²⁴.

¹⁹ G. GULINA, *Contributo allo studio della 'satisfatio pro praede litis et vindiciarum'*, in *AUPA*, LVI, 2013, 65 ss.

²⁰ G. GULINA, *Contributo*, cit., 65 ss.

²¹ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 357 ss.

²² *Ex pluribus*, G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 362 s. e G. GULINA, *Contributo*, cit., 65 ss.

²³ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 363.

²⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 444 s.

Una volta chiariti questi aspetti, senza addentrarsi nel merito degli orientamenti contrastanti²⁵ circa la questione inerente alla possibilità di ricostruire il procedimento *per sponsionem* quale punto di connessione tra *legis actiones* e *formulae*, giova considerare come dai passi riportati sembri di potersi trarre qualche indicazione per una ricostruzione di questo strumento, nella prospettiva del riconoscimento della sua funzione strutturalmente configurativa del processo.

Al riguardo, occorre innanzitutto ricordare come l'*agere per sponsionem* abbia trovato la propria estrinsecazione nello schema per cui il convenuto prometteva con *sponsio* una somma di denaro, sotto la condizione che una determinata pretesa dell'attore si rivelasse fondata²⁶. Come è noto, la somma promessa poteva assumere due distinte configurazioni, dal momento che, se *poenalis*, veniva ad impegnare entrambi i contendenti²⁷, costituendo una pena per la parte soccombente, che, di conseguenza, doveva poi corrisponderla. Per altro verso, essa poteva altresì configurarsi esclusivamente come *praeiudicialis*. In questo caso era solamente il convenuto a doverla promettere, ed allo stesso, sebbene soccombente, progressivamente è stato concesso di non pagarla²⁸. Da questo punto di vista, sembra oramai acclarato che il procedimento cronologicamente anteriore era certamente quello *cum poena*, secondo quanto si desume dalla circostanza che anche in seguito esso è rimasto il solo utilizzabile per poter azionare gli *interdicta prohibitoria*, i quali tra gli interdetti rappresentano la fattispecie maggiormente risalente²⁹. E nondimeno, è alla *sponsio praeiudicialis* che si faceva ricorso per la tutela dell'appartenenza a favore del «*dominus* civilistico spossessato della cosa»³⁰, ottenendo una promessa sulla base della quale instaurare la *iudicis postulatio*, il cui procedimento poteva trovare soluzione indipendentemente dalla corresponsione della *summa sacramenti*, che importava un aggravio non insignificante³¹.

²⁵ Per la tesi minoritaria, favorevole a configurare l'*agere per sponsionem* quale strumento di transizione verso il procedimento *per formulas*, si veda R. MARTINI, *Sponsio e processo formulare (su spunti di G. Scherillo)*, in G. Scherillo, *Atti del convegno*, Milano, 1994, 115 ss.; non vidi, cit. da A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 658. nt. 51.2.1. La tesi contraria è sostenuta da G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 359, il quale obiettava alla tesi dello Scherillo, condivisa dal Martini, che la procedura dell'*agere per sponsionem*, nella sua forma *in rem*, «cominciò ad essere praticata quando il processo *per legis actiones* era ancora in pieno vigore» (così, a p. 359), dal momento che sarebbe da collocarsi cronologicamente tra la fine del III e l'inizio del II Secolo a.C. Per questa ragione, essa non rappresentò «un ponte di passaggio dalle *legis actiones* alle formule, poiché la sua origine si colloca anteriormente al momento del passaggio dall'una all'altra procedura significa inoltre che l'*obligatio* sorta dalla *sponsio* venne fatta valere mediante una delle *legis actiones* contenziose *in personam* esperibili: la *iudicis postulatio*, innanzi tutto, e la *legis actio sacramento in personam*, come *actio generalis*, poi anche, verosimilmente, la *condictio*» (testualmente, a p. 359). Sulla stessa linea di pensiero si colloca altresì M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 28 ss. (e soprattutto, 30, nt. 203).

²⁶ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 271 ss.

²⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 348 s., il quale precisa che «de due stipulazioni erano chiamate *sponsio et restipulatio*» (così, a p. 348).

²⁸ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 271 ss.

²⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 348 s.

³⁰ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 659.

³¹ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 658 s.

In proposito, giova dunque ricordare come – sulla base di questo schema – l'attore non fosse tenuto a compiere la *vindicatio*, ma piuttosto ingiungesse alla controparte di porre in essere una *sponsio*, condizionandola alla veridicità del fatto menzionato nella promessa (ad es., la proprietà di uno schiavo), alla quale l'avversario non poteva sottrarsi senza subire conseguenze svantaggiose³². Nella fase successiva, una volta realizzata la *sponsio* ed accordata la *satisfactio*, diventava possibile per l'attore esperire la *legis actio per iudicis postulationem* nei confronti della controparte, tutela che assumeva la veste di un'azione *in personam* ed aveva a fondamento proprio i crediti da *sponsio*. In questo caso al *iudex* competeva un accertamento pregiudiziale sulla sussistenza del dominio quiritario vantato, al fine di determinare se la somma in questione fosse dovuta³³. Qualora i fatti oggetto dell'accertamento venissero riconosciuti come effettivamente sussistenti, ciò si traduceva nella condanna del convenuto alla *summa sponsionis*, la quale tuttavia normalmente non veniva riscossa oppure conseguiva alla soccombenza come sanzione³⁴. Ed invero, quel che rilevava era piuttosto la conclusione della procedura con l'accertamento circa la spettanza effettiva del bene controverso³⁵.

In questa prospettiva, la valenza configurativa del rapporto processuale cui appare idoneo il meccanismo della *sponsio* affiora dunque dal suo operare in connessione con una *legis actio*, indirizzandone il funzionamento per conseguire un risultato altrimenti direttamente ottenibile soltanto con l'*agere sacramento in rem*, come traspare da un famosissimo passo dove Gaio, nel descrivere una nuova tipologia di azione dichiarativa, riferisce circa il formulario del procedimento *per iudicis arbitrive postulationem*. In particolare, egli così si esprime:

Gai 4.17a: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO: ID POSTULO AIAS AN NEGES. adversarius dicebat non oportere. actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM SIVE ARBITRUM POSTULO UTI DES. itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi dividenda ageretur. itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.*

Per quel che qui rileva, in particolare, occorre osservare come dal passo in esame emerga che, secondo un *carmen* decemvirale, si agiva con la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* per la tutela dei crediti generati da una *sponsio*³⁶. Il che sembra evidenziare

³² G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 271 ss. e *Il processo*, cit., 362 ss., il quale considera come le fonti tacciano circa le modalità di coercizione del convenuto renitente al compimento della *stipulatio praeiudicialis*, ritenendo verosimile che tale contegno ricevesse un trattamento analogo a quello che nel processo formulare dava luogo ad un *rem non defendere*, con il conseguente spossessamento.

³³ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 271 ss.

³⁴ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 271 ss.

³⁵ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 658 s.

³⁶ C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, Torino, 2008, 38 ss., il quale ricorda come la *legis actio per iudicis postulationem* si fondi espressamente su una precedente

ulteriormente come il negozio in questione valesse a consentire una più funzionale tutela civile di differenti situazioni soggettive attraverso la *iudicis postulatio*, soprattutto di quelle di più ardua definizione per mezzo della più antica *legis actio sacramento in rem*, che può così essere ‘surrogata’, per la via sinora individuata, da un’azione *in personam*. Inoltre, assume precipuo rilievo l’affermazione per la quale, nell’esercizio di questo *modus agendi*, chiunque poteva negare la fondatezza dell’altrui pretesa senza il rischio di incorrere in una pena. A ben vedere, questo dato mostra chiaramente la natura pregiudiziale piuttosto che penale della *sponsio* che consente di esperire la procedura *per iudicis postulationem*. Per questa ragione, la struttura della procedura in questione si presenta come particolarmente funzionale ad una seppur indiretta tutela accertativa, in forza della specifica configurazione ad esso impressa dall’*agere per sponsionem*.

Ed invero, come un’autorevole dottrina³⁷ ha puntualmente sottolineato, «essenzialmente i litiganti si valsero del procedimento *per sponsionem* per riformare nella tecnica processuale e in certi presupposti sostanziali la tutela già fornita dalla *legis actio sacramento in rem*, la quale ultima fu affiancata, non sostituita, dal nuovo mezzo»³⁸. In questa logica, ad accedere al meccanismo incentrato sulla *sponsio praeiudicialis*, le parti potevano ottenere diversi effetti vantaggiosi.

In particolare, veniva in considerazione innanzitutto il risultato di eludere le formalità proprie delle più antiche *legis actiones*, le quali «costituivano relitti dell’antica difesa privata»³⁹, oltre ad aggirare, agendo con la *iudicis postulatio*, la loro superstita veste religiosa rappresentata dal *sacramentum*⁴⁰.

In secondo luogo, aveva importanza ai fini della gestione del processo la sostituzione degli antecedenti *praedes*, che comportavano un vincolo di immediata soggezione alla potestà della parte avversaria. Infatti, ad essi subentravano così gli *sponsores* della *cautio pro praede litis et vindiciarum*, sui quali gravava un più attuale vincolo obbligatorio accanto a quello del possessore medesimo⁴¹.

Infine, il meccanismo procedimentale in questione rappresentava un notevole progresso rispetto al procedimento della *legis actio sacramento in rem*, dal momento che, da un lato, quest’ultimo imponeva ad entrambe le parti indistintamente l’onere di provare il fondamento della propria ragione e, dall’altro lato, il possesso come situazione fattuale non riceveva alcuna tutela, poiché il magistrato ordinava ai litiganti di privarsene, al fine di assegnare in via interinale il bene alla parte che presumibilmente sarebbe risultata vittoriosa ovvero che presentasse maggiori garanzie di restituzione. Viceversa, mediante

sponsio. Ed invero, in questa ipotesi, l’attore «invoca il proprio credito, cioè la sua titolarità attiva del rapporto obbligatorio (*te mihi dare oportere*) ‘nominata causa’, cioè “menzionando(ne) il fondamento”, vale a dire – trattandosi di un’azione nella quale l’attore avanza una pretesa creditoria – menzionando la fonte del rapporto obbligatorio dedotto in giudizio» (così, a p. 41).

³⁷ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 357 ss.

³⁸ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 360, che ha cura di precisare appunto come l’utilizzo della *sponsio praeiudicialis* per assicurare la tutela di rapporti nuovi non rientranti nell’ambito di applicabilità della *legis actio sacramento in rem* avesse tutto sommato «una portata marginale» (in questi termini, a p. 360) rispetto alla funzione configurativa e semplificatoria della tutela processuale comunque esperibile.

³⁹ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 360.

⁴⁰ Così, quasi testualmente, G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 360.

⁴¹ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 360.

il procedimento *per sponsionem* acquisì rilevanza la differenziazione del ruolo dell'attore da quello del convenuto, competendo al primo dimostrare di essere titolare della situazione fatta valere in giudizio. Invero, ciò risulta dalla circostanza che la *sponsio* appariva connessa all'accertamento sull'appartenenza del bene controverso a colui che si faceva promettere la *summa sponsionis*; pertanto, il processo avrebbe visto il prevalere dell'attore esclusivamente se questi fosse riuscito a provare che la cosa gli apparteneva, come si evince in Gai 4.93⁴². Oltre a ciò, lo strumento processuale in esame comportava in modo innovativo l'attribuzione di una valenza giuridica al possesso, dal momento che il possessore convenuto in giudizio conservava il possesso iniziale e non lo perdeva durante il processo sino alla eventuale sconfitta giudiziale, quando diventava operativa la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*⁴³.

In questo quadro, sembra peraltro utile considerare come il meccanismo in questione abbia rappresentato anche in seguito, nel passaggio verso la *formula petitoria*⁴⁴, un meccanismo configurativo connesso alla predisposizione di un processo, finendo per tradursi in uno strumento di attuazione dei mezzi ausiliari dello stesso procedimento formulare, tra i quali permangono gli *interdicta*, quale fenomeno di lunga tradizione⁴⁵. In particolare, questi ultimi si traducevano in un ordine impartito dal pretore su richiesta di un interessato, con il quale si impone ad un altro soggetto di assumere una determinata condotta, senza che fosse necessario verificare la sussistenza dei presupposti fattuali, ma esclusivamente la circostanza che il provvedimento in questione corrispondesse ad una delle fattispecie contemplate dall'editto⁴⁶. Ed allora, nell'ipotesi in cui il destinatario dell'interdetto esibitorio o restitutorio non intendesse richiedere la *formula arbitraria*, al fine di verificare la fondatezza del provvedimento, e non ottemperasse allo stesso, all'attore – come in tutti gli interdetti proibitori – non restava che domandare l'accertamento, nell'ambito del procedimento *per sponsionem*, della legittimità dell'interdetto, allegando l'inosservanza dell'ordine pretorio⁴⁷.

Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per evidenziare come anche nella tutela interdittale il procedimento incentrato sulla *sponsio* consenta di ampliare le possibilità di tutela e la sua effettività⁴⁸.

⁴² G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 360 ss. Similmente, A.M. GIOMARO, 'Agere per sponsionem', cit., 197 ss. (ed *amplius* 219 ss.), che, circa il procedimento interdittale di cui tratta il testo lacunoso del manoscritto veronese, nel passo 4,165, rileva come il giurista abbia riguardo «alla struttura della *sponsio* ed alle necessità probatorie che ne derivano» (così, a p. 221). In quest'ordine di idee, l'A. evidenzia che anche in quest'ipotesi, «come a proposito dell'agere in rem per sponsionem ... il giurista doveva qui dire che la *sponsio* è una *sponsio* condizionata dalle circostanze relative al rapporto sostanziale oggetto dell'ordine interdittale» (in questi termini, a p. 221); pertanto, l'obbligo sorgerà «solo nel momento in cui sarà provato il buon diritto ... dell'attore» (così, a p. 221).

⁴³ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 360 ss.

⁴⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 444 s.

⁴⁵ In argomento si veda A.M. GIOMARO, 'Agere per sponsionem', cit., 197 ss. (ed *amplius* 219 ss.), circa le affinità strutturali della *sponsio* e del relativo onere probatorio del procedimento interdittale rispetto all'omologa figura su cui si incentra la procedura dell'agere per sponsionem.

⁴⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 345 ss.

⁴⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 348 s.

⁴⁸ A.M. GIOMARO, 'Agere per sponsionem', cit., 197 ss. (ed *amplius* 228 ss.).

Ma torniamo al problema inerente al ruolo della *stipulatio* nell'ambito del procedimento *per sponsionem*, quando – a seguito dell'introduzione della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, nel periodo intermedio che segna la progressione verso il procedimento formulare⁴⁹ – quest'ultimo «serviva a sostituire la *legis actio sacramento in rem*, che era il suo impiego probabilmente più antico e risultò anche il più duraturo»⁵⁰.

Invero, in questa prospettiva, assume preminente importanza la circostanza che la reale natura della pronuncia risiedeva nell'accertamento relativo alla spettanza o meno all'attore della proprietà della cosa. Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per affermare che può riconoscersi la logica sottostante al meccanismo dell'*agere per sponsionem* nell'utilizzo configurativo del processo al fine di conseguire una migliore e maggiormente effettiva tutela giurisdizionale attraverso una più confacente gestione del processo come organizzazione. In altri termini, quel che sembra emergere da questa ricostruzione è che la *sponsio* sembra integrare, con le categorie sinora tratteggiate, una fattispecie di negozio giuridico processuale in quanto essenzialmente idonea a «riformare nella tecnica processuale ed in certi presupposti sostanziali la tutela già fornita»⁵¹, attraverso una traslazione di significato del tipo di azione esperita, incidendo così sul rapporto processuale con una specifica regolazione.

Ad orientarsi in quest'ordine di idee, infatti, il richiamo al negozio configurativo del processo imporrebbe di attribuire rilievo alla considerazione per cui la *sponsio* «era istituto antichissimo, che per la sua accessorietà poteva essere usato a rafforzare una preesistente situazione, *in rem* o *in personam*, e che per la sua astrattezza poteva essere impiegata ad adattarsi a qualsiasi rapporto precedente»⁵². Del resto, nella procedura in esame, appare evidente come l'azione esperita sulla base dell'efficacia della *sponsio* manifesti in realtà un'iniziativa della parte volta ad accertare l'esistenza del *dominium ex iure Quiritium* sulla *res*⁵³. Ed allora è questa la ragione per cui occorre riconoscere come l'*actio certi* formulare abbia una funzione pratica configurativa sottostante a quella condannatoria, nonostante si presenti formalmente come un'azione di condanna al pagamento di quel che è stato promesso⁵⁴.

In questo quadro, a testimoniare la pur dibattuta⁵⁵ portata generale del procedimento in questione, sembra assumere rilievo un oscuro passaggio di Gaio nell'ambito di un celebre testo,

⁴⁹ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 360 ss.

⁵⁰ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 272.

⁵¹ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 360.

⁵² A.M. GIOMARO, '*Agere per sponsionem*', cit., 197 ss. (ed *amplius* 228 ss.), che trae le proprie argomentazioni da Gai 3.176: *Praeterea novatione tollitur obligatio veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim: nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur, veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; quo casu rem amitto: nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero: nam tunc <prior> proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuissem.*

⁵³ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 658 s.

⁵⁴ È quanto si ricava dalla ricostruzione di G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 271 ss.

⁵⁵ In un'ottica favorevole a questa opzione interpretativa, R. MARTINI, *Sponsio*, cit., 115 ss., il quale rileva come, per un verso, ogni pretesa avente un oggetto indeterminato o comunque di problematica determinazione, per mezzo della *sponsio* «avrebbe potuto essere trasformata in una

Gai 4.1: <Superest, ut de actionibus loquamur. et si quaeramus,> (?) quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam. nam qui IIII esse dixerunt ex sponsionum generibus, non animadverterunt quasdam species actionum inter genera se rettulisse.

Per il giurista non sarebbe condivisibile la ricostruzione operata da chi predica una quadripartizione delle azioni in luogo della *summa divisio* tra azioni *in rem* ed azioni *in personam*, essendo quest'ultima la soluzione da preferirsi in relazione ad un tema comunque controverso⁵⁶. In particolare, la tesi avversata sarebbe fondata sull'erronea deduzione delle tipologie delle azioni – che invece risulterebbero interamente ascrivibili nelle due categorie individuate – *ex sponsionum generibus*.

In buona sostanza, pur nell'oscurità del significato della locuzione adoperata, dal contesto sembra emergere l'ampia portata applicativa del procedimento *per sponsionem*⁵⁷. Specificamente, l'assunto trova conferma nella distinzione in *genera* di una categoria che, in quanto chiaramente identificabile nonostante la sua articolazione interna ed in quanto contraddistinta, dunque, da una certa varietà nelle sue forme di manifestazione, non può non aver avuto un'ampia forza espansiva. Per di più, per quel che qui rileva, appare non privo di significato il collegamento comunque delineato tra azioni e *genera sponsionum*, che, per quanto dal testo non risulti prospettato come un valido criterio classificatorio, nondimeno parrebbe delineare la notevole capacità del negozio stipulatorio di tradursi in forme processuali funzionalmente configurate nella prospettiva di una più congeniale tutela. A ben vedere, l'opzione ricostruttiva che riconnette la quadripartizione in esame alle utilizzazioni processuali delle *sponsiones* sembra collimare con i riferimenti rinvenibili nelle altre fonti, ed in particolare rappresenta un dato ricorrente nelle *Institutiones* di Gaio, secondo quanto si evince dai passi sinora esaminati⁵⁸.

“pretesa su una *res certa* e quindi essere portata davanti al giudice delle *legis actiones*”. Per altro verso, anche le *sponsiones* stragiudiziali potevano talvolta avere come proprio esito la richiesta al pretore di un giudice. La tesi risulta altresì condivisa da G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 358, nt. 241, il quale riconosce che «la vastità e l'importanza del campo di applicazione, che la *sponsio* ebbe in un certo momento storico, sono testimoniate da quanto Gaio 4,1 ci dice intorno alla classificazione delle azioni proposta da alcuni giuristi da lui criticati» (testualmente, a p. 358, nt. 241), i quali operavano una quadripartizione di «altrettanti *sponsionum genera*» (così, a p. 358, nt. 241). Contra: M. TALAMANCA, *Processo*, cit., 28 ss., secondo cui sarebbe del tutto arbitrario unificare «fattispecie in cui la *sponsio* ha punti di rilevanza del tutto differenziati o, addirittura, non viene neppure nominata» (così, a p. 30, nt. 203).

⁵⁶ In proposito, F.M. SILLA, *Sulla distinzione gaiana tra 'actio in rem' ed 'actio in personam'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, 9 ss. (e soprattutto, 11 ss.).

⁵⁷ G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 358, nt. 241.

⁵⁸ Questo profilo viene analizzato problematicamente da F. GNOLI, *Spunti critici sull'interpretazione di Gai 4.1*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, Milano, 1972, 67, ss., il quale mostra di condividere l'impostazione che vede nella *sponsio* un «elemento necessario del processo privato romano in una certa fase della sua evoluzione verso le forme documentateci da Gaio e dalla giurisprudenza classica». In questa prospettiva, la connessione dell'istituto con l'area processuale emerge altresì dalla circostanza che il termine '*sponsio*' si rinviene nelle Istituzioni soltanto nella *pars de actionibus*. Specificamente, l'A. fa riferimento a 4.91-95, «in cui la *sponsio* è presentata come mezzo per impostare una procedura autonoma ... apparentemente concorrenziale alla *rei*

Siamo ora in grado di tirare le fila di questo discorso, e di evidenziare alcuni possibili approdi esegetici dell'opzione interpretativa suggerita.

Ebbene, sulla base di quanto sinora osservato emerge con sufficiente nitidezza come lo schema del negozio obbligatorio incentrato sulla stessa *stipulatio* evidenzia una caratterizzazione in termini di estrema duttilità, dal momento che la struttura dialogica⁵⁹ dello strumento permette di colorare un'azione basata su un *certum dare oportere ex sponsione* di differenti contenuti, più efficacemente veicolati attraverso la *legis actio per iudicis postulationem*⁶⁰ e, successivamente, con la tutela *per conditionem*. A ben vedere, come è stato esattamente posto in evidenza da autorevole dottrina, la flessibilità dello strumento negoziale in esame discende dal fatto che esso non appare strutturalmente correlato ad uno specifico affare. Piuttosto, come è stato esattamente rilevato⁶¹, «la *sponsio* si presentava come un atto giuridico astratto, tanto nella sua forma, perché la forma corrispondeva alla promessa di una certa prestazione, ma non vi veniva specificato lo scopo in funzione del quale le parti volessero il sorgere di quell'obbligazione, quanto nella sua sostanza, perché lo scopo economico perseguito dalle parti non aveva rilevanza alcuna in ordine alla validità e all'efficacia dell'atto»⁶². Per di più, implicando la promessa

vindicatio formulare» (con queste esatte espressioni, a p. 90), a 4.17a, laddove «nel c.d. *agere in rem per sponsionem* essa svolge una funzione assolutamente pregiudiziale» (testualmente, a p. 90), mentre «in tutti gli altri luoghi del quarto commentario ... compare con una funzione spiccatamente penale ed è accompagnata da *restipulatio*» (così, a p. 90). Tuttavia, «nella sua applicazione interdittale (4.141; 165-170) essa sembra ricoprire anche una funzione pregiudiziale, dovendo servire a impostare il *iudicium ex interdicto*» (in questi termini, a p. 90). Si sofferma sulla questione anche M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana* LXXXIV-LXXXV-LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla 'sponsio' nel processo romano, in *Testimonium amicitiae. Studi in onore di F. Pastori*, Milano, 1992, 97 ss.

⁵⁹ C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., 9 ss. (e soprattutto 22 s.), il quale sottolinea che «il carattere dialogico della forma orale corrisponde all'idea che il formarsi dell'obbligazione da *stipulatio* è fatto dipendere dal consenso, cioè da un accordo delle parti Quando il giurista Pedio affermerà, nel I sec. d.C., che «la *stipulatio* che ha luogo *verbis* ... è nulla se non comprende il consenso (delle parti)», riaffermava solo in modo elegante – come si esprimeva Ulpiano citandolo – un connotato del negozio che gli apparteneva fin dalla sua origine» (testualmente, a p. 22). In questo quadro, rappresenta senz'altro un naturale portato dell'indispensabile requisito del consenso la circostanza che, in un'ottica romanistica, «il criterio fondamentale per l'interpretazione del negozio stipulatorio consistette nella ricerca e nella considerazione dell'*id quod actum est*, e cioè dell'affare che le parti, concludendo la *stipulatio* stessa, avevano inteso gestire» (in questi termini, a p. 23).

⁶⁰ C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., 38 ss., il quale, ricorda come «la giurisprudenza pontificale romana introdusse nel patrimonio concettuale del diritto civile la nozione di obbligazione, individuando nella *sponsio* la sua fonte e creando la *legis actio per iudicis postulationem* per la sua sanzione» (così, a p. 38). In questo contesto non esistevano «azioni che potessero essere esperite *non nominata causa*» (testualmente, a p. 41 s.). Muovendo dalla riflessione sul passo Gai 4.19, l'A. nondimeno precisa come successivamente fu istituita la *legis actio per conditionem*, «dalla legge Silia per i crediti di somme determinate di denaro e dalla legge Calpurnia per tutti i crediti di *certa res*». Attraverso questo sistema, si giunge dunque a configurare un'azione astratta, «per la sua struttura processuale idonea ad essere impiegata per la sanzione di un rapporto obbligatorio indipendentemente dall'identità della sua fonte».

⁶¹ C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., 9 ss. (e soprattutto 22 ss.).

⁶² C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., 26.

consensuale stipulatoria il sorgere di un obbligo a carico di una sola delle parti, assume rilievo la circostanza che una semplice obbligazione così configurata normalmente trova la propria ragion d'essere soltanto se si attribuisce rilievo alla più complessa vicenda in cui si inserisce⁶³.

Il che non può che indurre a considerare come l'utilizzo della *stipulatio* ai fini processuali abbia assunto, per la sua peculiare configurazione, una notevole rilevanza nell'esperienza giuridica romana. In questa prospettiva, ciò risulta coerente – come meglio si avrà modo di approfondire in seguito – con la connessione stabilita dal passo di Ulpiano 29 *ad ed.* D. 15.1.3.11 tra la *stipulatio* e la *litis contestatio* quale modello di negozio giuridico processuale. Ebbene, nel quadro che progressivamente emerge pare arduo non riconoscere la correttezza dogmatica di un'opzione ricostruttiva volta ad adoperare la categoria generale di contratto quale base concettuale per la comprensione del fenomeno del negozio giuridico processuale, con evidenti riscontri nell'ambito del diritto romano. In buona sostanza, può sin d'ora anticiparsi come assuma rilievo qui la circostanza che la *stipulatio* – nelle sue molteplici sfaccettature, incidenti anche su profili processuali – va intesa nelle sue applicazioni processuali quale *nomen contractus*, ossia come modello contrattuale di atto strutturalmente bilaterale in cui la convenzione è insita ed ineludibile come in qualsiasi figura di *obligatio contracta*.

4. *Segue. b) Le 'stipulationes praetoriae'.*

Altro campo in cui lo strumento della *stipulatio* mostra la propria flessibilità nell'assurgere a schema negoziale dalle molteplici applicazioni anche in sede processuale è quello delle *stipulationes praetoriae*.

Ebbene, se si valorizzano alcuni dati emergenti dalle fonti romane che descrivono quest'ultima figura – con specifico riferimento alle stipulazioni *cautionales* e *iudiciales* – potrà riconoscersi come la terminologia utilizzata costituisca un indice della possibilità di adoperare la procedura in questione al fine di configurare una regola del processo. Ciò consentirà, infatti, di attribuire alla oramai ammessa struttura obbligatoria e consensuale delle *stipulationes praetoriae*⁶⁴ un più preciso significato in un'ottica di 'negozialità processuale', in ragione della loro idoneità a «fondare obblighi delle parti nel processo e fuori del processo»⁶⁵.

⁶³ C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., 22 ss. (e soprattutto 26 s.).

⁶⁴ Sul punto, cfr. F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 218 ss., il quale nondimeno – nel sottolineare come occorra evitare di sovrapporre concettualmente «la *stipulatio* con l'*actio*, con il *iudicium*» (così, a p. 219) – sostiene che, mentre «l'azione ha per suo presupposto l'esistenza di un diritto, o quanto meno una dichiarazione del pretore che riconosce meritevole di tutela un determinato rapporto, la stipulazione non ha nulla dietro di sé: essa è la fonte di un nuovo diritto, in quanto tende a far sorgere obblighi che l'ordinamento giuridico non è riuscito a tutelare direttamente» (in questi termini, a p. 219).

⁶⁵ Così F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 218, che evidenzia come «il carattere più eminente delle stipulazioni pretorie è quello di creare con il concorso della volontà privata, col volontario assoggettamento delle parti all'assunzione dell'obbligo, un rapporto giuridico nuovo» (testualmente, a p. 219).

Pare opportuno preliminarmente tratteggiare i caratteri della figura per riconoscere la sua strumentalità – nell'ipotesi in cui risulti funzionale ad un processo – rispetto ad un peculiare atteggiarsi della regolamentazione del procedimento medesimo.

In proposito, giova innanzitutto osservare come riguardo alle *stipulationes praetoriae* – che pure indubbiamente presentano degli elementi comuni ed appaiono contraddistinte da una loro specifica funzione latamente cautelare⁶⁶ – risulti controversa la stessa possibilità di riconduzione ad una categoria unitaria, dal momento che ogni figura ad essa ascrivibile avrebbe una sua specifica natura, influenzata dal tempo della sua affermazione, dal suo profilo strutturale, dallo scopo pratico cui era di volta in volta destinata⁶⁷.

Nondimeno, sembra possibile muovere da alcune considerazioni.

Orbene, sembra utile, in prima battuta, rilevare come la figura in esame paia avere origini alquanto risalenti nel tempo⁶⁸: anche in questo caso, come per il procedimento *per sponsionem*, la posizione giuridica che nasceva dalla stipulazione poteva trovare protezione già nel sistema delle *legis actiones* con la *iudicis postulatio* o con la *condictio*, potendo dunque prescindere (purché si deducesse un *certum*) eventualmente dall'organizzazione di processi formulari tra cittadini⁶⁹.

In epoca classica con ogni probabilità sussistevano essenzialmente due tipologie di stipulazioni pretorie⁷⁰. Ci si riferisce, in particolare, per un verso, alle *stipulationes iudiciales*, la cui funzione si estrinsecava nell'assicurare un migliore e più efficiente svolgimento di un processo nel quale si immettevano, tra le quali possono annoverarsi la *cautio vadimonium sisti*⁷¹ e la *satisfatio iudicatum solvi*⁷². Per altro verso, si ha riguardo alle *stipulationes cautionales*, *stricto sensu* intese – quale, ad esempio, la *cautio damni infecti* – portatrici di un'autonoma funzione processuale e cautelare⁷³.

⁶⁶ A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle 'stipulationes praetoriae'*, Napoli, 1960, 1 ss. Invero, si legge nelle fonti: Ulp. 70 *ad. ed. D* 46.5.1.4.: *Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse...*

⁶⁷ A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 1 ss.

⁶⁸ Sul punto, A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 11 ss. non manca di considerare come «la scienza romanistica [si sia] profondamente divisa sull'origine preebuzia delle *stipulationes praetoriae*». In questo quadro, secondo l'A., sarebbe «del tutto legittimo supporre che le prime manifestazioni del procedimento cauzionale si siano andate plasmando sui modelli già acquisiti dalla prassi ... la [cui] recezione edittale ... segna quasi sempre il passaggio tra la stipulazione prestata volontariamente e quella di contenuto analogo imposta dal magistrato» (così, 13 s.). Al riguardo, cfr. F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 118 ss., che mostra qualche perplessità riguardo alla tesi secondo cui la genesi delle stipulazioni pretorie non potrebbe che collocarsi in un periodo di gran lunga posteriore rispetto al formarsi della categoria concettuale dell'obbligazione contrattuale, sulla base della quale le figure di cauzioni più risalenti sarebbero la *sponsio* e la *restipulatio tertiae partis*, immediatamente anteriori alla *lex Aebutia*. Ed invero, secondo l'A., «anche ammettendo che la *stipulatio* pretoria sia modellata sullo schema dell'obbligazione contrattuale, da ciò non può affatto dedursi che essa abbia un'origine recente, perché l'*obligatio* verbale tipica, la *stipulatio* nelle forme della *sponsio*, era già nota nell'età delle XII tavole» (in questi termini, a p. 119).

⁶⁹ Così, quasi testualmente, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 349.

⁷⁰ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 238, nt. 12.4.

⁷¹ O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 80 ss.

⁷² O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 415 ss.

⁷³ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 238, nt. 12.4.

Successivamente, nel periodo postclassico, è stata enucleata «una terza e ambigua categoria»⁷⁴ rappresentata dalle *stipulationes communes*, configurata – come si legge in D. 46.5.1pr-4⁷⁵ – *iudicio sistendi causa*⁷⁶. Ed invero, sembra assumere una valenza descrittiva l'affermazione del giureconsulto, con ogni probabilità non immune da interpolazioni⁷⁷, quando chiarisce

Ulp. 70 *ad ed.* D. 46.5.1pr: *Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales cautionales communes.*

In questo quadro, come vedremo meglio a breve, soltanto le forme di stipulazioni *iudiciales* e *cautionales* – che, per le loro caratteristiche, ancora una volta in forza della duttilità della *stipulatio* su cui si incentrano, consentono di ottenere un risultato configurativo della procedura – si prestano ad un'analisi in termini di 'gestione negoziale del processo'. Del resto, esclusivamente queste due figure appaiono corrispondere al «criterio ispirato dal *iudicium ratum facere*»⁷⁸ che, non ammettendo diversi canoni di classificazione delle *stipulationes praetoriae*, non può che denunciare l'estraneità delle *stipulationes communes* alla partizione classica⁷⁹.

Con questo chiarimento preliminare, vediamo ora, innanzitutto in quali termini si contraddistinguesse la procedura basata sulle *stipulationes praetoriae*, al fine di trarne utili indicazioni in ordine alla funzione pratica ad esse sottesa.

Come è noto, l'elemento strutturale che caratterizza le fattispecie nelle quali era ammesso domandare la prestazione di una stipulazione pretoria consiste nella circostanza che il magistrato, al fine di offrire tutela ad interessi considerati meritevoli, piuttosto che accordare un'*actio honoraria* o emettere un *interdictum*⁸⁰, imponeva tramite un decreto ad un destinatario di promettere per mezzo di una *stipulatio* di corrispondere una somma di denaro al titolare degli interessi in questione ovvero di tenere nei suoi confronti un diverso comportamento con cui darvi soddisfazione⁸¹. In altri termini,

⁷⁴ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 238, nt. 12.4.

⁷⁵ Ulp. 70 *ad ed.* D 46.5.1.3.: *Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa.*

⁷⁶ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 238, nt. 12.4.

⁷⁷ Al riguardo, A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 21 ss. (e soprattutto, 25 ss.) considera come «la classificazione attribuita a Ulpiano» si presenti come «il risultato di una sovrapposizione triboniana (o, comunque, postclassica), ché tale deve considerarsi la categoria delle *stipulationes (praetoriae) communes: quae fiunt iudicio sistendi causa*» (così, a p. 25). Da quest'ultimo punto di vista, la tricotomia delle stipulazioni pretorie risulterebbe spuria, non permettendo di appianare l'antinomia altrimenti evidente tra i paragrafi 3 e 4: «infatti, dopo aver affermato che certe stipulazioni sono *communes*, in quanto svolgono una duplice funzione, giudiziale e cauzionale, si aggiunge subito dopo, che *omnes stipulationes natura sui cautionales esse*. Sembra giusto chiedersi: perché sottolineare questa duplicità di funzioni soltanto per la *cautio vadimonium sisti* quando tutte le stipulazioni *iudiciales* sono, natura sui, *cautionales*? Certamente uno dei due paragrafi è estraneo a Ulpiano; e che lo sia il primo è provato dalle orme profonde che, a parte le nostre considerazioni, vi ha lasciato la caratteristica terminologia compilatoria applicata all'obbligo vadimoniale» (così, a p. 26).

⁷⁸ A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 26.

⁷⁹ A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 25 ss.

⁸⁰ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 340 s.

⁸¹ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 340 s.

l'attore convocava *in ius* la parte avversaria ed il magistrato emanava il provvedimento con cui ingiungeva di compiere la *promissio*, dopo aver preso cognizione della causa. Pertanto, la procedura si distingueva per una certa semplicità e speditezza⁸². Ovviamente, pur avendo la *stipulatio* una genesi pretoria, produceva effetti civili, dal momento che dalla stessa scaturivano la normale *obligatio* e l'ordinaria *actio*⁸³.

Addentrando su questa via, non sembra inutile precisare che, nell'ambito delle *stipulationes praetoriae*, occorre distinguere le ipotesi in cui appariva indispensabile esclusivamente la mera promessa del soggetto obbligato dalle fattispecie che, invece, vedono la stipulazione pretoria assumere la struttura della *satisfactio*, con il conseguente obbligo per il promittente di offrire altresì dei garanti personali, ossia degli *sponsores*⁸⁴.

Una volta tratteggiati questi aspetti, siamo ora in grado di entrare nel vivo di questo discorso, soffermandoci ad esaminare – nell'ambito ricostruttivo sinora perimetrato – i profili dai quali trarre conferma circa la specifica fisionomia funzionale alla configurazione del processo propria di una categoria, quale quella delle stipulazioni pretorie, indubbiamente negoziale.

Al riguardo, è dunque opportuno, evidentemente, considerare le figure – le uniche autenticamente classiche – in cui la *stipulatio praetoria* manifesti una funzione strumentale rispetto al processo⁸⁵.

Il che impone immediatamente una specifica, importante precisazione: come mostrato da un'attenta dottrina⁸⁶, i due soli elementi su cui si fondava la classificazione delle *stipulationes praetoriae* adottata dal giurista classico in D. 46.5.1.5 erano le *stipulationes iudiciales* e quelle *cautionales*. Le prime, in particolare, «svolgono una funzione strettamente inerente al processo, permettendone il normale svolgimento sino al momento in cui le parti contestano la lite sulla formula del *iudicium (iudicium ratum facere)*»⁸⁷. Ciò trova riscontro, in primo luogo, in

Ulp. 70 *ad ed.* D. 46.5.1.1: *Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nuntiatione.*

A ben vedere, il passo in questione (di cui, come si è già accennato, l'ultima parte è forse spuria, in ragione della sostituzione alla *cautio vadimonium sisti* di quella *ex operis novi nuntiatione*) individua una figura, quella delle *stipulationes iudiciales*, che appare nitidamente caratterizzata e dotata di intrinseca coerenza⁸⁸. In questa prospettiva, le stipulazioni *iudiciales* si innestano sui precedenti modelli processuali, trasformandone progressivamente le modalità di tutela, come emerge dalla locuzione '*propter iudicium interponuntur*'. Ciò si spiega riconoscendo, da un lato, nella possibilità di sostituzione della *legis actio sacramento in rem* con la procedura *per sponsionem* «quelle che possono dirsi le

⁸² A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 238, nt. 12.4.

⁸³ Così, quasi testualmente G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 340.

⁸⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 349 s.

⁸⁵ Così, quasi testualmente, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 349 s., che porta gli esempi della *cautio rem ratam dominum habiturum* e della *satisfactio iudicatum solvi*.

⁸⁶ A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 41 s.

⁸⁷ A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 41.

⁸⁸ A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 41 ss. (e, soprattutto, 42, ss.)

sollecitazioni più immediate alla introduzione della *cautio vadimonium sisti* e di quella *pro praede litis et vindiciarum*⁸⁹. Ed invero, la prima figura di garanzia ha consentito di promettere il pagamento di una somma di denaro per assicurare la comparizione della parte in udienza, in luogo della necessità di dare un *vindex*, il che appare coerente con la tendenza semplificatoria espressa dal procedimento *per sponsionem*. Anche la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*, sulla base della quale, per mantenere il possesso del bene controverso, il convenuto doveva effettuare una promessa garantita da terzi, ma non più a prestare i *praedes*, sembra corrispondere alla medesima esigenza.

Dall'altro lato, dalla transizione verso un nuovo tipo di processo sembra derivare altresì l'affermazione della *satisfatio iudicatum solvi*. In questa logica, con il passaggio verso la formula petitoria, sembra che trovasse spiegazione nella necessità di garantire, mediante uno strumento di coercizione indiretta quale la *satisfatio iudicatum solvi*, la restituzione del bene. Probabilmente, da meccanismo originariamente riferibile alla fattispecie della cooperazione di terzi nel processo per lo svolgimento di attività difensiva, quest'ultima stipulazione successivamente sarebbe stata estesa, per le caratteristiche proprie del processo formulare ed essenzialmente in relazione alle ipotesi di *actio in rem*, oltre che ai casi dell'*actio depensi* e dell'*actio iudicati*, ad ogni convenuto⁹⁰.

Relativamente alla seconda figura, quella delle *stipulationes cautionales*, occorre innanzitutto far riferimento a

Ulp. 70 *ad ed. D.* 46.5.1.2: *Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti.*

Il passo induce a constatare che il secondo elemento della classificazione ulpiana – che non si presenta come un insieme omogeneo, ma alquanto diversificato⁹¹ – si caratterizza essenzialmente per la circostanza che tutte le *stipulationes praetoriae* ad esso riconducibili si traducono nel consentire l'esperimento di un'azione strettamente condizionata alla promessa stipulatoria, in mancanza della quale la stessa non sarebbe stata accordata⁹².

Siamo così di fronte ad una prospettiva che invita ad una più approfondita riflessione, in quanto – nel momento in cui questi schemi trovano attuazione in funzione del processo privato romano, dotato, almeno nella vigenza della procedura formulare di un'indole marcatamente privatistica⁹³ – non può non osservarsi come lo scopo pratico cui assolvono queste stipulazioni pretorie sia rappresentato dalla loro idoneità a plasmare

⁸⁹ A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 43.

⁹⁰ Sul punto, cfr. A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 42 ss.

⁹¹ A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 41 ss.

⁹² A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 41 ss.

⁹³ C.A. CANNATA, *Profilo*, II, cit., 7 ss., che riferisce del passo di Papin. 2 *quaest. D.* 2.14.38: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, e di quello di Ulp. 30 *ad ed. D.* 50.17.45.1: *Privatorum conventio iuri publico non derogat*, per osservare come la presenza di elementi di negozialità nella procedura formulare non esclude nondimeno «un processo condotto da organi dello Stato, e in questo senso la sua disciplina appartiene al diritto pubblico» (in questi termini, a p. 8).

l'esercizio del *iussum cavendi*, immettendosi nell'impianto generale del processo romano con un'impronta fondamentalmente convenzionale⁹⁴.

Ad orientarsi in quest'ordine di idee, pertanto, non possono non valorizzarsi tutte quelle funzioni che nelle fonti risultano attribuite alla *stipulatio*, per riconoscere come le stesse abbiano in realtà il significato di designare la possibilità di configurare la regola del processo. In particolare, occorre richiamare

Ulp. 70 *ad ed.* D. 46.5.1.4: *Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.*

Nel testo in esame il termine chiave è il verbo *interponere*, che in questo contesto sembra rappresentare nitidamente il ruolo di filtro assunto dalla *stipulatio*, che perciò in questo caso ridonda nel concetto di *cavere*, ossia di garantire la controparte processuale. Specificamente, in proposito, è stato esattamente osservato⁹⁵ – pur nella difformità delle conclusioni – che «non si tratta dunque di *componere* i litiganti, perché essi facciano decidere la loro causa da un *iudex*, ma si tratta di fondare obblighi delle parti nel processo e fuori del processo, mediante la stessa volontà privata, sulla quale opera, come forza coercitiva, l'*imperium* del pretore»⁹⁶.

Alla medesima funzione si fa riferimento in

Ulp. 70 *ad ed.* D. 46.5.1.9: *Quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari, ut stipulatio interponatur, ipse praetor debet super ea re summam cognoscere et cautum iubere aut denegare.*

Ed invero, in questo caso la *stipulatio* opera in termini di 'interposizione', verosimilmente nella logica di rendere tutelabili situazioni soggettive altrimenti sfornite di protezione.

Ebbene, come già poc'anzi accennato, in tutti i testi presi in considerazione è, di volta in volta, il '*propter iudicium interponere*', oppure l'*intercedere*' della *stipulatio*, a marcare il significato che il negozio assume in ordine al processo. Del resto, ad orientarsi in quest'ordine di idee, non si può non considerare come i verbi adoperati indichino chiaramente – e ciò trova riscontro nel significato sostanziale dei passi – il fatto che il meccanismo negoziale in questione operi alla stregua di un filtro capace di imprimere una specifica configurazione al *modus agendi*. Ed è appunto questa frapposizione in ragione del giudizio (*propter iudicium*) a determinare il tipo di tutela accordato alle posizioni soggettive controverse.

Conclusivamente, occorre altresì menzionare – in quanto sostanzialmente espressivo della stessa logica – un altro rilevante contributo delle fonti all'opzione ricostruttiva qui suggerita, quale

⁹⁴ *Contra* A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 19 s., per il quale, se alla *litis contestatio* «potrebbe paragonarsi la *stipulatio* intercorsa tra le parti (una sorta di *dictare et accipere iudicium*), non bisogna dimenticare che sovente essa si fonda anzitutto sul *iussum* del pretore, ed è compiuta dopo il suo intervento» (così, specificamente, a p. 20).

⁹⁵ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 218 ss.

⁹⁶ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 218.

Ulp. 70 ad ed. D. 46.5.1.10: *Sed et si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis.*

In questo quadro, non si può non riflettere sull'utilizzo dei verbi *addere*, *detrahere* ed *immutare*, i quali mostrano di indicare differenti modalità operative della *stipulatio* – ossia, quelle riguardanti l'ipotesi in cui per il tramite del negozio in questione risulti necessario aggiungere, sottrarre ovvero regolare diversamente il rapporto processuale – in funzione dell'accertamento della spettanza del bene della vita controverso, *propter iudicium*.

In buona sostanza, anche nel caso delle *stipulationes praetoriae* può riconoscersi la presenza di un negozio giuridico che opera direttamente sul regolamento processuale – per mezzo dello strumento della *stipulatio*, quale modello di obbligazione strutturalmente bilaterale caratterizzato da una notevole versatilità – nella prospettiva di una tutela giurisdizionale maggiormente corrispondente alle esigenze dell'autonomia privata (*iudicium ratum facere*).

5. *La gestione convenzionale della lite: a) il 'compromissum'.*

Una volta riconosciuta la natura sostanziale del *pactum de non petendo*, occorre osservare come altri problemi si pongano, sul piano ermeneutico, in relazione all'inquadramento concettuale della figura romanistica del *compromissum*, da analizzare nella prospettiva della capacità configurativa della tutela delle posizioni giuridiche soggettive, quale modello consensuale veicolato da reciproche *stipulationes*. Ed invero, la questione si impone essenzialmente in ragione della rilevata affinità funzionale che accomuna il *compromissum* alla *litis contestatio*⁹⁷, dal momento che quest'ultima – come si avrà modo di osservare – viene condivisibilmente considerata – secondo l'oramai prevalente ricostruzione dottrinale⁹⁸, sostanzialmente debitrice delle tesi del Wlassak⁹⁹ – un negozio giuridico processuale. Il che non implica necessariamente un'adesione alla tesi per la quale tra la *litis contestatio* e le stipulazioni compromissorie sarebbe predicabile una relazione di identità strutturale¹⁰⁰.

⁹⁷ In proposito, occorre ricordare M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958, 4 ss.

⁹⁸ *Ex pluribus*, G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio' nel processo formulare*, ora in *Scritti giuridici scelti*, I, *Diritto romano*, Napoli, 1985, 137 ss. (già in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, 363 ss.).

⁹⁹ M. WLASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, Leipzig, 1889, *passim*. Per un parallelismo con la concretizzazione del contraddittorio nel processo criminale romano, che porta ad un agire coordinato con una vicenda per certi versi speculare all'evoluzione del processo formulare incentrato sulla *litis contestatio*, si veda altresì M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien, 1917, 52 ss.

¹⁰⁰ Sul tema, cfr. G. LA PIRA, *'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936, 187 ss. (e soprattutto 202 ss.), il quale, in sintesi, pone in luce come in entrambi i casi si configurino negozi formali conclusi tramite stipulazioni e diretti a dirimere una controversia, con cui non soltanto le parti si assoggettano alla decisione finale, conferendo a tal fine ad un terzo questo potere, ma altresì stabilivano i termini della lite da sottoporre a quest'ultimo. In questa prospettiva, l'esegesi delle fonti consentirebbe di restituire «al *compromissum* la sua fisionomia classica di negozio formale, concluso mediante stipulazioni» (testualmente, a p. 225),

Ebbene, come immediatamente si vedrà, le difficoltà sorgono essenzialmente per l'ambivalenza della figura: infatti, se per un verso il negozio in questione non dispiega i propri effetti immediati sulla situazione sostanziale controversa, ma pur sempre sulle modalità della sua tutela, per altro verso esso si pone pur sempre al di fuori del processo e della sua organizzazione. In questo quadro, potrà pertanto suggerirsi un'interpretazione che muova dall'accostamento del negozio alla *litis contestatio* formulare, per giungere a valorizzare – pur nella consapevolezza della diversa sfera di operatività dei due negozi e dei procedimenti che da essi traggono origine – il carattere sostanziale che l'*actio* riveste per il diritto romano, che in un'ottica estensiva potrebbe correlarsi con la figura in esame. In altri termini, ciò permetterebbe di considerare – sebbene nell'impossibilità di fornire una ricostruzione che non sia ipotetica – come la tutela della ragione fondata possa in ipotesi trovare diversi sbocchi anche attraverso l'accordo delle parti sul *compromissum*.

Procediamo, dunque, con il tratteggiare gli aspetti essenziali del *compromissum*, quali possono aiutare a far chiarezza sul suo inquadramento, ai fini che qui vengono in evidenza. Orbene, secondo l'interpretazione preferibile¹⁰¹, esso si presentava strutturalmente come una *conventio* sottostante a reciproche stipulazioni in funzione penale. La violazione del *compromissum*, per l'appunto, permetteva di esperire l'*actio ex stipulatu*¹⁰², ma non già di opporre una *exceptio pacti*¹⁰³. In particolare, mediante questo negozio, le parti di un rapporto controverso si accordavano nel senso di definirlo in sede extragiudiziale, attraverso la sua sottoposizione alla decisione di un arbitro. Infatti, attraverso le reciproche stipulazioni poste in essere dalle parti, si realizza un negozio che definisce il tema della lite con la creazione di un programma procedimentale volto all'organizzazione dell'*arbitrium*. Si nomina altresì l'arbitro, conferendogli specifici poteri,

riconoscendone il distacco dalla fisionomia giustiniana del *pactum*. Il che si evincerebbe, ad esempio, da Paul. 2 *ad ed.* D. 4.8.1: *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*, circa l'identità degli schemi tipici, e da Ulp. 4 *ad ed.* D. 4.8.2: *Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem*, in cui si afferma esplicitamente che dal negozio in questione, di per sé, non aveva origine l'*exceptio pacti*.

¹⁰¹ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 37 ss.

¹⁰² A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, 569 ss.

¹⁰³ G. LA PIRA, *'Compromissum'*, cit., 191 ss., il quale osserva in proposito che «se il *compromissum* fosse stato un patto cui venivano estrinsecamente aggiunte due stipulazioni penali, avrebbero dovuto per esso valere i principii esposti da Ulpiano in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.10.1: *Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre*» (così, a p. 191). Eppure risulta pacifico che per il diritto classico dal *compromissum* di per sé non sorgesse l'*exceptio pacti*. Nondimeno, in senso contrario, opina M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 101 ss. (e, soprattutto, 110 ss.), il quale ritiene che questa circostanza non valga a disconoscere il carattere di *pactum*, ossia la natura di convenzione, che sarebbe propria del *compromissum*. Da quest'ultimo punto di vista, occorrerebbe piuttosto ammettere che «la restrizione delle parti alla sola *obligatio poenae*, con l'esclusione dell'*exceptio pacti*, sia il risultato della valutazione data alla fattispecie dall'interpretazione giurisprudenziale» (così, a p. 110). Ebbene, apparirebbe un'ipotesi verisimile quella per la quale la mancanza dell'*exceptio pacti* troverebbe la propria ragione nella «preoccupazione di mantenere ... la situazione di equilibrio tra le parti» (testualmente, a p. 114), finendo per accordare al convenuto assolto la possibilità di optare per «un mezzo che assicurava il conseguimento dell'interesse» (in questi termini, a p. 112), e non già soltanto per agire per ottenere il pagamento della *poena*.

ed, inoltre, per questa via, i litiganti si sottopongono alla pronuncia arbitrale, prevedendo eventualmente una pena per l'inosservanza¹⁰⁴.

In questo quadro, appare opportuno dapprima riconoscere i notevoli profili di affinità funzionale tra i caratteri del *compromissum* e quelli della *litis contestatio*, allo scopo di individuare successivamente – pur dovendosene evidenziare le differenze strutturali – gli aspetti suscettibili di incidere sull'eventuale qualificazione in termini di negozio giuridico processuale della convenzione compromissoria.

A tal fine, occorre anzitutto prendere le mosse dal profilo strutturale.

Infatti, non sembra si possa condividere, al riguardo, quell'impostazione, espressione di una non molto recente dottrina¹⁰⁵, secondo la quale – non presentandosi come un *pactum* in senso tecnico – il *compromissum* farebbe parte di quelle *conventiones* che *in aliud nomen transeunt*¹⁰⁶, dal momento che non assumerebbe un'autonoma rilevanza se non nella misura in cui transiti nel negozio in forza del quale troverebbe la propria veste giuridica, quale sarebbe individuabile nella *stipulatio*¹⁰⁷.

Viceversa, non si vede come si possa disconoscere quell'orientamento, autorevolmente sostenuto¹⁰⁸, che evidenzia come i rapporti tra la *conventio* e le reciproche stipulazioni vadano ricostruiti in primo luogo sulla base della circostanza che la *conventio compromissi*, quale accordo delle parti sullo specifico assetto di interessi, non possa prescindere, per realizzare lo scopo perseguito, dalle stipulazioni in funzione penale. Difatti, per rendere giuridicamente vincolante l'accordo delle parti volto a deferire ad un arbitro la loro controversia, assicurandone la sostanziale efficacia, è necessario che i litiganti si impegnino tramite stipulazioni – di carattere accessorio – a prestarvi ottemperanza.

Nondimeno, non pare sia stato dimostrato in che modo i *prudentes* sarebbero pervenuti a configurare il negozio compromissorio come un'unitaria fattispecie complessa basata sull'interdipendenza delle stipulazioni¹⁰⁹. Ebbene, ove si consideri che gli effetti della *stipulatio* si presentano come esclusivamente obbligatori, ben si comprende come gli effetti che sono stati ricondotti al negozio complesso stipulatorio risultino piuttosto ascrivibili alla relativa *conventio compromissi*, e sarebbero riferibili esclusivamente alla medesima, dal momento che non si potrebbero attribuire alle stipulazioni effetti ad esse estranei¹¹⁰. In questa logica, l'asserita tipicità dei formulari stipulatori predisposti per delimitare il programma della gestione arbitrale della lite non trova riscontro nelle fonti, finendo per confonderla con i requisiti formali caratteristici della *stipulatio*, indispensabili per assicurare una sanzione efficace agli impegni assunti con la compromissione in

¹⁰⁴ G. LA PIRA, 'Compromissum', cit., 197 ss.

¹⁰⁵ G. LA PIRA, 'Compromissum', cit., 192.

¹⁰⁶ Può menzionarsi, al riguardo, il celebre passo Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.4: *Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.*

¹⁰⁷ G. LA PIRA, 'Compromissum', cit., 192.

¹⁰⁸ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 1 ss. (e, soprattutto, 37 ss.).

¹⁰⁹ Così, quasi testualmente M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 67.

¹¹⁰ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 67.

arbitri della lite¹¹¹. Sembra piuttosto che si debba predicare l'utilizzo di paradigmi fissi in ragione del rilievo pubblicistico del negozio¹¹².

Ad orientarsi in quest'ordine di idee, se si riferiscono gli effetti alla convenzione sottostante, può dunque concordarsi con il rilievo dell'affinità funzionale riconoscibile rispetto alla *litis contestatio*. In particolare, il contenuto degli obblighi reciproci – come si è in precedenza accennato – si estrinseca essenzialmente, da un lato, nel definire puntualmente i termini della controversia, plasmando in questo modo uno specifico programma al quale l'arbitro era tenuto a conformarsi nel giudicare¹¹³ e, dall'altro lato, nello stabilire la sanzione per l'inosservanza alla decisione, che in linea di principio consisteva in una pena pecuniaria. Pertanto, «al *compromissum* costituisce ..., per l'arbitro, il paradigma del suo giudizio»¹¹⁴. Ed invero, dai testi chiaramente risulta che all'arbitro dev'essere fornito un programma preciso, il quale risulti dallo stesso accordo compromissorio, sebbene lo stesso non possa in realtà rappresentare il contenuto della formula stipulatoria espressa dalle parti¹¹⁵. Il che si evince, in particolare, da un passo di Paolo, che giova qui ricordare:

Paul. 13 *ad ed.* D. 4.8.32.21: *Arbiter nihil extra compromissum facere potest et ideo necessarium est adici de die compromissi proferenda: ceterum impune iubenti non parebitur.*

Orbene, essendo in questa fattispecie la promessa stipulatoria strettamente connessa al profilo causale del negozio posto in essere, i suoi effetti si produrranno esclusivamente se la pronuncia arbitrale si riveli conforme al programma prestabilito mediante il *compromissum*¹¹⁶. Ed allora, non può dubitarsi del fatto che i caratteri appena enucleati valgano a ravvicinare notevolmente la figura in questione alla *litis contestatio* formulare quale modello di negozio giuridico processuale. Difatti, anche attraverso quest'ultimo atto le parti – con l'accordo sulla formula piuttosto che con un assetto di interessi trasfuso nella *conventio compromissi* – perseguono lo stesso obiettivo di soluzione della controversia attraverso strumenti affini. In altri termini, delineano i termini della lite, prefigurando un programma processuale, attribuiscono ad un terzo il potere condannatorio o assolutorio e si vincolano alla sua pronuncia¹¹⁷. Appare, dunque, inconfutabile la considerazione che il procedimento ordinario e quello di carattere arbitrale assolvono ad una medesima funzione, risultando quindi alcuni aspetti di entrambi gli istituti disciplinati in un modo assimilabile¹¹⁸.

Con queste considerazioni, è possibile inoltrarsi a questo punto ad analizzare una questione collegata al tema dell'affinità tra *litis contestatio* e *compromissum*, in quanto la procedura fondata su strumenti negoziali sembra dar luogo ad un assoggettamento alla

¹¹¹ In questi termini, quasi testualmente, M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 4, nt. 11.

¹¹² M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 4.

¹¹³ G. LA PIRA, 'Compromissum', cit., 197 ss.

¹¹⁴ G. LA PIRA, 'Compromissum', cit., 197.

¹¹⁵ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 3 ss.

¹¹⁶ In questo senso, G. LA PIRA, 'Compromissum', cit., 200 s.

¹¹⁷ In questo senso, G. LA PIRA, 'Compromissum', cit., 202 ss.

¹¹⁸ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 5 s.

pronuncia arbitrale per certi versi simile alla responsabilità conseguente al *iudicium*, come emerge quantomeno in relazione all'ipotesi in cui sia parte un *filius familias*.

Al riguardo, assume rilievo la circostanza che costituiva *ius controversum* la possibilità di esercitare *de peculio* l'*actio ex stipulatu* nei confronti del *dominus*, nell'ipotesi di omessa ottemperanza ad una pronuncia arbitrale conseguente ad un *compromissum* cui avesse preso parte uno schiavo¹¹⁹. Ed invero, da diversi elementi testuali¹²⁰ sembra potersi desumere come, in relazione all'attività compiuta dal *servus*, si predicasse una sostanziale irresponsabilità del *dominus* qualora il suo sottoposto fosse convenuto e risultasse soccombente nell'ambito di un procedimento arbitrale, senza che rilevasse in proposito la correttezza del comportamento dello schiavo stesso o l'effettiva riconducibilità dell'amministrazione agli interessi del *dominus*¹²¹.

Nondimeno, a soluzioni opposte sono approdati i giuristi classici in relazione alle obbligazioni del *filius familias*, sul presupposto della generale responsabilità del *pater* per le stesse, seppure nei limiti del *peculio*¹²². In particolare, merita al riguardo un'attenta considerazione un passo in cui è racchiusa una menzione ulpiana al nono libro delle Questioni di Papiniano. Si tratta di

Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.3.9: *Sed si filius fideiussor vel quasi interventor acceptus sit, an de peculio patrem obligat, quaeritur. et est vera Sabini et Cassii sententia existimantium semper obligari patrem de peculio et distare in hoc a servo. (10) Quare et ex compromisso pater tenebitur. et ita Papinianus quoque libro nono quaestionum scribit nec interesse ait, ex qua causa compromiserit, utrum ex ea causa, ex qua potuit cum patre de peculio agere, an vero ex ea qua non potuit, cum ex stipulatu pater conveniatur.*

In sostanza, il § 9 esprime il favore dei giuristi in ordine al coinvolgimento della responsabilità del *pater* con riferimento, per un verso, all'assunzione di garanzie personali per le obbligazioni da parte del *filius*, per altro verso, alla realizzazione ad opera del medesimo di una stipulazione compromissoria. In questa logica, viene adottata

¹¹⁹ Sul punto si veda, diffusamente, A. SALOMONE, 'Indicati velut obligatio'. *Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, 390 ss.

¹²⁰ In proposito, cfr. Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.3.8: *Si servus, cum se pro libero gereret, compromiserit, quaeritur, an de peculio actio ex poena compromissi quasi ex negotio gesto danda sit, sicuti traiecticiae pecuniae datur. sed hoc et Nervae filio et mihi videtur verius ex compromisso servi non dandam de peculio actionem, quia nec si iudicio condemnetur servus, datur in eum actio.* Similmente, Paul. 13 *ad ed.* D. 4.8.32.8: *Si servus compromiserit, non cogendum dicere sententiam arbitrum, nec si dixerit, poenae executionem dandam de peculio putat Octavenus. sed an, si liber cum eo compromiserit, executio adversus liberum detur, videamus: sed magis est, ut non detur.* Nella stessa logica si colloca Gai. 1 *ad ed. prov.* D. 2.14.30.1 : *Qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoventi et possit et debeat, quia pactus videatur, ne a Titio petat, quaesitum est. Iulianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est si iustam causam intercedendi servus habuit, quia forte tantandem pecuniam Titio debuit: quod si quasi fideiussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem, quo minus a Titio petat: aequo nullo modo prohiberi eum debere, si eum servum liberum esse credidisset.* Da quest'ultimo passo, in particolare, emerge come la responsabilità del *dominus* sussista unicamente al ricorrere di una *iusta causa intercedendi*, da far valere tramite un'*exceptio*, come evidenziato da A. SALOMONE, 'Indicati velut obligatio', cit., 390 ss. (e soprattutto 396 ss.).

¹²¹ A. SALOMONE, 'Indicati velut obligatio', cit., 390 ss.

¹²² A. SALOMONE, 'Indicati velut obligatio', cit., 398 ss.

l'impostazione sabiniana, incentrata sulla differenziazione di piani tra l'ipotesi del *servus* e quella del *filius*¹²³.

A ben vedere, il ragionamento del giurista, nell'affrontare il tema della responsabilità adiettizia, si incentra sul fondamento negoziale della stessa. In questa logica, «nelle ipotesi per le quali non è chiara la riferibilità dell'agire del sottoposto libero alla sfera economica del *pater*, in presenza di un atto 'sanante' come la *stipulatio* non c'è dubbio che possano ricadere sul *pater*, sia pure *de peculio*, le conseguenze di quanto questi abbia effettuato»¹²⁴. Siamo così di fronte ad una prospettiva che invita ad una più approfondita riflessione, qualora si consideri il rilevante profilo dato dall'«accostamento – imposto forse dalla successione degli argomenti nell'opera di Papiniano, ma evidentemente condiviso dal giurista di Tiro – della fattispecie dell'*actio de poena compromissi* a quella dell'*actio iudicati* dall'angolo visuale del *contrahere* e non già da quello della *causa contrahendis*»¹²⁵. In altri termini, alla base di entrambe le azioni può riconoscersi l'operatività della *stipulatio*, quale comune denominatore che rappresenta una struttura negoziale idonea a fornire il modello di un'attività lecita, da considerarsi latamente contrattuale, capace di fondare la responsabilità del *pater*¹²⁶.

Nel quadro sinora delineato, se proviamo a riannodare i fili di questo discorso, anzitutto può sin d'ora anticiparsi, in considerazione di quanto osservato, come la *stipulatio*, per la sua struttura dialogica, ben si presti a diversi utilizzi in ambito processuale e – più in generale – in relazione alla tutela di posizioni giuridiche soggettive. In questa prospettiva, è evidente come l'affinità funzionale degli atti posti alla base dei due procedimenti, quali quello compromissorio e quello formulare, in quanto diretti a configurare negozialmente le modalità con cui dirimere la controversia precedentemente insorta tra le parti e capaci di fondare il successivo obbligo di ottemperare alla decisione, rappresenti una traccia importante del ruolo paradigmatico svolto dalla *stipulatio*, che si colloca trasversalmente tra la configurazione di posizioni giuridiche soggettive e la loro tutela, pur essendo comunque questi profili strettamente interconnessi. Orbene, pur non potendosi ascrivere la funzione configurativa della tutela della situazione sostanziale al contenuto delle reciproche stipulazioni, quanto piuttosto al significato della *conventio* sottostante, ciononostante la coercibilità dell'assetto di interessi in questione transita attraverso lo strumento stipulatorio. Per questa ragione, sarebbe inopportuno sottovalutare l'elemento di contrattualità che accomuna la procedura extragiudiziale ed il *iudicium*.

Tuttavia, se si muove dalla considerazione per cui la natura del negozio giuridico processuale si estrinseca peculiarmente nell'apporto negoziale dei litiganti capace di incidere sullo svolgimento di una procedura la cui essenza pubblicistica comunque non risulta intaccata, dal momento che l'accordo dispiega i propri effetti negli spazi ad esso concessi dall'ordinamento, alla categoria in questione potrebbe apparire immancabilmente estranea la fattispecie del *compromissum*. Ed invero, la procedura in

¹²³ A. SALOMONE, '*Iudicati velut obligatio*', cit., 398 ss.

¹²⁴ Così A. SALOMONE, '*Iudicati velut obligatio*', cit., 402.

¹²⁵ In questi termini, A. SALOMONE, '*Iudicati velut obligatio*', cit., 403.

¹²⁶ A. SALOMONE, '*Iudicati velut obligatio*', cit., 402 ss., che rileva come appaia «significativo il permanere, per fattispecie tra loro eterogenee ..., di un'unica prospettiva per così dire sostanziale cui funge da comune denominatore il negozio della *stipulatio*» (così, a p. 403).

questione si colloca pacificamente all'esterno del *iudicium*, rappresentando piuttosto uno strumento ad esso parallelo, stante l'analogia della funzione¹²⁷. Del resto, l'assunto trova riscontro nella circostanza che le stipulazioni compromissorie non importano la novazione del rapporto obbligatorio, consentendo perciò di far ricorso al *iudicium* indipendentemente dal precedente *compromissum*¹²⁸.

In buona sostanza, non è revocabile in dubbio che il meccanismo in questione servisse non già a configurare il *iudicium*, ma bensì ad evitarlo.

Peraltro, in questa funzione si potrebbe riconoscere la finalità di gestire la tutela della posizione giuridica controversa, attraverso una modalità che tende ad obliterare il *iudicium* – che comunque rappresenta il termine di paragone dell'assetto di interessi posto in essere –, rientrando così nel concetto di azione in senso sostanziale quale in precedenza delineato. In questo quadro, l'ammissibilità di un'opzione interpretativa che predichi in relazione al *compromissum* una qualificazione in termini di negozio giuridico processuale resta una questione aperta.

6. *Segue. b) la 'litis contestatio' del processo privato romano.*

Dopo aver seguito il filo che, nel segno della *stipulatio*, riconnette i negozi giuridici processuali riconoscibili per le loro caratteristiche nell'esperienza giuridica romana, evidenziando una prospettiva che consente di intervenire sul processo configurandolo, siamo giunti, a questo punto, ad esaminare un profilo che rappresenta forse la sintesi di ogni discorso sull'argomento, ossia la questione della natura della *litis contestatio* e dei suoi rapporti con la stessa *stipulatio*¹²⁹.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

Al riguardo, è opportuno, in prima battuta, evocare la configurazione negoziale della *litis contestatio* nel processo formulare, proprio del diritto romano classico, quale oggetto di un accordo tra le parti attraverso cui definire i termini della contesa¹³⁰.

¹²⁷ In proposito, cfr. Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.8.21.

¹²⁸ Ciò si evince, in particolare da Paul. 13 *ad ed.* D. 4.8.30: *Si quis rem, de qua compromissum sit, in iudicium deducat, quidam dicunt praetorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere, quia iam poena non potest esse, atque si solutum est compromissum. Sed si hoc optinuerit, futurum est, ut in potestate eius, quem paenitet compromisisse, sit compromissum eludere. Ergo adversus eum poena committenda est lite apud iudicem suo ordine peragenda.* Sul punto, cfr. lo stesso G. LA PIRA, 'Compromissum', cit., 203, per il quale comunque ciò non varrebbe ad inficiare «l'identità strutturale tra i due istituti» (testualmente, a p. 203), ossia *compromissum* e *litis contestatio*.

¹²⁹ Il problema è stato sollevato, in particolare, da G. LA PIRA, 'Compromissum', cit., 226, che, nei suoi studi volti a dimostrare l'identità strutturale tra *compromissum* e *litis contestatio*, ha suggerito come, in questo campo, questi stessi elementi sembrino «irresistibilmente» (in questi termini, a p. 226) indurre a più approfondite ricerche.

¹³⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 330 ss. Per un'approfondita ricognizione sulla questione della componente convenzionale della *litis contestatio*, cfr. A. SALOMONE, 'Iudicati velut obligatio', cit., 33 ss.

In particolare, appare utile premettere che – come risulta dalle fonti¹³¹ – porre in essere l'atto in questione competeva esattamente alle parti e non al magistrato, dal momento che il *'litem contestari'* seguiva logicamente il *'iudicium dare'*, in quanto atto sostanzialmente distinto¹³². Per di più, giova immediatamente evidenziare che la *litis contestatio* si presentava come un accordo: se si considera il ruolo del convenuto, non può non riconoscersi come il suo atto difensivo – consistente nel *'se iudicio defendere'* – finisse per coincidere con il *'iudicium accipere'*¹³³, quale atto di volontà che racchiudeva l'accettazione del programma processuale¹³⁴. Del resto, ciò risulta coerente con l'espressa menzione dell'eventualità di un rifiuto da parte del convenuto¹³⁵, non ponendosi peraltro l'elemento volontaristico in contraddizione con la sussistenza di un obbligo di *iudicium accipere*, secondo quanto nitidamente risulta dalla tradizione giuridica romana¹³⁶.

Addentrandonci su questa via, viene qui in considerazione una riflessione di Ulpiano, che, nell'interpretare estensivamente l'ambito di applicazione dell'*actio de peculio*, fonda la propria soluzione sulla circostanza che «anche il *litem contestari* costituiva un *contrahere*, sì da poter venire assimilato allo *stipulare*»¹³⁷. Ci si riferisce, in particolare, a

¹³¹ Si possono menzionare in proposito due passi, quali Mac. 1 *de off. praes.* D. 1.18.16, e Paul. 17 *ad Plaut.* D. 5.1.28.4: *Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita adversus eum iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in provinciam transferatur.*

¹³² G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio'*, cit., 137 ss. (e, soprattutto, 141 ss.).

¹³³ L'assunto trova conferma in alcuni celebri testi, quali Ulp. 49 *ad ed.* D. 5.1.63: *Recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se vel per alium, sed cum satisfactione: nec ille videtur defendi, qui quod indicatum est non solvit.* E Ulp. 44 *ad ed.* D. 50.17.52: *Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem.*

¹³⁴ G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio'*, cit., 141 ss., il quale precisa come la forma impersonale del ricevere la formula che talora emerge dalle fonti (cfr., *ex pluribus*, Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.2.4) si riferisca in realtà ai *iudicia duplicia*, nei quali i contendenti si pongono sul medesimo piano, non distinguendosi tra attore e convenuto. «Nessuna meraviglia allora che il *iudicium* si dica *acceptum* fra i contendenti, poiché tutti contemporaneamente lo propongono e lo accettano» (in questi termini, a p. 142).

¹³⁵ In questo senso va inteso, infatti, Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.6.21.3: *Defendi autem non is videtur, cuius se defensor ingerit, sed qui requisitus ab actore non est defensionis defuturus, pleneque defensio accipietur, si et iudicium non detrectetur et indicatum solvi satisdetur.*

¹³⁶ In proposito, approfonditamente, G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio'*, cit., 137 ss. (ed *amplius* 143), il quale rileva che «l'esperienza giuridica è ricca di esempi in cui un atto di volontà costituisce l'adempimento di un'obbligazione precedente (basta pensare alla *mancipatio* con cui si adempiva un'obbligazione di *dare*) o è oggetto di una coazione (basta pensare alle stipulazioni pretorie)» (testualmente, a p. 143). In questa prospettiva, la necessità di predisporre specifiche misure per il possibile rifiuto del convenuto di assumere la difesa, si presenta come «una delle migliori prove che, senza un atto di volontà del convenuto, non si poteva instaurare un giudizio» (in questi termini, a p. 143).

¹³⁷ Così G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio'*, cit., 151 s. Al riguardo, A. SALOMONE, *'Indicati velut obligatio'*, cit., 380 ss., ha evidenziato che, secondo la tesi espressa dal passo in questione, la *litis contestatio* conclusa dal *filius* con chi intendeva agire in giudizio nei suoi confronti risulta parificata ad una *stipulatio* tra gli stessi perfezionata; pertanto, «non sembra vi sia il dubbio (il richiamo analogico alla *stipulatio* si riferisce, evidentemente, ad un istituto in ordine al quale vi è una oramai raggiunta certezza) che quest'ultima consenta sempre l'esercizio dell'*actio* (*ex stipulatu*) nei confronti del *pater*, ovviamente de *peculio*» (così, a p. 382).

Ulp. 29 *ad ed. D. 15.1.3.11*: *Idem scribit [scil. Papinianus] indicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi: proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam indicati velut obligationem. quare et si quasi defensor condemnatus sit, idem putat.*

A voler ripercorrere brevemente la trama del passo ulpiano, si può immediatamente partire dalla questione – alla quale il giurista romano offre una soluzione favorevole – riguardante la possibilità che, in forza della *litis contestatio*, sia consentito esperire *de peculio* l'*actio indicati*. La vicenda concerne, dunque, il profilo dell'eventuale responsabilità del *pater familias* nell'ambito della procedura esecutiva relativa al giudicato che vede il *filius* – quale soggetto *in potestate*, cui il *pater* abbia voluto, pur senza procedere ad *emancipatio*, conferire «una certa indipendenza dal punto di vista patrimoniale»¹³⁸, attraverso l'attribuzione di beni che vanno a costituire il peculio – come parte. Orbene, pur se il rapporto sostanziale azionato – indicato con la locuzione '*origo iudicii*'¹³⁹ – non rendesse possibile imputare una simile figura di responsabilità, e dunque non valesse in linea di principio ad attribuire l'*actio de peculio* contro il *pater*, il pensiero di Marcello, riportato da Papiniano e condiviso da Ulpiano, appare propenso a riconoscere anche nei confronti di quest'ultimo soggetto l'ammissibilità dell'*actio indicati* nei limiti del peculio. Ed invero, la responsabilità peculiare si fonda qui non già sulla posizione originaria fatta valere in giudizio, ma bensì sulla *litis contestatio*, in quanto, in maniera non dissimile dal contrarre *in stipulatione* col *filius*, essa espone il *pater* all'*actio de peculio*¹⁴⁰.

In questa prospettiva, il ragionamento seguito «in via sostanzialmente topica»¹⁴¹ dai *prudentes* appare viepiù perspicuo ove si consideri come il perfezionamento della *litis contestatio* da parte del *filius*, similmente all'ipotesi della *stipulatio*, si configuri alla stregua di un '*contrahere*'. È questa, allora, la ragione per cui il *pater* assume la responsabilità per il

¹³⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 87.

¹³⁹ G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio'*, cit., 137 ss. (ed *amplius* 150 ss.).

¹⁴⁰ Sostiene, in particolare, l'incapacità del figlio *in potestate* di soggiacere in nome proprio alle azioni esecutive conseguenti al giudicato S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei 'filii familias'*, Milano, 2003, 93 ss. In questo quadro, nel ripercorrere le mutazioni intervenute nella disciplina della «condizione giuridico-patrimoniale del *filius familias*» (in questi termini, a p. 93), l'A. ricorda che inizialmente il regime in questione «si modellò con le stesse caratteristiche di quello previsto per il *servus*; in secondo luogo, che il limitato ed indiretto riconoscimento della capacità di obbligarsi, prima attraverso la previsione *iure honorario* delle azioni adietizie (in particolare l'*actio de peculio*), poi con il progressivo affermarsi della nozione classica di *naturalis obligatio*, fu innovazione comune a figli e schiavi; infine, che nel corso dell'evoluzione storica la situazione del figlio si differenziò profondamente da quella servile» (così, a p. 94), finendo – dopo Augusto – per poter disporre di un patrimonio autonomo e per potersi obbligare «*iure civili* per contratto» (testualmente, a p. 94). Sembra invero di potersi cogliere anche qui il riconoscimento di un parallelismo tra l'inconfigurabile «personale responsabilità dei *fili* per le obbligazioni assunte *manente potestate*» (così, a p. 95) e la parimenti inammissibile *actio indicati* esperita direttamente contro il soggetto *alieni iuris*, quale portato della *litis contestatio* da quest'ultimo stipulata, che ne mutua la natura.

¹⁴¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 333.

negozio giuridico consistente nel *litem contestari* quale atto sostanzialmente convenzionale compiuto dal suo sottoposto¹⁴².

Nondimeno, occorre peraltro sottolineare come il verbo ‘*contrahere*’ indichi precipuamente lo ‘stringere un vincolo’, abbracciando dunque un significato più esteso del sostantivo ‘*contractus*’¹⁴³. In questa logica, si comprende bene, perciò, come nell’ottica romana la *litis contestatio* non fosse qualificata come una delle figure contrattuali riconosciute dall’editto. È chiaro, inoltre, come gli effetti della *litis contestatio* assumessero, quale conseguenza dell’interazione procedimentale con i decreti magistratuali, «un’impronta e una portata pubblicistiche che li differenziavano dagli effetti dei contratti»¹⁴⁴, assumendo altresì l’*obligatio iudicati* – che trovava origine in quell’atto – una specifica configurazione¹⁴⁵.

A ben vedere, non sembra dunque incongruo suggerire di accedere ad un’esegesi secondo cui il pensiero ulpiano intenderebbe il riferimento alla *stipulatio* non tanto quale identificazione della *litis contestatio* con lo schema della *obligatio verbis*, ma bensì come modello storico di atto il quale indefettibilmente presuppone un consenso, ossia una struttura bilaterale in cui la convenzione è insita ed ineludibile come in qualsiasi figura di *obligatio contracta*. Questa prospettiva, del resto, trova riscontro – alla luce dell’intuizione di un’ampia parte della dottrina¹⁴⁶ – in un celebre passo ulpiano, quale

¹⁴² Di «negozio giuridico processuale» in relazione alla *litis contestatio* parla G. PUGLIESE, *La ‘litis contestatio’*, cit., 137 ss. (ed *amplius* 150 ss.), valorizzando il «concetto di soggezione» in cui «si inquadra esattamente quel vincolo» (in questi termini, a p. 154), dal momento che gli effetti immediati dell’atto «non potevano che consistere nella sottomissione delle parti alla pronunzia dell’organo giudicante, nell’impossibilità, in cui esse si venivano a trovare, di impedire che l’organo giudicante decidesse la controversia sulla scorta della formula ormai non più modificabile e che la decisione producesse automaticamente le sue conseguenze per ognuna di esse» (così, a p. 154). In quest’ordine di idee, è utile considerare l’opzione ricostruttiva suggerita da R. FERCIA, *‘Litem suam facere’ da Adriano ai Severi*, in *Diritto @ Storia*, X, 2011-2012, § 5, che – nell’analizzare le «questioni inerenti alla soggezione all’*actio* del giudice che abbia violato il perimetro del *iudicium*» (in questi termini, nel § 1) – riflette sull’esegesi del passo di Ulpiano in D. 5.1.15.1, il quale sembra adoperare a fondamento del proprio ragionamento casistico l’ipotesi di «una condanna ingiusta in senso sostanziale» (testualmente, nel § 5), per giungere, «in una prospettiva più ampia rispetto a quella normalmente seguita» (così, nel § 5), ad «ipotizzare che il rimedio pretorio mirasse al raggiungimento di un risultato pratico di traslazione in capo al *index* dell’interesse delle parti, percepibile *hinc et inde* al momento della *litis contestatio*, alla corretta e fisiologica gestione della lite, legittimando all’azione, una volta pronunciata la *sententia*, quella che tra esse risultasse in concreto lesa dall’errore procedurale o dal dolo giudiziario qualificato» (in questi termini, nel § 5). Peraltro, ciò appare coerente con la circostanza che «la bilateralità è alla base della gestione negoziale dell’*agere* tramite *litis contestatio*, come pure bilaterale è l’atto di individuazione del *index*» (con queste esatte parole, nel § 5).

¹⁴³ G. PUGLIESE, *La ‘litis contestatio’*, cit., 137 ss.

¹⁴⁴ G. PUGLIESE, *La ‘litis contestatio’*, cit., 153.

¹⁴⁵ G. PUGLIESE, *La ‘litis contestatio’*, cit., 137 ss. (ed *amplius* 150 ss.).

¹⁴⁶ Occorre ricordare, in proposito, la lezione di A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 85 ss. (ed *amplius* 102 ss.), il quale evidenzia come «il testo prova, di pari passo con l’uso sempre più esteso del termine *contractus* a partire da Labeone a ricomprendere figure di negozi obbligatori disparati, per una presa di cognizione della categoria di contratto obbligatorio, non più tecnicamente limitata come per Labeone ai soliti contratti consensuali e bilaterali. È del resto riscontrabile nelle fonti la particolare tendenza di

Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.3: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, [id est in unam sententiam decurrunt]. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

Sintetizzando l'esito di ricerche estremamente vaste e complesse, ciò su cui interessa qui soffermarci afferisce al rilievo sulla base del quale emerge dal testo in esame che la *stipulatio*, sebbene necessiti di un indice di giuridicità esteriore¹⁴⁷ riconoscibile nella pronuncia dei *verba*, esiste e crea il vincolo soltanto se sorretta dal *consensus*. In altri termini, la questione oggetto della riflessione del giurista si appunta sul procedimento di formazione della fattispecie contrattuale, imperniato sul rapporto tra *conventio* e *consensus*¹⁴⁸.

Ed è allora in questo senso che va letta la scelta lessicale ascrivibile ad Ulpiano, in quanto si intende verosimilmente valorizzare l'elemento del consenso connaturato *ab origine* – vale a dire, sin dalla sua genesi nella legislazione decemvirale – alla *stipulatio*, affinché dalla stessa possa sorgere un rapporto obbligatorio¹⁴⁹. Non senza cogliere un aspetto importante della questione, dunque, un interessante orientamento dottrinale¹⁵⁰ ritiene che la *stipulatio* in questo caso sia da intendersi quale *nomen contractus*.

Giuliano a ricercare, in sede interpretativa, l'effettivo intento comune delle parti al di sotto del formalismo degli atti contrattuali che vi si fondano» (così, a p. 103).

¹⁴⁷ L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 45 ss., che effettua l'esegesi di un noto passo di Ulpiano, collocato in D. 2.14.1.3, dove egli riferisce «un'opinione di Pedio, giurista attivo nella seconda metà del I secolo d.C.» (testualmente, a p. 49). Per quel che qui interessa, può porsi in risalto la circostanza che la presenza degli elementi 'formali' – «nelle ipotesi in cui si agiva *re, verbis* e *litteris*» (in questi termini, a p. 50) – facesse sì che «la *conventio* abbandonasse il piano sociologico ... per passare in quello giuridico» (così, a p. 50).

¹⁴⁸ R. FERCIA, *Il 'fieri' della fattispecie contrattuale 'sine nomine' e l'evizione dell'ob rem datum*, in *Diritto @ Storia*, XII, 2014, § 1.

¹⁴⁹ Al riguardo, si consideri la ricostruzione proposta da C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., 38 ss.

¹⁵⁰ In proposito occorre immediatamente ricordare il contributo di A. BURDESE, *Il contratto*, cit., 85 ss. (ed *amplius* 102 ss.), il quale, in relazione al «celebre detto di Pedio sulla inerenza della *conventio* ad ogni obbligazione contrattuale (cioè ad ogni negozio obbligatorio avente una struttura bilaterale)» (in questi termini, a p. 104), finemente argomenta nel senso che il riferimento alla *conventio* stessa sia da intendersi nella sua caratterizzazione in termini di «*nomen generale*» (testualmente, a p. 104), dal momento che viene qui adoperato in relazione «a figure non meramente consensuali della quadripartizione tradizionale delle *obligationes*, in particolare alla *stipulatio*» (in questi termini, a p. 104). In questa prospettiva, l'A. evidenzia che «nell'ambito del genere *conventio* quale *nomen* o *verbum generale* si individuano quindi esempi di convenzioni che assumono una propria denominazione (un proprio *nomen*) indifferentemente tratti dai c.d. contratti consensuali, reali e verbali» (così, a p. 104). Similmente, anche R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» e «*contractus fiduciae*», Napoli, 2012, 111 ss. (e specificamente 117 ss.), che – nell'effettuare l'esegesi di Ulp. D. 2.14.1.3 – puntualmente evidenzia come «per Ulpiano sarebbero '*contractus*' i nomi edittali di convenzioni *ex privata causa* produttive di *obligationes*». In

Proseguendo su questo percorso storico, è ora possibile tirare le fila di questo ragionamento, per iniziare ad enucleare alcune ricadute dell'opzione interpretativa suggerita.

Al riguardo, sembra quindi coerente giungere ad evidenziare l'elemento consensuale insito nella *litis contestatio*, il quale – pur non facendo dell'atto in questione un vero e proprio contratto – vale a identificarne la 'negozialità' e la struttura bilaterale. Siamo perciò in presenza di una figura che, in ragione del suo accedere al processo apportandovi la regolamentazione delle parti, può legittimamente configurarsi quale negozio giuridico processuale, sebbene i giuristi romani non abbiano mai completato un'opera di inquadramento dogmatico della fattispecie¹⁵¹.

7. Il segno della cesura storica della 'cognitio' giustiniana nell'interpretazione medievale.

Dopo aver riconosciuto l'ampio utilizzo di strumenti negoziali per la gestione convenzionale del conflitto nell'esperienza romana, occorre adesso considerare le ragioni della cesura storica che ha segnato l'effettivo abbandono della negozialità processuale, pur nella perpetuazione del segno della *litis contestatio*. Ed invero, sin dal passaggio verso il modello statual-legalista giustiniano, con il passaggio dal processo incentrato su una convenzione che è sintesi della dialettica di parte ad un processo basato su atti di parte, si perde il significato negoziale della stessa *litis contestatio*¹⁵².

Orbene, nella prospettiva sinora delineata, il richiamo al consenso quale elemento strutturale del *litem contestari* segna la differenza concettuale rispetto alla successiva sistemazione classificatoria operata dai Glossatori¹⁵³, che – nell'analizzare i

quest'ordine di idee, il giurista, «innestandosi sul discorso di Pedio, costruiva la propria esposizione sulle *conventiones* evidenziando la distinzione tra disciplina ed efficacia procedimentale, e disciplina ed efficacia sostantiva» (testualmente, a p. 125), per giungere alla conclusione che «non 'si forma' ... la fattispecie contrattuale, né dunque se ne scorge l'effetto sostantivo suo proprio, che è l'obbligazione, in difetto di una struttura bilaterale, sia che la fattispecie si formi con uno spostamento patrimoniale, sia che si formi ricorrendo al formalismo verbale» (in questi termini, a p. 125). Sul punto, occorre poi menzionare la riflessione di G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 23 ss. (e, più diffusamente, 30 ss.), che – in relazione al passo D. 2.14.7.1 – per quanto concerne le *conventiones* che non acquistano alcun nome specifico, riflette sul fatto che «il contesto e soprattutto il seguito del passo lasciano intendere senza possibilità di dubbio che ... l'elemento discriminante è la causa, ossia lo scopo pratico perseguito dalle parti e su cui si forma il contenuto specifico della *conventio*» (in questi termini, a p. 30 s.). Invece, «per altre *conventiones* l'elemento discriminante, anziché la causa è la forma, come quella della *stipulatio* (menzionata infatti da Ulpiano in D. 2.14.1.4 accanto a *emptio venditio*, *locatio* ecc.) o quella del *nomen transcripticium*» (testualmente, a p. 31).

¹⁵¹ G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio'*, cit., 137 ss. (ed *amplius* 150 ss.), che sottolinea, in questa direzione, «la riluttanza dei giuristi romani a inserire precisamente la *l.c.* nell'elenco dei *contractus*» (testualmente, a p. 154 s.).

¹⁵² Il notevole ridimensionamento del ruolo della *litis contestatio* è stato segnalato, in particolare, da S. SCHLINKER, *Litis contestatio*, cit., 635 ss.

¹⁵³ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (trad. it. di U. Santarelli e S.A. Fusco, con una presentazione di U. Santarelli, de *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*², Göttingen, 1967), I, Milano, 1980, 70 ss., il quale

testi classici, evidenziando una mutata visuale già riscontrabile nelle categorie giustinianee – hanno visto nel *iudicium contrahere* una figura collocabile tra le *obligationes ex quasi contractu*.

Leggiamo infatti,

gl. *iudicio contrahi* in l. *Licet praetor § idem scribit ff. de peculio* (D. 15.1.3.11): *id est sententia. Nota ex sententia quem obligari ex quasi contractu: ut supra de noxa. quotiens [Iul. 4 ad Urs. Fer. D. 9.4.34] et l. sequen. [Ulp. 41 ad Sab. D. 9.4.35]. Argumen(tum) contra(rium) C. de usur. rei iudicatae l. fin. [Iust. C. 7.54.3] in eo quod dicit sortis tantum currere centesimas quadrimestres usuras, non usurarum: licet sint in condemnationem deductae. Accursius (nell'ed. Venetiis, apud Iuntas, 1598).*

Quel che emerge dalla Glossa è, in sintesi, la ricostruzione per la quale il concetto di *contrahere iudicium* non varrebbe più ad indicare un negozio, ma piuttosto un *obligari ex sententia*, che sorgerebbe *ex quasi contractu*¹⁵⁴. In altri termini, il sorgere della

ricorda che i Glossatori – il cui metodo «ha dominato le Facoltà giuridiche europee fino a dopo la fine del Medioevo e all'instaurarsi dell'*Usus modernus* – fondavano la loro analisi sull'asserzione per la quale «come *ratio scripta* già il singolo testo giuridico (*locus*)» (così, a p. 70) avrebbe rappresentato «di per sé una verità senza che vi sia bisogno d'un suo inquadramento sistematico nel complesso di tutti gli altri testi» (in questi termini, a p. 70). Per questa ragione, «la forma fondamentale secondo cui procede questo progressivo chiarimento d'ogni singolo luogo testuale è la glossa» (testualmente, a p. 71). Peraltro, ben presto «i Glossatori non si limitaron più all'esegesi puntuale di singoli passi» (così, a p. 73), per cercare, nella «convinzione che, all'interno del patrimonio tramandato dalla tradizione, operasse una unica *ratio*» (in questi termini, a p. 73), «il significato razionale comune a tutti i testi e ad esporlo secondo un ordine sillogicamente concludente» (con questa esatta espressione, a p. 73).

¹⁵⁴ Sembra nondimeno utile rilevare come, nella costituzione imperiale menzionata da Accursio al fine di addurla quale esemplificazione in termini di argomentazione contraria, ossia Iust. C. 7.54.3, la regola da essi individuata subisca un'eccezione, in ragione dell'origine legale e quasi contrattuale dell'obbligazione sorta in forza del giudicato. In particolare, la costituzione in questione essenzialmente stabilisce che le *usurae* relative alla *res iudicata* siano dovute sul parametro del capitale originario e non piuttosto sul capitale calcolato computando le *usurae* pattiziate previste. Si prevede inoltre che gli interessi così definiti, cui ci si riferisce nel testo con il termine di '*centesimae quadrimestres*' siano fissati al tasso dell'1 % al mese, rispetto alla decorrenza del quale Giustiniano aveva stabilito una dilazione di quattro mesi per l'azione esecutiva. In questo quadro, dunque, l'interesse dovrà intendersi rapportato al solo capitale e non anche in funzione degli interessi stabiliti nel primo contratto, essendosi stabilito che in nessun caso potesse pretendersi il pagamento degli interessi degli interessi (*usurae usurarum*), al fine di correggere eventuali sperequazioni. Ed è allora in questo senso che si può affermare che il primo contratto si innova in forza di giudicato. Per questa ragione, siccome si pongono gli interessi dopo la sentenza, si avrà inizialmente il contratto da cui sorge l'obbligazione, con gli interessi convenzionali; poi, in seguito al giudicato, l'1% al mese sul capitale dopo il termine dilatorio di quattro mesi. Addentrando su questa via, sembrerebbe che la condanna agli interessi qui considerata derivi *ex lege*, non *quasi ex contractu*. In altri termini, è come se si fosse in presenza di un'obbligazione che sorge direttamente dall'ordinamento: *lege obligamur*. Ecco perché può forse opinarsi nel senso che Accursio sostenga che la costituzione di Giustiniano appaia porsi contro questa dimensione quasi contrattuale della sentenza, dal momento che le *usurae* della *res iudicata* decorrono dalla legge e non si correlano al primo contratto. Da quest'ultimo unto di vista, questo elemento quindi provverebbe contro perché, sebbene inserite nella condanna, non sarebbero dovute le *usurae usurarum*, per cui in fin dei conti la somma attribuita risulta essere soltanto quella derivante dalla scelta del legislatore.

soggezione al giudicato non appare qui ricondotto all'accordo delle parti sul programma processuale, ma bensì, secondo questa impostazione dogmatica, troverebbe origine in un differente atto lecito, estraneo ad un modello di atto a struttura bilaterale e per questo non accostabile alla categoria di contratto.

In questa logica, i Glossatori si limitano a valorizzare il sorgere di un'obbligazione, quale emerge dal passo di Ulpiano, adoperando ai fini dell'inquadramento della figura una categoria – quella dei 'quasi contratti' – di matrice postclassica. Ed invero, dal modello adoperato dai Glossatori può evincersi la circostanza che l'istituto in questione ha subito una riformulazione sulla base della quale è stato disconosciuto il profilo della bilateralità dell'atto. Specificamente, la genesi dell'obbligazione che nasce in forza del giudicato è ricondotta ad una fonte legale piuttosto che all'accordo delle parti sul programma processuale. In questo quadro, appare quindi chiaro come la circostanza che le fonti conservino traccia della *litis contestatio* derivi in realtà dal fatto che si perpetua il segno, ma con una diversa collocazione teorica e pratica¹⁵⁵. Ad orientarsi in quest'ordine di idee, la *litis contestatio* valeva a creare un rapporto obbligatorio di carattere quasi contrattuale tra i litiganti¹⁵⁶.

Invero, in proposito, può subito osservarsi come rispetto alla categoria contrattuale i quasi contratti – relativamente ai quali la casistica espressa nel Digesto risulta comunque presupposta dall'opera esegetica di Accursio¹⁵⁷ – difettino proprio della 'consensualità'. A ben vedere, se si fa riferimento alla sistemazione di epoca giustiniana, già i casi che sono stati tradizionalmente annoverati nell'ambito di tale precedente categorizzazione relativa alle *obligationes quasi ex contractu* – quali la *solutio indebiti*, la *negotiorum gestio*, la *tutela*, il *legatum per damnationem* e *sinendi modo*, cui si aggiunge la *communio incidens*¹⁵⁸ – non includono la *litis contestatio*. Essi piuttosto rappresentano obbligazioni da atto lecito, non inquadrabili quali figure di *contractus*, ove si consideri come si sia in presenza, in linea di principio, di atti non bilaterali. Soltanto la *solutio indebiti* appare strutturalmente bilaterale, «ma vi manca l'intento tipico delle parti rivolto a creare un'obbligazione (com'era già evidenziato in Gai 3.91)»¹⁵⁹. Può perciò cogliersi, in questo quadro, la distanza teorica che separa il negozio giuridico processuale in esame dalle *obligationes quasi ex contractu*. Il che, in buona sostanza, sembra rappresentare il segno del fatto che non vi sia una continuità storica nel prototipo della gestione convenzionale del processo, che pare perdersi già con Giustiniano ed appare oramai caduta nell'oblio per i Glossatori.

Invero, nell'interpretazione del Duecento¹⁶⁰, può dunque osservarsi, in primo luogo, come – pur giungendo a delineare quella dei quasi contratti come una categoria

¹⁵⁵ In proposito, cfr. A. SALOMONE, *'Iudicati velut obligatio'*, cit., 580 ss., per la quale «Giustiniano non si limitava ad un formale omaggio al diritto classico», reputando come «egli fosse classicista nel senso di un legislatore che guarda al passato, ma per avallare risoluzioni escogitate pensando al presente» (testualmente, a p. 584).

¹⁵⁶ S. SCHLINKER, *'Litis contestatio'*, cit., 635 ss.

¹⁵⁷ C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., 140.

¹⁵⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 609 ss.

¹⁵⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 610.

¹⁶⁰ In proposito, cfr., in particolare, E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000, 296 ss.

aperta – alla stessa venga riconosciuto carattere autonomo. Infatti, ai Glossatori doveva apparire ben chiaro che le Istituzioni imperiali si riferivano anche a questa categoria quando accostavano altre due tipologie di fonti delle obbligazioni a quelle da contratto e da delitto¹⁶¹. Da quest'ultimo punto di vista, la non incontrovertita sistemazione dei quasi contratti emerge da una glossa accursiana relativa alla questione delle *obligationes ex variis causarum figuris*, in cui si legge:

gl. *figuris* in l. *obligationes ff. de obligationibus et actionibus* (D. 44.7.1 pr): *Quaeri consuevit, quae sunt istae obligationes quae oriuntur ex variis figuris causarum? Respon(dent) quidam, illae quae sunt ex quasi contractu, et ex quasi maleficio: et talem dicunt conditionem furtivam, scilicet ex quasi contractu, et ex quasi maleficio, et secundum hoc sunt tantum tria membra. Alii dicunt, ut Hug(olinus) hoc esse dictum propter conditionem furtivam, quae habet insignia contractuum et maleficiorum, non tamen est ex maleficio, quia datur in heredem, ut Insti. de obli quae ex delic. in fi. [I. 4.1.19 in fine] Item non ex contractu, quia non daretur in quantum est locupletatum peculium tantum, sed in solidum quatenus peculium pateretur: ut supra de pecu. l. tertia § ex furtiva causa [D. 44.7.1 pr.]. Et secundum Hug(olinum) dic supra ex contractu, scilicet vel quasi. Item ex maleficio, supple, vel quasi: ut sit argumentatio à sufficienti partium enumeratione: et secundum hoc sunt quinque membra. Vel intelligendum est de obligationibus, quae non sunt iure scilicet ordinario; sed magis proprio quodam iure, id est extraordinario separato à contractu, vel quasi, et maleficio vel quasi, ut actiones quae dantur loco interdictorum: ut in interdicto quod vi, aut clam: et eo casu cum datur contra eum, qui non fecit, sed ratum habet: vel de noxa. Quibus convenitur dominus ex delicto servi: vel de pauperie: vel de ac(tione) quod metus causa, quae datur contra bonae fidei possessorem, et in similibus. De utilibus autem dico per Praetores dari, non oriri ex contractu ex quo directa, vel alio facto ex quo datur directa: ut ex albo Praetoris corrupto. Nam cum quis vendidit actionem suam: emptori datur utilis, non nascitur. Vel dic, datur utilis non ex illa venditione: sed potius ex ipso veteri contractu: ut no(tat) C. de leg. l. ex legato [C. 6.37.18]. De ac(tione) in rem, dic quod non nascitur ex obligatione: ut Insti de act. § 1. (I. 4.6.1). Unde nec proprie dicitur actio: ut infra eo(dem) l. actio [D. 44.7.51]. Item stipulationes praetoriae et interdicta non sunt proprie actiones: ut infra eo(dem) l. actionis verbo (D. 44.7.37). De actionibus quae oriuntur ex pactis incontinenti appositis: dicunt quidam quod sunt ex variis figuris causarum: sed possunt dici ex contractu, cum sint obligatoria talia pacta vel conventiones. Nam et ipsum pactum est contractus. Accur(sius) (nell'ed. Venetiis, apud Iuntas, 1598).*

Condensando un discorso ampio e complesso, giova immediatamente considerare come Accursio anzitutto dia conto di una *dissensio* sorta tra i Glossatori sul significato da attribuirsi alla categoria delle *obligationes* che sorgono *ex variis causarum figuris*. In particolare, sulla base del primo degli orientamenti riferiti, i *genera* delle fonti delle

¹⁶¹ C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., 133 ss., che segnala come la metamorfosi delle fonti delle *obligationes quasi ex contractu* verso i quasi contratti «risale all'attività esegetica relativa alle Istituzioni giustiniane che precedette quella della scuola di Bologna ... Ciò è in particolare testimoniato dall'apparato di glosse alle Istituzioni che va sotto il nome di *Glossa torinense*» (così, a p. 135).

obbligazioni sarebbero essenzialmente tre, dal momento che alle obbligazioni da contratto ed a quelle da delitto si sarebbero collocate le obbligazioni generate da fonti di carattere misto, relativamente alle quali è stata individuata essenzialmente l'ipotesi dell'obbligazione sanzionata con la *condictio furtiva*, da riconoscersi come inerente alle *variae causarum figurae* in quanto partecipante ad un tempo sia della natura dei quasi contratti sia di quella dei quasi delitti, sebbene non idonea ad essere ricompresa interamente in una delle due categorie¹⁶². Viceversa, la seconda impostazione muoveva dalla critica alla precedente sotto il profilo per il quale la figura con fonte mista si caratterizzerebbe piuttosto per il fatto di non far parte delle obbligazioni la cui fonte si iscrive in una delle altre categorie individuabili, quali sarebbero, specificamente, il contratto, il quasi contratto, il delitto ed il quasi delitto¹⁶³. Da quest'ultimo punto di vista, accolto dallo stesso Accursio, i *genera obligationum* erano dunque classificabili nell'ambito di cinque categorie. Nondimeno, il giurista procede ad una ridefinizione delle obbligazioni *ex variis causarum figuris*, includendovi diverse ipotesi ed escludendone infine delle altre che vi erano state ricomprese da parte di altri glossatori. In questo quadro, sembra interessante osservare come – sebbene non si soffermi sulla categoria in questione, per la sua definizione postulando la casistica rinvenibile nel Digesto, oltre ai precedenti approdi della sua scuola di appartenenza¹⁶⁴ – Accursio presupponga il riconoscimento dell'autonomia del *genus* dei quasi contratti.

In questo quadro, segnalandosi la continuità con il modello giustiniano delle *obligationes quasi ex contractu*, non si vede come la categoria dei quasi contratti non possa anche per i Glossatori differenziarsi in altro dai contratti che per la mancanza del carattere della consensualità, così evidenziando un definitivo mutamento di prospettiva rispetto al modo di intendere la *litis contestatio*, che dai Glossatori risulta ascritta proprio nell'ambito dei quasi contratti.

Ed invero, questa impostazione trova riscontro in un'altra delle fonti del diritto comune. Ci si riferisce in particolare a:

Summa Trecensis, 4.10.2 (H. Fitting, 83, lin. 12-15): *item pacto seu conventione cessante agis interdum aliquid in re mea, pro quo facto equum est ita te teneri, ac si pactum intervenisset, veluti si tutelam vel curam meam amministrasti, vel me absente negotia mea gessisti.*

Emerge infatti chiaramente da questo passo, pur nella sua essenzialità, come nella dottrina giuridica medievale l'elemento del consenso non assumesse alcun ruolo nella configurazione della categoria dei quasi contratti¹⁶⁵. Il che ben si comprende se si considera, in particolare, la locuzione *ita te teneri ac si pactum intervenisset*, dal momento che

¹⁶² C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., 139 ss.

¹⁶³ C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., 139 ss.

¹⁶⁴ C.A. CANNATA, *Materiali*, II, cit., 139 ss.

¹⁶⁵ In proposito, si veda B. CORTESE, *'Indebiti solutio' ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova, 2009, 3 ss. In particolare, il testo della *Summa* è tratto da *'Summa Codicis' des Irnerius mit einer Einleitung*, herausgegeben von H. Fitting, Berlin, 1894 (rist.: Frankfurt am Main, 1971), 83. Per quanto concerne la questione paternità della *Summa Trecensis*, in un primo momento attribuita ad Irnerio dal Fitting, si può far riferimento, per tutti, ad E. CORTESE, *Le grandi linee*, cit., 259 s.

si predica come corretta l'equiparazione in punto di disciplina dell'ipotesi considerata (ossia, quella della *negotiorum gestio*), al caso in cui un patto fosse effettivamente intervenuto, così presupponendo che in realtà il consenso difetti. In questa logica, ben si comprende come la riflessione sul quasi contratto si fondi su una prospettiva di carattere squisitamente rimediale¹⁶⁶.

Le considerazioni sinora svolte, che implicano l'abbandono della logica negoziale del processo, del resto, trovano riscontro in un altro passo nel quale i Glossatori hanno analizzato il profilo ontologico delle *stipulationes praetoriae* su cui ci siamo in precedenza soffermati¹⁶⁷.

Si tratta, in particolare, di,

gl. *iudiciales* in l. *stipulationum* Inst. de divisione *stipulationum* (I. 3.18 pr.): *Quando index cognoscit de aliqua causa, et pendente causa incidenti facit interponere cautionem et dicuntur iudiciales a iudice* (nell'ed. Venetiis, 1569).

gl. *praetoriae* in l. *stipulationum* Inst. de divisione *stipulationum* (I. 3.18.1): *Quando non aditur index aliqua de causa sed principaliter ut talis cautio interponatur: veluti damni infecti et cautio legatorum praestandorum: et talis est differentia inter ea quae dicta sunt. Sed cum hic ponatur praetoria ut species opposita iudiciali: quare ff. de praeto. stip. l. j. in prin. (D. 46.1.5 pr.) ponitur ut genus? Respon(deo) ibi, aliter accipitur iudicialis, supra a iudicio: hic a iudice: ut ff. manda. l. Lucius (D. 17.2.38) (nell'ed. Venetiis, 1569).*

Orbene, da quest'ultimo punto di vista, sembrerebbe che le *stipulationes iudiciales* vengano ricondotte, in un'accezione riduttiva, alla *cautio* che il giudice impone alla parte di prestare in pendenza di un accertamento incidentale. Per quanto concerne quelle *praetoriae*, invece, le stesse risultano ascritte all'ipotesi in cui si ricorre alla *stipulatio* in via principale. Ed è in questo – ossia nella natura dell'accertamento cui la *cautio* risulta strumentale – che si individua la differenza tra le due fattispecie. A ben vedere, una simile configurazione del negozio non vale più a qualificarlo come un meccanismo volto a creare regole processuali. In altri termini, se si riflette sulla distanza tra la *stipulatio* come viatico per differenti modalità di tutela nel processo e la mera prestazione di una garanzia nell'ambito di una procedura predeterminata, ben si comprende come le *stipulationes* interpretate dalla sensibilità dei Glossatori non valgano a configurare regole da applicarsi in un processo. Ed è in questo che emerge come con lo statual-legalismo giustiniano si sia perso completamente il senso della negozialità del processo, dal momento che – come si può osservare – anche le questioni classiche sono state successivamente reinterpretate in questa logica.

Conclusivamente, occorre considerare come, una volta abbandonata l'idea di una gestione convenzionale della lite, l'esperienza giuridica successiva si sia allontanata altresì dal concetto di azione in senso sostanziale. In particolare, esso perde di

¹⁶⁶ Così, quasi testualmente, B. CORTESE, *'Indebiti solutio'*, cit., 4 e nt. 8.

¹⁶⁷ In particolare, il testo rappresenta un'analisi di Inst. 3.18pr.: *Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes tam praetoriae quam iudiciales. 1. Iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio vel de perseguendo servo qui in fuga est, restituendove pretio. 2. Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti vel legatorum. praetorias autem stipulationes sic exaudiri oportet ut in his contineantur etiam aediliae: nam et hae ab iurisdictione veniunt.*

significato, sfumando nella costruzione teorica che ha condotto al riconoscimento dei diritti soggettivi, nell'elaborazione della Scuola iberica di diritto naturale e del giusnaturalismo razionalista tra Sei e Settecento. A ben vedere, l'impostazione teorica della prima Scuola, nel sostenere innovativamente che dai principi del diritto, necessari ed evidenti per la loro razionalità, fosse possibile inferire in via deduttiva regole con uno specifico contenuto, di carattere stabile ed eterno¹⁶⁸, ha posto le basi per «i sistemi giuridici logicizzanti del secolo XVIII»¹⁶⁹. In questa prospettiva, la corrente del giusrazionalismo moderno è arrivata a configurare l'esistenza di «diritti attribuiti dalla natura ad ogni uomo di dare libero corso ai propri impulsi istintivi o razionali»¹⁷⁰, in funzione della propria conservazione. La necessaria limitazione degli stessi nell'ambito della società civile avrebbe peraltro comportato una maggiore garanzia di carattere pubblicistico rispetto ai diritti che sarebbero residuati in capo ai soggetti in seguito al c.d. contratto sociale. A ben vedere, «la teoria dei diritti naturali soggettivi, che cominciò ad avere subito applicazioni importanti nel campo del diritto pubblico, era in sostanza una teoria del diritto privato, poiché riguardava originariamente il modo d'essere delle relazioni fra gli individui»¹⁷¹.

In questo quadro, la teoria dei diritti soggettivi ha importato, dunque, una seconda cesura nella storia del negozio giuridico processuale, facendo venir meno la centralità dell'azione, che – non valendo più ad assorbire in sé la posizione sostanziale azionabile – si scompone, di conseguenza, nel diritto d'azione, quale diritto sostanziale strumentale al processo, e l'azione – quale *actio mota* – da intendersi come procedimento per giungere alla sentenza. Ed è allora in questo senso che va letto il senso dell'attuale recupero del modello romano nella sua reale portata, non potendosi il negozio giuridico processuale che esplicare in entrambi i profili nei quali si è disgiunta l'azione in senso sostanziale, al fine di valorizzare la dimensione convenzionale della gestione della lite sia nella prospettiva della tutela dei diritti, sia per quanto concerne il rito.

¹⁶⁸ In proposito, si veda A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo* (ed. italiana a cura di A. Mazzacane de *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*², Lisboa, 1999), nuova ed. Bologna, 2003, 179 ss.

¹⁶⁹ A.M. HESPANHA, *Introduzione*, cit., 180.

¹⁷⁰ A.M. HESPANHA, *Introduzione*, cit., 192.

¹⁷¹ A.M. HESPANHA, *Introduzione*, cit., 193.

CAPITOLO TERZO

UN APPROCCIO CASISTICO ALL'ESPERIENZA ITALIANA CONTEMPORANEA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Processo civile. - 2.1. Negozi incidenti sull'*agere* in senso sostanziale ossia sulla tutela giurisdizionale dei diritti. - 2.1.1. 'Gentlemen's agreements'. - 2.1.2. L'accordo di arbitrato irrituale. - 2.1.3. Regime convenzionale delle eccezioni *ex art.* 1462 c.c. - 2.1.4. Regime convenzionale delle prove *ex art.* 2698 c.c. - 2.1.5. Regime convenzionale dell'interpretazione. - 2.2. Negozi incidenti sull'*agere* in senso processuale implicanti configurazione del rito. - 2.2.1. Accordi sulla competenza. - 2.2.2. Accordi sulla giurisdizione. - 2.2.3. Segue. L'accordo di arbitrato rituale.- 2.2.4. Accordi sulla semplificazione del rito. - 2.2.5. L'accordo sulla sospensione *ex art.* 296 c.p.c. - 2.2.6. La richiesta di decisione secondo equità *ex art.* 114 c.p.c. - 2.2.7. Disponibilità negoziale dei mezzi di gravame: dall'accordo *ante sententiam* sulla *revisio per saltum* al patto di rinuncia preventiva alle impugnazioni. - 2.2.8. Le conclusioni conformi. - 2.2.9. La rinuncia agli atti. - 3. Processo penale. - 3.1. Querela. - 3.2. La convenzione nel processo penale: dal superamento del disposto dell'art. 439 c.p.p. all'applicazione della pena su richiesta delle parti. - 3.3. La convenzione nell'esecuzione della pena. - 3.4. Rinuncia all'amnistia, alla prescrizione.

1. *Considerazioni introduttive.*

Si è osservato nei capitoli precedenti che quella del negozio giuridico processuale si presenta come una categoria di atti mediante i quali è consentito all'autonomia privata configurare il rapporto processuale, dal momento che la natura pubblicistica della giurisdizione non si pone di per sé in contrasto con l'operatività del principio dispositivo. Specificamente, si è riconosciuta la trasversalità del principio della buona fede, che si traduce nella tendenziale bilateralità della gestione negoziale del processo, da considerarsi meritevole in quanto contribuisca ad una migliore realizzazione del principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. *sub specie* della ragionevole durata del procedimento.

A ben vedere, il prototipo della gestione bilaterale del processo che si rinviene nell'ambito del processo formulare romano sembrava perdersi già con la giurisdizione statual-legalista giustiniana. Nondimeno, pur non potendosi individuare una continuità

storica, il modello mostra di ritrovare un significato ed un appropriato sostrato giuridico proprio nell'attuale principio dispositivo.

In questa prospettiva, la valorizzazione del più ampio significato che la nozione di *agere* rivestiva nell'ambito del diritto romano consente di delineare con maggiore precisione il profilo funzionale dei negozi giuridici processuali, con l'effetto di determinare esattamente quali tipi negoziali possano ricomprendersi all'interno della categoria in questione. In particolare, occorre individuare il criterio discrezionale nel diverso atteggiarsi della necessaria incidenza dell'atto negoziale sul processo, distinguendo così tra atti incidenti sul regime della tutela giurisdizionale dei diritti ed atti incidenti sul rito con la configurazione, in determinati casi, di regole destinate ad operare nel processo.

In buona sostanza, si configura come negozio giuridico processuale l'atto di autonomia privata incidente sull'*agere* in senso sostanziale, mediante la regolamentazione di aspetti inerenti alla tutela giurisdizionale dei diritti, oppure sull'*agere* in senso processuale, con la realizzazione di un assetto di interessi avente ad oggetto la predisposizione di regole inerenti al processo come organizzazione, modulando il rito in una prospettiva di semplificazione della procedura.

Ad orientarsi in quest'ordine di idee, l'analisi del profilo funzionale della categoria di atti in questione impone dunque di fare riferimento alla predisposizione, nell'esercizio dell'autonomia privata, di una regola di configurazione del processo, secondo una duplice valenza. In altri termini, nel primo caso, si tratta di negozi aventi ad oggetto la disciplina dispositiva del codice civile che concerne le modalità di attuazione della tutela giurisdizionale dei diritti, consentendo di predisporre una regolamentazione maggiormente congeniale agli interessi delle parti nei limiti della compatibilità con i principi dell'ordinamento. Nel secondo caso, vengono in evidenza accordi che riguardano le modalità organizzative del procedimento, mediante i quali è permesso alle parti trovare un assetto più funzionale ad una rapida definizione della controversia. In questa accezione, occorre dunque far riferimento al negozio diretto a creare la regola del processo, modulando le regole processuali in una prospettiva funzionale all'attuazione della ragionevole durata del processo.

Il che permette di ricavare una base concettuale conformemente alla quale si può giungere a delimitare l'insieme delle figure qualificabili *sub specie* di negozi giuridici processuali – mediante la loro riconduzione essenzialmente nell'ambito dei due insiemi funzionalmente distinguibili nella categoria in esame – rispetto a quelle fattispecie che, pur dispiegando i propri effetti indirettamente anche sul processo, rappresentano in realtà delle tipologie di negozi giuridici di carattere squisitamente sostanziale.

Ebbene, l'opzione ricostruttiva qui suggerita induce innanzitutto ad escludere che gli istituti della confessione giudiziale e del giuramento decisorio rappresentino delle figure di negozi giuridici processuali.

Ed invero, il regime della confessione – che trova la sua collocazione codicistica nell'ambito dei mezzi di prova – è contenuto negli artt. 2730 ss. cod. civ. e negli artt. 228 ss. cod. proc. civ., laddove si definisce la stessa come «la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte»¹. A ben vedere, come è

¹ Art. 2730 cod. civ.

stato posto in evidenza in dottrina², è da ritenersi che la confessione non appartenga effettivamente all'insieme dei mezzi probatori. Ed invero, non si sarebbe in presenza di una prova con efficacia legale, ma di un atto di disposizione del diritto da parte dell'interessato. Il giudice risulta, infatti, vincolato dalla dichiarazione confessoria in quanto questa trova il proprio «fondamento nell'autonomia negoziale e nel potere dispositivo delle parti, il cui scopo è quello di consentire ad una di esse di sfuggire all'onere probatorio da assolversi di norma con quei mezzi soggetti al prudente apprezzamento del giudice»³. In questa logica, ciò trova conferma nel requisito del c.d. *animus confitendi* richiesto dalla prevalente giurisprudenza di legittimità⁴, ossia nella volontà di rendere una dichiarazione vincolante di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli alla controparte⁵. Il che rende manifesta la circostanza che gli effetti della confessione non si traducono nella creazione di una regola procedimentale, ma piuttosto operano direttamente sul diritto sostanziale e soltanto in via indiretta sul processo.

Le considerazioni svolte a proposito della natura di negozio sostanziale della confessione si percepiscono con maggiore nitidezza con riguardo al giuramento decisorio⁶.

Ed invero, la sua realizzazione conduce alla incontrovertibile definizione del giudizio, senza che in capo al giudice residui alcuna possibilità di apprezzare liberamente i fatti controversi, se si eccettua il mero riscontro circa il fatto che esso sia stato prestato oppure no. Ai fini della decisione appare poi del tutto irrilevante l'effettiva veridicità di ciò che è stato giurato⁷. Infine, i requisiti della capacità della parte e della obiettiva disponibilità del diritto controverso rendono palese che si tratta di un atto avente la natura di negozio giuridico sostanziale.

Le medesime conclusioni possono trarsi con riguardo alle fattispecie – apparentemente affini alla categoria di negozio giuridico processuale – di conciliazione giudiziale, rinuncia alla prescrizione, transazione, mediazione ed a quella (di recente introdotta) della negoziazione assistita, rispetto alle quali l'effetto sul processo rappresenta soltanto un riflesso della disposizione del diritto sostanziale sottostante.

In particolare, la conciliazione ha luogo, sulla base della disposizione di cui all'art. 185 cod. proc. civ., in seguito alla richiesta congiunta effettuata dalle parti e – come è stato posto in evidenza⁸ – comporta sia effetti sostanziali simili a quelli della transazione

² G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 461 ss.

³ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 461.

⁴ Al riguardo, basti menzionare, *ex pluribus*, Cass., 10 ottobre 2007, n. 21258, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

⁵ In proposito, si veda G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 461 ss., il quale, nel contrastare la tesi che qualifica la fattispecie alla stregua di una prova legale, sottolinea che «se la confessione ha gli stessi effetti pratici di un atto dispositivo del diritto in contesa, e se per tal ragione si richiedono il potere di disporre e la oggettiva disponibilità del diritto, non si vede perché non ne dovrebbe avere anche la stessa natura giuridica, se non per una arbitraria interpretazione in contrasto con il diritto positivo». Per la posizione avversata, cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. Il processo ordinario di cognizione*²⁰, II, Torino, 2009, 254 ss., il quale discorre di «indiretta portata dispositiva della dichiarazione confessoria» (in questi termini, a p. 259).

⁶ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 466 s.

⁷ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 466 s.

⁸ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 84 ss.

in ordine alla definizione delle posizioni giuridiche soggettive (fatta eccezione per il requisito delle reciproche concessioni), sia effetti processuali, nel senso che vale a concludere il processo in corso⁹. Ma questi ultimi rappresentano soltanto un riflesso della disposizione del diritto sostanziale dedotto in giudizio.

In questa logica, anche la figura della transazione di cui agli artt. 1965 ss. cod. civ. – che consiste nel contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già insorta oppure riescono ad evitare preventivamente una controversia che può insorgere tra loro – allo stesso modo può comportare l'estinzione di un processo in corso, senza che per questo se ne possa riconoscere la natura processuale. Ed invero, il negozio in questione ha carattere dispositivo del diritto sostanziale controverso¹⁰. Del resto, rileva il fatto che segue la forma richiesta per la validità del contratto sulla base del suo oggetto. A ben vedere, non si tratta, infatti, di una regolamentazione negoziale suscettibile di configurare una regola processuale.

Presentano caratteristiche analoghe a quelle della transazione, distaccandosi perciò dalla categoria di negozio giuridico processuale, anche le fattispecie apparentemente affini della mediazione e della negoziazione assistita. In particolare, la mediazione a fini conciliativi è contemplata dall'art. 2 del d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in relazione a qualsivoglia controversia civile che afferisca a diritti disponibili, ed il relativo procedimento si svolge senza formalità dinnanzi all'organismo di mediazione adito¹¹. Rispetto alla convenzione di negoziazione assistita di cui all'art. 2, l. 10 novembre 2014, n. 162, invece, è previsto che la procedura conciliativa venga condotta da uno o più avvocati¹².

Ebbene, se si considera come in entrambi i casi il procedimento è concepito in funzione del raggiungimento – pur con l'assistenza di altri soggetti – di un accordo rispetto alle posizioni giuridiche controverse¹³, appare di intuitiva evidenza la circostanza che gli istituti in questione si estrinsecano su un piano prettamente sostanziale. D'altronde, essi si pongono chiaramente nella stessa prospettiva della transazione, mirando a porre fine ad una lite intercorrente tra le parti mediante un negozio di carattere sostanziale, sebbene non sia qui necessario il requisito delle reciproche concessioni.

Da quest'ultimo punto di vista, occorre riconoscere come nemmeno la fattispecie della rinuncia alla prescrizione di cui all'art. 2937 cod. civ. si sottragga ad una considerazione in termini di negozio giuridico sostanziale. Specificamente, è necessario a tal fine valorizzare la considerazione che la prescrizione rappresenta una modalità generale di estinzione dei rapporti giuridici che si basa sulla condotta inerte della parte attiva del rapporto, in funzione dell'«adeguamento della situazione di diritto alla situazione di fatto»¹⁴, con esclusivo riguardo ai diritti disponibili¹⁵. La stessa determina,

⁹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 84 ss.

¹⁰ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1275 ss.

¹¹ Al riguardo, si consideri G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 349 ss.

¹² In proposito, si veda, C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*²⁴, III, Milano, 2015, 511 ss.

¹³ Sul punto, cfr. G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 349 ss.

¹⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1966 (rist.: Napoli, 1989), 114.

¹⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 113 ss.

dunque, non soltanto l'estinzione dell'azione, ma anche quella del diritto sostanziale¹⁶. Pertanto, la rinuncia alla prescrizione già compiuta, che può manifestarsi anche per fatti concludenti, pur potendo produrre effetti riflessi sul processo, implica direttamente una disposizione del diritto ad avvalersi della prescrizione, volto a cagionare l'estinzione del diritto in capo all'altra parte¹⁷. Il che rappresenta senza dubbio un effetto di carattere sostanziale, indicativo della natura del negozio.

Chiariti questi aspetti, in ragione dell'esigenza di non trascurare le principali implicazioni che affiorano in relazione all'argomento che stiamo trattando, è utile altresì, prima di procedere ad analizzare nel dettaglio le singole figure di negozi giuridici processuali, delineare la questione afferente all'operatività della categoria nell'ambito del processo amministrativo, per capire se anche nella giurisdizione amministrativa risultino presenti gli istituti negoziali propri della procedura civile.

Al riguardo, giova preliminarmente osservare che anche il giudizio amministrativo è compreso nella «categoria generale del processo giurisdizionale di parte, di cui rappresenta una *species* caratterizzata dalla presenza indefettibile, in qualità di parte, di una pubblica amministrazione»¹⁸. Allo stesso risultano perciò applicabili le regole che si possono ricavare direttamente dal canone costituzionale del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

In particolare, nell'ambito della giurisdizione amministrativa risulta senz'altro operante il principio della domanda, il quale va tuttavia interpretato in connessione con un sistema di acquisizione del materiale probatorio regolato sulla base del principio dispositivo con metodo acquisitivo¹⁹. Ed invero, questo canone si traduce nella regola per cui – secondo quanto positivamente stabilito dalla disposizione di cui all'art. 64, comma 1, cod. proc. amm. – alle parti, nell'esercizio del potere dispositivo che compete loro, è assegnato l'onere di fornire il c.d. principio della prova, mediante l'esposizione all'organo giurisdizionale di una ricostruzione schematica, sebbene precisa e attendibile, relativa alle circostanze di fatto e ad un inquadramento giuridico degli stessi. La norma riserva quindi al giudice il potere – comunque doveroso – di procedere all'acquisizione di informazioni e documentazione ed, in generale, di quegli elementi istruttori indispensabili per la definizione del giudizio²⁰.

In questo quadro, può trarsi il fondamento di questo sistema dalla considerazione del ruolo preponderante da attribuirsi, nell'ambito del processo amministrativo, alle prove precostituite e – soprattutto – ai documenti che hanno rappresentato la base per l'adozione del provvedimento impugnato, dal momento che gli stessi si trovano in linea di principio nella disponibilità dell'amministrazione resistente²¹. Ed è questa la ragione

¹⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 113 ss. In senso critico, si veda, però, F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 110 ss., per il quale «sembra ... più opportuno dire che il diritto prescritto non si estingue ma perde la propria forza, nel senso che, se si agisce in giudizio, il terzo potrà eccepire l'intervenuta prescrizione, in tal modo bloccando l'iniziativa giurisdizionale. Ma se tale eccezione non viene opposta, il diritto potrà essere fatto valere ad ogni effetto» (così, a p. 110). In altri termini, si tratterebbe soltanto di «un effetto preclusivo, e non già estintivo» (in questi termini, a p. 110).

¹⁷ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 113 ss.

¹⁸ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011, 1641 ss.

¹⁹ F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 1647 s.

²⁰ F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 1647 s.

²¹ F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 1647 s.

per cui, secondo l'insegnamento tradizionale della giurisprudenza, «i poteri istruttori, esercitabili d'ufficio, di cui dispone il giudice amministrativo rispondono principalmente allo scopo di evitare che l'inerzia processuale dell'amministrazione resistente vanifichi le possibilità di difesa del ricorrente e comporti un *vulnus* all'effettività della tutela giurisdizionale»²².

A ben vedere, è importante, nondimeno, porre in rilievo il carattere di tendenziale indisponibilità delle posizioni giuridiche che vengono in evidenza nelle controversie attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, in quanto risulta coinvolto lo stesso esercizio del pubblico potere e, correlativamente, situazioni di interesse legittimo. Ed invero, il coinvolgimento della parte pubblica, con le connesse implicazioni in termini di bilanciamento dei diversi interessi, sembra costituire in linea di principio un ostacolo rispetto alla configurazione di percorsi processuali diversi dall'ordinario procedimento proprio del giudizio amministrativo²³. In particolare, sembra si possa inquadrare in questa logica il rilievo del collegio circa le attività di indirizzo sostanziale e formale del processo amministrativo, dal momento che, ad esempio, per un verso, ad esso compete il potere di decidere anche le controversie accessorie rispetto a quella principale, e, per altro verso, il collegio può ordinare la riunione dei ricorsi²⁴.

In questa prospettiva, è dunque possibile comprendere quali fattispecie – che nell'ambito del processo civile si configurano come negozi giuridici processuali – possano trovare un'analogia applicazione anche nel contesto del giudizio amministrativo e quali invece risultino escluse in forza dei profili di peculiarità propri di quest'ultimo processo.

Specificamente, dal momento che il processo amministrativo si presenta in linea di principio come un processo improntato al metodo acquisitivo, nell'ambito dell'attività istruttoria non residua spazio in capo alle parti per l'esercizio della loro autonomia negoziale, risultando la manifestazione del principio dispositivo limitata alla facoltà di introduzione dei fatti nel processo che saranno utilizzati dal giudice per la sua decisione²⁵. Pertanto, risulterebbe impossibile configurare nell'ambito del giudizio amministrativo fattispecie quali quella di cui all'art. 1462 cod. civ., che consente la predisposizione di un regime convenzionale delle eccezioni, oppure quella di cui all'art. 2698 cod. civ., che prevede la possibilità di configurare convenzionalmente un diverso onere della prova.

In quest'ordine di idee, occorre ritenere che non sia consentito compromettere in arbitri le controversie afferenti alla tutela degli interessi legittimi, mentre è sicuramente da ammettersi il ricorso all'arbitrato rituale rispetto a quelle aventi ad oggetto diritti soggettivi. In buona sostanza, ciò si evince, oltre che dai principi dell'ordinamento, anche

²² F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 1648, il quale, peraltro, pone in evidenza la circostanza che «il metodo acquisitivo e l'iscrizione in capo al privato del mero onere di un principio di prova ... tendono ad affievolirsi, alla luce dei principi del contraddittorio procedimentale e dell'accessibilità dei documenti amministrativi, che consentono al privato di avere piena contezza dei fatti da provare prima del processo; e, soprattutto, nel campo della tutela risarcitoria, ove la conoscenza da parte del solo privato dei profili di danno patiti rende ragionevole l'applicazione del principio dispositivo secco».

²³ In proposito, cfr. F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 383 s.

²⁴ F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 1649.

²⁵ F. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 440 s.

dal dato positivo per il quale, sulla base dell'art. 12 cod. proc. amm., «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli artt. 806 e ss. cod. proc. civ.»²⁶.

Ed invero, già in relazione ai giudizi vertenti su diritti soggettivi, a causa del coinvolgimento della pubblica amministrazione, il legislatore ha ritenuto opportuno escludere «percorsi arbitrali non ortodossi, ossia l'arbitrato irrituale e, soprattutto, l'arbitrato irrituale *secundum equitatem*»²⁷. Il che induce a ritenere che, a maggior ragione, per quanto concerne la giurisdizione generale di legittimità sia da ritenersi precluso qualsiasi tipo di arbitrato, dal momento che viene in rilievo l'esercizio della pubblica funzione, ed altresì – sulla base della identità della funzione con quella del compromesso irrituale, individuabile nell'esclusione convenzionale della giurisdizione – i c.d. 'gentlemen's agreements'.

In questo quadro, principi inderogabili di carattere costituzionale impediscono certamente la configurabilità di accordi sulla giurisdizione, dal momento che, sulla base della regola posta dall'art. 103 Cost., il criterio di riparto della giurisdizione è quello ancorato alla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, e soltanto mediante un atto normativo avente forza di legge è possibile, al ricorrere di specifiche condizioni quali la contestazione del legittimo esercizio dell'attività amministrativa, stabilire casi di giurisdizione esclusiva²⁸. Ciò rappresenta dunque un parametro di ordine pubblico indubbiamente indisponibile per i privati.

Nemmeno sembra residuare spazio, nel sistema del processo amministrativo, per la predisposizione di accordi sulla competenza. Ed invero, la norma di cui all'art. 13, comma 4, cod. proc. amm. – innovando rispetto alla previgente legge TAR, che permetteva alle parti di derogare alla competenza territoriale – stabilisce la regola dell'inderogabilità della competenza territoriale, in ossequio al canone del giudice naturale²⁹. In quest'ordine di idee, si è infatti mirato a valorizzare il carattere indisponibile della posizione soggettiva di interesse legittimo in quanto intimamente collegata con quella di interesse pubblico, precludendo, tra l'altro, la possibilità di concedere misure cautelari da parte del tribunale amministrativo regionale che riconosca la propria incompetenza territoriale³⁰.

Per completezza dell'esame delle prospettive sottostanti alla casistica di cui ci occupiamo, appare inoltre utile – dopo aver escluso l'operatività nel giudizio amministrativo della fattispecie dell'accordo sulla sospensione di cui all'art. 296 cod. proc. civ.³¹ e la configurabilità di convenzioni sulla semplificazione del rito, in forza delle

²⁶ Art. 12 cod. proc. amm.

²⁷ F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 383.

²⁸ Al riguardo, occorre far riferimento, in particolare, a Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg. Sul punto, si veda altresì F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 83 s., il quale pone in evidenza la considerazione che, sulla base della giurisprudenza costituzionale, «possono essere attratti a detta giurisdizione esclusiva solo i comportamenti riconducibili, anche mediatamente, al potere dell'autorità, e non piuttosto i meri comportamenti violativi delle regole di diritto comune».

²⁹ F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 1656 ss.

³⁰ F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 1660.

³¹ Al riguardo, occorre considerare che la disposizione di cui all'art. 79 cod. proc. amm., nel predisporre il regime afferente alle cause pregiudiziali, rinvia alla disciplina contenuta nell'art. 295 cod. proc. civ., e

peculiarità organizzative di questo tipo di processo – considerare il profilo dell’equità in relazione al processo amministrativo.

Ebbene, nel processo civile ordinario è consentito alle parti di optare concordemente per una decisione secondo equità, secondo quanto prevede l’art. 114 cod. proc. civ. Nel codice del processo amministrativo non è presente, invece, una norma corrispondente. A ben vedere, anche a voler ammettere una componente equitativa intrinseca alle valutazioni del giudice amministrativo, non può negarsi che la ricerca di un’interpretazione evolutiva effettuata in questa sede resti comunque entro i confini del diritto positivo³². In questa logica, ben si comprende come la tendenza dell’ordinamento verso una più compiuta pienezza della tutela e verso un assetto sfumato del carattere prettamente impugnatorio del processo amministrativo non consenta di eludere il principio secondo cui lo scopo del giudizio in questione «è e resta, salvo che per la giurisdizione esclusiva e per alcuni profili marginali, quello di verificare che l’esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione risponda alla norma che lo contempla»³³. Ed è questa la ragione per cui il giudizio equitativo appare incompatibile con la struttura del processo in esame e non sembra possa essere consentito alle parti di vincolare il giudice ad una loro concorde richiesta in tal senso. Del resto, una simile conclusione sembra coerente con quanto osservato in tema di arbitrato, per cui il legislatore ha voluto escludere la possibilità di ricorrere all’arbitrato irrituale secondo equità.

In conclusione, è opportuno verificare l’ammissibilità dei patti di rinuncia preventiva all’impugnazione ovvero l’estensibilità della fattispecie della *revisio per saltum* anche al giudizio amministrativo.

Per quanto concerne il secondo problema menzionato, sembra da condividere quell’orientamento³⁴ per il quale sarebbe inevitabile in questo contesto escludere la possibilità di un’impugnazione *omisso medio*, ossia la devoluzione immediata della pronuncia giurisdizionale di primo grado alla Corte di Cassazione. Ed invero, a tale conclusione induce essenzialmente il quadro positivo, dal momento che la norma di cui all’art. 110 del cod. proc. amm. – in ossequio all’assetto predisposto dalla Costituzione all’art. 111, comma 8 –, nel disciplinare l’impugnazione dinnanzi alle Sezioni Unite, limita il rimedio in questione esclusivamente alle sentenze pronunciate dal Consiglio di Stato. In questa prospettiva, è importante soprattutto porre in evidenza il fatto che, mentre nell’assetto del processo civile lo strumento della *revisio per saltum* si giustifica in ragione della volontà delle parti di ottenere direttamente un controllo relativo alla violazione o alla falsa applicazione di norme di diritto, nell’ambito del giudizio amministrativo esso perderebbe di significato. Del resto, l’unico giudice che può valutare l’eventuale

dunque alla sola sospensione necessaria. Sul punto, cfr. F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 1711 ss., il quale ritiene che dal quadro normativo di riferimento sia possibile evincere che, «nel caso in cui innanzi al giudice amministrativo emerga una ‘questione pregiudiziale’, di regola questa viene decisa incidentalmente dal giudice stesso. ... Tuttavia, secondo la dottrina prevalente, ... si deve ritenere che egli possa ugualmente sospendere il processo per ragioni di opportunità e attendere la soluzione della questione pregiudiziale ad opera di altro giudice».

³² G. ROSSI, *Giudice e processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ G. ROSSI, *Giudice e processo amministrativo*, cit.

³⁴ G.P. CIRILLO, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, 232 s.

sussistenza di errori commessi nella pronuncia di primo grado nel considerare i profili di legittimità della controversia è il Consiglio di Stato, che risulta investito dell'intera materia del contendere. Pertanto, il ricorso per Cassazione non consentirebbe in questo caso di impugnare per il motivo di cui all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., ma si risolve nella possibilità di proporre il regolamento di giurisdizione. Il che renderebbe sostanzialmente inutile l'accordo sul ricorso *omisso medio*.

Infine, non sembra che in questa sede sia possibile proporre un'ipotesi ricostruttiva che fornisca una soluzione alla questione afferente alla configurabilità di patti di rinuncia preventiva alle impugnazioni nell'ambito della giustizia amministrativa, in ragione del taglio espositivo che si intende seguire, che non consente di approfondire questo problema. Ed invero, occorre al riguardo considerare che, per un verso, a ciò parrebbe ostare la natura indisponibile delle situazioni soggettive del privato a fronte della doverosità dell'esercizio della funzione pubblica. Per altro verso, non può trascurarsi di considerare la circostanza che, come si è già avuto modo di osservare, anche il giudizio amministrativo risulta improntato al principio dispositivo. In quest'ordine di idee, è innegabile che nel nostro sistema, dove non risulta predisposto un sistema generalizzato di controllo della legittimità degli atti amministrativi, è rimessa al privato che si ritenga leso da un provvedimento la scelta di impugnarlo o meno, stante il dovere costituzionalizzato a carico dell'ordinamento di predisporre un sistema di tutela giurisdizionale degli interessi legittimi. Viene poi in evidenza il fatto che l'ordinamento consente che si presti acquiescenza al provvedimento amministrativo, così come alla pronuncia di primo grado, mediante comportamenti certi ed inequivoci, incompatibili con la volontà di impugnare la pronuncia. In questo quadro, sembra dunque che la tematica meriti un'attenta riflessione, potendo considerarsi come allo stato il problema resti aperto.

2. *Processo civile.*

2.1. *Negozi incidenti sull'agere' in senso sostanziale ossia sulla tutela giurisdizionale dei diritti.*

Nel quadro che abbiamo sinora tracciato sulla fisionomia generale della categoria dei negozi giuridici processuali, è opportuno tratteggiare i caratteri essenziali di una delle due specifiche tipologie funzionali che abbiamo individuato, al fine di soffermarci in seguito sull'analisi delle singole figure che risultano così inquadrabili. Si tratta, in particolare, dei negozi incidenti sull'*agere* in senso sostanziale, ossia di quegli accordi che implicano la configurazione del rapporto processuale in quanto capaci di incidere sulle modalità della tutela giurisdizionale dei diritti. Il che si pone nella prospettiva di una riscoperta del modello romanistico, che trova il proprio significato nell'operatività del principio dispositivo, sulla base del quale è possibile, come già si è visto, proporre di utilizzare lo schema contrattuale – sebbene senza una compiuta identificazione del contratto con le figure negoziali in questione – rispetto alle convenzioni strumentali a gestire la lite nel senso più ampio relativo all'accezione sostanziale dell'azione.

Come è noto, l'ordinamento non consente ai privati di farsi giustizia da sé ed, al contempo, l'art. 24 Cost. stabilisce che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»³⁵. La tutela giuridica si traduce, in buona sostanza, nella salvaguardia processuale degli interessi individuabili sulla base del diritto sostanziale, evidenziando la funzione unitaria assolta da entrambi questi aspetti della medesima³⁶. In questa prospettiva, appartiene al piano della disciplina del codice civile la previsione del Libro VI di istituti differenti, eppure diretti allo stesso obiettivo relativo alla tutela dei rapporti giuridici³⁷.

Occorre ribadire, inoltre, che il processo civile in linea di principio non si sviluppa in mancanza dell'iniziativa delle parti. In questo senso, «alla normale disponibilità dei diritti soggettivi fa riscontro la normale disponibilità della loro tutela, anche giurisdizionale»³⁸.

Ebbene, gli accordi volti a predisporre un regime convenzionale della tutela giurisdizionale dei diritti – se si riconosce la loro specifica attitudine a regolare le modalità della sua attuazione negli spazi consentiti dall'operare del principio dispositivo – presentano una sostanziale analogia funzionale con il negozio accertativo. Ed invero, la predisposizione di un assetto di interessi che regoli le modalità della tutela giurisdizionale dei diritti in relazione ad un'ipotetica futura controversia tra le parti non può che tradursi in un immediato vincolo di configurazione del rapporto processuale, i cui effetti si producono senza l'intermediazione di un'obbligazione.

In quest'ordine di idee, diverrà possibile, dunque, riflettere sul peculiare rilievo che assume l'aspetto volontaristico di questi negozi. Si perverrà perciò a considerare come gli accordi sulla tutela giurisdizionale dei diritti comunque si sottraggano alla possibilità di essere semplicisticamente inquadrati nell'ambito delle categorie tradizionali quali quella dell'atto sostanziale e quella dell'atto processuale. A tal fine occorrerà valorizzare la connessione tra la sostanziale autonomia ed insensibilità della disciplina degli atti processuali rispetto al regime previsto dal codice civile in tema di nullità ed annullabilità dei negozi e l'ineliminabile rilievo che i vizi negoziali non possono non rivestire in relazione agli accordi processuali.

2.1.1. *'Gentlemen's agreements'*.

I c.d. 'patti tra galantuomini' o 'gentlemen's agreements' rappresentano una figura di «degradazione convenzionale dell'effetto giuridico e, specificamente, dell'effetto obbligatorio»³⁹, mediante la quale le parti si accordano al fine di regolare il loro assetto di interessi stabilendo di impedire che si producano gli effetti giuridici che in caso contrario

³⁵ Art. 24 Cost.

³⁶ P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*⁵, Napoli - Roma, 2012, 555 ss.

³⁷ P. PERLINGIERI, *Istituzioni*, cit., 555 ss.

³⁸ P. PERLINGIERI, *Istituzioni*, cit., 557.

³⁹ R. FERCIA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, I.3, *La struttura e l'adempimento - Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2010, 340.

l'accordo sarebbe idoneo a determinare⁴⁰. In proposito, sarà utile prendere le mosse dalla considerazione della tendenziale ammissibilità della manifestazione del c.d. 'intento giuridico negativo'⁴¹, dal momento che – qualora essa non contrasti con parametri di ordine pubblico – non sembra esistere nell'ordinamento un principio di imprescindibilità dagli effetti giuridici negoziali. Il che consentirà di riconoscere come ci si trovi in presenza di una fattispecie nella quale la pretesa del creditore resta astrattamente azionabile, ma potrà essere paralizzata dall'*exceptio pacti* del convenuto⁴².

Ebbene, se si considera come in questo modo le parti pongano in essere piuttosto una regolamentazione dei loro interessi di carattere configurativo rispetto alla tutela giurisdizionale dei diritti che sorgono dall'accordo, nel senso di escludere la tutela stessa, ben dovrà ammettersi poi che ciò rientra nell'ambito della capacità dispositiva delle parti, sul fondamento del combinato disposto degli artt. 1175 cod. civ., 88 cod. proc. civ., 2907 cod. civ. e 99 cod. proc. civ., quali specificazioni del canone fondamentale di cui all'art. 24 Cost. Specificamente, lo scopo pratico idoneo a sorreggere la convenzione processuale riconoscibile nella volontà di trasporre sul piano sociale del 'tener fede alla parola data' la vincolatività dell'accordo, piuttosto che su quello giuridico, non appare di per sé incompatibile con i principi dell'ordinamento e la sua funzione può essere descritta in relazione all'autonomia del 'regolare' di cui all'art. 1321 cod. civ.

Costituisce nondimeno una questione di enorme difficoltà – destinata a rimanere comunque un problema aperto – la ricostruzione del profilo effettuale per così dire 'negativo' in caso di violazione di un accordo di questo genere. Occorre, infatti, evidenziare che la negozialità processuale ipotizzata nella ricerca, vale a dire quella diretta a configurare una regola destinata ad operare nel processo, si apprezza bene proprio nell'ipotesi in cui il patto sia violato: la regola da applicarsi nel processo che ne consegua sarebbe appunto quella per cui la macchina processuale non può proseguire nel suo percorso, perché le parti avevano convenuto di collocare il proprio assetto di interessi in una sfera extragiuridica, intesa come extraprocessuale, nella quale cioè la tutela giurisdizionale dei diritti non può essere invocata. In questa prospettiva, si potrebbe pensare ai 'gentlemen's agreements' come a figure – per così dire – di 'negoziato processuale negativo', strumentale cioè a plasmare una regola processuale suscettibile di impedire la celebrazione stessa del processo qualora avviato⁴³.

Tanto premesso, procediamo con l'esame del primo punto menzionato, afferente ai caratteri essenziali della figura in questione, in relazione alla problematica della compatibilità ordinamentale di una estromissione convenzionale dell'effetto obbligatorio dell'accordo idoneo a produrlo.

Al riguardo, giova innanzitutto osservare come il patto diretto ad escludere la produzione di effetti obbligatori coercibili non possa trovare cittadinanza nel nostro ordinamento se non esclusivamente nell'ipotesi in cui entrambe le parti convergano su

⁴⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 16 ss., il quale sottolinea che «il fenomeno dei patti d'onore si manifesta di regola all'interno di comunità ristrette e omogenee, caratterizzate da una forte condivisione d'interessi e valori» (così, a p. 16). Sul punto, cfr. F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 568 s.

⁴¹ Al riguardo, occorre menzionare S. SICA, *'Gentlemen's agreements' e intento giuridico*, Napoli, 1995, 13 ss.

⁴² R. FERCIA, *Le obbligazioni*, cit., 339 ss.

⁴³ Sul punto, cfr. S. UGOLINI, *I 'gentlemen's agreement' sono giuridicamente vincolanti?*, in *Contratto e impresa*, 2001, 1069 ss.

questo proposito⁴⁴. Ed invero, conformemente al parametro della buona fede di cui all'art. 1175 cod. civ., alla singola parte non è consentito mettere in dubbio il valore legale del negozio «limitandosi a negare il proprio intento giuridico, in situazioni in cui l'altra parte avrebbe ragione di far conto sulla giuridicità del rapporto»⁴⁵. In altri termini, l'affidamento ingenerato dalla manifestazione di una volontà negoziale produttiva di effetti giuridici in ordine alla tutela giurisdizionale delle posizioni sorgenti dal rapporto prevale rispetto ad un eventuale intento di segno contrario ascrivibile ad uno solo dei contraenti. In quest'ordine di idee, nel circoscrivere, in via di prima approssimazione, la sfera di efficacia dei 'gentlemen's agreements', è stato posto in evidenza⁴⁶ come il c.d. 'intento giuridico negativo' delle parti, volto ad escludere che un accordo tra loro intercorrente assuma rilievo giuridico, possa considerarsi idoneo a precludere allo stesso di produrre tutti gli effetti giuridici che in caso contrario ne conseguirebbero⁴⁷. Nondimeno, si considera come non sia consentito spingersi al punto di sottrarre l'accordo a qualunque suo rilievo giuridico, dal momento che non può negarsi l'esistenza tra i contraenti di «una relazione che richiede pur sempre di essere in qualche modo regolata dalla legge»⁴⁸.

Addentrando su questa via, il richiamo al patto di esclusione degli effetti giuridici quale risultato di una regolamentazione bilaterale dell'assetto di interessi realizzato impone peraltro di valorizzare la circostanza che l'impedimento della produzione di vincoli obbligatori suscettibili di attuazione coattiva in sede giurisdizionale rappresenta il frutto di un esercizio dell'autonomia privata. Il che induce a considerare che tale manifestazione di autonomia privata non si potrà perciò porre in contraddizione con l'ordinamento giuridico⁴⁹. A ben vedere, il sistema non sembra contemplare – come

⁴⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 16 ss. Al riguardo, cfr. R. MARTINI, voce 'Gentlemen's agreement', in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 639 ss. (e, specificamente, 648 ss.), il quale pone innanzitutto in evidenza la circostanza che «occorre ... prendere le mosse dall'analisi del rapporto esistente tra "competenza dispositiva dei singoli e competenza normativa dell'ordinamento giuridico nella disciplina del negozio", per ricordare l'impostazione secondo cui ai singoli spetta di determinare il contenuto del negozio, mentre all'ordinamento compete di determinare gli effetti di quanto posto in essere dalle parti» (così, a p. 648). In questo quadro, l'A. giunge dunque a considerare che «il privato, esprimendo un intento giuridico negativo, non esprime la volontà di togliere all'accordo ogni rilevanza giuridica, ma solo l'intento di escludere un contenuto giuridicamente impegnativo al rapporto, che risulterà fondato solo sulla 'parola di galantuomo' o su una particolare ed intensa relazione personale o sociale che unisce le parti» (in questi termini, a p. 649). Da quest'ultimo punto di vista, pur apparendo all'A. significativo il fatto che occorra in proposito «analizzare quale sia la relazione sociale tipica che intercorre fra i soggetti protagonisti dell'accordo» (così, a p. 649), in ragione dell'autonomia della figura del gentlemen's agreement, è importante considerare quelle ipotesi in cui esso si presenta come «espressione paradigmatica dell'intento giuridico negativo allo stato puro» (testualmente, a p. 650), dal momento che la mancanza di coercibilità della figura in questione «infatti non deriva da una particolare relazione personale o sociale intensiva fra i paciscenti, ma esclusivamente dal loro intento espresso di vincolarsi solo sull'onore e sulla reciproca lealtà» (in questi termini, a p. 650).

⁴⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 16.

⁴⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 16 ss.

⁴⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 16 ss.

⁴⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 18.

⁴⁹ R. FERCIA, *Le obbligazioni*, cit., 339 ss. In questo senso, si veda altresì S. SICA, 'Gentlemen's agreements', cit., 61 ss., il quale pone in rilievo il fatto che in determinate ipotesi i 'gentlemen's agreements' vengono

meglio si avrà modo di osservare più avanti – un principio sulla base del quale alla realizzazione di una fattispecie astrattamente idonea debbano necessariamente conseguire gli effetti giuridici negoziali che in linea di principio l'ordinamento vi ricollega, a condizione che ciò non si ponga in contrasto con parametri di ordine pubblico.

Ci troviamo così di fronte a ciò che costituisce il presupposto per delineare l'esatta configurazione degli effetti del patto d'onore, al fine di trarre le coerenti conclusioni in termini di necessaria incidenza in senso prefigurativo della tutela giurisdizionale dei diritti di un patto di questo genere, dovendosi infatti collocare il suo ambito di rilevanza nella sfera dei negozi giuridici processuali e non piuttosto di quelli di carattere sostanziale.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

In proposito, può dunque tratteggiarsi il profilo degli effetti dei 'gentlemen's agreements', in primo luogo, mediante la perimetrazione della figura rispetto alle fattispecie che determinano l'insorgenza di obbligazioni naturali, dal momento che la dottrina⁵⁰ che si è misurata con l'argomento non ha mancato di segnalare la sussistenza di punti di contatto tra le due figure in questione. Specificamente, occorre porre in evidenza la circostanza che, come è stato rilevato da una parte della dottrina⁵¹, non appare fondato ridurre il fenomeno dei patti d'onore a quello delle obbligazioni naturali, in quanto l'unico punto di contatto tra gli stessi 'gentlemen's agreements' e la fattispecie produttiva di obbligazioni naturali di cui all'art. 2034, comma 1, cod. civ. sarebbe riscontrabile nel valore, oggettivamente identificabile sul piano sociale⁵², del «tener fede alla parola data»⁵³. Da quest'ultimo punto di vista, le due figure si presentano come ben

comunque presi in considerazione dall'ordinamento, che ne sancisce l'invalidità, come nel caso di intese tra operatori economici stipulate in violazione delle regole della concorrenza.

⁵⁰ Sul punto, cfr. R. FERCIA, *Le obbligazioni*, cit., 339 ss.; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004, 175 s.; *contra*, R. MARTINI, voce '*Gentlemen's agreement*', cit., 639 ss. (e, specificamente, 654), secondo il quale l'opzione interpretativa volta a ricondurre i gentlemen's agreements nell'ambito della disciplina delle obbligazioni naturali «non pare però adeguata alla complessità del fenomeno ..., anche in considerazione del fatto che nelle recenti esperienze della prassi internazionale si sono dati casi di gentlemen's agreement relativi ad operazioni di notevolissimo valore economico» (così, a p. 654). Da quest'ultimo punto di vista, sarebbe dunque preferibile ritenere che si debba applicare «la normativa giuridica che si compendia nella regola generale di correttezza, così configurandosi una responsabilità extracontrattuale speciale (cioè estranea al disposto normativo dell'art. 2043 cod. civ.) per comportamento contrastante con l'aspettativa di correttezza» (testualmente, a p. 654). In questa prospettiva, obbligazioni naturali e gentlemen's agreements non vengono mai a coincidere per S. UGOLINI, *I 'gentlemen's agreement'*, cit., 1059, nt. 25. Su posizioni parzialmente differenti si attesta B. TEDESCHI GARDELLA, '*Gentlemen's agreement*', in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 733 s., la quale ritiene che le due fattispecie si differenzerebbero per il fatto che le obbligazioni naturali abbiano ad oggetto di regola le obbligazioni di dare, al contrario dei patti tra galantuomini che concernerebbero essenzialmente obblighi di *facere*. Relativamente ad entrambe le impostazioni occorre, nondimeno, considerare le critiche mosse da L. BALESTRA, *Le obbligazioni*, cit., 175, nt. 107 e 176, nt. 108.

⁵¹ L. BALESTRA, *Le obbligazioni*, cit., 174 ss.; R. FERCIA, *Le obbligazioni*, cit., 163 ss.

⁵² R. FERCIA, *Le obbligazioni*, cit., 339 ss.

⁵³ L. BALESTRA, *Le obbligazioni*, cit., 176.

distinguibili⁵⁴, laddove si consideri come nella prima sia l'autonomia privata a mirare ad impedire la genesi di vincoli obbligatori coercibili, mentre nella seconda «una situazione assiologica preesistente è fonte di un dovere morale»⁵⁵.

Ebbene, su queste basi sembra di doversi altresì sottolineare la diversità strutturale tra le due tipologie di fattispecie, la quale impone di considerarle irriducibili l'una all'altra, e non piuttosto come potenzialmente – anche se non necessariamente – coincidenti, sul presupposto che la «parola affidante»⁵⁶ individuerebbe un elemento distintivo della formazione dei doveri della morale sociale, per cui si giungerebbe ad affermare che l'accordo d'onore sia idoneo in certi casi a rappresentare la fonte di un'obbligazione naturale⁵⁷. A ben vedere, se pure il patto con cui si impedisce la coercibilità degli effetti obbligatori trovasse in ipotesi il proprio presupposto in una regola della morale sociale, si dovrebbe comunque riconoscere come, nel caso dei patti d'onore, l'azione non si presenti come effettivamente improponibile, il che vale ad evidenziare la mancata integrazione del modello di cui all'art. 2034 cod. civ.⁵⁸.

Infatti, non senza cogliere un aspetto importante della questione, un recente orientamento⁵⁹ propone di prendere le mosse da un esempio emblematico di «degradazione convenzionale dell'obbligazione coercibile»⁶⁰, il quale può essere riconosciuto negli effetti del c.d. *pactum de non petendo in perpetuum*⁶¹. In particolare, non può non considerarsi al riguardo come quest'ultima fattispecie si differenzi dalla remissione nominata per la circostanza che essa dispieghi i propri effetti in ordine alla sola esigibilità, non andando ad incidere sull'esistenza del debito. In questa logica, non sarebbe possibile ascrivere la medesima nell'ambito di un'obbligazione naturale, ma bensì *sub specie* di una «figura di liberalità indiretta»⁶². Ed invero, viene qui in rilievo l'osservazione per cui il creditore non perde la possibilità astratta di azionare la pretesa, dal momento che il convenuto avrà poi l'onere di paralizzare l'azione mediante l'*exceptio pacti*. Orbene, sembra condivisibile in proposito la considerazione secondo cui questa circostanza impedirebbe di ritenere che si possa configurare una peculiare ipotesi di scissione tra debito e responsabilità. In quest'ordine di idee, «il debito divenuto convenzionalmente inesigibile non risulta in linea di principio generato da una situazione assiologica naturale e, comunque, è presidiato dall'azione, soggetta unicamente a paralisi a seguito di proposizione di eccezione in senso stretto»⁶³.

Una volta chiarito questo aspetto, siamo ora in grado di tirare le fila di questo discorso, e di evidenziare alcune ricadute pratiche dell'opzione interpretativa suggerita.

⁵⁴ L. BALESTRA, *Le obbligazioni*, cit., 174 ss.; R. FERCIÀ, *Le obbligazioni*, cit., 163 ss.

⁵⁵ R. FERCIÀ, *Le obbligazioni*, cit., 341.

⁵⁶ R. FERCIÀ, *Le obbligazioni*, cit., 342.

⁵⁷ In questo senso, L. BALESTRA, *Le obbligazioni*, cit., 174 ss.

⁵⁸ R. FERCIÀ, *Le obbligazioni*, cit., 339 ss.

⁵⁹ R. FERCIÀ, *Le obbligazioni*, cit., 339 ss.

⁶⁰ R. FERCIÀ, *Le obbligazioni*, cit., 342.

⁶¹ R. FERCIÀ, *Le obbligazioni*, cit., 339 ss. (e, soprattutto, 342 ss.); D. VALENTINO, *Remissione del debito*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, X, *I contratti gratuiti*, a cura di A. Palazzo e S. Mazza, Torino, 2008, 688.

⁶² R. FERCIÀ, *Le obbligazioni*, cit., 343.

⁶³ R. FERCIÀ, *Le obbligazioni*, cit., 343. In proposito, si veda M. ORLANDI, *Pactum de non petendo*, cit., 158 ss.

In particolare, sembra coerente trarre alcune considerazioni dalla configurazione dei 'gentlemen's agreements' in ordine alla natura degli stessi.

Al riguardo, giova immediatamente osservare come il confronto con le fattispecie generatrici di obbligazioni naturali consenta altresì di riconoscere che la diversità strutturale delle figure finisce per ripercuotersi sulla speculare sfera di operatività degli stessi: sostanziale in un caso e processuale nell'altro. In buona sostanza, le fattispecie fondate sui doveri della morale sociale, ai sensi della disposizione di cui all'art. 2034, comma 1, cod. civ., sembrano collocarsi interamente sul piano del diritto sostanziale, in quanto presuppongono vincoli non incompatibili con l'ordinamento giuridico, che li prende in considerazione, ma al contempo non accorda loro il carattere della coercibilità, pur valendo gli stessi a giustificare eventuali spostamenti patrimoniali, che non danno luogo a ripetizione. In altri termini, la non azionabilità – neppure nella concezione astratta – della pretesa consente di collocare la figura in questione su una prospettiva simmetricamente opposta rispetto a quella dei patti d'onore⁶⁴.

Ebbene, i 'gentlemen's agreements', viceversa, rappresentano una fattispecie che, conformemente a quella che abbiamo visto essere la sua struttura, opera sul piano processuale, in funzione configurativa della tutela giurisdizionale dei diritti. Ed invero, occorre considerare come in questo modo le parti pongano in essere una regolamentazione dei loro interessi volta ad impedire la coercibilità in sede giudiziaria dei diritti che sorgerebbero dall'accordo oggetto del patto in questione. Del resto, può ricondursi nell'ambito degli effetti dei negozi giuridici processuali – tra i quali sembra così di doversi ricomprendere anche i patti d'onore – l'idoneità ad escludere non già la tutela nella sua accezione astratta, ma bensì la proponibilità della domanda in sede processuale. Improponibilità che dovrà essere dichiarata in seguito all'eccezione sollevata dal convenuto. In questa logica, ben si comprende come all'autonomia privata possa essere consentito di spingersi sino a configurare in negativo la stessa tutela giurisdizionale, al fine di mantenere il rapporto sottostante esclusivamente nell'ambito sociale, soltanto mediante un negozio che possa dispiegare i propri effetti di fronte al giudice se opposto, ma non con l'esclusione automatica della coercibilità in astratto. Specificamente, lo scopo pratico idoneo a sorreggere la convenzione processuale

⁶⁴ Ha delineato la questione, dibattuta nell'ambito della dottrina, in relazione al piano del diritto pubblico internazionale (dove è stata trasposta la figura in questione, la cui genesi si colloca nella pratica commerciale) G. CANSACCI, voce *Gentlemen's agreement*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, 796. In particolare, l'A. ha rilevato che «alcuni Autori escludono che da tali accordi nascano obblighi di natura giuridica; essi creerebbero unicamente impegni d'onore fra i Governi escludendosi così la pretesa di un contraente nei confronti dell'altro di scorgervi una violazione internazionale, e quindi un illecito, in caso di inosservanza. Si afferma che di questi accordi non si può richiedere giuridicamente l'esecuzione, sia perché non contengono obbligazioni nettamente definite, sia perché non sono conclusi nelle forme consuete, né ratificati dagli organi costituzionali competenti» (testualmente, a p. 796). Peraltro, l'A. dà conto anche della presenza di un altro orientamento dottrinale, il quale «pur negando l'impegno giuridico dello Stato, afferma che conterrebbero una manifestazione personale di obbligo dell'organo stipulante» (così, a p. 796), con delle divergenze in ordine al rilievo delle conseguenze giuridiche per il caso di inadempimento. Infine, si riconosce la presenza di una terza impostazione, per la quale sarebbe da ritenersi piuttosto «la piena efficacia giuridica dell'accordo, escludendo che l'inosservanza delle norme interne circa la formazione e la dichiarazione della volontà statale possa avere rilevanza nell'ambito del diritto internazionale» (in questi termini, a p. 796).

riconoscibile nella volontà di trasporre sul piano sociale del ‘tener fede alla parola data’ la vincolatività dell’accordo, piuttosto che su quello giuridico, non appare di per sé immeritevole di tutela – qualora in concreto non si ponga in contrasto con l’ordine pubblico o con norme imperative – e la sua funzione può essere descritta in relazione all’autonomia del ‘regolare’ di cui all’art. 1321 cod. civ. A ben vedere, ciò appare coerente altresì con la struttura necessariamente bilaterale del patto d’onore, dal momento che, sulla base della regola della buona fede, che opera trasversalmente come un *continuum* tra l’art. 1175 cod. civ. e l’art. 88 cod. proc. civ., ben si comprende come l’ordinamento in linea di principio non permetta che la coercibilità tramite il processo delle situazioni potenzialmente giuridiche possa essere stabilita in modo unilaterale.

In conclusione, le considerazioni sinora effettuate consentono quindi di risolvere in senso favorevole la questione dell’ammissibilità di una degradazione convenzionale dell’effetto giuridico, *sub specie* dell’esclusione della produzione di effetti obbligatori coercibili. In proposito, occorre anzitutto ricordare, infatti, come le norme di cui agli artt. 99 cod. proc. civ. e 2907 cod. civ., stabiliscano, rispettivamente, che chi intenda far valere un diritto in giudizio debba proporre domanda al giudice competente e che l’autorità giudiziaria assicura la tutela giurisdizionale dei diritti su domanda di parte, salvi i casi previsti dalla legge. In particolare, questa disciplina rappresenta un portato del canone fondamentale di cui all’art. 24 Cost., in quanto essa rappresenta l’estrinsecazione della garanzia della possibilità di agire e difendersi in sede giurisdizionale per la tutela dei propri diritti e interessi. Un preminente rilievo assume, quindi, il principio della domanda che – quale espressione del potere di disposizione conseguente alla natura tendenzialmente privata dei diritti dedotti in giudizio⁶⁵ – appare strettamente connesso con il principio dispositivo⁶⁶. In questa prospettiva, «il principio della domanda giudiziale, quello cioè che subordina alla autonomia della parte lo svolgimento del processo e della giurisdizione civile, costituisce aspetto essenziale ed indefettibile della soggettività del diritto»⁶⁷, dal momento che soltanto il titolare dello stesso, in quanto tale, ha la possibilità di determinarsi nel senso della sua tutela giurisdizionale. Si deve perciò escludere che nel suo esercizio «possano ingerirsi né estranei, né pubbliche autorità in vista di supposti interessi pubblici o superiori»⁶⁸. Il che induce a suggerire un’opzione interpretativa secondo la quale il principio della domanda operi nel senso di consentire che la concreta azionabilità della pretesa possa costituire in concreto oggetto di disposizione ad opera delle parti – qualora ciò non si ponga in contrasto nel caso specifico con l’ordine pubblico ovvero con norme imperative, ed a condizione che entrambi i contraenti concordino su un simile negozio di esclusione convenzionale

⁶⁵ Sul punto, cfr. C. ASPRELLA, *Dell’accordo*, cit., 717, la quale evidenzia la presenza nell’ordinamento anche di ipotesi che costituiscono «eccezioni al principio dispositivo» (così, a p. 717), dal momento che «ricorrono anche tratti inquisitori nel processo civile, in casi tassativamente previsti *ex lege*, quando “all’interesse delle parti si sovrappone un interesse generale a ricercare la verità”» (in questi termini, a p. 717). L’attività istruttoria nel processo ispirato al principio inquisitorio viene per l’appunto regolamentata in un titolo autonomo della normativa processuale, denominato ‘sui rapporti indisponibili’ e caratterizzato dai più ampi poteri assegnati al pubblico ministero ed al giudice.

⁶⁶ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 198 ss.

⁶⁷ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 199.

⁶⁸ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 199.

dell'effetto giuridico – in quanto così come compete alle stesse la scelta circa il suo esercizio, allo stesso modo non si vede come non si possa consentire loro di impedire con riferimento ad uno specifico negozio la coercibilità del rapporto obbligatorio. Ed invero, soltanto un'esclusione astratta oppure estesa in modo generalizzato ai rapporti tra le parti stesse si porrebbe in contrasto con il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. In quest'ordine di idee, ben dovrà ammettersi infatti che la realizzazione di un patto tra galantuomini rientra nell'ambito della capacità dispositiva delle parti, sul fondamento del combinato disposto degli artt. 1175 cod. civ., 88 cod. proc. civ., 2907 cod. civ. e 99 cod. proc. civ., quali specificazioni del canone fondamentale di cui all'art. 24 Cost.

2.1.2. *L'accordo di arbitrato irrituale.*

Nell'ambito dei negozi giuridici processuali funzionali all'esclusione convenzionale della giurisdizione, oltre ai c.d. 'gentlemen's agreements', occorre considerare altresì l'accordo di arbitrato irrituale. Al riguardo, per analizzare le questioni sollevate dalla figura in esame, sarà utile innanzitutto prendere le mosse dall'assetto che la stessa trova nel nostro ordinamento, come da ultimo si rinviene traccia nella norma di cui all'art. 808-*ter* cod. proc. civ., al fine di riconoscere la natura contrattuale dell'arbitrato irrituale, in considerazione del fatto che esso, pur essendo vincolato al rispetto di un nucleo minimo di regole procedurali, rappresenta un mezzo alternativo di soluzione delle controversie giuridiche, che non è soggetto a deposito e non può costituire titolo esecutivo. Ebbene, se si considera come il potere di disporre dei diritti soggettivi rappresenti una manifestazione dell'autonomia negoziale, e non già l'esercizio di un pubblico potere afferente alla sovranità statale, diverrà possibile ammettere la produzione negoziale di un effetto di sottrazione della controversia alla giurisdizione, che plasma il diritto alla tutela giurisdizionale.

Da quest'ultimo punto di vista, peraltro, è importante porre in rilievo il fatto che il riconoscimento della negozialità processuale pone in questo caso, astrattamente parlando, problemi analoghi a quelli sollevati, sul piano storico, dalla convenzione di *compromissum* dell'esperienza giuridica romana. Nell'attuale sistema, tuttavia, è forse più agevole orientarsi nel senso di leggere nella convenzione d'arbitrato, nella fattispecie in esame, un negozio processuale in quanto l'art. 808-*ter* configura comunque tra le parti almeno il nucleo di un rapporto giuridico processuale, sicché la fattispecie non può essere collocata interamente sul piano sostanziale del diritto dei contratti.

Procediamo, pertanto, con l'analisi del primo punto menzionato, afferente al profilo dei caratteri essenziali e della natura dell'istituto dell'arbitrato irrituale, dal momento che ciò consentirà di comprendere meglio su quale piano debba collocarsi una simile convenzione, anche in ordine al profilo della sua – pur oramai indiscussa – ammissibilità.

In proposito, occorre preliminarmente osservare come il quadro normativo di riferimento in materia di arbitrato, originariamente caratterizzato dall'obbligo del deposito del lodo arbitrale davanti al giudice competente perché venga omologato, abbia generato un ampio dibattito in ordine alla natura dell'arbitrato, se giurisdizionale ovvero

contrattuale⁶⁹. In particolare, le due figure dell'arbitrato rituale e di quello irrituale si differenziavano inizialmente per la «tendenza ... di attrarre il primo nell'orbita della giurisdizione statale»⁷⁰, dal momento che lo stesso si incentrava soprattutto sull'obbligo di depositare il lodo arbitrale presso il tribunale entro un termine perentorio piuttosto ristretto, a pena di nullità assoluta ed insanabile⁷¹. In questo contesto, l'intervento e l'omologazione effettuati in sede giudiziaria apparivano progettate alla stregua di una modalità di ricezione giurisdizionale dell'arbitrato, idonea a mutare il 'lodo' in 'sentenza', risultando in mancanza degli elementi in questione l'intero procedimento come *tamquam non esset*⁷². Le pattuizioni volte a sottrarre il lodo al deposito innanzi all'autorità giudiziaria hanno trovato peraltro il pieno riconoscimento da parte della giurisprudenza, divenendo così l'arbitrato irrituale quello non sottoposto alla disciplina codicistica relativa a deposito del lodo e omologazione, che non acquista dunque efficacia di titolo esecutivo e non risulta equiparato ad una sentenza, in quanto assume la configurazione e l'efficacia di un contratto posto in essere dalle parti⁷³.

La disciplina in questione ha subito da ultimo una profonda rimediazione, che ha condotto, tra l'altro, ad espungere l'obbligo in questione, consentendo così di trovare forse una soluzione definitiva al problema ontologico appena menzionato. Specificamente, in seguito alla novella di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, la disposizione di cui all'art. 808-*ter* cod. proc. civ. – rubricato 'arbitrato irrituale' – prevede che alle parti sia consentito, «con disposizione espressa per iscritto, stabilire che in deroga a quanto disposto dall'art. 624-*bis*, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo»⁷⁴. Il secondo comma, inoltre, contempla un nucleo inderogabile di norme procedurali, che non presentano carattere negoziale, le quali individuano dei motivi di nullità del lodo c.d. irrituale.

Ed è in ragione di questa circostanza che la figura in esame ha trovato secondo una parte della dottrina⁷⁵ una considerazione in termini di 'sottospecie' di arbitramento rituale, come si ricaverebbe dalla previsione della possibilità di impugnazione della pronuncia arbitrale, sebbene soltanto in via di azione, oltre che sulla base dei consueti vizi di tipo sostanziale idonei a determinare l'invalidità del contratto, altresì a causa dei vizi di carattere squisitamente processuale che inficiano il procedimento⁷⁶. In questa logica, entrambe le tipologie di arbitramento, quella rituale e quella c.d. irrituale, risultano imprescindibilmente legate ad una base essenziale di regole procedurali che ne

⁶⁹ G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 3 ss. Per la tesi contrattuale, si veda E. FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 389 ss. (ed, *amplius*, 404 s.).

⁷⁰ G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 7.

⁷¹ G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 7.

⁷² G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 7.

⁷³ G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 7 ss.

⁷⁴ Art. 808-*ter* cod. proc. civ.

⁷⁵ G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 7 ss.

⁷⁶ Così, quasi testualmente, G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 10.

rappresenta il minimo comune denominatore⁷⁷, pur essendo ricollegabili alle stesse differenti effetti giuridici: paragonabili a quelli di una sentenza, nel primo caso, e di contratto, nel secondo, non soggetto a deposito⁷⁸.

Ciò non preclude, comunque, di considerare come gli accordi di arbitrato non possano che avere in entrambi i casi natura negoziale, data dalla gestione convenzionale e strutturalmente bilaterale della lite. In particolare, come più avanti si vedrà, mentre potrà configurarsi l'accordo di arbitrato irrituale nell'ambito dei negozi incidenti sull'*agere* in senso sostanziale – ossia sul profilo della tutela giurisdizionale dei diritti – implicanti una funzione di configurazione del rapporto processuale, si perverrà ad inquadrare la convenzione sottostante all'arbitrato rituale alla stregua di un negozio giuridico processuale di carattere configurativo incidente sull'*agere* in senso processuale⁷⁹.

Con questo chiarimento preliminare, vediamo ora, innanzitutto, in quali termini possa concepirsi il profilo relativo alla disponibilità delle situazioni giuridiche coinvolte dall'accordo di arbitrato irrituale, in ordine al problema dell'ammissibilità dell'esclusione convenzionale della giurisdizione.

Al riguardo, è utile, in primo luogo, ricordare come coloro che abbiano la titolarità di diritti disponibili non subiscano un detrimento relativamente alle proprie facoltà giuridiche in ragione della circostanza che gli stessi siano oggetto di contestazione e che per risolvere il conseguente stato di incertezza abbiano dovuto far ricorso alla tutela giurisdizionale. Infatti, come è stato esattamente posto in evidenza⁸⁰, le parti conservano in ogni caso la potestà di disporre pienamente e liberamente dei loro diritti, con l'effetto di porre fine ad un eventuale procedimento pendente al riguardo⁸¹. Esse dunque conservano la possibilità di porre in essere una transazione avente ad oggetto la controversia insorta tra loro, sia in via preventiva sia nel corso dell'azione giudiziaria, oltre che di effettuare una conciliazione sulla lite, mediante l'intervento del giudice oppure di altri soggetti addetti allo scopo. Secondo la norma di cui all'art. 111 cod. proc. civ., risulta altresì possibile disporre del diritto nel corso del processo. I titolari dei diritti controversi conservano, inoltre, la facoltà di rinunciare all'azione ed agli atti del giudizio, con l'effetto di produrre la conclusione del procedimento volto all'accertamento

⁷⁷ In proposito si veda E. FAZZALARI, voce *Arbitrato*, cit., 404 s. Per una ricognizione delle diverse tesi elaborate dalla dottrina, cfr. L. BIAMONTI, voce *Arbitrato (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 899 ss. (e, soprattutto, 934 ss.).

⁷⁸ G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 10.

⁷⁹ Sul punto, si veda G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 3 ss., il quale pone in evidenza il fatto che l'arbitrato «non ha mai avuto natura giurisdizionale, neppure quando in base alla legge il lodo doveva essere depositato a pena di nullità assoluta ed insanabile entro cinque giorni dalla data della sottoscrizione affinché il pretore lo omologasse» (in questi termini, a p. 5). Il decreto di quest'ultimo organo, infatti, «poteva solo attribuire al lodo alcuni degli effetti o delle qualità della sentenza, ma non la sostanza» (così, a p. 5). L'A. rileva quindi come «la riferita conclusione oggi trovi massimo conforto nella legislazione vigente, che, novellando l'art. 825 cod. proc. civ., ha eliminato l'obbligo di depositare il lodo a pena di nullità trasformandolo in una mera facoltà senza limiti di tempo avente il solo fine di attribuire ad esso l'efficacia di titolo esecutivo e di consentirne la trascrizione nei registri immobiliari nei casi di legge: ciò che avviene anche per numerosi atti di natura privata» (testualmente, a p. 5 s.).

⁸⁰ G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 3 ss.

⁸¹ Così, quasi testualmente, G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 4.

giurisdizionale⁸². Per di più, ai nostri fini rileva soprattutto la circostanza che, a prescindere dal fatto che il titolare del diritto controverso si avvalga delle possibilità appena menzionate, il materiale esercizio della giurisdizione civile, quale manifestazione sicura di sovranità statale, risulta comunque condizionato dalla proposizione dell'azione⁸³.

Ed invero, l'instaurazione del processo e la possibilità per il giudice di esercitare la giurisdizione nel caso concreto presuppongono indefettibilmente che sia posto in essere un atto di autonomia soggettiva, ossia la proposizione di una domanda giudiziale proveniente da chi appaia dotato di legittimazione ed interesse ad agire, senza la quale ad alcun organo giudiziario è consentito intromettersi autoritativamente nei diritti dei cittadini. In questa logica, la fondamentale regola del contraddittorio impedisce che il giudice si pronunci sulla domanda nel caso in cui non risulti previamente convenuto in giudizio colui contro il quale la pretesa è azionata⁸⁴.

In questo quadro, se si considera come persino l'esercizio della funzione giurisdizionale, quale attributo sovrano dello Stato, risulti assoggettato all'autonoma determinazione dei titolari dei diritti controversi, non può che ammettersi la circostanza che rientri tra le ordinarie facoltà dei litiganti quella di stabilire – mediante un atto di esercizio della stessa autonomia privata – di incaricare un soggetto terzo di loro fiducia, che assume il ruolo di arbitro, di proporre una soluzione transattiva relativamente alla controversia giuridica che li riguarda, e non, piuttosto, all'organo giurisdizionale statale precostituito⁸⁵. A ben vedere, il diritto di compromettere in arbitri la lite si presenta come un coerente portato del diritto che i privati hanno di obbligarsi e di disporre delle proprie situazioni soggettive⁸⁶. Ad orientarsi in quest'ordine di idee, pertanto, il richiamo a questi principi consente di giungere alla conclusione secondo cui l'accordo di arbitrato rappresenta una manifestazione dell'autonomia privata piuttosto che un'espressione della pubblica giurisdizione, quale potere di pertinenza della sovranità statale, dal momento che la convenzione in questione trova il suo fondamento nel potere di disposizione dei diritti soggettivi⁸⁷.

Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per considerare come – analogamente a quanto riconosciuto relativamente ai c.d. 'gentlemen's agreements' – l'accordo di arbitrato irrituale rappresenti una peculiare espressione dell'autonomia privata mediante la quale si giunge ad escludere convenzionalmente la giurisdizione, al fine di ottenere una soluzione transattiva della lite, la quale non si pone alla stregua di un meccanismo alternativo al processo di cognizione, allo stesso assimilabile negli effetti finali, ma bensì si sposta interamente sul piano negoziale – pur permanendo un nucleo di

⁸² G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 3 ss.

⁸³ In termini analoghi, G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 4.

⁸⁴ G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 3 ss.

⁸⁵ G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 3 ss.

⁸⁶ Così L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*⁵, I, Torino, 1902, 654 ss.

⁸⁷ G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 3 ss., il quale pone in rilievo la circostanza che «l'istituto in parola è una delle cartine di tornasole, che ci consentono di misurare l'effettiva sfera di libertà di cui godono i soggetti in un ordinamento giuridico» (così, a p. 5). Sul punto, cfr. L. BIAMONTI, voce *Arbitrato*, cit., 899 ss. (e, soprattutto, 942 s.), il quale individua, in relazione al negozio in questione, «una tipica funzione di certezza nella vita sociale» (così, a p. 942).

garanzie procedurali necessarie ad impedire eventuali abusi – dal quale infatti trae i propri rimedi⁸⁸. Ed invero, se anche l'esercizio della funzione giurisdizionale risulta condizionato all'autonoma determinazione del titolare delle situazioni giuridiche soggettive controverse, non appare in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento il fatto che alle parti sia consentito negoziabilmente configurare la tutela giurisdizionale dei diritti in senso negativo, ossia regolarla in modo funzionale alla sua esclusione in relazione allo specifico contratto oggetto dell'accordo di arbitrato.

2.1.3. *Regime convenzionale delle eccezioni 'ex' art. 1462 cod. civ.*

Come è noto, la norma di cui all'art. 1462 cod. civ. prevede che, con alcuni limiti, le parti di un contratto possano accordarsi circa l'inopponibilità di eccezioni volte ad evitare o ritardare la prestazione dovuta⁸⁹.

Ebbene, per analizzare le questioni sollevate dalla configurabilità – inconfutabile alla luce del chiaro dettato normativo e degli approdi della giurisprudenza costituzionale – di un regime convenzionale delle eccezioni, in ordine alla struttura ed alle caratteristiche fondamentali di simili accordi e della loro compatibilità con il diritto di difesa costituzionalmente garantito, occorrerà riconoscere come sembri preferibile orientarsi nel senso della natura processuale dei negozi sulle eccezioni. Si perverrà così a comprendere come ciò appaia in linea con la sostanziale disponibilità del diritto all'azione quale proiezione processuale dell'autonomia privata, rappresentando l'accordo nient'altro che una modalità di esercizio dello stesso in funzione configurativa della tutela giurisdizionale dei diritti.

Inoltrandoci lungo il percorso indicato, è utile immediatamente premettere che il negozio limitativo della proponibilità di eccezioni, tradizionalmente chiamato 'clausola *solve et repete*', assolve allo scopo di scongiurare il rischio che il titolare di una posizione giuridica attiva veda la propria pretesa paralizzata dalla circostanza che essa venga contrastata con un'eccezione, sulla cui fondatezza spetta al giudice decidere, con un ovvio dispendio di tempo⁹⁰. In particolare, mediante il meccanismo in questione, il soggetto passivo che intenda opporre una circostanza capace di neutralizzare l'avversa pretesa contrattuale non viene privato della possibilità di addurre la stessa. Piuttosto, l'operatività dell'accordo farà sì che non gli sia consentito portare avanti tali argomentazioni per fermare la pretesa azionata in via di eccezione, ma egli possa soltanto in seguito all'adempimento della prestazione agire eventualmente in ripetizione, invocando quelle circostanze che gli permettano di recuperare quanto corrisposto⁹¹.

In questo quadro, occorre altresì rilevare che l'assetto codicistico della figura contempla alcuni limiti alla sua efficacia.

Specificamente, la clausola non può trovare applicazione in relazione alle eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione, dal momento che, «quando l'argomento contro la pretesa è l'invalidità del contratto che la genera, la legge lo considera troppo

⁸⁸ Al riguardo, cfr. G. MONTELEONE, *Manuale*, II, cit., 3 ss.

⁸⁹ In proposito, cfr., *ex pluribus*, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 926 s.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1034.

⁹⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 926 s.

⁹¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 926 s.

forte per consentire che il suo esame venga rinviato a dopo l'adempimento»⁹². Risultano altresì insuscettibili di soggiacere alla clausola in questione le eccezioni ricavabili in via diretta dal regolamento contrattuale, in quanto sarebbe irrazionale consentire l'operatività di un regime convenzionale palesemente contraddittorio rispetto allo stesso assetto di interessi voluto dalle parti, le quali potrebbero in ipotesi aver previsto un *pactum de non petendo* oppure un beneficio di escussione⁹³.

Un limite ulteriore è quello contemplato dalla norma di cui all'art. 1462 cod. civ., la quale stabilisce che, qualora riscontri la sussistenza di gravi motivi, il giudice possa sospendere la condanna, eventualmente imponendo una cauzione se ciò appaia necessario. Questa regola rappresenta con tutta evidenza un portato del principio di buona fede, poiché la opportunità di ritenere non operante la clausola *solve et repete* si riconnette ai possibili esiti irragionevoli e scorretti che conseguirebbero in concreto dall'applicazione della stessa⁹⁴. Inoltre, secondo l'opinione prevalente, non sarebbe consentito avvalersi della clausola qualora la medesima risulti invalida, dal momento che l'eccezione di invalidità della clausola si presenta come pregiudiziale rispetto alla stessa facoltà di eccepirla⁹⁵.

Con questo chiarimento preliminare, vediamo ora innanzitutto in quali termini si configuri la natura dell'accordo produttivo di un regime convenzionale delle eccezioni secondo la norma di cui all'art. 1462 cod. civ., in quanto ciò consentirà di riconoscerne i profili di affinità con altre figure negoziali incidenti sul rapporto processuale e la relativa disponibilità, sancita dal legislatore, di quel particolare profilo della tutela giurisdizionale dei diritti.

Al riguardo, giova dunque osservare, in primo luogo, come una parte della dottrina e della giurisprudenza meno recente⁹⁶ abbia considerato la figura in esame alla

⁹² V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 926.

⁹³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 926 s.

⁹⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 926 s.

⁹⁵ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1034.

⁹⁶ Per alcune considerazioni sulla tesi della natura sostanziale della clausola *solve et repete*, si veda, in dottrina, A. DALMARTELLO, voce '*Solve et repete*' (*Patto o clausola del*), in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 847 ss. (e soprattutto 853), per il quale «una duplice considerazione deve ... indurre l'interprete a optare per l'efficacia processuale: la prima consiste, per l'appunto, nella inaccettabilità delle conseguenze che, per ragioni di coerenza, dovrebbero essere tratte dalla costruzione della clausola in senso 'sostanziale'» (così, a p. 853), in quanto da ciò discenderebbe che al convenuto non sarebbe consentito eccepire l'inadempimento della controparte nemmeno qualora disponesse di prove certe ed immediatamente acquisibili, «il che non solo va al di là dell'interesse meritevole di tutela per cui la clausola è stata riconosciuta valida ..., ma contrasta con la possibilità che il secondo comma dell'articolo in esame dà al giudice di sospendere la condanna del convenuto, anche senza cauzione, in situazioni di questo genere» (testualmente, a p. 853). Inoltre, «la seconda ragione che induce ad optare per l'efficacia meramente processuale del patto, sta nel fatto che è solo l'efficacia processuale (purché sia correttamente intesa: cioè come determinante, non già un temporaneo difetto di giurisdizione, ma solo una possibilità di condanna con riserva) ad armonizzarsi ... con la disposizione di cui al 2° comma dell'art. 1462 cod. civ.: cioè con la facoltà discrezionale del giudice di non far funzionare la clausola ... nei casi in cui 'concorrono gravi motivi'» (in questi termini, a p. 853). Sulle stesse posizioni, si veda C. LUCCHI, voce '*Solve et repete*' (*Patto o clausola del*), in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 586 ss. (e soprattutto, 595 ss.). Al riguardo, cfr. altresì D. POLETTI, voce '*Solve et repete*' (*clausola del*), in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1 ss. (e soprattutto 8), per la quale «la clausola non importa ... rinuncia (preventiva) all'eccezione

stregua di un istituto di carattere sostanziale, dovendosi configurare lo stesso – in quest’ordine di idee – come una rinuncia negoziale all’eccezione di inadempimento dell’altro contraente⁹⁷. Da quest’ultimo punto di vista, si sostiene che, nonostante la clausola produca effetti nell’ambito del processo, la collocazione codicistica della norma di riferimento e, soprattutto, gli interessi protetti – quale essenzialmente quello di assicurare che il creditore ottenga senza dilazioni il soddisfacimento della sua pretesa – inducano ad opinare nel senso della natura sostanziale della stessa⁹⁸.

A ben vedere, sembra preferibile l’impostazione, che raccoglie il consenso della dottrina prevalente⁹⁹, che dai caratteri essenziali dell’accordo in questione inferisce la sua natura precipuamente processuale. Ed invero, non può non riconoscersi come la clausola *solve et repete* non dispieghi i propri effetti sul rapporto sostanziale, dal momento che essa non implica alcuna rinuncia alle ragioni dell’altro contraente, ma piuttosto afferisca alle modalità con le quali il debitore possa ottenere tutela¹⁰⁰.

né alla possibilità di farla valere nel processo ma impone, più semplicemente, una modalità all’esercizio del diritto potestativo di cui l’eccezione è espressione» (così, a p. 8). In quest’ordine di idee, la stessa clausola opererebbe «sul terreno sostanziale dell’adempimento» (testualmente, a p. 8), e dunque non rappresenterebbe un «ostacolo all’instaurarsi di un valido rapporto processuale, avendo solo l’effetto di consentire la pronta soddisfazione della pretesa creditoria della controparte senza far luogo all’esame delle eccezioni del debitore» (in questi termini, a p. 8). Manifestano una posizione essenzialmente favorevole alla tesi sostanziale A. ASCOLI, *Clausole di decadenza nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 578 ss.; P. GRECO, *La clausola ‘solve et repete’: ragioni e limiti della sua efficacia*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 142 ss. Nell’ambito della giurisprudenza, tra le pronunce favorevoli all’impostazione in esame, basti menzionare, a titolo esemplificativo, Cass., 14 marzo 1964, n. 575, in *Giur. it. Mass.*, 1964, 179; Cass., 27 febbraio 1995, n. 2227, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

⁹⁷ Sul punto, cfr. D. POLETTI, voce *‘Solve et repete’*, cit., 1 ss. (e soprattutto 8); A. ASCOLI, *Clausola*, cit., 578 ss., per il quale è possibile che la clausola abbia un’efficacia soltanto dilatoria. Analogamente, P. GRECO, *La clausola*, cit., 150 ss. *Contra*, A. DALMARTELLO, voce *‘Solve et repete’*, cit., 847 ss. (e soprattutto 853); C. LUCCHI, voce *‘Solve et repete’*, cit., 586 ss. (e soprattutto, 595 ss.).

⁹⁸ Si veda, al riguardo, Cass., 13 marzo 1964, n. 575, cit., 179; Cass., 27 febbraio 1995, n. 2227, cit., 455.

⁹⁹ Al riguardo, si veda F. CARNELUTTI, *Clausola ‘solve et repete’*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, 81 ss., il quale pone in rilievo il fatto che «questa clausola non incide punto sul rapporto giuridico materiale» (così, a p. 81), dal momento che «chi si obbliga con la clausola non assume un obbligo maggiore di chi non la stipula» (testualmente, a p. 81), poiché «non vi è da parte sua alcuna rinuncia alle ragioni, dalle quali possa derivare la inesistenza o limitazione del suo obbligo; se tale rinuncia vi fosse, non si capirebbe come egli si riservi il diritto di ripetere» (in questi termini, a p. 81). Su posizioni analoghe si attestano altresì A. DALMARTELLO, voce *‘Solve et repete’*, cit., 847 ss. (e soprattutto 853); C. LUCCHI, voce *‘Solve et repete’*, cit., 586 ss.

¹⁰⁰ F. CARNELUTTI, *Clausola*, cit., 81 ss. Meno convincente appare invece l’obiezione secondo la quale non sarebbe ammissibile una ricostruzione che attribuisca all’accordo in questione la natura di negozio sostanziale, in quanto se si argomenta nel senso che il debitore avesse posto in essere una rinuncia all’*exceptio inadimpleti contractus*, assumendo incondizionatamente l’obbligo di adempiere anche nell’ipotesi in cui l’altro contraente si renda a sua volta inadempiente, dovrebbe di conseguenza ritenersi che non gli sarebbe consentito sollevare l’eccezione di inadempimento dell’attore nemmeno nel caso in cui disponga di prove certe e di immediata acquisizione, il che si porrebbe asseritamente in palese contrasto con il disposto dell’art. 1462, comma 2, cod. civ. Da quest’ultimo punto di vista, «tutto ciò è incompatibile con un sia pur transeunte difetto di giurisdizione». Così C. LUCCHI, voce *‘Solve et repete’*, cit., 586 ss. (e, in particolare, 593 ss.). Su posizioni sostanzialmente analoghe si colloca altresì A. DALMARTELLO, voce *‘Solve et repete’*, cit., 847 ss. (e soprattutto 854 ss.). Nondimeno, non può non considerarsi, al riguardo, come nell’ambito dei ‘gravi motivi’ di cui alla norma in questione non sembri

In questa prospettiva, la principale questione sulla quale si è affaticata la dottrina in esame concerne il profilo dell'ammissibilità dell'incidenza della volontà negoziale sugli strumenti processuali e della relativa possibilità di influire in questo modo sull'attività del giudice. Specificamente, si registra una prima risalente impostazione¹⁰¹, per la quale un accordo così configurato non risulterebbe accettabile, per un verso, a causa della sostanziale limitazione della difesa giurisdizionale del convenuto – quale principio indisponibile e di ordine pubblico – determinata dalla separazione tra l'esame dell'azione e quello dell'eccezione e, per altro verso, in quanto implicherebbe una inammissibile limitazione dell'attività del giudice, al quale verrebbe impedito di valutare, anche nell'esercizio dei suoi poteri officiosi, i fatti che la parte si è obbligata a non eccepire nelle sue difese¹⁰².

Peraltro, sulla base di un diverso orientamento, una simile possibilità di influire per via negoziale sull'attività del giudice risulterebbe invece ammissibile esclusivamente in ragione dell'esplicita previsione normativa di cui all'art. 1462 cod. civ. Da quest'ultimo punto di vista, se non vi sarebbero difficoltà in ordine all'efficacia sostanziale che discende direttamente dal principio dell'autonomia privata di cui all'art. 1322 cod. civ., non potrebbe ammettersi invece la produzione di effetti processuali in mancanza di una specifica previsione da parte del legislatore, dal momento che solo mediante una disposizione di legge sarebbe consentito separare la valutazione giurisdizionale dell'azione da quella dell'eccezione¹⁰³.

Una volta delineati questi aspetti, siamo però giunti, a questo punto, ad accennare ad un profilo che merita uno specifico approfondimento, in quanto è utile adesso prendere le mosse dai principali caratteri della figura in questione e dalla sua compatibilità con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. al fine di riconoscere la sua natura di negozio giuridico processuale quale istituto incidente sulle modalità della tutela giurisdizionale dei diritti.

Ed è su questo aspetto che dovremmo ora soffermarci.

In proposito, giova rilevare immediatamente come la struttura immancabilmente bilaterale degli accordi che determinano un regime convenzionale delle eccezioni ed il fatto che, in buona sostanza, questi dispieghino i propri effetti sul rapporto processuale evidenzino, come è stato sottolineato da una parte della dottrina¹⁰⁴, l'analogia sussistente

rientrare il contenuto in questione, dal momento che con questa locuzione non ci si può che riferire ad elementi estrinseci rispetto alla fattispecie medesima, con una tendenza giurisprudenziale a ridurre la portata della stessa eccezione.

¹⁰¹ E. T. LIEBMAN, *Contro il patto 'solve et repete' nei contratti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 241 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale*, cit., 42 ss.

¹⁰² E. T. LIEBMAN, *Contro il patto*, cit., 241 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale*, cit., 42 ss.

¹⁰³ *Contra* F. CARNELUTTI, *Clausola*, cit., 81 ss., il quale sottolinea come ci si muova, in proposito, nell'ambito del «diritto processuale negoziale» (testualmente, a p. 84), che, rientrando nel potere di disposizione delle parti, «vive in buona parte al di là di quei comandi legali, i quali hanno finora assorbito tutta la nostra attenzione» (in questi termini, a p. 84). In questa prospettiva, appare condivisibile il rilievo per cui «tutti i negozi conclusi tra le parti per il regolamento del processo, se trovano la spinta nel contrasto dei loro interessi, non servono a disciplinare tale contrasto, ma, invece, a svolgere il loro interesse comune al miglior rendimento del processo» (così, a p. 85).

¹⁰⁴ T.M. PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, 144 ss. (ed, *amplius*, 151 ss.); F. CARNELUTTI, *Clausola*, cit., 84 s.; E. BETTI, *Diritto processuale*, cit., 46 s. In particolare, secondo

tra la clausola *solve et repete* ed altre tipologie negoziali, quali le convenzioni volte a modificare l'onere della prova di cui all'art. 2698 cod. civ., la clausola compromissoria ed i negozi derogatori della competenza¹⁰⁵. A ben vedere, come subito si avrà modo di precisare, le analogie funzionali più significative si riscontrano però soprattutto tra la figura in questione e le convenzioni probatorie, in quanto entrambi finiscono per incidere sul processo a monte di esso, configurando le modalità della tutela giurisdizionale dei diritti.

Il che impone di precisare come i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalla norma in questione, *sub specie* della compatibilità della stessa con il diritto di difendersi in giudizio di cui all'art. 24 Cost., siano stati condivisibilmente ritenuti privi di fondamento secondo una risalente pronuncia della Corte costituzionale¹⁰⁶. Ed invero, la produzione da parte della convenzione sulle eccezioni di effetti processuali non appare di per sé in contrasto con il diritto alla difesa costituzionalmente garantito, se solo si considera come essa non si traduca in un inaccettabile condizionamento del contenuto delle difese sviluppate in giudizio dal debitore, ma operi solamente sulle modalità delle stesse, valendo piuttosto a posticipare il momento in cui egli potrà chiedere tutela rispetto a tutte le sue argomentazioni¹⁰⁷.

quest'ultimo A., dal momento che gli accordi probatori e quelli sul regime delle eccezioni rappresenterebbero delle modificazioni convenzionali del potere di difendersi in ambito giurisdizionale, le relative deroghe alla disciplina comune sarebbero ricomprese nella sfera di competenza esclusiva del legislatore, e non piuttosto nell'autonomia dei privati.

¹⁰⁵ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 144 ss. (ed, *amplius*, 151 ss.). In proposito, occorre menzionare, soprattutto, F. CARNELUTTI, *Clausola*, cit., 84 s., il quale pone in evidenza la circostanza che, dal momento che «la clausola *solve et repete* appartiene senza dubbio alla stessa famiglia della clausola compromissoria, si possono senza esitazione applicare alla prima i concetti, che sono serviti per conoscere la struttura della seconda» (così, a p. 84). In particolare, ciò si traduce nell'assunto per cui «essa non fa parte del contratto, in occasione del quale è stipulata, nel senso che non regola uno degli atteggiamenti del rapporto relativo» (in questi termini, a p. 84). Sul punto, si veda altresì E. BETTI, *Diritto processuale*, cit., 46 s.

¹⁰⁶ Corte cost., 12 novembre 1974, n. 256, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg., la quale, tra l'altro, ha precisato che la disposizione di cui all'art. 1462 cod. civ. non sarebbe censurabile neppure secondo l'art. 3 Cost., sulla base del parametro rappresentato dalla clausola *solve et repete* introdotta dal legislatore in materia fiscale e risultata non conforme alla Costituzione. Infatti, le due figure si fonderebbero su differenti presupposti, dal momento che quest'ultima – prevista dall'art. 6, comma 2, l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E – in relazione ad ogni controversia d'imposta, subordinava l'ammissibilità degli atti di opposizione alla presentazione del certificato di pagamento dell'imposta. Il che determinava nelle more del pagamento un difetto di giurisdizione in palese contrasto con l'art. 24 Cost. Viceversa, la clausola di cui all'art. 1462 cod. civ. rappresenterebbe una manifestazione della libertà negoziale. Nondimeno, non sembra da condividersi l'argomentazione della Corte costituzionale anche nel punto in cui trae la legittimità della norma in questione dalla natura sostanziale degli effetti della clausola in questione, la quale opererebbe sul piano dell'adempimento.

¹⁰⁷ In questo senso, F. CARNELUTTI, *Clausola*, cit., 84 ss., il quale rileva che «la tendenza della dottrina a limitare la applicabilità delle clausole escludendone alcune domande del debitore, che involgono più gravi questioni, si spiega con il consueto equivoco, per il quale si crede che la clausola abbia effetto di privare il debitore della facoltà di sottoporle al giudice, mentre invece essa non fa che legare tale facoltà dell'adempimento di un onere» (così, a p. 89). Conformemente, T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 144 ss. (ed, *amplius*, 151 ss.).

In buona sostanza, non sembra incongruo riconoscere di trovarsi in presenza di «una forma di ‘contraddittorio differito’, o ‘posticipato’, o ‘eventuale’, di origine convenzionale»¹⁰⁸, concernente le circostanze oggetto di eccezione. Del resto, così facendo le parti non hanno che raggiunto un accordo in ordine alla posticipazione del momento di sollevare le eccezioni rispetto a quello del pagamento.

In quest’ordine di idee, occorre dunque riconoscere come appaia collegato al diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost., oltre alla possibilità di difendersi, anche quella di non difendersi, ovvero di determinare le modalità ed i tempi della propria difesa¹⁰⁹. In particolare, come si è già in precedenza avuto modo di osservare, la disponibilità del diritto di azione può desumersi dal combinato disposto della norma costituzionale in questione con quelle di cui all’art. 2907 cod. civ., sulla base della quale alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede il giudice su domanda di parte, e di cui all’art. 99 cod. proc. civ., il quale prevede che chi intenda far valere un diritto in giudizio sia tenuto a proporre domanda all’organo giudiziario competente¹¹⁰. In altri termini, «la clausola non importa rinuncia all’eccezione né alla possibilità di farla valere nel processo, ma impone ... una modalità di esercizio del diritto potestativo di cui l’eccezione è espressione»¹¹¹. Pertanto, non involgendo ragioni di ordine pubblico, non può che trovare in questo caso affermazione «l’autodeterminazione libera dei privati che si esprime attraverso una dichiarazione di volontà contrattuale»¹¹².

2.1.4. *Regime convenzionale delle prove ‘ex’ art. 2698 cod.civ.*

Già considerate quali negozi giuridici processuali nell’ambito della dottrina Pandettistica tedesca, le convenzioni derogatorie dell’onere della prova meritano uno specifico esame alla luce degli approdi concettuali sinora prospettati. Ebbene, sarà utile dapprima prendere le mosse dall’impostazione più risalente per poi analizzare la questione dell’attuale configurazione di tali pattuizioni nel nostro ordinamento, sulla base del dato normativo codicistico che, nella disposizione di cui all’art. 2698 cod. civ., consente di modificare convenzionalmente l’onere della prova relativamente a diritti disponibili. Il che permetterà quindi di evidenziare i rapporti sussistenti con il contratto di accertamento, in quanto indirettamente produttivo di una sostanziale agevolazione sul piano probatorio, differenziandosi le due tipologie negoziali soprattutto per la circostanza che il negozio accertativo opera sull’assetto di interessi sostanziale.

Una volta riconosciuta l’attitudine degli accordi probatori a porre in essere una configurazione del rapporto processuale, diverrà dunque possibile, innanzitutto, individuare la disciplina applicabile, dal momento che sembrerà preferibile la ricostruzione per la quale la disciplina del negozio penetrerebbe nella regolamentazione dell’invalidità processuale. In secondo luogo, occorrerà circoscrivere l’ambito di ammissibilità della figura rispetto a quelle previsioni convenzionali sulla prova

¹⁰⁸ Così T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 152.

¹⁰⁹ In termini similari, T. M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 153.

¹¹⁰ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 153, nt. 71.

¹¹¹ D. POLETTI, voce *‘Solve et repete’*, cit., 8.

¹¹² Così T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 155.

potenzialmente configgenti con i principi fondamentali che presiedono al dispiegarsi del processo, in quanto idonee ad interferire sulle modalità stesse in cui l'onere probatorio dovrà essere assolto, e pertanto nemmeno inquadabili nell'ambito della norma di riferimento.

Addentrandoci su questa via, giova quindi anzitutto osservare, con riferimento al profilo dell'originaria riflessione della Pandettistica, come il Kohler – dopo aver affermato che la figura del contratto può sorgere in ogni ambito del diritto e dispiegare i propri effetti nel processo – abbia ritenuto di poter qualificare alla stregua di negozi processuali gli accordi aventi ad oggetto l'interpretazione dei fatti (sulla base dei quali, occorrerà interpretare una determinata circostanza in una maniera previamente specificata), oltre ai negozi con i quali una parte si impegna a non allegare in sede processuale un certo fatto¹¹³. Tuttavia, il giurista ha considerato invalide simili tipologie di accordi probatori, dal momento che esse renderebbero 'maggiormente imperfetto' l'accertamento giurisdizionale della verità. Parimenti, la stessa argomentazione varrebbe in relazione agli accordi con cui le parti prevedono di considerare ammissibili prove che per legge non lo sarebbero. Da quest'ultimo punto di vista, apparirebbero validi piuttosto – tra i negozi presi in considerazione dall'Autore – quelli che producono l'effetto di limitare le prove ammissibili secondo la legge, purché il soggetto interessato alla prova contraria mantenga la possibilità di dimostrare il contrario rispetto a ciò che emerge dalla sola prova convenzionalmente ammessa¹¹⁴.

A ben vedere, è possibile sin da ora anticipare come negli studi della dottrina in questione comparissero in sottofondo delle prospettive capaci di suggerire la soluzione alle questioni sollevate dalla tematica in esame.

Con questa precisazione introduttiva, vediamo ora, innanzitutto, di proporre una prima definizione di questo genere di accordi, al fine di soffermarci in seguito sul primo profilo problematico da esaminare, concernente i rapporti tra i negozi sul regime probatorio ed il negozio di accertamento.

Al riguardo, appare utile, dunque, individuare in via di prima approssimazione il perimetro dei negozi giuridici aventi ad oggetto il regime delle prove con riguardo a quelle convenzioni – di grande rilevanza nella pratica dei commerci – mediante le quali le parti di un negozio sostanziale prevedono che, qualora dovesse in ipotesi insorgere tra loro una controversia giudiziaria relativa a quel contratto, dovrà operare una disciplina probatoria differente da quella legislativamente determinata¹¹⁵.

Orbene, viene immediatamente in evidenza, in proposito, la regola di ripartizione dell'onere della prova di cui all'art. 2697 cod. civ., che sancisce quale regola di giudizio che la dimostrazione dei fatti che fondano un diritto incomba su colui che intenda farlo valere in sede giurisdizionale, mentre spetterà al convenuto che eccepisca l'inefficacia di tali fatti ovvero la modificazione o l'estinzione del diritto azionato provare le circostanze

¹¹³ J. KOHLER, *Über prozessrechtliche Verträge*, cit., 127 ss.

¹¹⁴ J. KOHLER, *Über prozessrechtliche Verträge*, cit., 127 ss. Al riguardo, si veda, specificamente, l'interpretazione che del pensiero dell'A. in questione offre T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 7 ss.

¹¹⁵ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 1.

sulle quali l'eccezione si fonda¹¹⁶. Ed invero, la norma di cui alla disposizione seguente consente – qualora si tratti di diritti disponibili – di modificare o di invertire l'onere della prova per via consensuale, a condizione che l'accordo non produca il risultato di rendere eccessivamente difficoltoso per una delle parti l'esercizio del diritto medesimo¹¹⁷. In questo quadro, si colloca altresì la disposizione di cui all'art. 2725 cod. civ., la quale prevede che, nell'ipotesi in cui un contratto debba essere provato per iscritto per legge o per volontà delle parti, possa ammettersi la prova testimoniale esclusivamente quando il contraente abbia perduto il documento senza sua colpa¹¹⁸.

Tuttavia, può subito osservarsi come non soltanto queste convenzioni probatorie rappresenteranno l'oggetto della nostra indagine, dal momento che risulterà utile altresì esaminare la questione afferente all'ammissibilità di altri tipi di negozi che incidano sul profilo della prova¹¹⁹.

Una volta tratteggiati questi elementi, siamo giunti, a questo punto, a sollevare un problema che impone una specifica analisi, in quanto l'idoneità dei negozi in esame a condizionare il piano dell'accertamento giurisdizionale dei diritti evidenzia un possibile punto di contatto con la fattispecie del negozio di accertamento, da intendersi quale «atto con cui l'autonomia privata procede a riesaminare un rapporto giuridico preesistente per innestarvi ... una regola di conformazione strumentale all'eliminazione di un contesto di incertezza»¹²⁰. Sarà dunque opportuno riflettere sui rapporti tra le due figure al fine di delinearne l'ambito di rilevanza e la natura differente.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

In proposito, occorre rilevare come in dottrina¹²¹ sia stata posta in evidenza la circostanza che i «contratti probatori»¹²² in esame presentino caratteristiche fondamentalmente difformi rispetto al negozio di accertamento. In questa logica, mentre i secondi avrebbero ad oggetto la determinazione definitiva delle circostanze di fatto rilevanti con l'estromissione rispetto alle stesse dell'accertamento giurisdizionale, i primi concernerebbero piuttosto l'applicazione della disciplina dell'onere probatorio individuata derogatoriamente in via negoziale, ovvero – a voler ritenere ammissibili simili accordi – della regolamentazione negoziale della modalità di assunzione delle prove oppure dei limiti di ammissibilità delle medesime oppure perfino della loro efficacia. In

¹¹⁶ In proposito, cfr., *ex pluribus*, F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 102. Si veda, inoltre, S. PATTI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. it.*, 1991, 9 ss., nonché ID., *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1987, 1 ss.

¹¹⁷ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 102.

¹¹⁸ V. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1968, 260 ss. (e, soprattutto, 289 ss.).

¹¹⁹ Sul punto, si veda, diffusamente, T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 119 ss.

¹²⁰ R. FERCIA, voce *Accertamento*, cit., 32.

¹²¹ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 36 ss. (e, soprattutto, 38 ss.). In quest'ordine di idee, si veda altresì S. PATTI, *Delle prove*, in *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano* a cura di G. De Nova, Bologna - Roma, 2015, 291, nt. 56, secondo il quale «il negozio di accertamento esclude la necessità della prova e quindi l'incertezza relativa al fatto» (in questi termini, a p. 291, nt. 56). Da quest'ultimo punto di vista, l'A. sottolinea che, per altro verso, «i patti probatori disciplinano l'onere della prova a favore di una parte incidendo quindi sul rischio processuale» (testualmente, a p. 291, nt. 56).

¹²² T. M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 38.

altri termini, si tratterebbe di figure negoziali comunque afferenti ad ambiti concettuali non coincidenti¹²³.

Dopo aver delineato questa distinzione, ci troviamo nondimeno di fronte ad una prospettiva che necessita di un maggiore approfondimento, dal momento che il peculiare atteggiarsi del profilo funzionale del negozio di accertamento appare – pur non finendo per coincidere con lo stesso – in ogni caso speculare rispetto a quello del negozio probatorio. Il che consentirà quindi di giungere ad affermare che quest'ultimo si caratterizza essenzialmente per il fatto di incidere su di un rapporto processuale piuttosto che su uno sostanziale.

Sul punto, possiamo infatti immediatamente considerare come il significato dell'accertamento negoziale si incentri in realtà sull'«autodeterminazione dei privati al riesame di un precedente rapporto in funzione della genesi di una norma giuridica di (ri)configurazione di esso»¹²⁴. In buona sostanza, attraverso una simile operazione negoziale, le parti pongono in essere una regolamentazione del loro rapporto sostanziale, che si traduce nella realizzazione di una diretta conformazione dei contenuti del loro assetto di interessi primario, prescindendo dal *medium* dell'obbligazione¹²⁵. Ed allora, come si è già avuto modo di osservare, non si tratta di un negozio oneroso, ma la sua meritevolezza si incentra sulla circostanza che il negozio di accertamento appare funzionale ad assicurare la certezza dei rapporti negoziali. In quest'ordine di idee, è chiaro che esso si presenta come idoneo a ripercuotersi sul fondamentale diritto alla difesa giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., conducendo essenzialmente ad una agevolazione sotto il profilo probatorio¹²⁶.

A ben vedere, gli accordi volti a predisporre un regime convenzionale delle prove – se si riconosce la loro specifica attitudine a regolare l'istruzione probatoria negli spazi consentiti dall'operare del principio dispositivo – presentano una evidente analogia funzionale con il negozio accertativo. Ed invero, la predisposizione di un assetto di interessi che regoli le modalità della tutela giurisdizionale dei diritti in relazione ad un'ipotetica futura controversia tra le parti non può che tradursi in un immediato vincolo di prefigurazione del rapporto processuale, i cui effetti si producono senza l'intermediazione di un'obbligazione. In altri termini, il risultato finale e sostantivo del negozio in questione parimenti prescinde da un obbligo di prestazione primaria, contribuendo piuttosto a far avanzare il processo, essenzialmente attraverso le facilitazioni probatorie consentite all'autonomia privata.

¹²³ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 36 ss., la quale evidenzia come tale distinzione abbia trovato un precedente in una dottrina tedesca dei primi del Novecento, sulla base della quale «il negozio di accertamento era un negozio giuridico con il quale è assunto l'obbligo di accettare che la pronuncia giudiziale affermi ed accerti ciò che li è contenuto rinunciando in anticipo a contestarne la verità e a provarne l'inesistenza» (in questi termini, a p. 40). Si riteneva, invece, che fossero «contratti sulle prove quelli che invertono l'onere della prova e sono produttivi di presunzioni convenzionali» (con queste esatte espressioni, a p. 40), configurandosi dunque alla stregua di «contratti di diritto sostanziale che producono l'effetto di esonerare la controparte dall'onere di provare certi fatti a sé favorevoli, ma mantenendo la riserva di esercitare un'attività probatoria per provare il contrario» (testualmente, a p. 40).

¹²⁴ R. FERCIA, voce *Accertamento*, cit., 38.

¹²⁵ R. FERCIA, voce *Accertamento*, cit., 32 ss.

¹²⁶ R. FERCIA, voce *Accertamento*, cit., 32 ss.

In questo quadro, giova dunque osservare come entrambi i tipi negoziali si presentino come produttivi di una semplificazione in ordine alla prova in giudizio di una situazione giuridica già esistente. Nondimeno, non può non porsi in rilievo il fatto che comunque il negozio di accertamento incide direttamente sull'assetto di interessi sostanziale, riconfigurandolo nel modo voluto dalle parti, ed è pertanto irriducibile ad una mera semplificazione probatoria di una posizione giuridica preesistente¹²⁷. Per altro verso, il negozio sulla prova rappresenta una convenzione che regola esclusivamente il rapporto processuale.

Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per evidenziare che l'accordo probatorio ed il negozio accertativo presentano una indubitabile affinità funzionale, pur estrinsecandosi nell'ambito di diversi settori del diritto, sostanziale e processuale. Il che rappresenta essenzialmente il fulcro della diversità tra gli stessi.

Le considerazioni sinora svolte consentono, a questo punto, di entrare nel vivo della problematica via via delineata, e di soffermarci sulla qualificazione dei patti in questione e sulle conseguenze in termini rimediali.

In proposito, appare utile prendere le mosse dall'impostazione di una certa dottrina che si è occupata della questione¹²⁸, sulla base della quale i negozi giuridici di configurazione del regime probatorio – pur producendo effetti processuali – avrebbero natura sostanziale¹²⁹. In particolare, ciò discenderebbe dal fatto che essi consisterebbero in una manifestazione da parte dell'autonomia privata di autodeterminazione dei propri interessi nell'ambito di quanto consentito ai privati stessi dall'ordinamento giuridico. In altri termini, la diversa regolamentazione dell'onere della prova non rappresenterebbe altro che un assetto voluto dalle parti in quanto maggiormente confacente alle loro esigenze¹³⁰.

In questo quadro, la principale caratteristica dei negozi in questione si incentrerebbe nella loro idoneità a produrre senza l'intervento del rapporto obbligatorio effetti processuali. Il che troverebbe una spiegazione nella circostanza che i contraenti stipulano l'accordo «non solo in quanto parti del rapporto sostanziale, ma anche in quanto parti del processo che può essere già pendente tra loro oppure solo ipotetico e futuro»¹³¹. Infatti, il profilo processuale sarebbe il portato dell'esercizio del diritto alla

¹²⁷ R. FERCIA, voce *Accertamento*, cit., 32 ss.

¹²⁸ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 76 ss.

¹²⁹ In contrasto con quella giurisprudenza per la quale la norma di cui all'art. 2698 cod. civ. legittimerebbe ufficialmente i «contratti di contenuto processuale» (così, a p. 165) si pone L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998, 163 ss. (nonché ID., *Le prove*, in *Tutela dei diritti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XIX.1, Torino, 1997, 311 ss.), il quale considera di per sé discutibile la categoria di negozio giuridico processuale, ritenendo comunque preferibile «risolvere il fenomeno sul piano propriamente sostanziale» (testualmente, a p. 165). In quest'ordine di idee, sarebbe «meno arduo ammettere che le espressioni derogatorie dell'autonomia contrattuale, lungi dal ripercuotersi in modo diretto sui poteri decisorii del giudice e sulla regola di giudizio dell'art. 2697 (cui non può non inerire un'indisponibilità di stampo pubblicistico), in realtà vengano ad incidere sul trattamento normativo degli elementi che compongono od integrano la fattispecie negoziale controversa, dando così vita a presunzioni di tipo pattizio, operanti di riflesso sul regime probatorio dei diritti tutelabili» (in questi termini, a p. 165 s.).

¹³⁰ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 76 ss.

¹³¹ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 77.

difesa giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. In questa logica, «gli accordi probatori sono negozi rientranti nell'autonomia privata con i quali le parti dispongono di una 'frazione del diritto di azione'»¹³². Si tratterebbe, dunque, di una semplice modalità con cui si potrebbero esercitare talune facoltà di rilevanza processuale che rientrerebbero nel contenuto del negozio giuridico, e che in quanto tali dispiegherebbero i propri effetti soltanto nell'ipotesi in cui sia esperita l'azione¹³³.

Ebbene, se sembra da condividersi l'opzione ricostruttiva in esame nella parte in cui riconosce che gli accordi probatori non possono configurarsi altrimenti che alla stregua di negozi giuridici, tale impostazione appare peraltro opinabile quando disconosce la natura processuale delle pattuizioni in esame, come risulterà particolarmente evidente dall'analisi dei relativi profili rimediali.

Al riguardo, è utile anzitutto considerare come – secondo quanto è stato in precedenza posto in rilievo – possa considerarsi come 'processuale' un negozio giuridico in ragione della sua capacità di operare sul piano del rapporto processuale ovvero su quello della tutela giurisdizionale dei diritti, plasmando in entrambi i casi una regola destinata al processo. Ed allora la differenza rispetto ai negozi giuridici di carattere sostanziale non può non percepirsi se solo si ha riguardo alla diversità degli effetti che gli stessi producono, pur rappresentando entrambe le tipologie una manifestazione di volontà negoziale.

Questo chiarimento induce, a questo punto, a riflettere sulla tesi proposta dal Bessone¹³⁴, il quale – muovendo dalla qualificazione in termini di 'accordi processuali' dei negozi giuridici quali quelli probatori ovvero quelli sulla competenza – si è occupato dei vizi della volontà del negozio, per giungere a sostenere che in ipotesi del genere debbano trovare applicazione congiunta la disciplina dell'invalidità sostanziale e quella della nullità processuale¹³⁵. A ben vedere, non sembra arbitrario in questo caso, in ragione delle peculiari caratteristiche degli atti in questione, interpretare la norma di cui all'art. 156 cod. proc. civ. integrando il suo disposto con l'attribuzione di rilevanza ai vizi sostanziali dell'atto. In altri termini, se si prendono ad esempio gli accordi sulla competenza, il raggiungimento dello scopo dell'atto consisterebbe nell'ipotesi in esame nella «indicazione del giudice attraverso una valida determinazione volitiva delle parti»¹³⁶.

¹³² T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 79.

¹³³ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 76 ss.

¹³⁴ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, II, 1064 ss.

¹³⁵ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

¹³⁶ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1090. *Contra*, E. REDENTI, voce *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 105 ss. (ed. *amplius*, 113 ss.), per il quale vi sarebbe «un'infinità di altri atti giuridicamente rilevanti, ai quali il supposto regime generale dei negozi non si attaglia, e per i quali bisogna determinare volta per volta, con la mente sgombra di preconcetti dottrinali, su basi meramente positive, quali siano le regole applicabili». Tra questi ultimi sarebbero da ricomprendersi gli atti processuali, il cui regime estremamente differente rispetto a quello degli atti sostanziali si giustificerebbe per la circostanza che mentre i negozi giuridici «hanno effetti dispositivi immediati sui diritti e sulle ragioni delle parti ...; gli atti processuali invece sono unicamente atti interni del rapporto giuridico processuale e tendono soltanto a promuoverne lo svolgimento e ad influire sull'esito, che si concreterà nella emanazione e nel tenore dei provvedimenti finali del giudice». In quest'ordine di idee, «tutto ciò non toglie che anche nel campo del processo possano esser consentite talvolta delle indagini

È stato obiettato, nondimeno, che la disciplina così ricostruita non troverebbe alcun riscontro né nel settore sostanziale né in quello processuale. Inoltre, i requisiti indispensabili per il raggiungimento dello scopo sarebbero esclusivamente quelli formali. Di conseguenza, apparirebbe una forzatura farli coincidere con una valida formazione della volontà delle parti¹³⁷. Da quest'ultimo punto di vista, non sarebbe possibile inquadrare i negozi in questione alla stregua di accordi processuali, secondo l'accezione del Kohler, quali contratti che producono l'effetto di creare situazioni processuali rilevanti nell'ambito del procedimento, ma che non determinano il sorgere di diritti in capo alle parti. Si tratterebbe, infatti, di atti dai caratteri essenzialmente processuali non conciliabili con la logica ed i canoni propri del diritto sostanziale. Da ciò conseguirebbe che la categoria in questione non sarebbe adatta al fine di qualificare i patti probatori¹³⁸.

In proposito, può tuttavia controbattersi che l'utilizzo della categoria del negozio giuridico processuale assume un'effettiva utilità proprio in quanto ricomprende quegli atti che, sebbene rappresentino indubbiamente manifestazioni dell'autonomia privata, dispiegano i propri effetti con la configurazione – nell'ordine funzionale dell'autonomia del regolare, ai sensi dell'art. 1321 cod. civ. – del rito oppure della tutela giurisdizionale dei diritti, sempre creando regole destinate ad operare nel processo¹³⁹. Ed allora, per un verso ciò implica la trasversale rilevanza della categoria generale di contratto in ragione della loro natura negoziale che deve necessariamente integrarsi con la disciplina processuale, dal momento che gli atti che confluiscono nel processo non possono che trovare in essa la propria regolamentazione. Del resto, i vizi della volontà non rilevano in relazione agli altri atti del processo perché questi ultimi non hanno natura negoziale ed ogni profilo di invalidità che li riguardi resta assorbito dalla forma. In questa prospettiva, non si vede dunque quale tutela si possa accordare in relazione ai negozi processuali viziati se non nell'ambito del processo su cui sono diretti ad incidere e con le forme proprie del diritto processuale.

Una volta precisato questo aspetto, siamo però giunti, a questo punto, a soffermarci su un profilo che occorre specificamente esaminare, in quanto appare opportuno considerare la natura della disciplina codicistica dell'onere della prova, al fine

circa la simulazione, il dolo, la collusione, ma quegli accidenti patologici non vengono di solito in considerazione per i singoli atti delle parti come tali, bensì in quanto abbiano sviata, traviata o inquinata la decisione finale del giudice (casi di revocazione, di opposizione revocatoria ecc.).»

¹³⁷ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 66 ss.

¹³⁸ Da quest'ultimo punto di vista, cfr. T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 70 ss.

¹³⁹ In proposito, si veda S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2010, 266 s., nonché ID., *Delle prove*, cit., 290 s., il quale rileva come alla tesi sostanzialista è stato obiettato che la norma di cui all'art. 2698 cod. civ. – quale manifestazione dell'autonomia privata già garantita dall'art. 1322 cod. civ. – «risulterebbe superflua se non si riconoscesse ad essa la funzione di incidere correttamente sul processo» (così, a p. 291). Da quest'ultimo punto di vista, «se inoltre si ammette che le parti, in base al principio dell'autonomia privata, hanno il potere di incidere sulla qualificazione degli elementi della fattispecie, la proiezione processuale degli accordi a ciò diretti risulta una logica conseguenza in un sistema dominato dal principio dispositivo» (in questi termini, a p. 291). In questa logica, l'A. evidenzia che «le convenzioni sull'onere della prova vengono esattamente distinte da quelle tendenti ad attribuire valore ad alcuni mezzi di prova o ad escluderne altri o a dispensare da qualche formalità nell'assunzione della prova» (testualmente, a p. 291).

di riflettere sul fondamento delle argomentazioni che se ne sono tratte da parte di una certa dottrina¹⁴⁰.

In proposito, è necessario rilevare, in primo luogo, come, secondo la tesi in questione, potrebbe riconoscersi la natura sostanziale dei negozi giuridici di inversione o di modificazione dell'onere della prova in ragione della circostanza che il loro oggetto si incentrerebbe su una norma – quale quella di cui all'art. 2697 cod. cv. – che mostrerebbe significativi tratti distintivi propri del diritto sostanziale¹⁴¹. In quest'ordine di idee, la possibilità che il sistema degli oneri probatori previsto dalla disposizione in esame assicuri che il giudice possa pervenire in ogni caso a comporre la lite con la sua pronuncia non rappresenterebbe già l'elemento funzionale della norma, ma bensì la proiezione processuale di una norma sostanziale¹⁴². Infatti, verrebbe in rilievo in proposito la circostanza che esclusivamente con riguardo alle norme sostanziali da applicare al caso di specie è possibile determinare quali sono i fatti giuridicamente rilevanti¹⁴³. In questa logica, gli accordi che regolano l'onere della prova varrebbero dunque a porre in essere delle presunzioni negoziali, del tutto analoghe dal punto di vista strutturale alle presunzioni legali *iuris tantum* ed a quelle c.d. 'giurisprudenziali'¹⁴⁴. Una conferma rispetto a tale ricostruzione potrebbe rinvenirsi, infine, nella previsione della nullità dei patti che abbiano ad oggetto diritti indisponibili oppure rendano eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, sancita dalla disposizione di cui all'art. 2698 cod. civ.; il che evidenzerebbe la volontà del legislatore di circoscrivere la disponibilità del diritto¹⁴⁵.

Ebbene, in ordine a quanto affermato nella tesi in esame sembra di potersi esprimere qualche obiezione. Ed invero, nella materia della prova è possibile scindere il profilo statico da quello dinamico. A ben vedere, la considerazione per cui la disciplina del primo aspetto trovi la propria collocazione nel libro sulla tutela dei diritti del codice civile «non serve certo a cancellare il dato, non seriamente confutabile, che la considerazione processuale di esse prevalga su ogni altra»¹⁴⁶.

¹⁴⁰ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 119 ss.

¹⁴¹ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 123 ss.

¹⁴² Così, quasi testualmente, T. M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 123.

¹⁴³ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 123 ss.

¹⁴⁴ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 126 ss. In senso contrario, cfr. F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, 72 ss., il quale afferma che «non vengono, proprio in ragione della loro fonte normativa, in considerazione, le *praesumptiones iuris*, o, comunque, tutte quelle norme che, regolando la distribuzione dell'onere della prova, in una determinata fattispecie paiono fare eccezione a regole di portata più ampia: si tratta pur sempre di previsioni normative dettate in via generale e astratta, a codificare massime di esperienza ovvero esigenze specifiche di tutela della collettività davanti a particolari attività» (in questi termini, a p. 72). Circa l'asserita esistenza di presunzioni c.d. giurisprudenziali si veda, inoltre, S. PATTI, voce *Prova*, cit., 12 s.

¹⁴⁵ In termini simili, si veda T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 130. Sul punto, cfr. S. PATTI, *Prove*, cit., 185, il quale evidenzia come ciò trovi la propria giustificazione «alla luce di una preoccupazione del legislatore rispetto ad impegni che vincolano per il futuro l'esercizio del diritto, nella consapevolezza che spesso tali limiti vengono sostanzialmente 'imposti' da una delle parti» (così, a p. 185).

¹⁴⁶ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 425. Circa l'impossibilità di intendere la disciplina sulle prove alla stregua di un fenomeno di pertinenza esclusiva del settore processuale il fenomeno, si veda, però, quasi testualmente, G. VERDE, voce *Prova (dir. proc. Civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 579 ss. (e, soprattutto, 596 ss.).

Per completezza dell'esame delle prospettive sottostanti alla casistica di cui ci occupiamo, sembra utile, in conclusione, domandarci se siano ammissibili, nel nostro ordinamento, negozi probatori differenti da quelli aventi ad oggetto una diversa distribuzione dell'onere della prova ed indagare sui limiti cui va incontro l'autonomia privata nel regolamentare l'istruzione probatoria relativa alla tutela dei propri diritti.

In proposito, giova subito osservare come – una volta acclarato che gli accordi di cui all'art. 2698 cod. civ. sono soltanto quelli che implicano una diversa distribuzione dell'onere della prova – i negozi giuridici con cui viceversa si prevede una disciplina derogatoria rispetto a norme dell'istruzione probatoria afferenti ai profili dell'ammissibilità, dell'efficacia, ovvero del procedimento di assunzione della prova andrebbero ad influire sulla determinazione di quegli elementi sui quali il giudice sarà chiamato a fondare la sua decisione¹⁴⁷. In questa prospettiva, l'ammissibilità di questi altri tipi di convenzioni non pare possa farsi discendere di per sé dalla previsione normativa in questione, considerata la sostanziale differenza che intercorre con i negozi che regolano gli oneri probatori. A bene vedere, non apparirebbe corretto nemmeno ricondurli alla norma di cui all' art. 2698 cod. civ. mediante un'interpretazione analogica, dal momento che – operando su aspetti diversi dell'impianto normativo – non appartengono alla medesima categoria e perciò non emerge la necessità di un trattamento uguale¹⁴⁸.

Ed è a partire da questa considerazione che si può trarre spunto per valutare la questione dell'ammissibilità di negozi sulla prova che non risultino ricompresi dalla norma in esame, ma la cui liceità potrebbe in astratto trarsi dall'operare del principio dispositivo e dalla meritevolezza di tutela dell'assetto di interessi eventualmente programmato¹⁴⁹.

Orbene, al riguardo, oltre a doversi indubitabilmente affermare l'invalidità di quegli accordi probatori che vadano ad incidere su diritti indisponibili, sulla base dei canoni fondamentale dell'ordinamento, occorre evidenziare come alcune previsioni negoziali appaiano in contrasto con i principi cardine che sovrintendono allo svolgimento del processo e con le inderogabili prerogative del giudice di ordine pubblico¹⁵⁰. Ed invero, all'autonomia privata non sembra possa essere concesso di

¹⁴⁷ F. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 71 ss.

¹⁴⁸ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 131 ss.

¹⁴⁹ Al riguardo, S. PATTI, *Delle prove*, cit., 305 s., ritiene senz'altro ammissibili le convenzioni probatorie relative a norme differenti dalla clausola generale di cui all'art. 2697 cod. civ., purché abbiano ugualmente ad oggetto la ripartizione dei carichi probatori, «direttamente o attraverso la previsione di presunzioni *iuris tantum*» (così, a p. 305).

¹⁵⁰ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 181 ss. Al riguardo, si veda M. TARUFFO, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 3 ss. (e, soprattutto, 30 ss.), il quale pone in evidenza la circostanza che «in astratta linea di principio ogni norma che esclude l'ammissibilità di un mezzo di prova è in conflitto con la garanzia del diritto alla prova, poiché finisce col precludere ad una parte la possibilità di servirsi di quel mezzo di prova. Accade tuttavia che valori di varia natura vengano tutelati attraverso le norme di inammissibilità, ovvero che esse rispecchino scelte di politica del diritto ragionevolmente compiute dal legislatore; altre volte, invece, queste norme non rispecchiano altro che il permanere di principi tradizionali e consolidate abitudini nella materia delle prove. Si pone allora il problema di stabilire secondo quali criteri debba essere risolto il conflitto che si configura tra il diritto alla prova e le norme che ne precludono l'esercizio prevedendo che determinati mezzi di prova non

spingersi al punto da influenzare lo stesso accertamento giurisdizionale, stabilendo limitazioni al libero apprezzamento delle prove da parte dell'organo giudicante¹⁵¹. In quest'ordine di idee, secondo la dottrina prevalente si porrebbero in contrasto con il principio della libera valutazione del fatto da parte del giudice quei negozi – che trovano comunque riscontro nella pratica commerciale – i quali stabiliscono di accordare l'efficacia di prova legale ad una prova per legge liberamente valutabile, così come quegli accordi aventi ad oggetto l'esclusione del valore presuntivo normalmente attribuito ad un fatto¹⁵². Nondimeno, può considerarsi come la giurisprudenza prevalente tenda ad ammettere quegli accordi che conferiscono efficacia vincolante ad una prova liberamente valutabile, pur sulla base di criteri interpretativi che aggirano una qualificazione in termini di prova legale, dal momento che ciò importa spesso un rilevante snellimento dell'istruttoria¹⁵³.

Siamo però giunti, a questo punto, ad accennare ad un profilo che merita uno specifico approfondimento, in quanto occorre indagare la questione della ammissibilità della prova chiesta concordemente dalle parti che abbia ad oggetto l'escussione sui fatti di causa di quelle persone incapaci di testimoniare a norma dell'art. 246 cod. proc. civ. ovvero alle quali ciò risulti vietato ai sensi dell'art. 247 cod. proc. civ.

Al riguardo, occorre, prendere le mosse dalla considerazione per la quale deve ritenersi ammissibile un negozio avente ad oggetto l'acquisizione di una prova atipica *sub specie* dell'audizione di soggetti che abbiano interesse nel procedimento nell'ambito del rito del lavoro di cui agli artt. 409 ss. cod. proc. civ. In particolare, può essere utile ricordare che, sulla base del disposto dell'art. 420 cod. proc. civ., il giudice ammette le prove richieste dalle parti se appaiano rilevanti e purché la legge lo permetta¹⁵⁴. Ebbene,

siano ammissibili in determinate circostanze» (così, a p. 30). Ebbene, nell'enucleare alcuni parametri che possono soccorrere l'interprete, l'A. sottolinea come sia necessario «riconoscere al giudice il potere di derogare alle norme di inammissibilità quando risulta che la loro applicazione metterebbe una parte nell'impossibilità di dimostrare che la propria domanda è fondata» (testualmente, a p. 30). In questa logica, riveste grande importanza il rilievo per cui «occorre considerare che il diritto alla prova è una garanzia di rango costituzionale mentre le regole di inammissibilità dei mezzi di prova si giustificano solitamente in base a varie ragioni storiche o di opportunità: un criterio di valutazione a questo proposito dovrebbe essere nel senso che il diritto alla prova possa essere limitato solo da norme che a loro volta tutelano valori costituzionalmente protetti, ma non da norme che tutelano interessi di rango inferiore» (in questi termini, a p. 30 s.). Al riguardo, S. PATTI, *Prove*, cit., 194 ss., pone in rilievo come sia consentito alle parti, per il tramite di accordi probatori, influire in modo indiretto sulla valutazione delle prove e sul convincimento del giudice, ossia attraverso gli effetti della loro attività negoziale e processuale, mentre non è ammesso che esse possano regolare convenzionalmente tali profili.

¹⁵¹ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 181 ss. Così pure S. PATTI, *Prove*, cit., 194 ss. In proposito, cfr. V. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 260 ss. (ed, *amplius*, 267 ss.), secondo il quale occorrerebbe tenere presente, come criterio fondamentale, quello che «consiste nel vedere se una norma abbia carattere generale, si riferisca cioè a rapporti giuridici, nei quali siano impegnati interessi sostanziali di diversa consistenza, o se invece abbia di mira un solo schema di rapporto giuridico: nel primo caso è da presumere che le ragioni, che hanno suggerito la norma, sono di ordine processuale, ed hanno per iscopo la formazione del convincimento del giudice; nel secondo caso, invece, la limitazione alla formazione del libero convincimento del giudice, è soltanto il mezzo per condurre ad una diversa regola sostanziale del rapporto giuridico, esclusivamente considerato» (testualmente, a p. 268).

¹⁵² T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 226 ss.

¹⁵³ *Contra*, cfr. T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 240 ss.

¹⁵⁴ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 296 ss.

questo elemento normativo deve essere raccordato con la norma di cui all'art. 421, ultimo comma, cod. proc. civ., che prevede la possibilità che il giudice possa prescrivere officiosamente la comparizione di soggetti incapaci di testimoniare perché portatori di un interesse che ne legittimi l'intervento, ovvero, salve determinate controversie, in quanto titolari di un rapporto di parentela con una delle parti, consentendo che vengano interrogate sui fatti di causa e dunque di trarre argomenti di prova dalle dichiarazioni rese dagli stessi¹⁵⁵. In questa prospettiva, in presenza di una caratterizzazione spiccatamente inquisitoria che connota questo rito¹⁵⁶, l'ampliamento dei mezzi di prova consentiti dalla legge non può che riverberarsi in una maggiore portata della capacità delle parti di disporre quantomeno 'in positivo' del proprio diritto alla prova, ottenendo eventualmente anche l'escussione di persone in condizione di incompatibilità con l'ufficio di testimone. Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per desumere che non si può inferire dal sistema processualcivilistico l'esistenza di un principio di ordine pubblico che vieti di ammettere e di utilizzare una prova atipica consistente nell'audizione in giudizio di persone che abbiano nella controversia un interesse tale da legittimarne l'intervento, qualora le parti dispongano concordemente in tal senso. Pertanto, non sembrano sussistere ragioni ostative a riconoscere come la regola vigente in relazione al processo ordinario possa risultare oggetto di disposizione tra le parti, le quali concordemente decidano di chiedere comunque la comparizione di persone incapaci a testimoniare.

Alla luce dei criteri sinora enucleati, pare utile menzionare, conclusivamente, il problema della validità degli accordi che estendano l'ammissibilità delle prove oltre i limiti stabiliti dalla legge. Sintetizzando un dibattito più ampio, giova osservare come – a fronte di chi sostiene la generale possibilità di derogare ai limiti in questione, i quali corrisponderebbero all'esclusivo interesse delle parti – sia possibile registrare l'elaborazione di una tesi opposta, sulla base della quale sussisterebbe un interesse pubblico al fatto che la pronuncia giurisdizionale appaia fondata su basi fattuali sufficientemente attendibili¹⁵⁷.

2.1.5. *Regime convenzionale dell'interpretazione.*

L'attività di interpretazione del contratto consiste nell'«attribuzione di un significato ai segni che manifestano la volontà contrattuale»¹⁵⁸, allo scopo di ricercare l'intenzione comune alle parti in ordine alla determinazione dell'assetto d'interessi negoziale¹⁵⁹. Specificamente, l'ordinamento contempla una serie di regole di interpretazione soggettiva ed oggettiva, mediante le disposizioni di cui agli artt. 1362 ss.

¹⁵⁵ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 296 ss.

¹⁵⁶ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 297.

¹⁵⁷ T.M. PEZZANI, *Il regime*, cit., 184 ss.

¹⁵⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 439.

¹⁵⁹ Al riguardo, cfr., *ex pluribus*, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 439 ss.; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1083 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 226 ss.; P. PERLINGIERI, *Istituzioni*, cit., 304 ss.; F. CARRESI, *Accertamento e interpretazione del contratto*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, II, 1, Milano, 1991, 143 ss.

cod. civ., le quali soccorrono nell'opera di ricostruzione dell'intento dei contraenti, il quale rileva innanzitutto soggettivamente.

Ebbene, nonostante la distinzione tra l'interpretazione – incentrata sull'accertamento di un fatto materiale – e la qualificazione – che, in quanto applicazione di norme giuridiche al fatto ricostruito attraverso l'interpretazione, implicherebbe «valutazioni di diritto»¹⁶⁰ – appaia in concreto sfumata, in presenza di reciproche influenze tra i due giudizi, si perverrà a riconoscere come il principale criterio sulla base del quale dev'essere condotta l'attività interpretativa sia rappresentato dall'accertamento della volontà delle parti. Da ciò si potrà dunque prendere le mosse per evidenziare come *a fortiori* l'operatività del principio dispositivo permetta alle parti di determinare concordemente la regolamentazione dei propri interessi, disponendo della tutela giurisdizionale dei diritti mediante un negozio giuridico di configurazione, in quanto ciò appare consentito dall'ordinamento. Il giudice dovrà di conseguenza fondare la propria pronuncia sull'interpretazione negozialmente individuata.

Dopo aver così ricostruiti i termini della questione, passiamo quindi a delineare il primo profilo menzionato, concernente lo scopo dell'interpretazione e le regole che presiedono a tale attività.

Al riguardo, giova preliminarmente osservare come l'oggetto dell'interpretazione – resa immancabilmente necessaria dall'ineliminabile componente di incertezza semantica¹⁶¹, oltre che dalla previsione che si consideri altresì il comportamento globale dei contraenti e le altre circostanze rilevanti¹⁶² – sia rappresentato dalla comune intenzione delle parti¹⁶³, sulla scorta di quanto dispone la norma di cui all'art. 1362 cod. civ. In particolare, tale operazione ermeneutica presuppone che si determini innanzitutto la dichiarazione nel suo complesso, non risultando corretto limitarsi al significato letterale dei termini adoperati oppure a quello di proposizioni decontestualizzate¹⁶⁴. In questa logica, è stato autorevolmente evidenziato¹⁶⁵ che «essenziale è l'espressione della volontà e la dichiarazione è soltanto la forma d'espressione più cospicua e caratteristica»¹⁶⁶. Infatti, occorrerà altresì valutare, come si è anticipato, tutte le

¹⁶⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 438.

¹⁶¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 439 s.

¹⁶² P. PERLINGIERI, *Istituzioni*, cit., 304 s., il quale rileva che «va dunque respinto, anche con riferimento all'interpretazione del contratto, il broccardo *in claris non fit interpretatio*» (così, a p. 305).

¹⁶³ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1083 ss.

¹⁶⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 230 ss.

¹⁶⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 231.

¹⁶⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 231. In quest'ordine di idee, occorre menzionare altresì L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*. Ristampa con prefazione, note di aggiornamento e bibliografia a cura di V. Calderai, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2013, 14 ss., per la quale «l'interpretazione del contratto non dovrebbe arrestarsi alla ricerca di ciò che l'art. 1362 indica come 'comune intenzione' o di ciò che le parti hanno dichiarato di volere, su cui si è formato l'accordo, o ad una ricostruzione dell'atto attuata tramite regole capaci di attribuire un significato od un'altrimenti improbabile efficienza ad un regolamento di interessi malamente esplicitato; ma, avuto altresì riguardo agli effetti che quel regolamento così 'ricostruito' risulta, *ex positivo jure*, destinato a produrre nei confronti dei soggetti coinvolti nella singola vicenda, dovrebbe procedere ad una valutazione complessiva del 'fatto' (contratto) e dei suoi effetti in relazione agli interessi che l'uno e gli altri (meglio, l'uno tramite gli altri) sono destinati a toccare» (così, a p. 15), alla luce di quanto si possa desumere sulla base delle circostanze sopravvenute e di un «ponderato

circostanze che si collochino nel procedimento negoziale. A ben vedere, la regola che si può ricavare in relazione ai mezzi negoziali di interpretazione si traduce nell'assunto che «il significato delle dichiarazioni contrattuali dev'essere determinato con riferimento non solo e non tanto alla lettera delle dichiarazioni, ma anche e soprattutto all'intento perseguito dalle parti»¹⁶⁷, trovando ciò corrispondenza nel criterio di portata più ampia – postulato dalla norma di cui all'art. 1362 cod. civ. – sulla base del quale deve trarsi il senso della dichiarazione secondo quanto risulta conforme alla volontà riconoscibile della parte da cui proviene¹⁶⁸.

In questa prospettiva, sembra utile considerare che la disciplina codicistica prevede dei criteri di interpretazione che rappresentano delle vere e proprie norme giuridiche ed hanno come punto di riferimento l'accordo¹⁶⁹. Specificamente, devono trovare applicazione, in primo luogo, le c.d. regole di interpretazione soggettiva, di cui agli artt. 1362-1365 cod. civ., che fondano la ricostruzione di carattere letterale e sistematico, ed appaiono indirizzati ad «accertare in via diretta ed immediata il senso e la portata dell'accordo»¹⁷⁰ e dunque la comune intenzione delle parti in ordine al regolamento contrattuale sulla scorta di quanto risulta dalle loro dichiarazioni e dai loro comportamenti¹⁷¹. Soltanto allorché all'esito della loro applicazione permanessero ambiguità o comunque la concreta volontà delle parti risultasse ancora oscura si dovrebbe far ricorso in via sussidiaria alle c.d. regole di interpretazione oggettiva, previste dagli artt. 1366-1371 cod. civ., finalizzate a ricondurre il negozio ad un significato obiettivamente appropriato secondo l'ordinamento, sulla base dei parametri di ragionevolezza, maggiore funzionalità ed equità¹⁷². Orbene, la preminenza dei criteri soggettivi rende manifesto il ruolo principale rivestito dalla volontà dei contraenti nella determinazione del regolamento negoziale¹⁷³.

Una volta chiariti questi aspetti, è opportuno a questo punto soffermarci sul carattere del giudizio relativo al significato degli elementi dai quali desumere la ricostruzione dell'assetto di interessi voluto dalle parti. In particolare, se si riconosce come, per un verso, anche nella fase inerente alla ricostruzione di questo aspetto possano insorgere questioni interpretative e, per altro verso, che qualunque problema al riguardo non trovi altra soluzione che quella per la quale occorra far riferimento alla effettiva intenzione dei contraenti¹⁷⁴, si perverrà alla conclusione per cui alle parti è

bilanciamento di quegli interessi in virtù di un giudizio da condurre, a posteriori, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento e, segnatamente, di quelli costituzionali» (testualmente, a p. 16).

¹⁶⁷ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 231.

¹⁶⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 231 s.

¹⁶⁹ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1083 ss.

¹⁷⁰ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1084.

¹⁷¹ F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 1083 ss.

¹⁷² P. PERLINGIERI, *Istituzioni*, cit., 304 ss. *Contra*, L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, cit., 39 ss., la quale sostiene che «se è vero che contratto oltre che 'atto di volontà' è (anche e soprattutto) obbiettivo regolamento di interessi, la selezione tra canoni ermeneutici (generali e particolari) che parrebbe così volersi introdurre denuncia deboli basi perché costruita su una data in ogni caso per già acquisita certezza in ordine alla natura dello schema da interpretare ed alla sua disciplina (generale e/o particolare)» (così, a p. 46).

¹⁷³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 444 ss.

¹⁷⁴ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 149 ss.

consentito vincolare l'attività di interpretazione del giudice in ordine a questo profilo¹⁷⁵, mediante un negozio giuridico di prefigurazione della tutela giurisdizionale dei diritti.

In proposito, pare utile, in primo luogo, considerare quell'impostazione, sostenuta da una parte della dottrina¹⁷⁶, sulla base della quale l'accertamento dell'assetto di interessi voluto dai contraenti rappresenterebbe una questione fattuale, sebbene connotata in maniera particolare, dal momento che, dopo aver dimostrato che il contratto si sia effettivamente perfezionato, a carico delle parti non sussisterebbe l'onere di provare altresì l'interpretazione presentata al riguardo. Da quest'ultimo punto di vista, infatti, non sarebbe riscontrabile in capo al giudice un vincolo in ordine all'assunzione della pronuncia conformemente alle interpretazioni suggerite dalle parti, in quanto la decisione potrebbe invece fondarsi su una differente ricostruzione dell'assetto di interessi contrattuale rispetto a quello prospettato da una o dall'altra parte, e persino su un'interpretazione diversa da quella in ipotesi sostenuta concordemente da entrambe¹⁷⁷.

In forza dell'operatività del principio dispositivo e sulla scorta della stessa norma di cui all'art. 1362 cod. civ., la questione, peraltro, appare forse, come si accennava, un poco più articolata.

Orbene, non sembrano sussistere valide ragioni per ritenere che l'interpretazione del contratto – e non già l'attività di qualificazione – costituisca una materia regolata da norme di ordine pubblico, e dunque sottratta alla possibilità di disposizione ad opera delle parti. Al contrario, è piuttosto preferibile opinare nel senso che la ricostruzione dell'assetto d'interessi negoziale rappresenti un aspetto disponibile alle parti, dal momento che non si vede perché alle stesse non sia consentito raggiungere, ad esempio, un accordo circa una determinata interpretazione di una clausola contrattuale in modo da attribuirle uno specifico significato piuttosto che quello che troverebbe fondamento dall'applicazione delle norme sull'interpretazione¹⁷⁸. In questa prospettiva, è stato proposto da autorevole dottrina¹⁷⁹ di trarre la conclusione per la quale «se le parti litiganti adducono in causa la medesima interpretazione del contratto, il giudice non può disattenderla in favore di altra, da lui ritenuta più conforme agli artt. 1362 ss.»¹⁸⁰. Al contrario, qualora le parti dovessero prospettare interpretazioni contrastanti, entro i limiti del *petitum*, il giudice potrà evidentemente orientare la propria decisione sulla scorta di un'interpretazione differente da entrambe quelle avanzate dai litiganti¹⁸¹.

Ad orientarsi in quest'ordine di idee, occorre, peraltro, riconoscere che l'«interpretazione del contratto ad opera della parte non è che allegazione di fatti che

¹⁷⁵ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 149 ss.

¹⁷⁶ Al riguardo, occorre menzionare essenzialmente P. SCHLESINGER, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temi*, 1963, 1135 ss.; *non vidi*, cit. da G. DE NOVA, *Accordi*, cit. *Contra*, F. CARRESI, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 647 ss. Sul punto, cfr. R. SACCO, *L'interpretazione*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 368 ss.; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, 247 s. Di diverso avviso, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1943, 200 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 442.

¹⁷⁷ P. SCHLESINGER, *Interpretazione*, cit., 1135 ss.

¹⁷⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 442.

¹⁷⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 442.

¹⁸⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 442.

¹⁸¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 442.

dovrebbero suffragare la domanda (o l'eccezione)»¹⁸². Ed invero, l'indagine sul carattere negoziale o prenegoziale dell'atto per il quale si richiede tutela giurisdizionale non può che basarsi innanzitutto sulla determinazione dell'oggetto e dei soggetti del negozio stesso allo scopo di ricollegare la produzione di effetti giuridici secondo l'ordinamento. Il che implica propriamente un'accertamento della tipologia di quelli che normalmente la dottrina inquadra nell'ambito dell'interpretazione, dal momento che simili indagini devono compiersi prima di ogni altro accertamento, e non già come fase successiva di qualificazione giuridica della fattispecie¹⁸³. Da quest'ultimo punto di vista, le verifiche involgenti profili interpretativi possono afferire non soltanto al testo del contratto, ma altresì ai comportamenti ed alle altre circostanze relative alle parti¹⁸⁴.

Addentrandoci su questa via, occorre dunque riconoscere come la soluzione maggiormente coerente di qualsivoglia questione relativa all'interpretazione del contratto si chiarisca esaustivamente nell'indagare sull'intento pratico che effettivamente possa ritenersi che le parti intendessero porre in essere, ossia nel verificare quale situazione giuridica esse mirassero a determinare con la conclusione del negozio. A tal fine, l'interprete sarà tenuto a compiere la propria attività sia mediante i mezzi di prova ordinari, sia sulla base delle regole espressamente previste dalla legge al riguardo¹⁸⁵.

In buona sostanza, occorre considerare, in ordine ai problemi sollevati dall'interpretazione del contratto, la circostanza che la parte, nel momento in cui richiede la tutela giurisdizionale rispetto ad un diritto oppure ad una eccezione che mira a far valere avverso la controparte sul fondamento di un rapporto contrattuale, in tal modo finisca con l'allegare, oltre al fatto di aver concluso con l'altra parte un accordo su un testo specifico, anche la circostanza che, per mezzo dello stesso accordo, i contraenti abbiano deciso di programmare i propri interessi secondo uno specifico assetto, che per la legge troverà corrispondenza nel venire ad esistenza del diritto ovvero dell'eccezione in questione. Quest'ultimo profilo qualificatorio, tuttavia, non rappresenterà oggetto di prova, ma competerà al giudice sulla scorta del principio *iura novit curia*¹⁸⁶.

A ben vedere, com'è stato puntualmente posto in rilievo¹⁸⁷, una simile considerazione «ci mostra quanto sia improprio e in definitiva fuorviante parlare di 'ricerca del significato' del testo in cui si è espressa la volontà negoziale delle parti»¹⁸⁸, sia

¹⁸² F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 160.

¹⁸³ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 149 ss. Sul punto, cfr. altresì L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, cit., 14 ss. (e, soprattutto, 23 ss.), la quale sostiene come i rapporti che intercorrono tra interpretazione e qualificazione dell'atto non possano «tradursi nell'affermazione di due operazioni ontologicamente distinte posto che la seconda, pur non coincidendo con essa, non costituisce neanche un momento distinto rispetto all'interpretazione, ma si inserisce a propria volta, nel complesso iter descritto, dato che è solo quando l'interprete abbia ricostruito la o identificato una regola e dunque l'atto, che questo potrà essere sottoposto – se risultato valido – al conclusivo giudizio secondo buona fede e mantenere quindi la qualifica *stricto jure* già ottenuta o, invece, risultare con tale criterio incongruente e dunque esposto al giudizio di irrilevanza» (testualmente, a p. 23). Al riguardo, si può poi menzionare D. BUONICRISTIANI, *L'allegazione*, cit., 79 ss.

¹⁸⁴ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 149 ss.

¹⁸⁵ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 155 ss.

¹⁸⁶ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 157 ss.

¹⁸⁷ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 157 ss.

¹⁸⁸ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 157.

per quanto concerne l'attività che compie la parte nel momento in cui adduce l'esistenza di un determinato contratto al fine di fondare la propria richiesta, sia in relazione all'attività di verifica compiuta dal giudice circa la realizzazione, per quanto concerne il contratto concluso dalle parti, di un assetto di interessi configurato in modo tale da legittimare il contraente ad azionare la pretesa rispetto alla quale si chiede tutela¹⁸⁹. Ed allora risulta evidente come, nell'addurre la sussistenza di un contratto quale base della propria richiesta di tutela, la parte ponga in essere un'attività motivata non già dall'esigenza di sussumere l'intento particolare manifestato con il negozio in una previsione normativa generale ed astratta, ma bensì dalla volontà di sostenere la propria ricostruzione di quello che pensa sia il contenuto della stipulazione conclusa con l'altro contraente, pur prospettandosi comunque la possibile qualificazione cui in sede giurisdizionale andrebbe incontro l'assetto di interessi così prospettato¹⁹⁰. Da quest'ultimo punto di vista, dal momento che ciò che le parti prospettano dinnanzi al giudice si presenta come «le loro contrastanti versioni dell'*id quod actum est*»¹⁹¹, a quest'ultimo non resterà che verificare l'avvenuta dimostrazione dei fatti allegati dalle parti, senza poter fondare la sua pronuncia su fatti diversi, non allegati dai litiganti, pur se sembrano risultare dagli atti¹⁹².

In questa logica, una volta ammessa da una parte la correttezza dell'interpretazione addotta dalla controparte, ovvero qualora, in ogni caso, la stessa si limiti ad avversare la qualificazione oppure, più ampiamente, la regolamentazione normativa del contratto, al giudice non resta che «prenderne atto e fondare la sua decisione su tale interpretazione per il solo fatto che in essa le parti concordano»¹⁹³. Ebbene, tale punto d'arrivo lo si desume innanzitutto dalla norma di riferimento, contenuta nell'art. 1362 cod. civ., dal momento che essa stabilisce che, al fine di porre in essere l'attività interpretativa del contratto, occorre primariamente ricercare quella che fosse l'effettiva intenzione comune ai contraenti, senza arrestarsi al significato letterale delle espressioni semantiche dagli stessi adoperate per manifestare la loro volontà in ordine al negozio concluso¹⁹⁴. In altri termini, è il medesimo dettato normativo a prescrivere al giudice di accertare la volontà delle parti, la quale non può che trovare corrispondenza nell'interpretazione su cui concordano le parti, ponendosi l'indagine

¹⁸⁹ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 157 ss.

¹⁹⁰ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 157 ss.

¹⁹¹ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 159.

¹⁹² F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 157 ss.

¹⁹³ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 159. In senso contrario, si veda L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, cit., 32 ss., la quale ritiene che sia palese «la confusione di piani che sembra stare alla base della ritenuta incidenza del principio dispositivo sull'attività ermeneutica. Giacché una cosa sono i fatti allegati (e dimostrati), altro la determinazione del significato giuridico, del valore, da assegnare a ciò (regolamento di interessi) che da tali fatti emerge» (così, a p. 37). Da quest'ultimo punto di vista, «se i primi appartengono al 'potere dispositivo' delle parti, il secondo costituisce compito specifico (e perciò 'potere') del giudice. Il quale (sicuramente autorizzato ad avvalersi anche dei fatti emersi in corso di causa ancorché non specificamente allegati), non solo sarà legittimato ad assegnare rilevanza ad una clausola negoziale pur non esplicitamente invocata, ma ad adottare anche una soluzione ermeneutica del tutto diversa da quelle prospettate dalle parti nonché ad escludere, come erronea, quella pur da esse concordemente accolta» (in questi termini, a p. 37).

¹⁹⁴ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 159 ss., nonché in ID., *Interpretazione*, cit., 647 ss.

circa un'ulteriore e differente ipotetica comune intenzione, evidentemente fondata sul senso letterale delle parole, in palese contrasto con la lettera della norma¹⁹⁵.

Siamo così di fronte ad una prospettiva che consente di trarre a questo punto alcune considerazioni conclusive, in quanto l'opzione argomentativa qui suggerita induce a riconoscere l'operatività del principio dispositivo in relazione alla gestione convenzionale del regime dell'interpretazione quale forma di configurazione della tutela dei diritti disponibile per le parti.

Ed invero, giova a questo punto osservare come, una volta chiarito che in materia di interpretazione del contratto occorre indagare in ogni caso esclusivamente la comune intenzione dei contraenti, risulti, come è stato posto in evidenza in dottrina¹⁹⁶, che «se l'ordinamento giuridico è sovrano nel ricollegare ai regolamenti privati d'interessi gli effetti che reputa più congrui, sono invece sovrane le parti nello stabilire in quale modo abbiano voluto regolare i loro interessi e che, sull'attività che il giudice deve esplicitare per accertarlo, l'ordinamento giuridico può intervenire solo in maniera indiretta, col disciplinare gli strumenti di cui a tal fine egli si deve servire»¹⁹⁷. Ebbene, ciò equivale ad ammettere che la possibilità di modulare convenzionalmente il regime dell'interpretazione rappresenta un portato del principio dispositivo, in quanto si traduce in un accordo di configurazione della tutela giurisdizionale dei diritti relativo ad aspetti che non involgono considerazioni di ordine pubblico, costituendo piuttosto un riflesso processuale dell'autonomia privata.

2.2. *Negozi incidenti sull'agere' in senso processuale implicanti configurazione del rito.*

L'altra tipologia funzionale distinguibile nell'ambito della categoria di negozio giuridico processuale, oltre a quella già delineata degli accordi incidenti sulle modalità della tutela giurisdizionale dei diritti, afferisce ai negozi che operano sul rapporto processuale, implicando la configurazione dell'*agere* in senso processuale. Ebbene, venendo comunque in considerazione una questione di forme di esercizio del diritto soggettivo all'azione, è possibile anche in questo caso far riferimento alla categoria generale di contratto quale modello utile per la comprensione di certi aspetti relativi a negozi strutturalmente bilaterali ed improntati alla regola della correttezza e buona fede, meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento in quanto funzionali alla migliore realizzazione del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

In proposito, occorre rilevare innanzitutto come si possa cogliere il significato della figura negoziale in questione nella possibilità di esercizio dell'autonomia privata che si realizza negli spazi consentiti dall'operare del principio dispositivo, dispiegando la propria efficacia su situazioni attinenti al processo, pur in relazione ad una procedura eterodeterminata dalla legge. Più precisamente, è importante riconoscere come, perché si possa predicare l'attributo processuale del negozio giuridico, occorra la sua necessaria incidenza in termini di creazione di una regola procedimentale. Sembra dunque coerente

¹⁹⁵ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 159 ss.

¹⁹⁶ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 164 ss.

¹⁹⁷ F. CARRESI, *Accertamento*, cit., 166.

con tali presupposti evidenziare il significato del concetto in esame in relazione all'atto di autonomia privata destinato ad incidere sul processo dal punto di vista della sua organizzazione, compatibilmente con i canoni dell'ordine pubblico, modulando il rito in una prospettiva di semplificazione della procedura.

Il che si fonda su considerazioni più generali, secondo cui – sulla base del principio dispositivo e, specificamente, della norma di cui all'art. 2907 cod. civ. – ogni fase del procedimento è subordinata all'iniziativa delle parti e, di conseguenza, salvo le eccezioni in cui l'ordinamento considera prevalente l'interesse generale a ricercare la verità, si perverrà a ritenere ammissibili i negozi funzionali ad assicurare la ragionevole durata del processo, anche al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate dal codice di procedura civile. In particolare, ciò consentirà – nel prosieguo della trattazione – di riflettere sulla natura inequivocabilmente privatistica dell'interesse che fonda l'esercizio dell'attività giurisdizionale.

In quest'ordine di idee, ben si comprende, dunque, l'importanza dell'*agere cum aliquo*, ossia della collaborazione delle parti in vista della gestione del processo, sulla scorta del carattere intersoggettivo del diritto processuale.

2.2.1 *Accordi sulla competenza.*

Come è noto, la questione della ripartizione della competenza a conoscere delle controversie giuridiche nel nostro sistema processualcivilistico trova il proprio parametro di riferimento nel *quantum* di giurisdizione astrattamente assegnata a ciascun giudice ordinario dello Stato, e dallo stesso legittimamente esercitabile¹⁹⁸. A ben vedere, le regole che disciplinano la distribuzione della competenza rivestono un notevole rilievo nell'ambito dell'ordinamento, in quanto involgono principi fondamentali quale il canone del giudice naturale precostituito per legge, espresso nella norma di cui all'art. 25 Cost., sulla base del quale la competenza dev'essere determinata in modo generale ed astratto. Viene ulteriormente in evidenza, in questo senso, il principio della domanda di cui all'art. 99 cod. proc. civ., secondo cui «chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente»¹⁹⁹. Da quest'ultimo punto di vista, le norme in questione appaiono strettamente connesse al principio del contraddittorio ed alla necessità di permettere l'effettiva parità tra le parti in causa, affinché dispongano delle medesime possibilità di difesa, a partire dall'inizio del procedimento stesso²⁰⁰.

In questo quadro, se si pone in evidenza il differente rilievo dei criteri di competenza, alla luce della regola di cui all'art. 6 cod. proc. civ. per cui la competenza non può subire deroghe per accordo delle parti se non nei casi previsti dalla legge, può considerarsi come nel nostro sistema risultino ammessi accordi di deroga esclusivamente in relazione alla competenza per territorio, secondo quanto si desume dagli artt. 28, 29 e 30 cod. proc. civ., e, per quanto concerne il processo del lavoro, dalla disposizione di cui all'art. 413, ultimo comma, del codice di procedura²⁰¹. Ebbene, occorrerà riflettere, al

¹⁹⁸ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 55 ss.

¹⁹⁹ Art. 99 cod. proc. civ.

²⁰⁰ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 57 s.

²⁰¹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 271 ss.

riguardo, sulla controversa natura degli accordi in questione, che presuppongono una corretta formazione della volontà, ma la cui efficacia sul processo mal si concilia con l'integrale applicazione della disciplina sostanziale, per riconoscere – in ragione di simili caratteristiche – la loro riconducibilità nell'ambito della categoria di confine dei negozi giuridici processuali, ed in particolare di quelli funzionali alla configurazione dell'*agere* in senso processuale. Il che, come meglio si avrà modo di considerare, si riverbera sulla disciplina ad essi applicabile, dal momento che, per individuarla, sarà necessario fare riferimento alla regolamentazione processuale che risulta attraverso il diaframma dei parametri sostanziali della validità della manifestazione di volontà delle parti.

Addentrandoci su questa via, prima di procedere ad esaminare le problematiche più dibattute e maggiormente rilevanti ai nostri fini circa la natura ed il regime degli accordi sulla competenza, giova innanzitutto delimitare l'oggetto di simili negozi, secondo quanto risulta dall'impianto del codice di procedura civile. In particolare, è opportuno ricordare, in proposito, come la norma di cui all'art. 28 cod. proc. civ. stabilisca che la competenza per territorio in linea di principio è suscettibile di subire deroghe per volontà delle parti, fatta eccezione per i casi specificamente individuati, concernenti essenzialmente le controversie nelle quali è previsto come obbligatorio l'intervento del pubblico ministero in ragione della natura indisponibile delle situazioni giuridiche controverse²⁰², cui si aggiunge una serie di altre materie – quali i procedimenti di esecuzione forzata e di opposizione alla stessa, i procedimenti cautelari e quelli possessori, i procedimenti in camera di consiglio, ed «ogni altro caso in cui l'inderogabilità sia disposta espressamente dalla legge»²⁰³, ossia il foro dello Stato e quello del lavoro e della previdenza²⁰⁴ – che vanno a costituire quella che è stata individuata come la peculiare figura della competenza territoriale inderogabile o funzionale²⁰⁵.

Occorre considerare, inoltre, la disposizione di cui all'art. 29 cod. proc. civ., che provvede a delineare le modalità con le quali deve essere concluso il negozio di deroga della competenza. Specificamente, è necessario che l'accordo in questione si riferisca ad uno o più affari determinati e risulti da un atto scritto. Esso, poi, non attribuisce al giudice consensualmente individuato dalle parti una competenza esclusiva qualora questo

²⁰² Sul punto, si veda, *ex pluribus*, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 271 ss., il quale rileva che l'esclusione degli accordi sulla competenza in funzione dell'indisponibilità dei diritti oggetto della causa «è particolarmente illuminante intorno alla *ratio* della norma: il legislatore vuole evitare anche questa sorta di disposizione marginale od eventuale che può inerire alla scelta di un giudice in luogo di un altro» (in questi termini, a p. 271).

²⁰³ Art. 28 cod. proc. civ.

²⁰⁴ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 271 ss.

²⁰⁵ In proposito, cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 271 ss. (e, soprattutto, 272, nt. 82), che pone in evidenza la circostanza che con l'espressione 'competenza territoriale funzionale' «ci si riferisce, in realtà, più specificamente, a quei casi nei quali l'inderogabilità della competenza consegue alla funzione del giudice, nel senso che l'osservanza della regola della competenza è ritenuta condizione imprescindibile di un retto funzionamento della giustizia» (così, a p. 272, nt. 82). Nondimeno, l'A. osserva come la locuzione in esame appaia «ormai impiegata con particolare riguardo a tutti quei casi di inderogabilità della competenza per territorio, sicché, in pratica, parlare di competenza territoriale funzionale equivale a parlare di competenza territoriale inderogabile. Il che ... non illumina sulle ragioni della inderogabilità; le quali ragioni sono in realtà non omogenee, anche se genericamente ispirate dalla funzionalità dell'attività giudiziaria» (testualmente, a p. 272, nt. 82).

non sia previsto dalle stesse in modo espresso. Per di più, la deroga può operare, secondo quanto stabilito dall'art. 30 cod. proc. civ., sulla base dell'elezione di domicilio effettuata ai sensi dell'art. 47 del codice civile²⁰⁶.

Peraltro, per quanto concerne la competenza per materia e per valore, non sembra si possa riscontrare la presenza di norme che contemplino la possibilità di accordi derogatori della competenza in via preventiva e diretta. Nondimeno, è stata posta in evidenza, da un'autorevole dottrina²⁰⁷, la circostanza che ciò non implica necessariamente che la tipologia di competenza in esame non possa subire deroghe convenzionali, dal momento che appare importante verificare preliminarmente se residui spazio per una deroga implicita che si concretizzi nella mancata reazione da parte del convenuto²⁰⁸. Ed invero, le conseguenze della reazione ovvero dell'inerzia del convenuto citato innanzi ad un giudice sfornito di competenza rispetto alla controversia in questione si rinvergono nella norma di cui all'art. 38 cod. proc. civ., che prevede il medesimo termine – estremamente breve – per sollevare l'eccezione relativamente a tutti i tipi di incompetenza. Pertanto, qualora l'incompetenza non venga eccepita secondo le modalità previste si determina il risultato che «il giudice adito, pur essendo inizialmente incompetente, è considerato come competente, ossia diviene competente»²⁰⁹. Da ciò può dunque dedursi che la volontà delle parti in ordine alla determinazione della competenza, quantomeno *sub specie* della rilevanza attribuibile all'accordo eventualmente sottinteso nella omessa eccezione, risulta effettivamente esclusa soltanto in relazione alle ipotesi di competenza territoriale inderogabile di cui all'art. 28 del codice di procedura civile²¹⁰.

Una volta chiariti preliminarmente questi aspetti, vediamo ora, innanzitutto, in quali termini si possa delineare – anche sulla scorta di quanto si è osservato nei precedenti capitoli – la natura degli accordi di deroga della competenza, in considerazione dei peculiari caratteri degli stessi che si andranno ora ad esaminare.

Al riguardo, occorre prendere le mosse dalla considerazione per la quale la norma di cui all'art. 29 cod. proc. civ., disponendo esclusivamente circa la forma scritta e la previsione esplicita per l'attribuzione di competenza esclusiva, non appare capace di racchiudere per intero la disciplina del *pactum de foro prorogando*, restando pertanto irrisolti diversi quesiti di carattere applicativo²¹¹. Ebbene, se ci si sofferma, in primo luogo, sulla questione relativa alla natura dell'accordo, non può che osservarsi, adottando come parametri per inquadrare la figura quelli della sua struttura e della funzione, come la stessa si presenti alla stregua di un incontro delle volontà idoneo a dispiegare i propri effetti sul processo. In questo quadro, occorre rilevare come generalmente si identifichi

²⁰⁶ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 271 ss.

²⁰⁷ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 271 ss.

²⁰⁸ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 271 ss.

²⁰⁹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 275.

²¹⁰ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 271 ss., il quale sottolinea che l'attuale comma 3 dell'art. 38 cod. proc. civ. contiene la previsione della rilevanza d'ufficio del difetto di competenza. In particolare, la norma in questione «prevede che anche il rilievo d'ufficio di tutte le ipotesi di incompetenza per materia, valore e, per territorio, nei casi previsti dall'art. 28 è assoggettato a una decadenza, nel senso che non può avvenire oltre la prima udienza di prima comparizione e di trattazione neppure quando si debba far luogo al mutamento del rito» (così, a p. 276).

²¹¹ Per un'approfondita analisi critica dell'argomento, si veda, in particolare, M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

la convenzione di cui all'art. 29 cod. proc. civ. in termini di un accordo processuale, analogo, ad esempio, a quelli sulla giurisdizione, a quelli sulle prove di cui all'art. 2698 cod. civ., alla clausola *solve et repete* di cui all'art. 1462 cod. civ. ed all'accordo compromissorio²¹². Orbene, come è già stato posto in evidenza, il concetto di 'accordo' appare intrinsecamente equivoco, dal momento che, sulla scorta dei numerosi significati che vengono attribuiti a questa nozione, non sembra avere alcun senso discorrere di regolamenti convenzionali, ma non contrattuali, con cui le parti determinerebbero la propria posizione, attraverso atti che dal punto di vista strutturale si estrinsecerebbero in mere dichiarazioni parallele. Neppure si comprende un'impostazione più attenta all'aspetto della struttura dell'accordo, per la quale esso si articolerebbe essenzialmente nell'affiancamento di plurime dichiarazioni comunque non collegate da un rapporto di reciproca dipendenza, dal contenuto coincidente, ma eventualmente dettate da ragioni differenti.

Piuttosto, non può non riconoscersi come l'accordo sulla competenza rappresenti in realtà una manifestazione di autonomia privata esattamente diretta a determinare una deroga in ordine all'individuazione del giudice fornito di competenza in relazione alla controversia che riguarda le stesse parti, in linea di principio ritenuta meritevole di tutela dall'ordinamento. Si tratta, quindi, di un «atto di una volontà autorizzata dall'ordinamento a perseguire un suo scopo»²¹³. Di conseguenza, non sembra lecito dubitare della circostanza che la convenzione derogativa della competenza si configuri, senza dubbio, come un negozio giuridico, sebbene appaia controverso in dottrina²¹⁴ il suo carattere di negozio di diritto sostanziale, pur se capace di produrre effetti sul processo, ovvero di atto di natura prettamente processuale, oppure ancora di figura intermedia²¹⁵.

In questa prospettiva, è quindi necessario soffermarsi sulla problematica della determinazione della natura degli accordi in questione, in quanto dai risultati cui si perverrà discende una differente individuazione della disciplina applicabile, soprattutto in ordine al regime dei vizi della volontà.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

In proposito, giova infatti immediatamente osservare come gli accordi sulla competenza appaiano strutturati sulla base di una manifestazione di volontà delle parti e, dunque, presentandosi come un negozio giuridico, si deve ritenere che essi siano suscettibili di essere considerati invalidi per la sussistenza di uno dei tradizionali vizi del volere²¹⁶. Da quest'ultimo punto di vista, non sembra revocabile in dubbio il fatto che gli

²¹² Al riguardo, sembra utile sottolineare che la riscontrata analogia tra le figure menzionate si appunta sulla partecipazione delle stesse alla medesima natura di negozio giuridico processuale, pur differenziandosi tra loro in ragione del profilo funzionale, in quanto alcuni – come gli accordi sulla competenza di cui all'art. 29 cod. proc. civ. – si configurano alla stregua di negozi giuridici di configurazione del processo, mentre altre figure – peraltro già in precedenza individuate – si presentano quali negozi di prefigurazione della tutela giurisdizionale dei diritti, e dunque incidenti sull'*agere* in senso sostanziale.

²¹³ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 125.

²¹⁴ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. Per una differente impostazione, cfr. M. REDENTI, voce *Atti processuali civili*, cit., 116 ss.

²¹⁵ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

²¹⁶ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

effetti di cui all'art. 29 cod. proc. civ. si produrranno come conseguenza del raggiungimento di una comune intenzione delle parti esclusivamente nell'ipotesi in cui quest'ultima si sia formata liberamente ed in modo corretto. Solamente al ricorrere di queste condizioni, infatti, è possibile determinare convenzionalmente un foro alternativo, ovvero individuare un diverso foro esclusivo²¹⁷. Ed allora, «la facoltà di autodeterminarsi riconosciuta alle parti non può mancare di una tutela normativa adeguata»²¹⁸.

Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per approfondire il profilo della legittimazione e del regime dei vizi della volontà in relazione ai negozi sulla competenza di cui all'art. 29 cod. proc. civ. Specificamente, è necessario cercare di individuare i soggetti che possono sollevare il profilo in questione, oltre a doversi ricavare dall'impianto normativo quella che può essere la sanzione, ossia la tipologia di invalidità che il vizio produce sull'atto²¹⁹.

Al riguardo, giova immediatamente evidenziare gli elementi che consentono di desumere il ruolo della volontà nelle deroghe della competenza giurisdizionale. Specificamente, viene in rilievo innanzitutto la norma di cui all'art. 38 cod. proc. civ., comma 2, dal momento che in essa è contenuto il regime dell'eccezione di incompetenza territoriale nelle ipotesi che esulano dai casi di inderogabilità previsti dall'art. 28 cod. proc. civ., ossia quelle nelle quali l'accordo derogatorio è astrattamente ammissibile. In particolare, la disposizione in questione prevede che – fatta eccezione per i casi menzionati – qualora «le parti costituite aderiscano 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»²²⁰. Il che induce ad affermare che, in relazione alla deroga alla competenza determinata successivamente al momento iniziale del procedimento, debba intendersi il requisito dell'adesione delle altre parti come un atto di assenso, ossia alla stregua di una sostanziale manifestazione di volontà²²¹.

In questa logica, allorché si riscontri la sussistenza di un vizio della volontà, benché la competenza indicata dalle parti rientri in astratto nei casi di competenza derogabile, in concreto il giudice dovrebbe considerarsi incompetente in ragione del difetto inficiante la determinazione dello stesso. Ed invero, se dal punto di vista soggettivo il vizio impedisce alle singole volontà di formarsi correttamente, sotto il profilo oggettivo la causa dell'invalidità determina l'incompetenza dell'organo giurisdizionale scelto dalle parti, dal momento che la competenza di quest'ultimo a dirimere la controversia potrebbe incardinarsi esclusivamente qualora l'accordo dei litiganti si fondasse su una volontà determinata in modo libero e privo di errori. Del resto, se si considera come il legislatore acconsenta a che la volontà delle parti risulti capace di determinare il giudice competente in deroga alle regole generali di

²¹⁷ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

²¹⁸ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1069, il quale rileva come non occorra «indugiare a discutere se i vizi del volere incidano o no su di un atto che ... “deve essere tale da non lasciare dubbi sulla comune intenzione delle parti” poiché è sicuro che incidono» (così, a p. 1069 s.).

²¹⁹ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

²²⁰ Art. 38, comma 2, cod. proc. civ.

²²¹ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

legittimazione, non può non concludersi nel senso che l'organo giurisdizionale designato dai litiganti non appare quale giudice competente ogni qual volta la manifestazione di volontà delle parti, in quanto invalida, non abbia potuto realmente convergere sull'organo individuato, registrandosi piuttosto al riguardo un sostanziale dissenso²²². In questa logica, come è stato condivisibilmente posto in evidenza in dottrina²²³, «la legge riconosce alle volontà private il potere di regolare un decisivo momento del rapporto processuale a condizione che la loro combinazione sia genuina: quindi, il volere delle parti non può avere alcuna forza normativa – sotto il profilo oggettivo – né meritare alcuna salvaguardia che – sotto il profilo soggettivo – lo sottragga all'invalidazione quando si tratta di una determinazione erronea e non spontanea»²²⁴.

Le riflessioni effettuate sinora consentono, a questo punto, di entrare nel vivo della problematica via via tratteggiata, con l'analisi delle possibili opzioni in termini di disciplina applicabile. In particolare, occorrerà riconoscere – anche sulla base dell'analisi del profilo della possibilità di convalida del negozio – come non risulti interamente applicabile la disciplina del negozio sostanziale e neppure quella dell'atto processuale nel suo complesso, dal momento che, per un verso, la mancata eccezione del convenuto non sarebbe riducibile all'art. 1444 cod. civ. e, per altro verso, il regime della rilevabilità delle nullità di cui all'art. 157 cod. proc. civ. non si concilia con un regime della legittimazione ad eccepire il vizio coerente con la natura dell'accordo di cui all'art. 29 cod. proc. civ. Il che indurrà a valorizzare un'opzione argomentativa sulla base della quale trarre la disciplina degli accordi in questione – così come sembrerà coerente fare anche per gli altri negozi giuridici processuali – bensì dal regime degli atti processuali, ma integrandone i presupposti alla luce della peculiare natura, anche sostanziale, dei negozi in questione. Soprattutto, in quest'ordine di idee risulta applicabile il regime dell'invalidità dell'accordo risultante dalla norma di cui all'art. 156 cod. proc. civ., qualora si intenda lo scopo dell'atto il cui raggiungimento impedisce il rilievo dei vizi formali dello stesso alla stregua di quello che risulta da una valida manifestazione di volontà delle parti.

In proposito, sembra possibile – a seguire l'impostazione tracciata dalla dottrina in esame²²⁵, che si ritiene debba sostanzialmente condividersi – delineare essenzialmente due prospettive ricostruttive. Appare preferibile, infatti, procedere per approssimazioni successive, analizzando quelle che sarebbero le conseguenze di ordine disciplinatorio dell'adozione dell'uno o dell'altro regime e le ragioni per le quali queste non sarebbero accettabili.

Specificamente, si può supporre, in primo luogo, di applicare, in via meramente ipotetica, *sic et simpliciter* la normativa dell'atto processuale, dalla quale conseguirebbe, in relazione al negozio di cui all'art. 29 cod. proc. civ., la possibilità di rilevare i vizi in via bilaterale, e quindi anche ad opera della parte la cui volontà si è correttamente formata. Da quest'ultimo punto di vista, verrebbe in evidenza, dunque, l'applicazione della norma di cui all'art. 157 cod. proc. civ., qualora si ritenga che i vizi attinenti al profilo sostanziale

²²² M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

²²³ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

²²⁴ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1070.

²²⁵ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

dell'atto influiscano sulla validità dello stesso in relazione all'aspetto del «contenuto formale minimo»²²⁶.

Per altro verso, si potrebbe sostenere l'applicabilità in via analogica del regime di cui all'art. 806 cod. proc. civ. In questa logica, l'operazione ermeneutica volta ad estendere l'operatività della disciplina della convenzione compromissoria in rapporto al profilo del difetto della volontà di uno dei soggetti dell'accordo indurrebbe a considerare la stessa quale «materia di eccezione comune»²²⁷, in ragione di una evidente affinità strutturale e funzionale tra gli istituti in questione²²⁸.

Verifichiamo, a questo punto, le ipotesi prospettate, al fine di considerare i loro profili di incoerenza rispetto ad una disciplina razionale del negozio giuridico processuale in esame.

Ebbene, l'analisi di queste problematiche impone di riflettere sull'aspetto della possibilità di convalida dell'accordo viziato, in quanto ciò renderà maggiormente chiari gli elementi di contraddizione tra una visione eccessivamente schematica del regime degli accordi derogatori della competenza ed il particolare rilievo che in quest'ambito rivestono i vizi della volontà; il che consentirà successivamente di riconoscere la peculiare natura ed il relativo regime della figura negoziale in esame.

In particolare, giova osservare, al riguardo, come, secondo l'impostazione tradizionale²²⁹, l'accordo derogativo della competenza si configurerebbe alla stregua di un comune negozio giuridico di diritto privato, pur se produttivo di effetti processuali, e risulterebbe perciò sottoposto, rispetto ai vizi del volere relativi ad un accordo concluso prima del processo, alla disciplina di cui agli artt. 1427 ss. del codice civile²³⁰.

Sul punto, la dottrina che qui si propone di seguire²³¹ ha proposto di considerare l'accordo derogatorio alla stregua di «una semplice convenzione a tipo contrattuale»²³², qualora venga posto in essere anteriormente all'inizio del processo, con la conseguenza che gli eventuali vizi del negozio sarebbero suscettibili di essere convalidati da un atto idoneo, quale la citazione²³³.

Viceversa, dopo che il processo è cominciato, se si procede con l'analisi critica delle possibili prospettive ricostruttive, occorre preliminarmente osservare che il patto non si configurerebbe più come una fattispecie di diritto sostanziale, ma piuttosto si sarebbe in presenza di un atto insuscettibile di essere ridotto ad una simile qualificazione, rispetto al quale «la mancata eccezione del convenuto è omissione di una possibile tutela

²²⁶ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1072, nt. 17, il quale rileva peraltro come tali conseguenze giuridiche appaiano comunque condizionate all'eventuale natura processuale degli accordi sulla competenza. Sul punto occorre altresì menzionare F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, 506 s., secondo cui «non è difficile stabilire che i vizi extra formali ... si debbono ritenere cagione di nullità degli atti processuali, anche se mancano nel codice norme espresse non solo intese a comminare la nullità ma persino a stabilire il requisito» (così a p. 506).

²²⁷ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1073.

²²⁸ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

²²⁹ F. CARNELUTTI, *Sistema*, I, cit., 621, il quale comunque precisa che di accordo si tratta e non già di contratto.

²³⁰ F. CARNELUTTI, *Sistema*, I, cit., 621.

²³¹ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

²³² M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1080.

²³³ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

della propria volontà»²³⁴ ed, in ogni caso, non rappresenterebbe una convalida ai sensi dell'art. 1444 del codice civile²³⁵.

Da quest'ultimo punto di vista, ciò sembrerebbe indurre in prima battuta a sostenere che queste riflessioni dimostrerebbero come l'accordo viziato all'interno del processo non potrebbe che trovare un inquadramento all'interno del sistema del diritto processuale, ritenendosi che tale forma di invalidità si presenti come una nullità processuale, in quanto sia riscontrabile il mancato raggiungimento dello scopo dell'atto. La tipologia di invalidità dell'accordo derogatorio della competenza non sarebbe ascrivibile, infatti, nell'ambito dei tipi di invalidità del sistema contrattuale, dal momento che si tratterebbe piuttosto della stessa specie di nullità che affligge l'atto processuale non riconducibile nello schema²³⁶.

In questa prospettiva, si sarebbe portati dunque a ritenere applicabile la norma di cui all'art. 157 cod. proc. civ., la quale prescrive che l'invalidità dell'atto processuale possa essere fatta valere esclusivamente dalla parte nel cui interesse il requisito assente è stabilito, e soltanto se essa stessa non vi abbia dato causa. Il che pone alcuni problemi. Ad orientarsi in quest'ordine di idee, infatti, il richiamo della norma in questione all'art. 100 cod. proc. civ. imporrebbe di desumere che l'interesse richiesto da quest'ultima disposizione non possa che essere di natura processuale, e dunque dovrebbe giungersi ad ammettere che nessuno dei litiganti possa essere portatore di un interesse contrario rispetto all'esigenza che la controversia sia trattata dinnanzi ad un organo giurisdizionale competente²³⁷.

Nondimeno, a seguire la dottrina in esame²³⁸, sembra piuttosto preferibile ritenere che la disciplina dell'accordo sulla competenza di cui all'art. 29 cod. proc. civ. si articoli diversamente, in quanto il titolare della volontà viziata – che, ai sensi dell'art. 157 cod. proc. civ. avendo cagionato il motivo di nullità paradossalmente non sarebbe invece legittimato ad ecceperla – risulta l'unico soggetto legittimato a rilevare i vizi in questione. In questo quadro, sembra piuttosto più coerente riconoscere che l'interesse delle parti contemplato dal negozio di cui all'art. 29 cod. proc. civ. risiederebbe piuttosto nella tutela della libera formazione del consenso di entrambe le parti dell'accordo stesso²³⁹. Il che consente di evidenziare come, in ultima analisi, si perverrà immediatamente a valorizzare l'operatività di una disciplina analoga a quella che – secondo l'impostazione preferibile²⁴⁰ – configura la regolamentazione dell'arbitrato rituale sulla base degli artt. 806 ss., la quale, pertanto, non appare da respingersi, venendo sostanzialmente a coincidere con la ricostruzione che si andrà immediatamente a prospettare. Ed invero, se si prendono le mosse dall'osservazione per cui non è revocabile in dubbio il rilievo dei vizi del volere in ordine alla validità del compromesso, occorre riconoscere come

²³⁴ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1080.

²³⁵ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

²³⁶ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

²³⁷ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

²³⁸ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. (e, soprattutto, 1081 ss.).

²³⁹ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. (e, soprattutto, 1081 ss.).

²⁴⁰ Al riguardo, cfr. E. REDENTI - M. VELLANI, *Diritto processuale civile*³, III, Milano, 1999, 570 s., e M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1073.

l'orientamento maggiormente condivisibile²⁴¹ – per il quale la disciplina dell'invalidità della convenzione compromissoria si discosterebbe da quella propria del contratto sotto il profilo della rilevabilità, ad esempio, dell'incapacità della parte anche ad opera del soggetto capace – debba estendersi anche al regime dei vizi della volontà²⁴². Del resto, non possono tralasciarsi le argomentazioni sulla base delle quali non sarebbe corretto ritenere che, continuando con l'ipotesi menzionata, la parte capace risulti costretta indebitamente a prendere parte ad un procedimento arbitrale suscettibile di essere invalidato su iniziativa della controparte²⁴³. In quest'ordine di idee, il regime in questione sarebbe deducibile «non tanto argomentando da singole norme, quanto piuttosto dell'equilibrio di elementi privatistici e pubblicistici che caratterizza il procedimento arbitrale»²⁴⁴.

Una volta tratteggiati questi aspetti, sembra ora possibile tirare le fila di questo discorso, ed evidenziare alcune ricadute pratiche dell'opzione interpretativa suggerita. Specificamente, ci si potrà immediatamente soffermare a porre in collegamento la natura di negozi giuridici processuali degli accordi sulla competenza – sulla base di quanto sinora osservato e delle caratteristiche che si andranno subito ad evidenziare – con la peculiare determinazione della disciplina ad essi applicabile.

Al riguardo, occorre innanzitutto considerare come, qualora – come è stato proposto²⁴⁵ – si ponga in rilievo la connessione tra la sostanziale autonomia ed insensibilità dell'art. 38 cod. proc. civ. rispetto al regime previsto dal codice civile in tema di nullità ed annullabilità dei negozi e la divergenza tra la disciplina del *pactum de foro prorogando* e quella contemplata dalla disposizione di cui all'art. 157 cod. proc. civ., ultimo comma, emerga chiaramente la circostanza che gli accordi sulla competenza di cui all'art. 29 cod. proc. civ. comunque si sottraggono alla possibilità di essere semplicisticamente inquadrati nell'ambito delle categorie tradizionali quali quella dell'atto sostanziale e quella dell'atto processuale²⁴⁶.

In buona sostanza, quanto sinora apprezzato induce a dedurre, per un verso, che l'innegabile produzione di effetti direttamente sul processo da parte degli accordi derogatori della competenza non appare compatibile con una integrale applicazione della regolamentazione sostanziale al *pactum de foro prorogando*. Del resto, con l'analisi sinora effettuata si è posto in evidenza il fatto che questo rappresenta la conseguenza, nell'ottica di ciò che emerge dalla stessa disciplina positiva, dello specifico assetto funzionale del negozio in questione²⁴⁷.

D'altra parte, se si segue la prospettiva ricostruttiva suggerita dalla dottrina in esame²⁴⁸, nemmeno risulterebbe ammissibile predicare la possibilità che gli accordi sulla competenza trovino «piena regola nella legge processuale»²⁴⁹, in quanto ciò

²⁴¹ E. REDENTI - M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 570 s.

²⁴² M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1073, nt. 18.

²⁴³ E. REDENTI - M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 570 s.

²⁴⁴ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1073, nt. 18.

²⁴⁵ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. (e, soprattutto, 1081 ss.).

²⁴⁶ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. (e, soprattutto, 1081 ss.).

²⁴⁷ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. (e, soprattutto, 1083 ss.).

²⁴⁸ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. (e, soprattutto, 1083 ss.).

²⁴⁹ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1085.

incontrerebbe un ostacolo nella collocazione temporale del negozio che può anticipare l'atto di inizio del procedimento. Da quest'ultimo punto di vista, «fattane identica la disciplina la distinzione tra atti del processo e atti esterni sarebbe puramente nominalistica»²⁵⁰. In altri termini, con un'integrale applicazione del regime processuale, si precluderebbe «la via per cogliere il valore proprio della struttura dell'atto»²⁵¹. In questa logica, le norme del codice di procedura non consentirebbero oltretutto di trarre una regolamentazione convincente dei casi concretamente riscontrabili²⁵².

Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per affermare come soltanto una qualificazione degli accordi sulla competenza in termini di negozio giuridico processuale – funzionalmente diretto ad imprimere una specifica configurazione convenzionale alla procedura in accordo con i principi dell'ordinamento – appaia logicamente compatibile dal punto di vista sistematico, al contempo, con il rilievo dei vizi del volere e con il carattere non integralmente e prettamente sostanziale del *pactum de foro prorogando*²⁵³. Risalta, dunque, in questa prospettiva la possibilità di apprezzare i punti di contatto sussistenti tra la convenzione sulla competenza e la figura del compromesso – con la quale, come si vedrà, condivide la medesima natura²⁵⁴ – in ordine al rilievo dei vizi della volontà sottointeso dalla norma di cui all'art. 807 del codice di procedura²⁵⁵.

In conclusione, è opportuno riflettere sulla circostanza che, ad orientarsi in quest'ordine di idee, il regime dell'invalidità dell'accordo di cui all'art. 29 cod. proc. civ. trovi il proprio fondamento nella disposizione di cui all'art. 156 cod. proc. civ. In particolare, se si considera come la norma da ultimo menzionata afferisca esclusivamente ai vizi formali ed i vizi di carattere sostanziale determinino l'invalidità dell'atto soltanto se precludono il conseguimento del suo scopo, non sembra incoerente sostenere che, nel caso degli accordi sulla competenza, «scopo dell'atto è, non l'indicazione del giudice in sé e per sé, bensì l'indicazione del giudice attraverso una valida determinazione volitiva delle parti»²⁵⁶.

²⁵⁰ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1085.

²⁵¹ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1085.

²⁵² M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. (e, soprattutto, 1083 ss.).

²⁵³ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. (e, soprattutto, 1083 ss.), il quale sostiene che «incidenza delle anomalie del consenso, loro rilevabilità da parte del solo autore della volontà viziata ed inapplicabilità del regime d'invalidità disposto dal codice civile sono valse, di volta in volta, a dimostrare l'indole volitiva ma non sostanziale e la non processualità del *pactum de foro prorogando*» (testualmente, a p. 1087). Il che sarebbe sufficiente, in questa logica, «sotto l'aspetto della struttura, a provare la verità dell'asserzione secondo cui l'atto è a tipo volitivo, del processo ma non processuale» (in questi termini, a p. 1087).

²⁵⁴ Al riguardo, cfr. M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. (e, soprattutto, 1087 ss.), il quale afferma che «i patti di deroga (come il compromesso) non realizzano l'ipotizzato collegamento con le richieste situazioni processuali, perché il loro potere mediativo è del tutto indiretto e si limita a determinare la direzione in cui si compirà l'atto di impulso da cui tutta la successiva serie di atti e situazioni vien posta in movimento» (testualmente, a p. 1089). Da quest'ultimo punto di vista, «essi non sono atti processuali veri e propri, sebbene la loro connessione funzionale ad un procedimento, sul quale se ne riversano i tipici effetti, ne escluda la natura sostanziale» (con queste esatte espressioni, a p. 1089).

²⁵⁵ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. (e, soprattutto, 1083 ss.).

²⁵⁶ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1090.

2.2.2 *Accordi sulla giurisdizione.*

Per analizzare le questioni sollevate dalla figura degli accordi derogatori della giurisdizione sarà utile, in primo luogo, prendere le mosse da una ricognizione degli elementi fondamentali relativi alla giurisdizione civile per considerare come la previgente regola dell'inderogabilità convenzionale della giurisdizione abbia ceduto il passo, nel sistema attuale, a quella della normale derogabilità della stessa. Il che indurrà preliminarmente a riflettere, in via generale, sulla necessaria correlazione tra la disciplina dell'inderogabilità ed il meccanismo afferente alla rilevabilità del difetto di giurisdizione. Ciò consentirà, dunque, di soffermarsi sui limiti ordinamentali di carattere pubblicistico rispetto alla possibilità per le parti di regolare in senso derogatorio l'attribuzione della giurisdizione in relazione ad una controversia tra loro intercorrente.

In questo quadro, si perverrà a constatare come, in linea di principio, gli accordi derogatori risultino ammessi nel nostro sistema esclusivamente qualora afferiscano ai rapporti tra la giurisdizione nazionale e quella straniera, ovvero prevedano una deroga pattizia a favore di arbitri stranieri. Ebbene, se si valorizza la circostanza che, nella norma di cui all'art. 11 della l. 31 maggio 1995, n. 218, il requisito dell'accettazione espressa o tacita della giurisdizione dev'essere inteso alla stregua di un atto di assenso, ossia come una sostanziale manifestazione di volontà, si giungerà a riconoscere la natura essenzialmente negoziale degli accordi in questione. In particolare, la riflessione circa il fatto che la funzione di configurazione del rapporto processuale mediante un atto di esercizio dell'autonomia privata volto a derogare – qualora ciò appaia come compatibile con i principi di ordine pubblico – alle ordinarie regole sulla giurisdizione consentirà di qualificare le convenzioni di questo genere nell'ambito della categoria dei negozi giuridici processuali che si è andata sinora progressivamente delineando.

Sulla base di questo inquadramento diverrà quindi possibile determinare la disciplina applicabile agli accordi derogativi della competenza, soprattutto per quanto concerne il regime di invalidità dell'accordo, mediante i criteri già in precedenza delineati con riferimento a negozi della stessa tipologia, ossia facendo riferimento alla norma di cui all'art. 156 cod. proc. civ., intendendo però lo scopo dell'atto quale quello che risulta da una valida manifestazione di volontà delle parti.

Procediamo, pertanto, con l'esame del primo punto menzionato, afferente al profilo della giurisdizione in generale e, più nello specifico, di quello della sua derogabilità o inderogabilità, secondo quanto si ricava anche dal meccanismo della rilevabilità del difetto di giurisdizione.

Al riguardo, giova innanzitutto osservare come la disposizione di cui all'art. 1 cod. proc. civ. stabilisca che «la giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice»²⁵⁷. Il che rappresenta l'espressione del principio contenuto nella norma di cui all'art. 102, comma 1, Cost.²⁵⁸, che afferisce alla generalità della giurisdizione, ossia alla regola per la quale la

²⁵⁷ Art. 1 cod. proc. civ.

²⁵⁸ Come è noto, l'art. 102, comma 1, Cost. prevede che: «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario».

funzione giurisdizionale dello Stato, in linea di principio, appartiene ai giudici ordinari relativamente a tutte le cause²⁵⁹. Ciò trova riscontro, inoltre, nella previsione dell'art. 2907 cod. civ., ove si precisa che «alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria ...»²⁶⁰. Da ciò discende che, in via di prima approssimazione, la giurisdizione civile contempla quale proprio oggetto la tutela giurisdizionale dei diritti, e che la stessa risulta attribuita ai giudici ordinari²⁶¹.

Orbene, il profilo della generalità della giurisdizione si articola in un sistema di limiti alla tendenziale appartenenza di tutte le cause di natura civile ai giudici ordinari, i quali concernono essenzialmente la possibilità che talune controversie siano attribuite, per un verso, a giudici di altri Stati ovvero ad arbitri con sede all'estero, oppure, per altro verso, ad organi dello Stato italiano che non risultano inquadrabili come organi giurisdizionali (quale, ad esempio, la pubblica amministrazione) o a giudici italiani non ordinari, e ci si riferisce evidentemente alla giurisdizione amministrativa costituita dai TAR e dal Consiglio di Stato. I limiti alla generalità della giurisdizione riguardano inoltre i parametri sulla base dei quali occorrerebbe attribuire nel singolo caso i poteri decisori in questione a qualcuno di questi soggetti²⁶².

Addentrandoci su questa via, è utile poi ricordare come un criterio di ordine generale sia costituito da quello contenuto nella disposizione di cui all'art. 5 cod. proc. civ., il quale prevede che la giurisdizione deve essere individuata in relazione alla legge vigente ed al contesto fattuale sussistente al momento della proposizione della domanda, dal momento che non produrrebbero effetti le eventuali modificazioni susseguenti, sulla base del principio della c.d. *perpetuatio iurisdictionis*²⁶³.

È opportuno altresì menzionare la presenza nel sistema processualciviltistico di ipotesi definite di 'giurisdizione condizionata'²⁶⁴. In buona sostanza, si tratta di alcune ipotesi rispetto alle quali la giurisdizione risulta subordinata al concreto verificarsi di una condizione²⁶⁵.

Per completare il quadro sembra infine necessario accennare, in via di prima approssimazione, ad alcuni elementi di specificazione dei criteri generali sinora delineati, che sarà utile tenere in considerazione ai fini dell'analisi delle questioni relative agli accordi sulla giurisdizione.

In particolare, ci si riferisce alla disciplina con cui si determina l'attribuzione della giurisdizione al giudice italiano ovvero a quello straniero, essenzialmente contenuta nella normativa di cui alla l. 31 maggio 1995, n. 218. Sul fondamento della stessa può dunque affermarsi che, ad eccezione della peculiare ipotesi dello Stato straniero nell'esercizio della sua sovranità, lo *status* di cittadino o di straniero non assume più rilievo nel sistema

²⁵⁹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 195 ss.

²⁶⁰ Art. 2907 cod. civ.

²⁶¹ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 37 ss.

²⁶² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 195 ss.

²⁶³ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 195 ss.

²⁶⁴ Tra gli A. che hanno adoperato questa locuzione, occorre menzionare, in particolare, F. TOMMASEO, *Appunti di diritto processuale civile*³, Torino, 1999, 199 ss. Al riguardo, si veda altresì C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 195 ss.

²⁶⁵ In proposito, cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 195 ss., il quale riferisce del caso dell'obbligo del preventivo esperimento di un tentativo di conciliazione con riguardo all'azione del rito del lavoro.

vigente in ordine alla determinazione della sussistenza della giurisdizione italiana ovvero di quella straniera, dal momento che, con l'abrogazione degli artt. 3 e 4 cod. proc. civ. ad opera della l. 31 maggio 1995, n. 218, è stato espunto qualsiasi riferimento sia all'elemento della cittadinanza, sia al parametro della reciprocità, occorrendo sulla base della disciplina attualmente vigente far riferimento esclusivamente al criterio del domicilio o della residenza²⁶⁶. Specificamente, nel sistema normativo italiano, il criterio in questione trova espressione nella norma di cui all'art. 3 della l. 31 maggio 1995, n. 218, a mente del quale si prevede che «la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 del codice di procedura civile e negli altri casi in cui è prevista dalla legge»²⁶⁷.

In proposito, è utile inoltre menzionare, in prima battuta, per il rilievo che rivestirà in ordine alla ricostruzione della natura degli accordi sulla giurisdizione ammissibili a livello ordinamentale, la disposizione di cui all'art. 4 della normativa in esame. Ed invero, la disposizione prevede la regola di carattere generale sulla base della quale la giurisdizione italiana sussiste se le parti la abbiano convenzionalmente accettata e l'accettazione medesima risulti provata per iscritto, oppure allorché il convenuto non eccepisca il difetto di giurisdizione nel suo primo atto difensivo²⁶⁸.

Ai fini di questa indagine occorre altresì ricordare che in nessun caso sono da ammettersi convenzioni dirette a regolare il profilo della modifica o della determinazione della giurisdizione in relazione alla materia matrimoniale²⁶⁹. Gli stessi accordi non sono consentiti, inoltre, senza dubbio, relativamente alle controversie demandate alla giurisdizione amministrativa – già a livello costituzionale ivi radicate in ragione della connessione con la tutela di interessi legittimi – ed a quelle di pertinenza degli altri giudici speciali²⁷⁰, la cui determinazione risulta limitata, secondo la norma di cui all'art. 102, comma 2, della Carta costituzionale, a quelli già esistenti, essendo preclusa l'istituzione di nuovi giudici straordinari o speciali, dal momento che ciò si pone comunque come un'eccezione al principio stabilito dal primo comma, il quale prevede che «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari»²⁷¹.

Con questo chiarimento preliminare, vediamo ora, innanzitutto, in quali termini è possibile configurare già in astratto il profilo della derogabilità e della speculare inderogabilità convenzionale della giurisdizione, per poi poter riconoscere ed analizzare l'attuale regola della normale derogabilità convenzionale della giurisdizione e perimetrarne l'ambito di ammissibilità, anche sulla base degli elementi sinora delineati.

Al riguardo, giova immediatamente osservare come il concetto di inderogabilità astrattamente considerato presupponga alcune riflessioni relativamente ai meccanismi processuali mediante i quali la stessa trova un'effettiva consistenza. In particolare, è opportuno rilevare che con la nozione di inderogabilità della giurisdizione si intende, in generale, l'«impossibilità di sottrarre la giurisdizione al giudice ordinario ad opera delle

²⁶⁶ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 195 ss.

²⁶⁷ Art. 3, l. 31 maggio 1995, n. 218.

²⁶⁸ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 195 ss.

²⁶⁹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 195 ss.

²⁷⁰ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 195 ss.

²⁷¹ Art. 102, comma 1, Cost.

parti d'accordo tra loro»²⁷². Del resto, è di intuitiva evidenza il fatto che, qualora non fosse riscontrabile una deroga convenzionale, quello dei litiganti che si trovasse in disaccordo con la deroga, se convenuta innanzi ad un organo giurisdizionale che consideri privo di giurisdizione, sarebbe facultizzato ad eccepire utilmente il profilo in questione²⁷³.

Ebbene, affinché un simile assetto processuale risulti effettivo, occorre che, già in astratto, l'inderogabilità convenzionale trovi riscontro nella circostanza che nel sistema del codice di procedura la rilevabilità del difetto di giurisdizione appaia configurata alla stregua di un profilo rimesso anche alla valutazione officiosa dell'organo giudicante, e non già come un'eccezione in senso stretto²⁷⁴. Ed invero, è suscettibile di assumere rilievo in ordine alla inammissibilità di una deroga pattizia afferente alla giurisdizione l'eventualità che l'accordo tra i litiganti trovi comunque una concreta realizzazione in modo indiretto, mediante l'omesso sollevamento, da parte del convenuto, dell'eccezione in questione. In quest'ultimo caso, infatti, occorrerebbe riconoscere l'ammissibilità di quello che si presenta sostanzialmente come un accordo di deroga alla giurisdizione, benché indiretto e posteriore all'introduzione della causa, dal momento che così facendo la parte convenuta finisce con l'accettare la giurisdizione dell'organo giudicante dinnanzi al quale è stata chiamata a difendersi²⁷⁵.

Il che consente di affermare che della disciplina della derogabilità o dell'inderogabilità della giurisdizione fanno parte altresì quelle norme dirette a regolare l'operatività del meccanismo della rilevabilità del corrispondente profilo, il quale può operare officiosamente ovvero dietro l'esperimento di eccezioni in senso stretto²⁷⁶.

Una volta delineato questo aspetto, è dunque possibile, a questo punto, accennare al mutamento di impostazione del sistema processualcivilistico, dalla ordinaria inderogabilità convenzionale della giurisdizione alla normale derogabilità della stessa in quanto compatibile con i principi di ordine pubblico, per poi procedere ad analizzare gli elementi normativi che consentono di desumere la disciplina degli accordi sulla determinazione della giurisdizione italiana ovvero di quella straniera, contenuta nella l. 31 maggio 1995, n. 218, relativa al c.d. diritto internazionale privato.

In proposito, occorre quindi innanzitutto osservare come, secondo la disciplina previgente, il codice di procedura civile prevedesse in modo esplicito il principio dell'inammissibilità delle deroghe convenzionali alla giurisdizione esclusivamente nella disposizione di cui all'art. 2 ed, in ogni caso, solamente per quanto concerneva la modifica della giurisdizione individuata secondo le regole ordinarie a vantaggio di giurisdizioni straniere e di organismi arbitrali con sede all'estero, stabilendo anche alcune eccezioni al canone in questione, le quali rappresentavano per lo più l'oggetto di convenzioni internazionali di rilievo e delle coerenti leggi di ratifica²⁷⁷.

²⁷² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226.

²⁷³ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss.

²⁷⁴ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss.

²⁷⁵ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss.

²⁷⁶ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss.

²⁷⁷ Sul punto, si veda C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss., il quale ricorda, tra le altre, la Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, che vede come Paesi aderenti gli Stati dell'Unione europea.

Per quanto concerne le giurisdizioni straniere, occorre inoltre far riferimento alla disposizione di cui all'art. 37 cod. proc. civ., la quale provvede a regolare interamente il meccanismo della rilevabilità – officiosa oppure su eccezione di parte – del difetto di giurisdizione nelle diverse ipotesi concretamente riscontrabili. Ebbene, il secondo comma – attualmente abrogato –, se interpretato in combinato disposto con l'art. 2 cod. proc. civ. poc'anzi menzionato, consentiva di dedurre che non fosse consentito derogare alla giurisdizione italiana a favore di giurisdizioni straniere ovvero di organismi arbitrali che giudicano all'estero, fatta eccezione per le controversie afferenti ad obbligazioni tra stranieri, oppure tra uno straniero ed un cittadino la cui residenza ed il domicilio fossero ubicate all'estero e l'accordo derogatorio fosse contenuto in un atto scritto²⁷⁸.

Siamo però giunti, a questo punto, ad accennare ad un profilo che merita uno specifico approfondimento, in quanto, con l'abrogazione delle disposizioni di cui agli artt. 2 e 37, comma 2, cod. proc. civ., l'attuale sistema processualcivilistico vede capovolta la regola previgente in quella secondo cui sarebbe riscontrabile oramai una normale derogabilità della giurisdizione, sebbene entro determinati limiti che di seguito si approfondiranno²⁷⁹.

In particolare, dal momento che – sulla base di quanto si è avuto modo di considerare sinora – vengono in rilievo in ordine agli accordi derogatori della giurisdizione essenzialmente i rapporti con giurisdizioni ed arbitrati stranieri, occorre far riferimento alla disciplina contenuta nella l. 31 maggio 1995, n. 218. Soprattutto, è necessario considerare, in primo luogo, la disposizione di cui all'art. 4 della normativa in questione. In buona sostanza, secondo la norma di cui al secondo comma è consentita la deroga pattizia a favore di organi giurisdizionali o arbitrali stranieri a condizione che la stessa risulti provata per iscritto e l'oggetto della causa afferisca a diritti disponibili. Il terzo comma sancisce poi l'inefficacia della deroga qualora il giudice straniero ovvero l'organismo arbitrale che si pronuncia all'estero abbia declinato la propria giurisdizione oppure non possa comunque conoscere della lite²⁸⁰.

È importante altresì rilevare che la norma di cui al primo comma dell'art. 4, l. 31 maggio 1995, n. 218, in esame stabilisce che la giurisdizione straniera possa in linea di principio subire deroghe a favore della giurisdizione italiana ed impone al convenuto di eccepire il difetto di giurisdizione nel proprio primo atto difensivo, affinché non si formi un'accettazione tacita sul punto. Il che sembra da porsi in correlazione con quanto previsto dalla disposizione di cui all'art. 11 della normativa in questione, sulla base del quale è possibile rilevare il difetto della giurisdizione italiana in qualunque stato e grado del giudizio da parte del convenuto costituito, purché questi non abbia accettato in modo espresso o anche tacito la giurisdizione italiana²⁸¹. Viceversa, in relazione alle cause aventi ad oggetto beni immobili collocati in Stati esteri oppure qualora il convenuto sia rimasto contumace, oltre che nelle ipotesi in cui la giurisdizione italiana risulta esclusa in

²⁷⁸ Al riguardo, cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss., il quale comunque rileva che, già sotto la previgente disciplina, «le possibilità di deroga della giurisdizione italiana a favore di arbitri che pronunciano all'estero erano già divenute assai ampie per effetto della stipulazione e della ratifica di diverse convenzioni internazionali».

²⁷⁹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss.

²⁸⁰ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss.

²⁸¹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss.

forza di una convenzione internazionale esso deve essere rilevato d'ufficio dal giudice, in ogni stato e grado del giudizio²⁸².

Al riguardo potrebbe poi assumere rilievo il profilo della c.d. 'litispendenza internazionale' che, secondo quanto previsto dall'art. 7 della l. 31 maggio 1995, n. 218, prevede la sospensione del giudizio nell'ipotesi in cui il provvedimento straniero sia suscettibile di dispiegare la propria efficacia nell'ordinamento italiano, qualora si riscontri la previa pendenza davanti al giudice straniero di una domanda con lo stesso oggetto e la stessa *causa petendi*. In questo caso, allorché l'organo giurisdizionale straniero declini la propria giurisdizione ovvero qualora il provvedimento straniero non possa trovare riconoscimento nell'ambito del nostro ordinamento, il giudizio sospeso può proseguire in seguito a riassunzione dietro istanza della parte interessata²⁸³.

Ai fini della perimetrazione della sfera di applicazione delle convenzioni derogatorie della giurisdizione, occorre infine ricordare che i rapporti tra la giurisdizione dei giudici ordinari e quella dei giudici amministrativi e dei giudici speciali, come pure i rapporti con i poteri di altri organi dello Stato – quale, essenzialmente, la pubblica amministrazione – appaiono contrassegnati dalla regola dell'inderogabilità diretta ed incondizionata della giurisdizione²⁸⁴. Ed invero, la norma di cui all'art. 37 cod. proc. civ. prevede per simili ipotesi che il difetto di giurisdizione possa essere rilevato anche d'ufficio in qualunque stato e grado del procedimento²⁸⁵.

Dopo aver chiarito che l'ambito di ammissibilità degli accordi sulla giurisdizione deve essere circoscritto esclusivamente a quelle convenzioni che pongono in essere un assetto di interessi derogatorio rispetto alla regola dei rapporti tra giurisdizione italiana e giurisdizione o arbitrato stranieri, purché siano relative a diritti disponibili, siamo ora in possesso degli elementi necessari per giungere ad un inquadramento della figura in esame e per evidenziare alcune ricadute pratiche dell'opzione interpretativa suggerita, coerentemente con i risultati sinora ottenuti con riguardo ai negozi giuridici processuali in generale e, nello specifico, ai negozi di configurazione del rapporto processuale incidenti sull'*agere* in senso processuale.

Ed è su questo aspetto che dovremo immediatamente soffermarci.

In proposito, appare opportuno riflettere dunque sulla circostanza che le norme di cui agli artt. 4, comma 1, ed 11 della l. 31 maggio 1995, n. 218, contemplano entrambe un'accettazione espressa oppure tacita della giurisdizione in ordine alla deroga della giurisdizione straniera a favore di quella italiana. Ebbene, non sembra possa intendersi questo requisito se non alla stregua di un atto di assenso. In altri termini, si deve considerare l'accettazione come una sostanziale manifestazione di volontà delle parti, idonea a produrre gli effetti specificamente programmati. A ben vedere, non si può dunque negare che si sia in presenza di un negozio giuridico, dal momento che di questa figura gli accordi in questione presentano tutti gli elementi identificativi.

In questo quadro, assume importanza la funzione concretamente rivestita dalle convenzioni derogatorie della giurisdizione, in quanto lo scopo pratico ascrivibile alle stesse si traduce nella configurazione del rapporto processuale mediante un atto di

²⁸² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss.

²⁸³ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss.

²⁸⁴ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss.

²⁸⁵ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 226 ss.

esercizio dell'autonomia privata volto a radicare – nei casi in cui ciò risulti compatibile con i principi di ordine pubblico – la giurisdizione, che in astratto dovrebbe essere diversamente determinata, in capo a giudici italiani, ovvero a giudici o arbitri stranieri. Il che induce a qualificare – sul fondamento dei criteri sinora enucleati – gli accordi in questione *sub specie* di negozi giuridici processuali volti a configurare l'*agere* in senso processuale, ossia quali negozi incidenti sulle modalità di attuazione della procedura giurisdizionale.

Emerge, a questo punto, la ricaduta pratica dell'opzione interpretativa qui suggerita: è possibile, infatti, ricostruire il regime dei vizi dell'accordo sulla giurisdizione sulla base della peculiare natura – non interamente sostanziale, né interamente processuale – dei negozi giuridici in questione, analogamente a quanto si è già avuto modo di osservare in relazione agli accordi derogatori della competenza.

In particolare, è utile innanzitutto circoscrivere l'analisi in relazione a quanto concerne gli effetti che si produrrebbero nel nostro ordinamento, ossia con riguardo alla disciplina dei negozi volti a derogare alla giurisdizione straniera a favore di quella italiana, dal momento che l'indagine sulle conseguenze processuali dei vizi sostanziali del negozio giuridico processuale è suscettibile di assumere un'utilità ai nostri fini soltanto se condotta con riferimento al sistema che stiamo specificamente considerando, e cioè quello italiano.

Orbene, giova osservare, al riguardo, come sia possibile in linea di principio estendere – in ragione della medesima struttura e della stessa funzione riconoscibile rispetto ad entrambe le figure – le conclusioni raggiunte relativamente agli accordi sulla competenza. Specificamente, è importante rilevare che gli effetti della deroga alla giurisdizione sono suscettibili di prodursi come conseguenza del raggiungimento di un comune accordo tra le parti esclusivamente nell'ipotesi in cui la volontà si sia formata in modo libero e corretto²⁸⁶. In questa logica, non si può ritenere che eventuali vizi restino privi di sanzione. Ed allora, sembra coerente sostenere che debba trovare applicazione, in ordine alla rilevabilità dei vizi della convenzione, la norma di cui all'art. 4, comma 1, l. 31 maggio 1995, n. 218, che prevede che il difetto di giurisdizione – il quale in questo caso deriverebbe dal mancato raggiungimento dell'accordo – debba essere eccepito con il primo atto difensivo, pena il formarsi dell'accettazione tacita sulla giurisdizione.

Ad orientarsi in quest'ordine di idee, infine, il richiamo al concetto di negozio giuridico di configurazione del rapporto processuale conduce all'applicazione della disciplina già in precedenza individuata in relazione a questo genere di negozi. In questa prospettiva, appare dunque logico far riferimento alla disciplina dell'invalidità dell'accordo ricostruibile mediante l'applicazione del regime degli atti processuali, pur con l'integrazione dei presupposti che gli sono propri in forza della peculiare natura, anche sostanziale, dei negozi in questione. Più nel dettaglio, in buona sostanza, risulta applicabile il regime dell'invalidità dell'accordo risultante dalla norma di cui all'art. 156 cod. proc. civ., allorché si concepisca lo scopo dell'atto il cui raggiungimento impedisce il

²⁸⁶ In proposito, seppure con riguardo agli accordi derogatori della competenza, si veda l'orientamento, sostanzialmente condivisibile nella sua impostazione, espresso da M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss.

rilievo dei vizi formali dello stesso alla stregua di quello che risulta da una valida manifestazione di volontà delle parti²⁸⁷.

2.2.3 *L'accordo di arbitrato rituale.*

Un altro istituto che merita di essere considerato nell'ambito della trattazione della problematica dei negozi giuridici processuali è rappresentato senza dubbio dall'accordo di arbitrato rituale. In particolare, sarà utile, in primo luogo, analizzare i caratteri essenziali della figura, dal momento che dalla funzione e dalla struttura del giudizio arbitrale – secondo la disciplina di recente in parte modificata e chiarita dalla novella di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 – emerge la sua natura di giudizio privato fondato su una «struttura giudiziaria»²⁸⁸ considerata oramai idonea a conferire al lodo arbitrale un'efficacia assimilabile a quella della sentenza – eccezion fatta per alcuni aspetti – sebbene non depositato²⁸⁹.

Ebbene, se si valorizza la circostanza che al conseguimento di un accertamento di carattere *lato sensu* giurisdizionale si perviene mediante un procedimento alternativo consensualmente programmato dalle parti, non potrà non riconoscersi che l'accordo compromissorio in questione si configura come un negozio configurativo dell'*agere* in senso processuale, in quanto l'attività negoziale in questo caso si traduce in un peculiare atteggiarsi della procedura per effetto di una convenzione tra i litiganti, finalizzata ad una più confacente gestione della stessa. A ben vedere, l'opzione interpretativa suggerita risulta inoltre coerente, come si vedrà, con il regime dell'invalidità del compromesso desumibile dalla disposizione di cui all'art. 807 cod. proc. civ.

Addentrandoci lungo il percorso tracciato, oltre a ricordare quanto già riscontrato in generale nell'esaminare gli accordi di arbitrato irrituale, occorre quindi innanzitutto soffermarsi sul primo aspetto, concernente gli elementi fondamentali della figura in questione, al fine di valorizzare gli effetti del provvedimento conclusivo della procedura fondata sull'accordo compromissorio per giungere ad una sua qualificazione.

In proposito, sembra dunque utile immediatamente premettere come, secondo quanto prevede la norma di cui all'art. 806 cod. proc. civ., alle parti sia consentito devolvere al giudizio arbitrale le controversie tra di loro insorte purché le stesse non vertano su diritti indisponibili, ovvero ciò non risulti espressamente vietato dalla legge. Risultano, inoltre, compromettibili in arbitri – sulla base della norma attualmente contenuta nell'art. 12 cod. proc. amm. – le controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo aventi ad oggetto diritti soggettivi, ma soltanto nell'ipotesi in cui l'arbitrato si presenti come rituale²⁹⁰.

È altresì importante menzionare la previsione contenuta nell'art. 807, comma 1, cod. proc. civ., che tratteggia i requisiti del negozio compromissorio, stabilendo che lo

²⁸⁷ Sempre in relazione alle convenzioni sulla competenza, cfr. M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1064 ss. (e, soprattutto, 1083 ss.).

²⁸⁸ ²⁸⁸ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. I procedimenti speciali di cognizione. Le residue disposizioni in materia societaria. L'efficacia delle sentenze straniere. L'arbitrato*²⁰, III, Torino, 2009, 372.

²⁸⁹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 371 ss.).

²⁹⁰ In proposito, si veda C. MANDRIOLI, *Diritto processuale*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 371 ss.).

stesso debba essere stipulato per atto scritto, a pena di nullità, e contenere la determinazione dell'oggetto della controversia. Nell'articolo seguente si specifica, per di più, che la validità della clausola compromissoria deve essere valutata autonomamente rispetto al contratto al quale si riferisce, sebbene il potere di stipulare il contratto ricomprenda anche quello di convenire la clausola compromissoria²⁹¹. Giova poi precisare che, mentre si discorre di compromesso in relazione alle controversie già insorte tra le parti, normalmente si fa riferimento alla nozione di clausola compromissoria quando l'accordo di arbitrato abbia ad oggetto il deferimento, di carattere preventivo e soltanto eventuale, di uno specifico contratto²⁹².

In questo quadro, non può tralasciarsi di considerare, in prima battuta, il fatto che, qualora la convenzione compromissoria presenti dei profili di invalidità, la medesima può essere sollevata esclusivamente secondo le modalità ed i termini previsti per l'impugnazione del lodo arbitrale, in quanto rientra tra i motivi di impugnazione del provvedimento in questione²⁹³.

Dopo aver delineato questi aspetti, siamo però giunti, a questo punto, ad accennare ad un profilo che merita uno specifico approfondimento, dal momento che è opportuno adesso riflettere sull'aspetto della funzione e della struttura del giudizio che costituisce l'arbitrato rituale, allo scopo di riconoscere l'efficacia giurisdizionale dell'atto conclusivo del procedimento arbitrale in questione.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

Al riguardo, occorre osservare come vengano in considerazione innanzitutto due norme, ossia quella di cui all'art. 822 cod. proc. civ., sulla base della quale gli arbitri sono tenuti a decidere secondo le norme di diritto, a meno che le parti non abbiano stabilito «con qualsiasi espressione»²⁹⁴ che gli stessi si pronuncino secondo equità²⁹⁵. E – soprattutto – quella di cui all'art. 824-*bis* cod. proc. civ., con la quale il legislatore chiarisce che, ad eccezione di alcuni specifici effetti, che vedremo immediatamente, «il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria»²⁹⁶.

Ebbene, dai dati normativi in esame si può dedurre inequivocabilmente che il lodo rituale assume l'efficacia di sentenza già anteriormente all'integrarsi dell'elemento ulteriormente e facoltativamente richiesto per conferire allo stesso l'efficacia esecutiva e l'idoneità all'iscrizione dell'ipoteca ed alla trascrizione, ossia il deposito del lodo presso la cancelleria del tribunale, dove – in seguito ad una verifica sulla regolarità formale del medesimo – si attribuiscono alla pronuncia arbitrale anche gli effetti di cui all'art. 825, comma 3, del codice di procedura civile²⁹⁷.

²⁹¹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 382 ss.).

²⁹² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 382 ss.).

²⁹³ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 382 ss.).

²⁹⁴ Art. 822 cod. proc. civ.

²⁹⁵ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 371 ss.).

²⁹⁶ Art. 824-*bis* cod. proc. civ.

²⁹⁷ Al riguardo, cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 371 ss.), il quale sottolinea il fatto che, nell'attuale configurazione normativa della questione, «non trova più sostegno la precedente opinione secondo la quale quell'efficacia vincolante avesse fondamento negoziale, fino al deposito». D'altra parte, già prima dell'intervenuta conferma legislativa, «si obiettava che il lodo è il prodotto di un'attività strutturata come giudizio, e non può cambiare natura per il solo fatto che

Ed invero, mediante un negozio giuridico – e cioè il compromesso oppure la clausola compromissoria – le parti interessate demandano agli arbitri la soluzione di una lite, attuale o potenziale, relativa ad un rapporto giuridico tra loro intercorrente, da conseguirsi attraverso un giudizio effettivo. In particolare, la struttura del giudizio in questione si configurerà come di stretto diritto ovvero di carattere equitativo – qualora le parti si siano determinate in tal senso – similmente a quanto avviene per il giudizio ordinario²⁹⁸. Come è stato autorevolmente posto in rilievo²⁹⁹, poi, le analogie tra il procedimento giurisdizionale e l'arbitrato rituale si riscontrano altresì nel risultato cui conducono, il quale «non è necessariamente dispositivo, ma, in primo luogo, di accertamento»³⁰⁰.

Il giudizio arbitrale rituale si presenta quindi come un giudizio privato, compiuto da privati che svolgono l'attività di giudici, sebbene risultino sforniti dei poteri autoritativi dei giudici, essendo dotati esclusivamente dei poteri attribuiti in via contrattuale, sebbene l'arbitrato rituale sia già autonomamente idoneo a conferire al lodo l'efficacia connaturata alla sentenza giurisdizionale, ad eccezione dei caratteri dell'esecutività e della trascrivibilità che acquisterà eventualmente su iniziativa di una delle parti³⁰¹. In questa logica, si colloca altresì la previsione dei termini di cui all'art. 828 cod. proc. civ., una volta decorsi i quali il lodo diviene suscettibile di acquistare l'efficacia di giudicato anche qualora non sia stato depositato. Il che non mostra di porsi in antitesi con i principi costituzionali, ed in particolare con la norma di cui all'art. 102 Cost., trovando tutela l'autonomia delle parti che si determinino in ordine all'affidamento a giudici privati della composizione della controversia tra loro intercorrente nel canone di cui all'art. 24 Cost. Quest'ultima norma, infatti, «se da un lato, obbliga lo Stato ad approntare l'organizzazione giudiziaria, dall'altro lato, non obbliga il cittadino a farvi ricorso»³⁰².

Le considerazioni sinora svolte impongono però una specifica precisazione, in quanto è utile brevemente considerare che, mentre il regime della deroga alla giurisdizione italiana a favore di organismi arbitrali che si pronunciano all'estero afferisce al profilo della determinazione della giurisdizione, il medesimo inquadramento non sarebbe pertinente in relazione alla possibilità di deferire la risoluzione di una controversia ad arbitri che operino nel nostro Stato.

In proposito, può infatti considerarsi come le questioni concernenti la devoluzione delle controversie all'arbitrato rituale piuttosto che al giudizio ordinario risultino soggette a controllo di legittimità mediante il regolamento di competenza, come si evince inequivocabilmente dal disposto dell'art. 819-ter, comma 1, del codice di procedura civile³⁰³. Del resto, che di questioni di competenza si tratti appare coerente con la circostanza che il lodo rituale finisce per assumere la medesima efficacia della

nessuna delle parti si è avvalsa o non si è ancora avvalsa della facoltà di fargli acquistare la pienezza dell'efficacia di sentenza esecutiva».

²⁹⁸ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 371 ss.).

²⁹⁹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 371 ss.).

³⁰⁰ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 372.

³⁰¹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 371 ss.).

³⁰² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 376.

³⁰³ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 377 ss.).

pronuncia giurisdizionale, trovando il proprio fondamento, in particolare, anche sulla base di quanto emerge chiaramente dai più recenti interventi legislativi in materia.

Specificamente, giova ricordare al riguardo che l'andamento della giurisprudenza sul punto ha avuto nel tempo alcune oscillazioni, per giungere poi alle conclusioni appena espresse. Ed invero, in passato l'impostazione prevalente ha per lungo tempo inquadrato le questioni afferenti alla devoluzione delle controversie alla procedura dell'arbitrato rituale effettuata da organismi con sede in Italia *sub specie* di questioni concernenti la competenza, suscettibili di essere fatte valere ai sensi degli artt. 42 e 43 cod. proc. civ., sebbene sulla base di argomentazioni non più utilizzabili. In seguito, per un certo periodo, la giurisprudenza di legittimità aveva poi mutato il proprio orientamento, opinando nel senso che la stipulazione del negozio compromissorio importasse una modifica incidente non già sul profilo della competenza, né su quello della giurisdizione, implicando piuttosto la stessa una questione di merito³⁰⁴. Da quest'ultimo punto di vista, l'orientamento in esame ha tratto le proprie argomentazioni dalla circostanza per la quale la decisione emessa dall'organismo di arbitrato rituale sembrerebbe avere il carattere di un atto di autonomia privata³⁰⁵. Infine, si è pervenuti per via legislativa al superamento dei precedenti approdi, attraverso il conferimento dell'efficacia di sentenza al lodo rituale e la qualificazione in termini di questione di competenza esplicitata dal disposto dell'art. 819-ter cod. proc. civ., secondo quanto si ha avuto modo di considerare sinora³⁰⁶.

Una volta acclarata la tendenziale coincidenza di effetti tra la pronuncia conseguente all'arbitrato rituale e quella emessa dal giudice ordinario, siamo ora in grado di tirare le fila di questo discorso, e di evidenziare la natura di negozio giuridico processuale dell'accordo compromissorio, traendo questa conclusione, oltre che dalle sue specifiche caratteristiche, anche dalla ricostruzione che pare preferibile in ordine alla disciplina dei vizi della volontà del negozio in questione.

Ebbene, non può non considerarsi, al riguardo, come il compromesso e la clausola compromissoria – avendo la medesima funzione e la medesima struttura del giudizio, persino, in linea di principio, in ordine agli effetti del provvedimento finale – si presentino alla stregua di strumenti negoziali mediante i quali porre in essere un assetto di interessi volto al conseguimento di un accertamento di carattere *lato sensu* giurisdizionale per il tramite di un procedimento alternativo al giudizio ordinario, regolato conformemente alla volontà delle parti (oppure, in mancanza, da parte degli arbitri medesimi), pur con un nucleo ineliminabile di garanzie procedurali volte essenzialmente ad assicurare il rispetto del contraddittorio. Ed è dall'efficacia di sentenza del lodo rituale che è lecito dedurre la funzione configurativa del rapporto processuale del negozio giuridico in questione, che per questa ragione si qualifica esso stesso come negozio di carattere processuale. In particolare, ben si comprende come il compromesso

³⁰⁴ In proposito, basti menzionare, *ex pluribus*, Cass., sez. un., 5 gennaio 2007, n. 35, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1293 ss., con nota di E. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla 'natura' della convenzione di arbitrato rituale*, *ivi*, 1294 ss.. Più diffusamente, si veda C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 377 ss.).

³⁰⁵ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 377 ss.).

³⁰⁶ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 363 ss. (ed, *amplius*, 377 ss.).

si configuri alla stregua di un negozio incidente sull'*agere* in senso processuale ed implicante la configurazione del rapporto processuale.

A ben vedere, l'opzione interpretativa qui suggerita trova conferma nelle argomentazioni ricavabili dalla disposizione di cui all'art. 807 cod. proc. civ. in ordine al rilievo dei vizi della volontà. Specificamente, la norma in questione, nel prevedere i requisiti essenziali che deve possedere il compromesso, non può che implicare una valida formazione dell'accordo su cui si struttura il negozio in esame. Ed invero, ciò significa non soltanto – come è stato posto in luce nell'ambito di una parte della dottrina³⁰⁷ – che le parti dell'accordo compromissorio debbano essere capaci al momento della sua stipulazione, ma altresì che la loro volontà debba formarsi in modo libero e corretto. In questa logica, sembra preferibile ritenere che l'incapacità della parte, ovvero il vizio che colpisce la manifestazione del suo volere, siano rilevabili anche da parte del soggetto capace, oppure della parte la cui volontà si sia correttamente formata, dal momento che non apparirebbe ragionevole ritenere che questi ultimi soggetti restino vincolati indebitamente a partecipare ad un procedimento arbitrale suscettibile di essere invalidato su iniziativa di controparte³⁰⁸.

Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per evidenziare il ruolo del regime dei vizi negoziali rispetto alla validità di un procedimento suscettibile di condurre ad una pronuncia con effetti tendenzialmente analoghi a quelli della sentenza del giudice ordinario, generato da un negozio giuridico e nel quale i vizi del negozio stesso confluiscono e non possono non trovare riscontro in termini di invalidità dell'arbitrato rituale. Il che induce a riconoscere che il compromesso risulta regolato da una disciplina analoga a quella che abbiamo in precedenza proposto di applicare anche agli altri tipi di negozi giuridici processuali funzionali alla configurazione del rapporto processuale. In quest'ordine di idee, ciò rappresenta quindi una conferma rispetto alla possibilità di considerare plausibile l'inquadramento suggerito.

2.2.4 *Accordi sulla semplificazione del rito.*

L'attuale sistema processualcivilistico appare improntato al temperamento tra l'obiettivo di assicurare un adeguato rigore nella trattazione delle cause – soprattutto rispetto all'impianto anteriore alle riforme degli anni Novanta – e l'esigenza di consentire una certa flessibilità del rito, affinché lo stesso risulti suscettibile di adattarsi ai casi concreti. In questa prospettiva, per analizzare le questioni sollevate dalla tematica degli accordi volti a derogare convenzionalmente alle rigide scansioni processuali previste dal legislatore per regolare il processo civile ordinario, sarà utile preliminarmente prendere le mosse da una ricognizione dei diversi orientamenti espressi da dottrina e giurisprudenza in merito al carattere ordinatorio del regime delle deduzioni istruttorie negli atti introduttivi del processo, per stabilire se sia consentito omettere – in seguito alla concorde richiesta delle parti – la prima udienza di trattazione di cui all'art. 183 cod.

³⁰⁷ E. REDENTI - M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 570 s.

³⁰⁸ E. REDENTI - M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 570 s. Per l'estensione delle argomentazioni condotte in relazione al profilo della capacità anche a quello dei vizi del volere, si veda M. BESSONE, *Aspetti sostanziali*, cit., 1073, nt. 18.

proc. civ., con le relative attività, fissando *per saltum* quella di cui all'art. 184 cod. proc. civ. nel regime *ante* riforma.

Ebbene, se si valorizza la circostanza che l'inosservanza degli incumbenti di cui all'art. 183 cod. proc. civ. risulta priva di conseguenze ovvero appare demandata all'istanza di parte, occorrerà riconoscere come l'udienza in questione possa essere liberamente oggetto di rinuncia, a condizione che sussista immancabilmente l'accordo delle parti. Il che indurrà a considerazioni più generali, secondo cui – sulla base del principio dispositivo e, specificamente, della norma di cui all'art. 2907 cod. civ. – ogni fase del procedimento è subordinata all'iniziativa delle parti e, di conseguenza, salvo le eccezioni in cui l'ordinamento considera prevalente l'interesse generale a ricercare la verità, si perverrà a ritenere ammissibili i negozi sulla semplificazione del rito, anche al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate dal codice di procedura civile. In particolare, occorrerà riflettere sulla natura inequivocabilmente privatistica dell'interesse che fonda l'esercizio dell'attività giurisdizionale. In quest'ordine di idee, emergerà dunque l'importanza dell'*agere cum aliquo*, ossia della collaborazione delle parti in vista della gestione del processo, sulla scorta del carattere intersoggettivo del diritto processuale.

Una volta delineati i profili che ci accingeremo subito ad esaminare, possiamo dunque soffermarci, innanzitutto, sul primo punto menzionato, afferente ai diversi orientamenti espressi con riguardo alla problematica dell'ammissibilità di un accordo derogatorio dello svolgimento delle attività proprie della prima udienza di trattazione di cui all'art. 183 cod. proc. civ., finalizzato a richiedere la fissazione dell'udienza per le deduzioni istruttorie di cui all'art. 184 cod. proc. civ. in modo da conseguire una concentrazione delle attività previste.

Al riguardo, giova preliminarmente osservare come siano riconoscibili sul punto essenzialmente due diversi orientamenti. Specificamente, secondo una prima impostazione³⁰⁹, occorrerebbe prendere le mosse da una ricostruzione di carattere sistematico dell'impianto processualcivilistico, dalla quale sarebbe possibile ricavare la considerazione che l'attuazione delle attività contemplate nelle tappe del procedimento tracciate dalle disposizioni di cui agli artt. 183 e 184 cod. proc. civ. sarebbe prevista, in generale, alla stregua di una scansione di tipo preclusivo, nonostante la mancanza di una previsione esplicita al riguardo. Da quest'ultimo punto di vista, ciò indurrebbe a sostenere che la necessità di indicare tempestivamente la prova corrisponda all'esigenza di assicurare che il processo venga attuato in modo rapido e funzionale, presentandosi tale indicazione come un elemento indefettibile allo scopo di evitare, nello sviluppo ordinato del procedimento, che si verificino battute d'arresto e regressioni³¹⁰.

Maggiormente condivisibile sembra invece l'opposto orientamento, secondo il quale, in seguito alla novella del sistema processuale civile introdotta con la l. 20 dicembre 1995, n. 534, non sarebbe più giustificabile un'interpretazione rigorosa, per la quale sulla parte graverebbe l'onere di dedurre le proprie istanze istruttorie nell'atto di citazione ovvero nella comparsa di costituzione, a pena di decadenza. In particolare, la disciplina delle deduzioni istruttorie negli atti introduttivi presenterebbe natura

³⁰⁹ Trib. Roma, ord., 6 ottobre 1997, in *Giust. civ.*, 1998, 256 ss.

³¹⁰ Trib. Roma, ord., 6 ottobre 1997, cit., 256 ss.

ordinatoria, dal momento che – pur essendo disposto l'onere per la parte di dedurre i mezzi di prova relativi alle proprie domande e difese fin dagli atti introduttivi del giudizio, ai sensi delle disposizioni di cui agli artt. 163 e 167 cod. proc. civ. – non è dato riscontrare nel dato normativo la presenza di alcuna sanzione di decadenza dall'attività processuale in questione³¹¹.

Inoltre, sembrava altresì scorretto – nel vigore della disciplina anteriore al 2006 – interpretare la disposizione di cui all'art. 184 cod. proc. civ. come se i 'nuovi mezzi di prova' previsti dalla stessa fossero soltanto quelli ulteriori e differenti dai mezzi di prova menzionati dalla norma di cui all'art. 163, n. 5, cod. proc. civ., divenuti necessari come conseguenza delle domande e delle eccezioni di controparte, in modo da ritenere preclusi i mezzi di prova che si sarebbero potuti allegare già dall'atto introduttivo. Ma il previgente art. 184 cod. proc. civ. non conteneva una esplicita limitazione alla facoltà delle parti di chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova relativamente alle sole istanze istruttorie che dipendono dalla modificazione delle domande e delle eccezioni della parte avversa. Il che rappresenterebbe l'espressione di una volontà legislativa che non si articolerebbe nel tendere a stabilire una correlazione tra le richieste istruttorie e la modificazione delle difese e domande avverse³¹².

Infine, è importante soprattutto rilevare che, mediante la preclusione prevista dalla norma di cui all'art. 184 cod. proc. civ., sarebbe stata eliminata l'incoerente sovrapposizione fra la fase preparatoria e la fase istruttoria, con un regime unitario con riguardo al termine entro il quale le parti sono tenute a dedurre le prove, senza che si possa quindi evincere alcuna anticipazione del momento in questione agli atti introduttivi³¹³. In questa logica, emerge dunque la natura ordinatoria della disciplina afferente alle deduzioni istruttorie negli atti introduttivi, conformemente agli approdi sui quali si era attestata la prevalente giurisprudenza di legittimità già precedentemente alla riforma³¹⁴.

Ed è nel riconosciuto carattere ordinatorio delle norme in questione che si coglie bene il presupposto per risolvere il problema dell'ammissibilità della deroga convenzionale rispetto alla ordinaria scansione processuale che prevede la celebrazione

³¹¹ Pret. Verona, 22 settembre 1998, in *Giur. di merito*, 1999, 712 ss., con nota di C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale, ovvero della derogabilità convenzionale delle fasi che scandiscono il processo ordinario*, ivi, 716 ss.

³¹² Pret. Verona, 22 settembre 1998, cit., 712 ss., che precisa come l'impostazione seguita nella pronuncia apparirebbe, «altresì, confortata dall'esame comparativo degli artt. 184 e 420, comma 5, cod. proc. civ.» (così, a p. 715). Da quest'ultimo punto di vista, «nel processo del lavoro, infatti, in ossequio al principio della contestualità fra allegazione di fatti e richieste istruttorie, il legislatore ha espressamente previsto che l'indicazione di mezzi nuovi, in corso di causa, sia limitato a 'quelli che le parti non abbiano potuto proporre prima'. L'art. 184 cod. proc. civ. non contiene una tale previsione; è quindi escluso che la norma introduca il medesimo limite» (in questi termini, a p. 715).

³¹³ Pret. Verona, 22 settembre 1998, cit., 712 ss., che, in particolare, rileva che «se il legislatore avesse inteso anticipare tale momento preclusivo agli atti introduttivi, non avrebbe operato alcuna distinzione fra prove precostituite e costituenti e quindi avrebbe esteso il carattere di 'novità' previsto per i mezzi istruttori, anche ai documenti» (testualmente, a p. 715). Da ciò consegue, non essendo prevista dall'art. 184 cod. proc. civ. la limitazione in questione, «che i documenti possono essere depositati – nel rispetto dei termini perentori – anche ove l'atto introduttivo non sia accompagnato da alcuna produzione e non ne contenga l'indicazione» (così, a p. 715).

³¹⁴ Pret. Verona, 22 settembre 1998, cit., 712 ss.

dell'udienza di prima trattazione di cui all'art. 183 cod. proc. civ. Ebbene, sembra di doversi condividere la tesi giurisprudenziale³¹⁵ per la quale non sussisterebbero ragioni ostative insormontabili affinché venga accolta la concorde richiesta delle parti di fissare un'udienza nella quale si concentrino le attività previste da entrambe quelle di cui agli artt. 183 e 184 cod. proc. civ. Ed invero, non rappresenterebbe un impedimento in questa direzione il fatto che la norma di cui all'art. 183 cod. proc. civ. stabilisca l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero delle parti e del tentativo di conciliazione, dal momento che gli stessi incumbenti possono essere rinnovati – secondo il disposto dell'art. 185, comma 2, cod. proc. civ. – in qualsiasi momento della istruzione e – soprattutto – la mancata osservanza della previsione si presenta come priva di conseguenze³¹⁶. Inoltre, occorre considerare la circostanza che l'interrogatorio libero non risulta stabilito in nessun caso per ragioni probatorie, in quanto assolve esclusivamente ad una «funzione strumentale rispetto alle prove vere e proprie»³¹⁷.

In questo quadro, assume un peculiare rilievo poi la considerazione secondo cui le ulteriori attività stabilite dalla norma di cui all'art. 183 cod. proc. civ. rappresentano degli incumbenti comunque effettuabili dietro istanza di parte e, di conseguenza, suscettibili di costituire liberamente oggetto di rinuncia³¹⁸.

Soprattutto, nell'attuale assetto normativo della questione, è di intuitiva evidenza il fatto che risulti conforme all'esigenza di garantire una ragionevole durata del processo, ai sensi dell'art. 111 Cost., la possibilità di condensare in un'unica udienza le necessarie attività della prima udienza di trattazione, quali la prima comparizione delle parti e la verifica d'ufficio della regolarità del contraddittorio, con l'immediata assunzione dei mezzi di prova contestualmente ammessi, senza che peraltro ciò si ponga in contrasto con l'impianto del codice di rito.

Le riflessioni sinora svolte rendono dunque evidente come, in ultima analisi, il giudice possa accogliere l'istanza e consentire di procedere in modo da conseguire una concentrazione delle attività previste, a condizione che sia possibile riscontrare indefettibilmente la sussistenza dell'accordo delle parti³¹⁹. Ad orientarsi in quest'ordine di idee, peraltro, il passaggio immediato all'udienza di cui all'art. 184 cod. proc. civ., caratterizzata dall'ammissione immediata delle prove richieste oppure dall'assegnazione allo scopo di un termine perentorio, impone di ritenere che alle parti non sia consentito estendere la 'fase preparatoria' del processo, una volta omessa la fase dell'udienza di prima trattazione di cui all'art. 183 cod. proc. civ. In altri termini, il fatto di procedere, su richiesta delle parti, direttamente allo svolgimento dell'udienza di cui all'art. 184 cod. proc. civ. implica che le attività assertive alle quali i litiganti hanno rinunciato non possono surrettiziamente svolgersi ugualmente, confluendo nell'udienza in questione, dal momento che in questo modo sfumerebbe la funzione acceleratoria e semplificatoria dell'accordo processuale in questione.

³¹⁵ Pret. Verona, 22 settembre 1998, cit., 712 ss.

³¹⁶ Pret. Verona, 22 settembre 1998, cit., 712 ss.

³¹⁷ Cass., 10 giugno 1986, n. 3849, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, fasc. 6.

³¹⁸ Pret. Verona, 22 settembre 1998, cit., 712 ss.

³¹⁹ Pret. Verona, 22 settembre 1998, cit., 712 ss.

Le parti «devono pertanto essere immesse senza ritardo»³²⁰ nella fase ‘istruttoria’ di cui all’art. 184 cod. proc. civ., la quale non può in questo caso assumere una completa indipendenza temporale dall’udienza di cui all’art. 183 cod. proc. civ. In particolare, ciò accadrebbe nel caso in cui l’ingresso nella fase istruttoria di cui all’art. 183 cod. proc. civ. fosse posticipato, nell’ipotesi in cui le parti avessero deciso di avvalersi della facoltà di precisare e modificare le proprie difese e con la fissazione del termine perentorio previsto. Ed invero, a causa della totale rinuncia all’udienza di prima trattazione, alcuni incumbenti delle due udienze – e specificamente quelli che non possono costituire oggetto di rinuncia da parte dei litiganti – finiranno inevitabilmente per svolgersi nel medesimo contesto³²¹.

A ben vedere, nella logica del rito previsto dall’attuale assetto normativo, la possibilità di imprimere un’accelerazione allo svolgimento del procedimento, con la deduzione immediata delle istanze probatorie e la produzione contestuale dei mezzi di prova necessari per l’acquisizione di quelli ammessi, determina una sorta di trasformazione – all’esito della semplificazione consensuale – del rito civile ordinario in quello del lavoro. In buona sostanza, l’udienza risultante dall’accordo in questione finisce in tal modo per assumere pressoché gli stessi caratteri dell’udienza di cui all’art. 420 cod. proc. civ.

Dopo aver chiarito questi aspetti, siamo ora in grado di tirare le fila di questo discorso, estendendo le conclusioni raggiunte sinora in relazione alla fissazione *per saltum* dell’udienza di cui all’art. 184 cod. proc. civ. a riflessioni più generali. Specificamente, è utile immediatamente soffermarsi sulla questione della derogabilità convenzionale delle fasi che scandiscono il processo ordinario³²², mediante un negozio giuridico processuale finalizzato alla semplificazione del rito.

In proposito, giova immediatamente prendere le mosse dalla considerazione per la quale, sulla base della norma di cui all’art. 2907 cod. civ., si evince che è dalla domanda di parte che dipende interamente la possibilità di assicurare la tutela giurisdizionale nel sistema processualcivilistico. Per di più, dall’operatività del principio dispositivo discende la circostanza che, in linea di principio, tutte le scansioni del procedimento giurisdizionale si presentano come dipendenti dall’iniziativa delle parti³²³.

In quest’ordine di idee, è possibile affermare dunque che, allorché si riscontrino elementi di carattere inquisitorio nell’ambito dell’impianto del processo civile, nelle ipotesi stabilite in modo tassativo dal legislatore, si tratta di casi che si pongono come eccezionali rispetto al principio dispositivo³²⁴, dal momento che sussiste la peculiare ragione per cui «all’interesse delle parti si sovrappone un interesse generale a ricercare la verità»³²⁵.

Orbene, come si è già avuto modo di osservare in precedenza, la configurabilità di una convenzione tra le parti avente ad oggetto la gestione del processo si spiega quindi in ragione della considerazione non già del carattere pubblicistico che possiede di per sé

³²⁰ Pret. Verona, 22 settembre 1998, cit., 716.

³²¹ Pret. Verona, 22 settembre 1998, cit., 712 ss.

³²² Sul punto, cfr. C. ASPRELLA, *Dell’accordo processuale*, cit., 716 ss.

³²³ C. ASPRELLA, *Dell’accordo processuale*, cit., 716 ss.

³²⁴ C. ASPRELLA, *Dell’accordo processuale*, cit., 716 ss.

³²⁵ G. BONGIORNO, voce *Accordo*, cit., 1.

l'attività giurisdizionale, ma bensì della natura prettamente privatistica dell'interesse su cui si basa lo svolgimento dell'attività in questione. Di conseguenza, sembra si possa in prima battuta affermare che le attività processuali che non coinvolgono interessi di ordine pubblico possano perciò essere liberamente oggetto di rinuncia ad opera dalle parti.

La questione, peraltro, appare forse, come si accennava, un poco più articolata, dal momento che, per risolvere il problema della generale ammissibilità degli accordi sulla semplificazione del rito, occorre prima confutare quell'impostazione dottrinale³²⁶ per la quale sarebbe in vigore una regola della tassatività che precluderebbe una simile possibilità. In altri termini, se si perverrà a riconoscere come il limite agli accordi in esame sia in realtà costituito dai principi di ordine pubblico e dalla natura indefettibilmente intersoggettiva del diritto espresso dal rapporto processuale, emergerà l'importanza della collaborazione delle parti in vista dell'ottimale realizzazione del processo.

In proposito, sembra dunque opportuno, in primo luogo, soffermarci sulla posizione della dottrina avversa alla configurabilità di negozi giuridici processuali aventi ad oggetto la semplificazione del rito e non espressamente tipizzati dal legislatore³²⁷, tra i quali si annoverano anche quelli funzionali alla celebrazione dell'udienza di cui all'art. 184 cod. proc. civ. con le modalità descritte. In particolare, secondo l'orientamento in questione, che – pur condividendo l'ammissibilità del meccanismo giuridico da ultimo menzionato – analizza in senso critico la qualificazione proposta dall'impostazione giurisprudenziale³²⁸ che stiamo esaminando, non si sarebbe in presenza di un vero e proprio accordo processuale³²⁹. Da quest'ultimo punto di vista, le convenzioni consentite andrebbero incontro infatti ad un triplice ordine di limiti, determinati dalla regola della tassatività, dal rispetto dell'ordine pubblico e delle finalità del processo civile, oltre che dalla manifestazione indubbia ed univoca della volontà delle parti. Per questa ragione, la mancanza di una norma che contempra l'accordo processuale in esame precluderebbe la possibilità per le parti di oltrepassare in via convenzionale le scansioni del processo ordinario³³⁰.

In questa logica, per un verso, si dovrebbe riconoscere la correttezza dell'impostazione seguita dalla giurisprudenza in questione nella misura in cui consente di evitare la prima udienza di trattazione per passare immediatamente alla fase istruttoria, dal momento che si tratterebbe dell'omissione di incombenze che non pregiudicherebbero la dialettica del processo, in quanto verrebbero in considerazione quelle acquisizioni la cui eventuale omissione non comprometterebbe l'effettività del contraddittorio. In altri termini, si tratta di quelle attività alle quali le parti possono liberamente rinunciare, ossia la precisazione e la modificazione delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già formulate³³¹. Ne deriva che il passaggio *per saltum* alle acquisizioni istruttorie di cui all'udienza prevista dall'art. 184 cod. proc. civ. implica una

³²⁶ C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale*, cit., 716 ss.

³²⁷ C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale*, cit., 716 ss.

³²⁸ Pret. Verona, 22 settembre 1998, cit., 712 ss.

³²⁹ C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale*, cit., 716 ss.

³³⁰ C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale*, cit., 716 ss.

³³¹ C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale*, cit., 722.

vera e propria autonomia delle attività dell'udienza medesima esclusivamente rispetto a quest'ultima tipologia di attività assertorie, confluendo gli altri incumbenti dell'udienza di prima trattazione – in seguito alla sua omissione – nell'ambito della stessa udienza di cui all'art. 184 del codice di procedura civile³³².

Attualmente, l'opzione ricostruttiva volta a ritenere compatibili con l'ordinamento tali accordi sembra trovare un ulteriore elemento di riscontro a livello normativo nell'art. 183-*bis* cod. proc. civ. di recente introdotto. In particolare, la norma prevede che, «nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, il giudice nell'udienza di trattazione, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, può disporre, previo contraddittorio ..., con ordinanza non impugnabile, che si proceda a norma dell'art. 702-*ter*»³³³ del codice di rito, invitando le parti ad espletare le proprie attività probatoria. Da ciò può dunque trarsi l'argomentazione per la quale, se il sistema della procedura civile ammette che il giudice possa imporre un mutamento procedimentale di questo genere, con una sostanziale semplificazione del rito, *a fortiori* deve riconoscersi la possibilità per le parti di accordarsi in tal senso, avanzando una richiesta che abbia ad oggetto la concentrazione delle attività processuali in questione. Il che rappresenta un importante indice di meritevolezza rispetto alla configurazione di un assetto di interessi di questo tipo, attraverso un dato normativo che mostra di recepire la prassi.

Per altro verso, il principio di tassatività osterebbe alla configurabilità di un accordo che abbia ad oggetto l'omissione di fasi processuali. Pertanto, sarebbe necessario, secondo la dottrina in esame³³⁴, effettuare una «riqualificazione della 'rinuncia' effettuata dalle parti»³³⁵, considerando come la fissazione *per saltum* dell'udienza di cui all'art. 184 cod. proc. civ. rappresenterebbe non già la conseguenza di una convenzione processuale intercorrente tra i litiganti, ma bensì – in seguito al consentito venir meno delle attività assertorie – «il passaggio diretto all'unica attività esperibile, quella delle c.d. deduzioni istruttorie»³³⁶.

Orbene, alle argomentazioni appena esposte può subito replicarsi evidenziando l'importanza della collaborazione delle parti rispetto alla gestione della lite, la quale, nelle sue manifestazioni consensuali volte alla semplificazione del rito, non può che confluire in un negozio giuridico processuale, da considerarsi come meritevole di tutela in quanto corrispondente agli obiettivi di celerità del procedimento giurisdizionale ricavabili dall'impianto processualciviltistico e dalla Costituzione.

In particolare, è opportuno innanzitutto sottolineare, al riguardo, come in realtà il principio di tassatività in ambito processuale rappresenti la manifestazione della riserva di legge che non si pone in contrasto con la configurabilità di negozi giuridici processuali atipici, al ricorrere di certi requisiti. Del resto, si è già avuto modo di riflettere in precedenza sulla circostanza che la regola dell'autonomia privata – essenzialmente ricavabile dalla disposizione di cui all'art. 1322 cod. civ. per quanto riguarda il potere dei privati di determinare autonomamente il contenuto del contratto – ed il principio

³³² C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale*, cit., 716 ss.

³³³ Art. 183-*bis*, cod. proc. civ.

³³⁴ C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale*, cit., 716 ss.

³³⁵ C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale*, cit., 722.

³³⁶ C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale*, cit., 722.

dispositivo appaiono certamente correlati. In quest'ordine di idee, è opportuno specificamente valorizzare il fatto che lo stesso parametro di cui all'art. 1322 cod. civ. assicuri il rispetto del principio di legalità giurisdizionale ed appaia, di conseguenza, applicabile altresì in ambito processuale. In buona sostanza, la questione della necessità di una specifica previsione di legge in relazione al singolo accordo processuale trova una soluzione meno restrittiva alla luce della considerazione per la quale la norma in questione si presenta come intrinsecamente idonea a soddisfare la riserva di legge di cui all'art. 111 Cost.

In questo quadro, non paiono quindi emergere ragioni ostative alla configurabilità di accordi processuali atipici, tenuto conto della rilevata qualificazione degli stessi in termini negoziali. Ed invero, ciò trova fondamento nella capacità propria della disciplina contrattuale di operare quale 'diritto comune'. In altri termini, nel vigente assetto ordinamentale la medesima disciplina risulta idonea a regolare ogni atto di autonomia privata plurilaterale che configuri una convenzione, a prescindere dal settore in cui si esplica, salvo il rispetto di specifiche norme imperative³³⁷. A ben vedere, queste considerazioni si pongono come il logico corollario del riconoscimento del fatto che «il processo civile costituisce il riflesso dell'autonomia del diritto che si fa valere attraverso l'esercizio dell'azione giurisdizionale e che spetta alle parti ogni iniziativa processuale»³³⁸, ad eccezione di alcune ipotesi particolari in cui gli interessi coinvolti presentano un rilievo pubblicistico. Ne consegue che i negozi giuridici incentrati sulla gestione del procedimento si presentano alla stregua di manifestazioni di «quel principio dispositivo che consente alle parti di regolare lo svolgimento della attività giurisdizionale civile secondo la loro privata volontà per conseguirne vantaggi reciproci»³³⁹.

In questo quadro, una volta ammessa l'applicabilità ai negozi giuridici della disciplina dei contratti in quanto compatibile, non può che trarsi la conclusione per la quale nemmeno i negozi processuali si sottraggono al principio per cui l'atto privato incontra un limite esterno nella compatibilità ordinamentale, secondo quanto sancito espressamente dalla disposizione di cui all'art. 1418 cod. civ. Limite che si estrinseca nel caso in questione soprattutto nella diversità strutturale del diritto processuale.

Ebbene, stante la tendenziale ammissibilità dei negozi giuridici processuali sulla semplificazione del rito, anche qualora non trovino un fondamento puntuale in una norma, non può non individuarsi il loro fondamento nel «carattere intersoggettivo del diritto, anche di quello processuale»³⁴⁰, che si traduce nella collaborazione delle parti alla migliore realizzazione del processo che ispira il sistema della tutela giurisdizionale e si traduce, tra l'altro, nella predisposizione di strumenti negoziali meritevoli in quanto funzionali a garantire maggiormente la sua ragionevole durata.

A ben vedere, l'importanza dell'*agere cum aliquo*, ossia della collaborazione dei litiganti, appare coerente con la natura necessariamente bilaterale della buona fede, che, come si è visto in precedenza, definisce trasversalmente, al livello di rapporto, le vicende

³³⁷ In questo senso, può ricordarsi, *ex pluribus*, F. GAZZONI, *Manuale*, 777 ss., il quale ha posto in evidenza la «forza espansiva» (così, a p. 777) – trasversale all'intero ordinamento – della disciplina contrattuale.

³³⁸ G. BONGIORNO, voce *Accordo*, cit., 1.

³³⁹ G. BONGIORNO, voce *Accordo*, cit., 1.

³⁴⁰ C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale*, cit., 719.

del diritto tutelato sia dal punto di vista sostanziale sia da quello processuale. In questa logica, ben si comprende come la regola della correttezza, presentandosi come un *continuum* tra la norma di cui all'art. 1175 cod. civ. e quella di cui all'art. 88 cod. proc. civ., risulti coerente con una gestione collaborativa del rito, non permettendo in linea di principio l'ordinamento che il processo come organizzazione possa essere oggetto di una iniziativa unilaterale.

In conclusione, assume dunque rilevanza la considerazione per la quale nel processo di cognizione, strutturato sulla base del fondamentale principio dispositivo, «la dialettica processuale non si basa sull'egoismo ma piuttosto sul dialogo, fondato su posizioni reciprocamente contrapposte ma destinato ad offrire elementi di valutazione al giudice in vista della decisione»³⁴¹. Evidentemente, la circostanza che il processo civile appaia contraddistinto dalla collaborazione delle parti non implica in questo senso un'abdicazione da parte dell'ordinamento alla funzione primaria della tutela giurisdizionale, ma bensì il riconoscimento della natura totalmente privatistica dell'interesse che si colloca alla base dell'esercizio della stessa attività giurisdizionale³⁴².

In ultima analisi, in considerazione di quanto osservato sinora, ben si comprende come il significato della proiezione nel processo della regola della correttezza può recuperarsi nella rappresentazione di una 'Mitwirkung', ossia nell'idea di una collaborazione tra le parti per un efficiente funzionamento della giurisdizione. Ebbene, non si può non riconoscere come quest'ultima – che costituisce l'essenza stessa dell'*ex fide bona*, quale criterio già rinvenibile nelle radici romanistiche del modello – si presenti come un principio comunque adeguato anche all'attuale modello statual-legalista delle regole processuali³⁴³.

2.2.5 L'accordo sulla sospensione 'ex' art. 296 cod. proc. civ.

La sospensione c.d. 'volontaria' del processo civile, prevista dalla norma di cui all'art. 296 cod. proc. civ., è una figura tipizzata che dà luogo ad un arresto in linea di principio temporaneo del procedimento a causa del verificarsi di uno specifico evento. In particolare, in questo caso la sospensione può essere disposta con ordinanza dal giudice in seguito all'istanza concorde di tutte le parti, e per un periodo di tempo non superiore a tre mesi. È previsto, inoltre, che la sospensione possa essere concessa soltanto una volta e purché sussistano giustificati motivi.

Ebbene, per analizzare le problematiche connesse alla figura in esame, sarà utile prendere le mosse da una ricognizione dei caratteri fondamentali dell'istituto, dal momento che non sembra possano sorgere molti dubbi riguardo all'inquadramento dello stesso *sub specie* di negozio giuridico processuale, in considerazione della sua struttura consensuale e della sua incidenza sull'organizzazione del procedimento. Il che indurrà quindi – una volta constatata la volontà legislativa di limitarne l'impiego al fine di impedire utilizzazioni dilatorie del meccanismo in esame – a riflettere sui profili di meritevolezza di un accordo che sembrerebbe porsi *ictu oculi* in contrasto con le esigenze

³⁴¹ C. ASPRELLA, *Dell'accordo processuale*, cit., 719.

³⁴² Così S. SATTA, voce *Accordo*, cit., 300 s.

³⁴³ Per una prospettiva storica si veda S. SCHLINKER, '*Litis contestatio*', cit., 635 ss.

di ragionevole durata del processo, nonostante in concreto l'istituto sia «reso superfluo dalla disponibilità (e dalla cronica lentezza) dei ritmi del processo»³⁴⁴.

A ben vedere, anche in questo caso – come già si è avuto modo di osservare rispetto agli altri negozi di questo genere – si perverrà a riconoscere l'intrinseca compatibilità ordinamentale di un peculiare atteggiarsi della procedura convenzionalmente determinata dai litiganti, al fine di una più confacente gestione della stessa, qualora ciò rappresenti lo strumento per favorire la conclusione di una transazione sulla lite ovvero per evitare un inutile dispendio di attività processuale, in mancanza dei requisiti per la sospensione necessaria di cui all'art. 295 cod. proc. civ.

Addentrandoci lungo il percorso appena tracciato, è dunque utile, in primo luogo, intraprendere l'esame del primo punto menzionato, afferente alla ricognizione delle caratteristiche principali della figura della sospensione su istanza concorde delle parti e delle principali questioni sorte in generale al riguardo, al fine di procedere subito ad un inquadramento della stessa.

In proposito, giova preliminarmente osservare come – secondo quanto in precedenza anticipato – l'accordo sulla sospensione del procedimento di cui all'art. 296 cod. proc. civ., per un verso, sfoci in un effetto che l'ordinamento considera alla stregua di una «vicenda anormale del processo»³⁴⁵ e, per altro verso, l'operatività dell'istituto risulti sostanzialmente pregiudicata dalla disponibilità e dalla inveterata lentezza delle cadenze del rito³⁴⁶. Pertanto, il discorso che ci apprestiamo a proporre potrebbe trovare un maggiore rilievo pratico esclusivamente qualora questi patologici impedimenti venissero superati, con un nuovo recupero della funzionalità della figura³⁴⁷.

In questo quadro, innanzitutto la peculiarità di un meccanismo almeno astrattamente idoneo a determinare una battuta d'arresto nello svolgimento procedimentale nel contesto di una tendenza dell'ordinamento a perseguire l'obiettivo della ragionevole durata del processo, secondo quanto sancisce la norma di cui all'art. 111 Cost., ridonda in generale nella circostanza che l'effetto sospensivo non si produce in modo automatico³⁴⁸, «ma a seguito di un provvedimento del giudice solo nei gradi di merito (e perciò esclusa la Cassazione) e non più dopo la precisazione delle conclusioni»³⁴⁹. Per quanto riguarda specificamente la sospensione c.d. 'volontaria' poi ciò si traduce nella necessità che la richiesta proveniente dai litiganti sia sorretta da giustificati motivi. Il giudice è tenuto dunque a valutare l'opportunità di accordare la stasi del procedimento in considerazione delle ragioni concretamente addotte dalle parti.

Con queste premesse, siamo giunti così a considerare alcuni aspetti di carattere generale della figura dell'accordo sulla sospensione di cui all'art. 296 cod. proc. civ., tra cui innanzitutto l'importanza del profilo convenzionale rispetto alla possibilità di ottenere un arresto dell'*iter* procedimentale al di fuori dei casi di sospensione necessaria di cui all'art. 295 cod. proc. civ. Ed invero, l'accordo delle parti appare ovviamente

³⁴⁴C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 339, nt. 37.

³⁴⁵C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 339.

³⁴⁶C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 338 ss. (e, soprattutto, 339, nt. 37).

³⁴⁷In questo senso si veda C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 338 ss. (e, soprattutto, 339, nt. 37).

³⁴⁸C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 338 ss.

³⁴⁹C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 339.

connaturato alla struttura dell'istituto in questione sulla base della lettera dell'esplicita previsione normativa.

D'altra parte, ciò sembra trovare una conferma nella circostanza che – secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione³⁵⁰, poi cristallizzato dal legislatore del 2009 – l'ordinanza di sospensione facoltativa disposta dal giudice di sua iniziativa si traduce in un provvedimento abnorme, in quanto tale suscettibile di essere oggetto di regolamento necessario di competenza ai sensi dell'art. 42 del codice di procedura civile³⁵¹. In quest'ordine di idee, nella disciplina predisposta da quest'ultima norma non residua più spazio affinché il giudice possa esercitare discrezionalmente una facoltà di sospensione del processo, in modo di fatto insindacabile ed esorbitando dalle ipotesi tassative consentite dalla legge. Del resto, ad ammettere una possibilità di questo genere, ci si porrebbe in palese contraddizione, da un lato, con il canone di eguaglianza, con il diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. e – soprattutto – con il principio della ragionevole durata del processo previsto dall'art. 111 Cost. Dall'altro lato, ciò divergerebbe irrimediabilmente con il disfavore dell'ordinamento relativamente al fenomeno della sospensione del procedimento, come emerge chiaramente dalla novella della disposizione di cui all'art. 42 del codice di procedura civile³⁵².

In questa prospettiva, ben si comprende dunque come una simile disposizione dell'organizzazione del processo al di fuori dei casi tassativamente previsti risulti essenzialmente sottratta alla sfera decisionale autonoma dell'organo giudicante, non potendosi piuttosto prescindere a tal fine dalla disposizione concorde delle parti. In buona sostanza, sebbene la realizzazione di un simile assetto di interessi ad opera dei litiganti risulti soggetta a consistenti limitazioni ed al vaglio del giudice, sembra si possa riconoscere in questo l'importanza che l'impianto codicistico accorda alla possibilità di gestione convenzionale della lite, compatibilmente con i canoni di ordine pubblico, che consente di incidere sul rito in maniera non effettuabile altrimenti.

Dopo aver chiarito questi aspetti, siamo ora in grado di tirare le fila di questo discorso, e di evidenziare alcune ricadute pratiche dell'opzione interpretativa suggerita. In particolare, sembra sia possibile a questo punto trarre dai caratteri sinora enucleati relativamente alla figura dell'accordo sulla sospensione del procedimento di cui all'art. 296 cod. proc. civ. delle conseguenze in termini qualificatori mediante le quali procedere ad un inquadramento della stessa.

Ed è su questo aspetto che dovremo adesso soffermarci.

Al riguardo, è dunque utile prendere le mosse dalla considerazione degli elementi strutturali e funzionali della fattispecie in questione, dal momento che gli stessi si

³⁵⁰ Cass., sez. un., 1 ottobre 2003, n. 14670, in *Foro it.*, 2004, I, 1474 ss., con nota di G. TRISORIO LIUZZI, *Le sezioni unite cassano la sospensione facoltativa del processo civile*, ivi, 1474, ss.. In senso conforme si veda altresì, tra le numerose pronunce, Cass., 25 novembre 2010, n. 23906, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

³⁵¹ Cass., ord., 24 settembre 2012, n. 16188, in <http://www.altalex.com/>, con nota di A. FERRETTI, *Regolamento di competenza: no a sospensioni discrezionali del processo*, ivi. Al riguardo, occorre altresì menzionare C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 341 ss., nt. 43; e G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 497 ss. (e, soprattutto, 500).

³⁵² Cass., ord., 24 settembre 2012, n. 16188, cit.

presentano come significativamente corrispondenti ai caratteri salienti che abbiamo sinora individuato come propri della categoria dei negozi giuridici processuali. Specificamente, la necessità di una concorde richiesta delle parti – che non può non presupporre la sussistenza di un accordo, sembrando quantomeno elucubrate le varie tesi dell'incontro di volontà parallele e convergenti³⁵³ – rappresenta chiaramente il requisito volontaristico idoneo a colorare in senso negoziale il compimento degli atti processuali, entro i limiti consentiti dall'ordinamento. A ben vedere, questa ricostruzione si presenta come esattamente coerente con la riflessione secondo la quale l'operatività della regola della correttezza – definendo, a livello di rapporto, le vicende del diritto tutelato sia dal punto di vista sostanziale sia da quello processuale, in quanto si presenta come un *continuum* tra l'art. 1175 cod. civ. e l'art. 88 cod. proc. civ. – in linea di principio non permetta che il processo come organizzazione possa essere oggetto di un'iniziativa unilaterale.

Addentrando su questa via, occorre inoltre riconoscere come, conformemente allo stesso disposto normativo, lo scopo pratico che sorregge una convenzione di questo tipo si estrinsechi nella determinazione di una battuta d'arresto nello svolgimento del processo della durata comunque non superiore a tre mesi, e dunque nella produzione di un assetto di interessi che sostanzialmente si ripercuote sulla gestione del procedimento medesimo. In questa logica, non sembra quindi possa revocarsi in dubbio la considerazione per la quale la fattispecie dell'accordo sulla sospensione di cui all'art. 296 cod. proc. civ. appare funzionalmente strumentale a configurare il rito – negli spazi consentiti dal sistema – nel senso maggiormente congeniale agli interessi dei litiganti. Peraltro, l'esigenza di accordare la tutela ordinamentale esclusivamente a quegli atti caratterizzati dal contributo dell'autonomia privata alla migliore realizzazione del giusto processo *sub specie* di un accertamento processuale realizzato in un tempo ragionevole non si pone in contrasto con la facoltà per le parti di accordarsi circa la sospensione del processo, se si considera che l'efficacia negozio è comunque subordinata alla valutazione del giudice circa la sussistenza di giustificati motivi.

Quanto sinora osservato consente, pertanto, di qualificare la figura in questione alla stregua di un negozio giuridico incidente sull'*agere* in senso processuale, il quale implica perciò la configurazione del rito.

³⁵³ Per una ricognizione delle opinioni dottrinali in questione, cfr. V. M. TRIMARCHI, voce *Accordo*, cit., 297 ss., il quale – come si è visto – riferisce che, secondo una prima impostazione sussisterebbe in capo alle parti la possibilità di regolare in via convenzionale, ma non contrattualmente, la propria posizione, mediante atti che dal punto di vista strutturale rappresenterebbero mere dichiarazioni parallele. Sulla base di un'altra ipotesi ricostruttiva, maggiormente incentrata sull'aspetto della struttura dell'accordo, esso si articolerebbe essenzialmente nell'affiancamento di plurime dichiarazioni comunque non collegate da un rapporto di reciproca dipendenza, dal contenuto coincidente, ma eventualmente dettate da ragioni differenti. Una voce differente, prendendo in considerazione alcuni casi specifici, ha poi adoperato la qualificazione di atti integranti dichiarazioni concordi, descrivendoli altresì come atti complessi, di natura non contrattuale. Infine, in relazione a certe tipologie di accordo, piuttosto è stato disconosciuto che le parti possano esercitare un potere dispositivo, dal momento che un atto così configurato si presenterebbe soltanto quale forma di compartecipazione rispetto all'attività del giudice, del cui provvedimento le convergenti manifestazioni di volontà costituirebbero un semplice presupposto.

Emerge, a questo punto, la ricaduta pratica dell'opzione interpretativa qui suggerita. Ed invero, alla luce di tale inquadramento risulterà immediatamente più agevole proporre una soluzione rispetto ai problemi principali sorti attorno ad alcuni profili della fattispecie medesima. Nello specifico, è stata sollevata essenzialmente la questione relativa alla determinazione del possibile contenuto delle ragioni addotte dalle parti, che il giudice deve valutare alla stregua di giustificati motivi sulla base dei quali emettere l'ordinanza di accoglimento dell'istanza.

In questo quadro, ci troviamo di fronte, in particolare, al problema di stabilire entro quali termini sia consentita la derogabilità convenzionale – pur prevista in modo esplicito dallo stesso legislatore – delle rigide scansioni processuali fissate dall'impianto processualciviltico, soprattutto all'esito delle riforme degli anni Novanta³⁵⁴.

Ebbene, soccorrono al riguardo essenzialmente due ordini di considerazioni.

In primo luogo, emerge chiaramente la circostanza per cui già a livello normativo il fenomeno sospensivo va incontro ad una impostazione di carattere limitativo, che nella sospensione volontaria si traduce specificamente nella previsione del vaglio dei motivi della richiesta da parte del giudice in ordine al fatto che gli stessi appaiano giustificati. In secondo luogo, è importante rilevare che la valutazione del negozio giuridico processuale in esame in termini di meritevolezza di tutela – pur se ricorra l'indefettibile requisito strutturale – debba necessariamente comprendere la sua compatibilità con il diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. e – soprattutto – con il principio della ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111 della Carta fondamentale³⁵⁵.

Il che induce innanzitutto a considerare come senz'altro non appaia giustificata la richiesta di sospensione, e dunque il relativo negozio, nell'ipotesi in cui la stessa si manifesti alla stregua di un mero stratagemma defatigatorio, dal momento che ciò si porrebbe in contrasto con l'esigenza costituzionalizzata di efficienza del processo già menzionata, secondo quanto emerge altresì dalla volontà del legislatore di limitarne l'utilizzazione a casi circoscritti, allo scopo di impedire che si abusi dello strumento a fini dilatori³⁵⁶. In questa prospettiva, l'accordo sulla sospensione del procedimento di cui all'art. 296 cod. proc. civ. non risulta inoltre ammissibile nell'ipotesi in cui l'istanza persegua l'obiettivo di sanare in modo retroattivo un vizio processuale derivante dalla violazione di una disposizione di legge, in quanto questo si porrebbe in contrasto con il canone dell'ordine pubblico, che vale a circoscrivere la sfera di validità dei negozi giuridici³⁵⁷.

Una volta effettuata una prima perimetrazione del profilo di ammissibilità funzionale della figura, peraltro, occorre a questo punto valorizzare la necessità di accordare la tutela dell'ordinamento solamente a quegli atti caratterizzati dal contributo

³⁵⁴ Sul punto, si veda, più in generale, Pret. Verona, 22 settembre 1998, cit., 712 ss.

³⁵⁵ Cass., ord., 24 settembre 2012, n. 16188, cit.

³⁵⁶ C.I. RISOLO, *Altre modifiche al libro secondo del codice di procedura civile*, in *La riforma del processo civile. Commento alla legge 18 giugno 2009, n. 69, aggiornato alle novità introdotte dal d.l. 193/2009, conv. con mod., in l. 24/2010, al d.m. 17 febbraio 2010 (modello di testimonianza scritta) e al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (attuazione della delega in materia di mediazione e conciliazione delle liti civili e commerciali)*, a cura di F. A. Genovese - C. I. Risolo, Milano, 2010, 205 ss. Sul punto, cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 404.

³⁵⁷ C.I. RISOLO, *Altre modifiche*, cit., 205 ss.

dell'autonomia privata alla migliore realizzazione del giusto processo *sub specie* di un accertamento processuale realizzato in un tempo ragionevole. Orbene, seppure all'apparenza contraddittorio con un negozio produttivo di una sospensione del procedimento, l'interesse in questione può nondimeno trovare espressione negli accordi di cui all'art. 296 cod. proc. civ. in alcuni specifici casi, i quali sostanzialmente valgono ad integrare i giustificati motivi richiesti da quest'ultima norma.

In particolare, occorre far riferimento, per un verso, alla prospettiva secondo la quale le parti richiedano al giudice l'emissione di un'ordinanza di sospensione in vista del ritenuto probabile ed imminente raggiungimento di un accordo mediante il quale porre fine in via transattiva alla controversia giudiziaria tra le stesse intercorrente³⁵⁸. Il che, mirando a produrre secondo una modalità legalmente prevista la conclusione del processo, si presenta come un negozio indubbiamente funzionale a perseguire il canone di un processo 'giusto' in quanto giunto ad una definizione delle posizioni dei litiganti con un'apprezzabile contrazione dei tempi.

Da un diverso punto di vista, sembra che la meritevolezza del negozio di sospensione volontaria del rito possa discendere altresì dall'esigenza di evitare un inutile dispendio di attività processuale rispetto a quelle ipotesi nelle quali – al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge, in cui sia necessario sospendere il processo per risolvere un'altra controversia – venga in rilievo un potenziale conflitto tra decisioni che, secondo l'imprescindibile valutazione delle parti, oltre che del giudice, sarebbe suscettibile di vanificare il risultato della decisione. Specificamente, sintetizzando un dibattito notevolmente ampio e complesso, occorre osservare come la fattispecie di sospensione necessaria prevista dalla norma di cui all'art. 295 cod. proc. civ., che viene disposta d'ufficio dal giudice, riguardi il caso che nelle cause in rapporto di pregiudizialità necessaria³⁵⁹ risultino dedotti diritti tra loro incompatibili. In questa logica, sembra da condividersi l'opinione sulla base della quale, perché possa integrarsi la figura, occorrerebbe immancabilmente l'antecedenza sia logica sia giuridica, sul presupposto imprescindibile dell'identità dei soggetti del processo³⁶⁰.

In questo quadro, sarà dunque ammissibile ed opportuno ricorrere alla sospensione volontaria qualora sussista il rischio non già di un contrasto di giudicati, ma bensì di una vana dissipazione di attività processuale, dal momento che l'esito di una causa appare effettivamente idoneo a vanificare quello dell'altra controversia. In questi casi, infatti, non vi sarebbe un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico, bensì esclusivamente in senso logico. Il che rende necessario l'accordo delle parti quali soggetti esponenziali della migliore valutazione dei propri interessi in ordine alla gestione della

³⁵⁸ Al riguardo, cfr. G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 497 ss. (e, soprattutto, 500), il quale rileva, peraltro, che «la sospensione facoltativa su istanza concorde di tutte le parti costituisce un istituto pressoché irrilevante, non potendo superare nel massimo tre mesi (termine umoristicamente così ridotto di un mese con l'art. 46, comma 11, della l. 69/2009)». Da quest'ultimo punto di vista, «siccome il processo civile ha allo stato una durata molto superiore, tanto che il rinvio da una udienza ad un'altra supera di gran lunga detto limite, non v'è alcuna necessità di fare ricorso a tale rimedio per permettere alle parti di ottenere quella pausa temporale necessaria per giungere possibilmente ad un'intesa risolutrice della controversia».

³⁵⁹ In proposito, si veda G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 497 ss. (e, soprattutto, 498, nt. 31).

³⁶⁰ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 341 ss., nt. 43

lite, al ricorrere di un assetto di interessi non immeritevole di tutela da parte dell'ordinamento³⁶¹. Ed invero, soltanto in forza della realizzazione di un negozio sulla sospensione del procedimento, ai sensi dell'art. 296 cod. proc. civ., si evita in queste ipotesi la violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e del principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.

2.2.6 *La richiesta di decisione secondo equità 'ex' art. 114 cod. proc. civ.*

Come è noto, il nostro ordinamento è improntato al principio generale secondo il quale il giudice è tenuto, nell'esercitare la giurisdizione, ad applicare le norme del diritto, secondo la regola ricavabile dall'art. 24 Cost. ed esplicitata dalla disposizione di cui all'art. 113 cod. proc. civ. Nondimeno, è dato riscontrare la presenza di alcune eccezioni, dal momento che in alcune ipotesi contemplate dallo stesso art. 113 e dall'art. 114 cod. proc. civ. è previsto che il giudice decida non già secondo diritto, ma bensì secondo equità³⁶².

In questo quadro, per analizzare le questioni sollevate dalla figura della richiesta di decisione in via equitativa, ai sensi dell'art. 114 cod. proc. civ., occorrerà preliminarmente soffermarsi sulla struttura del giudizio di equità. Ebbene, se si valorizza la circostanza per cui la possibilità di giudicare anche mediante la creazione della regola del caso concreto non si traduce nel mero arbitrio, ma, da un lato, non può prescindere dal principio della domanda e, dall'altro lato, presuppone che i fatti costitutivi siano rappresentati come elementi di una determinata fattispecie giuridica, si giungerà a riconoscere che il giudizio di equità comunque si configura alla stregua di un giudizio giuridico obiettivo³⁶³.

Il che consentirà quindi di soffermarsi sul problema della qualificazione dell'accordo di cui all'art. 114 cod. proc. civ. Ed invero, dopo aver considerato che lo stesso si fonda sul potere dispositivo delle parti, occorrerà evidenziare il fatto che la richiesta di giudizio secondo equità non equivale ad una rinuncia delle parti alla propria ragione giuridica³⁶⁴. Si perverrà piuttosto ad evidenziare come si tratti in realtà di un negozio giuridico di configurazione del rapporto processuale, in quanto finisce per incidere essenzialmente sulle regole dell'istruzione probatoria, sul piano normativo utilizzabile e sul regime delle impugnazioni.

Procediamo, pertanto, con l'esame del primo punto tratteggiato, afferente all'analisi dei caratteri fondamentali del giudizio secondo equità, dal momento che lo stesso rappresenta l'oggetto della richiesta delle parti di cui all'art. 114 cod. proc. civ. ed incide sulla configurazione di quest'ultimo atto.

³⁶¹ In questo senso, può menzionarsi, *ex pluribus*, Corte Conti reg., (Lombardia), sez. giurisd., 14 luglio 2010, n. 405, in massima in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg., secondo cui, «per giurisprudenza consolidata, il giudizio amministrativo-contabile e il processo penale sono reciprocamente indipendenti, fatta salva la facoltà del giudice contabile di disporre la sospensione facoltativa del giudizio, ai sensi dell'art. 296 cod. proc. civ.».

³⁶² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 112 ss.

³⁶³ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1996, 107 ss.

³⁶⁴ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss.

Al riguardo, giova preliminarmente ricordare, come già anticipato, che «i termini di quello che è stato tradizionalmente inteso come il problema pratico e scientifico del giudizio d'equità, sono dati in realtà dall'art. 113, comma 1»³⁶⁵, laddove si stabilisce che «nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità»³⁶⁶. Da quest'ultimo punto di vista, la nozione di 'diritto' cui la norma in questione fa riferimento coincide sostanzialmente con quella di cui all'art. 1 disp. prel., che, nell'identificare le fonti del diritto, non contempla tra le stesse anche l'equità³⁶⁷. Per di più, agli articoli successivi si definisce la legge come fonte primaria, con un corrispondente declassamento delle altre fonti di produzione giuridica, che si pongono come fonti secondarie in quanto previste dalla legge ed alla stessa non antinomiche. Pertanto, l'art. 113 cod. proc. civ., ponendosi in linea con questi canoni, rappresenta l'espressione «di quella visione del diritto che si indica come 'positivismo giuridico statale'»³⁶⁸, che postula l'identificazione della «giuridicità della norma con la previsione diretta od indiretta della stessa nella legge dello Stato, intesa questa come fonte primaria ed esclusiva di giuridicità»³⁶⁹.

Il che, come è stato posto in evidenza³⁷⁰, ha finito per ripercuotersi sull'approccio adottato dalla dottrina processualistica rispetto alla questione del giudizio d'equità e sulle opzioni ricostruttive suggerite³⁷¹. In buona sostanza, nella ricerca di un criterio differenziale tra giudizio di equità e giudizio di diritto, normalmente i vari orientamenti fanno riferimento essenzialmente alla rilevanza di due elementi, intesi come fossero in rapporto di interdipendenza dal punto di vista logico.

Specificamente, si tratta, in primo luogo, del requisito della singolarità del fatto rispetto al quale è invocata l'operatività di una norma equitativa, ossia di quell'elemento che si riflette nel potere del giudice di «adattare il diritto già esistente alle speciali esigenze del caso singolo, nello spirito della codificazione vigente»³⁷².

In secondo luogo, verrebbe in evidenza il carattere di soggettività della regola in questione, dal momento che per la sua individuazione il giudice attingerebbe ad una valutazione effettuata nel corso dello stesso giudizio e fondata sulla sua personale sensibilità, e pertanto la norma di carattere equitativo così determinata viene intesa – secondo i vari punti di vista che è possibile unitariamente condensare in questo modo – come priva dei caratteri dell'oggettiva preesistenza e della exteriorità rispetto all'organo giurisdizionale³⁷³. Da quest'ultimo punto di vista, si pone in evidenza il fatto che

³⁶⁵ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107.

³⁶⁶ Art. 113, comma 1, cod. proc. civ.

³⁶⁷ F. CIPRIANI, *Il giudizio di equità necessario*, in *Foro it.*, 1985, V, 34 ss.

³⁶⁸ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107.

³⁶⁹ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107, il quale evidenzia come una simile concezione si estrinsechi in ultima analisi «sul piano analitico-interpretativo in un'aderenza al dato fenomenologico dell'esperienza concreta e al significato letterale della norma; sul piano sistematico in un prevalente intento definitorio e categorizzante soddisfatto mediante l'uso rigoroso ed esclusivo della logica formale».

³⁷⁰ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss.

³⁷¹ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss.

³⁷² P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto di procedura civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1941, 92. Così anche A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1985, V, 25 ss.

³⁷³ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss.

l'ordinamento consente – sia per ragioni di economia dell'attività giurisdizionale, sia sul fondamento della concorde richiesta delle parti – che al giudice sia permesso esercitare la propria attività sulla base di parametri normativi differenti rispetto alle previsioni legali³⁷⁴. Ne conseguirebbe coerentemente la considerazione in termini di eccezionalità del giudizio di equità, a differenza del giudizio di diritto che costituisce la regola³⁷⁵.

La questione, peraltro, appare forse, come si accennava, un poco più articolata, in quanto occorrerà subito porre in evidenza la circostanza che a livello strutturale il giudizio di equità non può non presentare notevoli profili di coincidenza con quelli del giudizio di diritto. Ciò consentirà, infatti, di riconoscere come lo stesso giudizio equitativo si configuri in realtà alla stregua di un giudizio oggettivamente giuridico, differenziandosi essenzialmente per le modalità di svolgimento del procedimento.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

In proposito, è utile innanzitutto riflettere sulla validità della tesi della singolarità del caso oggetto della norma equitativa, dal momento che alla stessa si possono muovere alcune obiezioni, non potendosi perciò postulare così pacificamente l'ascrivibilità al giudizio di equità della caratteristica in questione³⁷⁶.

Ebbene, non può non considerarsi, sul punto, come il disposto dell'art. 113, comma 1, cod. proc. civ. offra piuttosto indicazioni di segno opposto rispetto alla ricostruzione tradizionale³⁷⁷. Ed invero, nella misura in cui quest'ultima norma indica il giudizio secondo diritto come regola generale, e soltanto nei casi in cui la legge attribuisca al giudice questo potere consente di giudicare secondo equità, si evince agevolmente come anche le fattispecie concrete suscettibili di costituire l'oggetto di un giudizio di carattere equitativo non si sottrarrebbero in quanto tali all'astratta determinazione nell'ambito di una previsione legale. In altri termini, il caso singolo qualificabile mediante la norma singolare di natura equitativa non si presenta come ontologicamente diverso da quello inquadrabile *sub specie* di una norma di diritto³⁷⁸.

A ben vedere, l'alternativa posta dalla norma in questione, fondata sul criterio dell'attribuzione al giudice del potere di decidere in via equitativa da parte della legge, risulterebbe priva di un significato logico qualora si desse per presupposto che la norma di equità si presentasse come «l'unica applicabile in quanto, per definizione, 'norma che si applica quando manca la norma di diritto'»³⁷⁹. In questa logica, è di intuitiva evidenza la circostanza che, affinché si possa configurare l'applicazione della norma equitativa alla stregua di un'eccezione ammessa dall'ordinamento relativamente alla regolare

³⁷⁴ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss.

³⁷⁵ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss.

³⁷⁶ R. VECCHIONE, voce *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 625 ss.

³⁷⁷ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss.

³⁷⁸ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. In senso sostanzialmente conforme si veda altresì E. GRASSO, voce *Equità (giudizio)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 470 ss., il quale rileva come, dovendosi qualificare il diritto oggetto della richiesta delle parti di cui all'art. 114 cod. proc. civ. quale posizione giuridica disponibile, emerga l'argomentazione per la quale «disponibilità e indisponibilità sono ... categorie giuridiche che presuppongono un sistema di diritto positivo, nel quale soltanto possono individuarsi in base alle norme che regolano direttamente una data situazione» (in questi termini, a p. 472).

³⁷⁹ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 110.

applicazione della previsione legale, è necessario presupporre che sussista la norma di diritto idonea a regolare la medesima fattispecie concreta³⁸⁰.

Una volta chiarito questo aspetto, occorre dunque riconoscere come, in questa prospettiva, il criterio che vale specificamente a differenziare la norma di carattere equitativo andrebbe individuato non già nella natura di norma giuridica singolare, ma bensì in quella di norma frutto di un apprezzamento soggettivo, relativa ad una fattispecie concreta comunque in quanto tale suscettibile di essere prevista in via astratta e generale, o meglio, effettivamente già contemplata da una norma di diritto³⁸¹. In buona sostanza, in un sistema di civil law come il nostro, in considerazione dei suoi indefettibili presupposti, non potrebbe che concepirsi in linea di principio l'equità alla stregua di un parametro di valutazione estraneo o quantomeno differente rispetto ai criteri stabiliti dall'ordinamento medesimo. Ed è allora questa la ragione per cui, se pure si volesse eventualmente presupporre che il parametro equitativo di giudizio presenti comunque una connotazione in termini di oggettività, occorrerebbe tuttavia riconoscere come si sarebbe in ogni caso in presenza di un'oggettività di tipo diverso rispetto a quella ravvisabile nella previsione legale³⁸².

Siamo così di fronte ad una prospettiva che invita ad una più approfondita riflessione, in quanto la questione che emerge si incentra sulla necessità di determinare in concreto quale consistenza possa assumere una nozione di 'oggettività giuridica' in un piano estraneo al sistema di norme giuridiche prestabilite e che, «per i postulati stessi del positivismo giuridico statale, tende a porsi come sistema di norme 'esaustivo' della giuridicità»³⁸³.

Sarà opportuno quindi soffermarsi sul profilo strutturale concretamente riscontrabile, al fine di suggerire di adottare un'ipotesi ricostruttiva funzionale del giudizio di equità, ossia una prospettiva che, piuttosto che muovere da una sua definizione astratta, faccia costante riferimento all'individuazione della funzione specifica dell'accertamento in questione nel più ampio contesto della funzione del giudizio in generale, quale si riconosce nella definizione di controversie giuridiche³⁸⁴.

Al riguardo, giova immediatamente osservare come – abbandonata oramai l'impostazione che riduceva la valutazione di equità ad una valutazione che restava

³⁸⁰ Al riguardo, occorre menzionare, nell'ambito della giurisprudenza, Cass., 13 novembre 1973, n. 3001, in *Foro it.*, 1974, I, 2427 ss., con nota di C.M. BARONE, *ivi*, 2427 ss. In dottrina, cfr. A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss.; e E. GRASSO, voce *Equità (giudizio)*, cit., 470 ss., il quale pone in evidenza il fatto che «il necessario riferimento (anche in questo giudizio) della pronuncia del giudice ad una materia rilevante per l'ordinamento e la mancanza di un suo potere creativo di situazioni attive o passive, sia pure nell'ambito della medesima, comportano, nella concretezza del caso deciso, la salvezza degli indici fisionomici legali dell'istituto dedotto in causa» (così, a p. 472).

³⁸¹ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss.

³⁸² A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss., il quale sottolinea che «tutti i tentativi d'individuare i parametri che dovrebbero garantire comunque un coefficiente di obiettività al giudizio d'equità non hanno portato che a nozioni talmente generiche, come quelle di 'coscienza sociale', 'diritto naturale', 'senso di giustizia', che in pratica è difficile negare che il giudizio d'equità, così inteso, si risolva sempre in un apprezzamento soggettivo del giudice» (in questi termini, a p. 110).

³⁸³ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 112.

³⁸⁴ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (ed, *amplius*, 123 ss.).

assorbita nell'accertamento fattuale³⁸⁵ – sia attualmente pacifico che anche il giudizio equitativo presenti una struttura articolata nelle stesse due fasi che caratterizzano il giudizio di diritto, ossia il momento dell'accertamento dei fatti costitutivi – c.d. giudizio di fatto – e quello dell'applicazione della norma alla fattispecie concreta³⁸⁶. In questa logica, dal momento che siamo pervenuti a valorizzare la circostanza che i fatti costitutivi sono comunque suscettibili di inquadramento in una fattispecie di diritto, occorre coerentemente ammettere, in prima battuta, che nella fase relativa all'accertamento dei fatti il giudizio di equità si presenta come uguale nella sostanza al giudizio di diritto. Appare viceversa assai arduo intendere il momento successivo del giudizio alla stregua di un'operazione di accertamento oggettivo della norma da applicare, considerato il carattere soggettivo della norma equitativa³⁸⁷.

Le riflessioni sinora sviluppate consentono, a questo punto, di entrare nel vivo della problematica progressivamente delineata, con l'analisi degli elementi fondamentali del giudizio di equità, quali, da un lato, il contenuto e la funzione della domanda di parte e, dall'altro lato, il profilo della qualificazione giuridica dei fatti, sulla base dei quali diverrà possibile riconoscere nello stesso un'attività valutativa giuridica di carattere obiettivo.

In proposito, è opportuno chiedersi, in primo luogo, se alle parti risultino attribuiti poteri differenti nel giudizio di carattere equitativo rispetto a quelli di cui dispongono nell'ambito dell'ordinario giudizio di diritto. Occorre inoltre interrogarsi circa la determinazione di tali poteri e sulla loro effettiva modalità di funzionamento; il che si traduce nel verificare in che modo appaiano suscettibili di incidere sulla soluzione della controversia³⁸⁸.

Orbene, ad indirizzare la ricerca in quest'ordine di idee, il richiamo ai poteri delle parti di disposizione della lite imporrebbe a questo punto di considerare come il profilo idoneo ad assumere il ruolo più apprezzabile nell'operazione di ricostruzione critica dell'istituto non sia individuabile nell'esercizio da parte dell'organo giurisdizionale del potere decisorio di matrice sostanzialmente normativa proprio del giudizio di carattere equitativo, con cui si giunge ad una definizione del procedimento³⁸⁹. Piuttosto, sembra maggiormente rilevante la circoscrizione della piattaforma oggettiva della controversia effettuata dalla domanda di parte, quale atto introduttivo del processo, in quanto appare di per sé capace di rappresentare un caposaldo imprescindibile rispetto al giudizio con cui il giudice definisce il processo, andando a costituire un fondamento estraneo e necessario alla sua attività di creazione soggettiva della norma ed un vincolo alla sua valutazione. In altri termini, il giudice non potrà non giungere a riconoscere che i fatti costitutivi oggetto di deduzione da parte di un litigante oppure dell'altro risultano fondati³⁹⁰.

In questa prospettiva, è importante quindi evidenziare che anche il giudizio di natura equitativa risulta retto dal principio della domanda e dal principio dispositivo, in

³⁸⁵ Cass., 23 giugno 1945, n. 470, in *Foro it.*, 1944-46, I, 12 ss.

³⁸⁶ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (e, soprattutto, 112 ss.).

³⁸⁷ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (e, soprattutto, 112 ss.).

³⁸⁸ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (ed, *amplius*, 123 ss.).

³⁸⁹ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (ed, *amplius*, 123 ss.).

³⁹⁰ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (ed, *amplius*, 123 ss.).

quanto nella struttura della valutazione in questione è dato riscontrare la presenza di un requisito esterno ed obiettivo rispetto alla percezione soggettiva del giudice, che dovrà di conseguenza giungere necessariamente all'affermazione della sussistenza del fatto giuridico sul quale effettuerà la modulazione della norma³⁹¹.

Addentrando su questa via, si può inoltre agevolmente comprendere come l'intento perseguito dalla parte nel prospettare i fatti costitutivi della propria domanda si ponga evidentemente alla stregua di un intento di carattere giuridico. In buona sostanza, la parte ambisce al riconoscimento della ragione giuridica che i fatti adottati nel processo dovrebbero dimostrare a proprio vantaggio, operando così una selezione dei fatti che appaiono a sé favorevoli, che si traduce nell'assemblaggio degli elementi necessari al fine dell'integrazione di una fattispecie giuridica concreta, in quanto tale ritenuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento³⁹².

In questa logica, i fatti costitutivi nel giudizio secondo equità si presentano alla stregua di fatti giuridici, in quanto sono concepiti come elementi costitutivi di una specifica fattispecie di diritto ed in quanto tali devono essere identificati da parte dell'organo giurisdizionale³⁹³. Ed invero, la qualificazione giuridica del fatto in questo contesto non rappresenta il portato di un'attività intellettuale meramente formale per mezzo della quale il giudice riconduce la fattispecie materiale all'interno del perimetro logico della fattispecie astratta, effettuando una comparazione soltanto di carattere esteriore delle medesime fattispecie. Essa si traduce viceversa nell'afferrare rispetto al fatto concreto il significato giuridico più ampio³⁹⁴.

Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per affermare la natura di giudizio giuridico obiettivo del giudizio secondo equità, o meglio, di un giudizio di diritto, logicamente controllabile³⁹⁵.

Dopo aver delineato questi aspetti, risulta utile, inoltre, ai nostri fini, accennare al profilo della determinazione degli elementi fattuali suscettibili di assumere rilievo in particolare nell'ambito del giudizio di carattere equitativo, dal momento che ciò permetterà di valutare meglio l'oggetto della richiesta delle parti di cui all'art. 114 cod. proc. civ., nella prospettiva del suo inquadramento giuridico.

Sul punto, è perciò opportuno anzitutto sottolineare che – alla luce di quanto sinora osservato – la peculiare funzione del giudizio secondo equità, mantenendo lo stesso comunque all'interno della categoria del giudizio di diritto, produrrà piuttosto una diversificazione sul piano delle effettive modalità di estrinsecazione. Più precisamente, sembra si possa affermare che la postulata maggiore adattabilità al caso concreto del

³⁹¹ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (ed, *amplius*, 123 ss.).

³⁹² A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (ed, *amplius*, 123 ss.).

³⁹³ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (ed, *amplius*, 123 ss.).

³⁹⁴ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (ed, *amplius*, 123 ss.).

³⁹⁵ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (ed, *amplius*, 123 ss.), il quale pone in rilievo la circostanza che «alla base del giudizio d'equità vi è sempre un accertamento del fatto giuridico che non si risolve in un giudizio meramente storico, ma presenta un'articolazione interna nei due momenti logici 'fatto' e 'norma di diritto', momenti che ... nel loro insieme costituiscono il 'giudizio di diritto' in senso tecnico, con le caratteristiche di 'oggettività' e di 'controllabilità logica', che connotano questo tipo di giudizio» (così, a p. 127).

giudizio equitativo si traduca essenzialmente in un ampliamento della base fattuale rispetto a ciò che può venire in rilievo in un giudizio di stretto diritto³⁹⁶.

Ed invero, possono in questo modo assumere rilevanza degli elementi che altrimenti non troverebbero un riscontro nella definizione della controversia, tra i quali occorre menzionare il profilo dato dai ‘motivi’ – secondo la nozione determinata in contrapposizione a quella di causa, nella dogmatica del negozio giuridico – oppure quello degli elementi di fatto suscettibili di illuminare l’aspetto soggettivo della personalità della parte nelle sue capacità conoscitive e morali e nel suo substrato sociale e culturale, ai fini di una più puntuale perimetrazione in senso soggettivo dell’azione³⁹⁷. Il che, beninteso, non incide sull’oggettività del giudizio afferente al riconoscimento di quei parametri – tipici ed operanti nel contesto delle norme di diritto – sul fondamento dei quali ad un comportamento umano consapevole viene attribuito un determinato significato in un preciso ambito sociale, quali le nozioni di buona e mala fede, dolo e colpa, errore, frode, diligenza e negligenza. Piuttosto, diverrà più ampio l’insieme degli elementi materiali allo scopo utilizzabili³⁹⁸. In questa logica, è altresì importante rilevare come l’equità si traduca, inoltre, nella possibilità di superare le regole di prova legale ed il canone dell’onere della prova³⁹⁹.

Infine, non può non considerarsi come i caratteri dell’istituto sinora delineati impongano di attribuire alla motivazione del provvedimento con cui si definisce il giudizio equitativo un ruolo ancora più pregnante di quello che riveste nell’ambito del giudizio di stretto diritto. Al giudice, infatti, non sarà consentito limitarsi ad invocare la maggiore equità della propria decisione, essendo tenuto piuttosto a rendere conto delle ragioni secondo le quali una determinata situazione si mostri meritevole di tutela in misura maggiore o inferiore a quella che verrebbe accordata sulla base dell’ordinamento positivo, e a mostrare «come questo suo apprezzamento sia obiettivamente giusto in base a quei particolari di fatto che rilevano specificamente nel giudizio d’equità e che devono risultare dagli atti stessi del processo»⁴⁰⁰.

Emerge, a questo punto, la ricaduta pratica dell’opzione interpretativa qui suggerita, in quanto il riconoscimento della natura obiettiva del giudizio secondo equità

³⁹⁶ A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità*, cit., 33 s., il quale rileva che «il ruolo dell’equità si manifesta ... in un’altra direzione: l’accertamento dei fatti» (così, a p. 33).

³⁹⁷ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (ed, *amplius*, 127 ss.).

³⁹⁸ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (ed, *amplius*, 127 ss.).

³⁹⁹ A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità*, cit., 33 s.

⁴⁰⁰ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 130, il quale pone in rilievo la circostanza che «la motivazione ci sembra ... conservare pienamente l’ufficio logico che le compete nella struttura del giudizio d’equità quale ora si è delineata e anzi rivelare una più forte ragione della sua presenza proprio nel momento in cui il giudizio d’equità si specifica ulteriormente rispetto al giudizio di diritto» (testualmente, a p. 131). Al riguardo, sembra comunque condivisibile l’osservazione effettuata da E. GRASSO, voce *Equità (giudizio)*, cit., 470 ss., che sottolinea il fatto che «il controllo della motivazione è possibile soltanto se il giudizio non proceda da un criterio meramente soggettivo. Questo infatti non consente di apprezzare dall’esterno la logicità e la coerenza del distacco dal criterio di legalità, in mancanza di un dato comune alla coscienza del giudice e alla coscienza di chi è chiamato al controllo» (in questi termini, a p. 473). Sulle stesse posizioni si attesta autorevolmente A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità*, cit., 32 s., il quale pone in evidenza l’esigenza imprescindibile di fare riferimento ai principi regolatori della materia, nel loro significato normativo, i quali «non possono che essere le proposizioni che si ricavano in via di progressiva astrazione dalle norme di diritto positivo» (così, a p. 32).

ed il rilievo circa le modalità procedurali in cui lo stesso si traduce consentono, quindi, di analizzare la figura della richiesta di decisione secondo equità di cui all'art. 114 cod. proc. civ.

Al riguardo, giova pertanto osservare immediatamente come l'individuazione dei presupposti del giudizio di carattere equitativo prescritti dalla norma di cui all'art. 114 cod. proc. civ. rappresenti il banco di prova delle ipotesi ricostruttive avanzate con riguardo alla struttura ed alla natura del giudizio in questione.

In particolare, appare innegabile il fatto che «solo le caratteristiche che definiscono 'positivisticamente' la norma di diritto, cioè oggettività e generalità, e che la rendono come tale conoscibile al destinatario, giustificano logicamente l'attuazione di questa norma anche senza e anche contro la volontà del destinatario stesso»⁴⁰¹. Ed invero, nella misura in cui non risulti più garantita la certezza che appartiene solamente alla norma di diritto, la possibilità di applicare coattivamente ad un soggetto una norma giuridica si configura alla stregua di una violazione della funzione essenziale della giurisdizione di assicurare un uguale trattamento secondo giustizia ad ogni soggetto dell'ordinamento.

Ebbene, la funzione in questione risulta adempiuta esclusivamente qualora la giurisdizione venga concepita come completamente estranea rispetto alla funzione legislativa e – secondo quanto si evince dall'art. 24 Cost. – si espliciti sul fondamento dell'applicazione di norme giuridiche preesistenti⁴⁰², caratterizzate in termini di oggettività e certezza⁴⁰³. In questo quadro, l'unico fattore idoneo a consentire di decidere sulla base di una norma non ancora esistente e che il giudice individuerà secondo la propria sensibilità è rappresentato dalla volontà concorde dei soggetti coinvolti nella controversia, che trova espressione nell'accordo delle parti⁴⁰⁴.

Ed è in questo che – non senza cogliere un aspetto importante della questione – la prevalente dottrina ritiene si possa scorgere la ragione della considerazione per la quale l'estensione del potere delle parti di richiedere una decisione secondo equità ai sensi dell'art. 114 cod. proc. civ. trovi una perfetta corrispondenza nell'estensione del loro potere di porre fine alla controversia per mezzo di un accordo di carattere negoziale, in quanto soggetti provvisti di autonomia privata. Si fa riferimento, in altri termini, alla possibilità che l'accordo in esame dispieghi i propri effetti solamente nell'ambito dei diritti disponibili⁴⁰⁵.

In questa prospettiva, queste riflessioni fanno sorgere tuttavia questioni di più ampia portata, dal momento che occorre comprendere se la disposizione delle posizioni giuridiche oggetto della controversia rappresenti un effetto immediato dell'accordo delle parti prescritto dall'art. 114 cod. proc. civ. ovvero, in alternativa, come vada configurata la richiesta in esame dal punto di vista della sua struttura ed efficacia.

Orbene, se si considera che – secondo quanto si è avuto modo di osservare – la richiesta delle parti affinché la loro controversia venga definita secondo equità non implica di per sé una rinuncia alla propria ragione giuridica, dovendosi piuttosto

⁴⁰¹ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 114.

⁴⁰² A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità*, cit., 31 s.

⁴⁰³ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (e, soprattutto, 113 ss.).

⁴⁰⁴ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (e, soprattutto, 113 ss.).

⁴⁰⁵ In questo senso, E. GRASSO, voce *Equità (giudizio)*, cit., 470 ss.

riconoscere che la fattispecie di cui all'art. 114 cod. proc. civ. trovi il suo fondamento nel potere dispositivo delle parti e, in ultima analisi, nella loro autonomia privata, nel medesimo significato in cui occorre individuare nella stessa domanda giudiziale una espressione di siffatta autonomia⁴⁰⁶. In altri termini, le parti si accordano in ordine ad un più flessibile svolgimento del giudizio, manifestando la propria intenzione di accettare un ventaglio più ampio di possibili definizioni del giudizio. In questa logica, le parti «si presentano davanti al giudice sempre nella posizione soggettiva di chi pretende di avere la ragione giuridica per sé e non rinuncia pertanto a vedersela riconosciuta anche interamente dal giudice»⁴⁰⁷. Ed invero, con il negozio mediante il quale le parti richiedono che il giudice si pronunci secondo equità le stesse non si impegnano certamente anche ad accettare immancabilmente una determinata soluzione della controversia.

A ben vedere, le considerazioni proposte trovano riscontro essenzialmente in due argomenti desumibili dall'ordinamento. In primo luogo, occorre rilevare che, secondo un orientamento consolidato, nell'ambito del giudizio secondo equità al giudice è consentito applicare la fattispecie di diritto inerente al caso esaminato, potendo giungere in tal modo ad accogliere per intero la pretesa giuridica di uno dei litiganti⁴⁰⁸. In secondo luogo, l'impugnabilità della pronuncia in questione mediante ricorso per Cassazione per alcuni profili si porrebbe come un profilo logicamente incompatibile con una sorta di acquiescenza preventiva al giudizio⁴⁰⁹.

Il che sembra dimostrare quindi come non sarebbe corretto qualificare l'accordo sulla decisione secondo equità di cui all'art. 114 cod. proc. civ. alla stregua di un negozio giuridico di diritto sostanziale, essenzialmente assimilabile negli effetti ad una transazione sulla lite.

Ebbene, se si valorizza la circostanza – in precedenza acclarata – che anche il giudizio secondo equità si presenta come un giudizio di carattere obiettivo, e più precisamente come un giudizio di diritto, andando piuttosto l'accordo ad incidere sulle modalità di svolgimento del procedimento, occorrerà riconoscere come la richiesta di decisione secondo equità di cui all'art. 114 cod. proc. civ. si configuri in realtà alla stregua di un negozio giuridico processuale. Ed invero, l'effetto diretto dell'accordo in questione – che determina un ampliamento della base fattuale del giudizio, una diversa modulazione delle regole delle presunzioni e del criterio dell'onere della prova ed una differente specificazione della norma applicabile – si traduce, in buona sostanza, nella creazione di una regola processuale quale forma di esercizio del potere dispositivo delle parti. Specificamente, appare arduo negare che mediante un negozio giuridico così configurato si pervenga ad una gestione in senso configurativo del processo⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (e, soprattutto, 113 ss.).

⁴⁰⁷ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 115.

⁴⁰⁸ F. CIPRIANI, *Il giudizio*, cit., 34 ss.; A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (e, soprattutto, 113 ss.).

⁴⁰⁹ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (e, soprattutto, 113 ss.).

⁴¹⁰ Al riguardo, cfr. E. GRASSO, voce *Equità (giudizio)*, cit., 470 ss., il quale ha posto in evidenza la circostanza che «il giudizio secondo equità, escluso che quale esercizio della giurisdizione possa prescindere dalla deduzione di una fattispecie contemplata dalla legge, non può consistere che in una deviazione dal giudizio legalitario: nel senso che nella pronuncia del giudice la corrispondenza fra il dato

È stato obiettato, nondimeno, che due ordini di argomentazioni impedirebbero di pensare alla richiesta di decisione secondo equità di cui all'art. 114 cod. proc. civ. come ad un vero e proprio negozio giuridico processuale. In particolare, verrebbe in considerazione, per un verso, la circostanza che «l'oggetto della disposizione non sarebbe una modalità processuale, ma addirittura l'insieme delle norme sostanziali dispositive»⁴¹¹. Per altro verso, il negozio in questione risulterebbe comunque privo di quella efficacia che apparterrebbe per natura ai c.d. contratti processuali, ossia la possibilità di dispiegare i propri effetti nell'ambito di futuri procedimenti⁴¹².

Orbene, per quanto concerne il primo profilo, si è già in precedenza posto in evidenza, in senso contrario, come – non rinunciando le parti alla propria ragione giuridica ed avendo questo tipo di giudizio natura obiettiva, in quanto comunque non può prescindere del tutto dalle norme giuridiche positive – la disposizione posta in essere dalle parti afferisca piuttosto allo stesso processo, mediante una configurazione che si ritiene maggiormente corrispondente agli interessi delle parti.

Relativamente alla seconda obiezione prospettata, invece, sembra utile richiamare l'opzione interpretativa suggerita in generale con riguardo alla categoria di negozio giuridico processuale. Ed invero, si è pervenuti, una volta riconosciuta l'ontologica diversità del rapporto processuale rispetto a quello sostanziale per cui si chiede la tutela giurisdizionale, ad ammettere che lo scopo pratico idoneo a sorreggere la convenzione processuale non possa che configurarsi in relazione all'autonomia del 'regolare' di cui all'art. 1321 cod. civ. In quest'ordine di idee, apparendo la funzione del 'regolare' irriducibile alla semplice modificazione del rapporto, ciò ha indotto a fare riferimento alla nozione di immediata configurazione del processo; nozione che prescinde dal *medium* dell'obbligazione. In altri termini, non sembra che la proiezione dei propri effetti in senso obbligatorio rappresenti una caratteristica imprescindibile dei negozi giuridici processuali, sembrando più appropriato riconoscere una loro peculiarità nella tendenziale immediatezza della creazione di una regola processuale, che prescinde dal profilo di attuazione coattiva tipico delle obbligazioni.

In conclusione, è utile considerare il profilo delle potenzialità acceleratorie del giudizio secondo equità, al fine di valutare se lo stesso possa assicurare una più efficiente definizione delle controversie, contribuendo alla migliore realizzazione del giusto processo, ai sensi dell'art. 111 Cost., *sub specie* della sua ragionevole durata.

Al riguardo, giova osservare – come è stato autorevolmente posto in evidenza in dottrina⁴¹³ – che il ricorso al giudizio equitativo di per sé non sembra produrre un'accelerazione del rito⁴¹⁴. Ed invero, «il processo, ovvero la sequenza degli atti che scandiscono la funzione giurisdizionale nel suo divenire, non possono essere stabiliti volta a volta dal giudice secondo un suo personale divisamento: lo impedisce la stessa regola dell'imparzialità del giudice ...; lo impediscono i principi della domanda e del contraddittorio, sanciti nell'art. 24 Cost., i quali segnano altrettanti limiti all'iniziativa

storico accertato e il dato normativo, propria del giudizio secondo diritto, è in qualche modo alterata, senza mai venir meno del tutto» (così, a p. 471).

⁴¹¹ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 114.

⁴¹² A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107 ss. (e, soprattutto, 113 ss.).

⁴¹³ A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità*, cit., 28 ss.

⁴¹⁴ A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità*, cit., 28 ss.

dell'organo giurisdizionale ed esigono, per la loro attuazione, una trama procedimentale precostituita almeno nei suoi aspetti essenziali»⁴¹⁵.

Da quest'ultimo punto di vista, può affermarsi piuttosto che il ricorso all'equità, in seguito al perfezionamento del negozio di cui all'art. 114 cod. proc. civ., può valere ad imprimere un'accelerazione alla tutela giurisdizionale soprattutto in ragione della circostanza che la pronuncia equitativa risulta svincolata dalla possibilità di appello e di ricorso per Cassazione per *errores in iudicando*⁴¹⁶.

2.2.7 *Disponibilità negoziale dei mezzi di gravame: dall'accordo 'ante sententiam' sulla 'revisio per saltum' al patto di rinuncia preventiva alle impugnazioni.*

Una problematica di notevole importanza – nell'ambito delle riflessioni sui limiti della possibilità per i privati di disporre dei rapporti processuali – è quella relativa all'ammissibilità della rinuncia preventiva ai mezzi di gravame, per le potenziali implicazioni di carattere pubblicistico della questione.

In proposito, sembrerà utile, preliminarmente, prendere le mosse dall'analisi di una figura di negozio giuridico processuale⁴¹⁷ di questo genere tipizzata dal legislatore, quale è quella della *revisio per saltum*, che consiste in un accordo diretto ad omettere l'appello per impugnare la sentenza di primo grado direttamente in Cassazione. In questo quadro, importerà soprattutto rilevare il fatto che di recente il legislatore ha sancito esplicitamente la possibilità che l'accordo intervenga *ante sententiam*, restando tuttavia aperto il dibattito circa la validità di un negozio sul ricorso *omisso medio* stipulato *ante causam*⁴¹⁸.

Ebbene, sia quest'ultima questione sia quella concernente la configurabilità di un patto di rinuncia preventiva all'impugnazione potranno trovare una soluzione favorevole. Ed invero, si perverrà a riconoscere come, per un verso, simili negozi corrispondano all'esigenza costituzionale di conseguire rapidamente una definizione del processo e, per altro verso, essi si fondino sul principio dispositivo quale espressione dell'autonomia privata e non contrastino di per sé con i canoni di ordine pubblico.

Procediamo, pertanto, con l'analisi del primo punto menzionato, afferente al profilo delle caratteristiche principali del ricorso c.d. *omisso medio*, quale modello tipizzato di accordo sulla rinuncia preventiva ai mezzi di gravame, comunque non privo di aspetti problematici e suscettibile di costituire il presupposto per ulteriori considerazioni.

Al riguardo, appare immediatamente utile ricordare che per la disciplina della *revisio per saltum* occorre far riferimento alla disposizione di cui all'art. 360, comma 2, cod.

⁴¹⁵ A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità*, cit., 28 s.

⁴¹⁶ A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità*, cit., 28 ss., il quale peraltro sottolinea che «la bandiera dell'equità viene sventolata non tanto per una maggiore semplicità del procedimento che ad essa si conforma, quanto per una riduzione pressoché totale delle garanzie offerte dall'ordinario riesame dei provvedimenti giudiziari» (così, a p. 29).

⁴¹⁷ Per il prevalente orientamento che qualifica la *revisio per saltum* alla stregua di un negozio giuridico processuale, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, basti menzionare, *ex pluribus*, Cass., sez. un., 26 luglio 2006, n. 16993, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.; e Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853 ss.

⁴¹⁸ Sul punto, cfr. F. CIPRIANI, *La riforma del giudizio di Cassazione. Commentario al D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, capo I ed alla L. 18 giugno 2009, n. 69, capo IV*, Padova, 2009, 58 ss.

proc. civ. ed a quella di cui all'art. 366, comma 3, del codice di rito⁴¹⁹. In particolare, la prima disposizione prevede la diretta impugnabilità con ricorso per Cassazione di «una sentenza appellabile del tribunale⁴²⁰, se le parti sono d'accordo per omettere l'appello»⁴²¹. In questo caso, «l'impugnazione può proporsi soltanto a norma del primo comma, n. 3)»⁴²² dello stesso art. 360 cod. proc. civ., secondo quanto emerge dalla recente precisazione del legislatore, intervenuta a ridisegnare i confini estensivi dei motivi di ricorso tracciati dalla giurisprudenza⁴²³. È importante poi considerare che la seconda disposizione, nella sua attuale formulazione, stabilisce alcuni requisiti formali e temporali del negozio. Specificamente, il legislatore dispone che «l'accordo delle parti deve risultare mediante visto apposto sul ricorso dalle altre parti o dai loro difensori muniti di procura speciale, oppure mediante atto separato, anche anteriore alla sentenza impugnata, da unirsi al ricorso stesso»⁴²⁴. Infine, anche la disposizione di cui all'art. 339 cod. proc. civ.

⁴¹⁹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 512; G. FRUS, *Il ricorso*, cit., 151 ss.

⁴²⁰ Nonostante la disposizione adoperi la locuzione 'una sentenza appellabile del tribunale', è controversa la determinazione di quali sentenze risultino ricorribili *per saltum*. In particolare il problema si pone attualmente per le pronunce del giudice di pace. Per un'impostazione estensiva, volta ad ammettere che anche questo genere di sentenze possano costituire l'oggetto degli accordi in questione, sulla base di un'interpretazione sistematica e teleologica, cfr. G. FRUS, *Il ricorso*, cit., 151 ss., il quale afferma che «se quando il legislatore abolisce d'imperio un grado di giudizio di merito, ciò fa nei confronti delle sole liti meno rilevanti, coerenza vuole che quello stesso legislatore, qualora autorizzi le parti a disporre liberamente dell'eliminazione di un grado di giudizio, lo consenta per tutte le liti, oppure, dovendo scegliere, per le sole liti meno rilevanti» (testualmente, a p. 172 s.). Da quest'ultimo punto di vista, «pur non negando le diverse caratteristiche del giudice di pace, rispetto al magistrato togato di primo grado, non sembra che esse si riverberino sulla disciplina dell'impugnazione della sua sentenza» (così, a p. 168). In giurisprudenza, si veda Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853, dove si riconosce che «oggetto di tale impugnazione possano essere anche le pronunzie appellabili del pretore e che il legislatore, nel menzionare le sentenze 'del tribunale', sul quale è essenzialmente modellato il procedimento di cognizione (artt. 163 - 310 cod. proc. civ.), abbia inteso in realtà riferirsi *tout court* alle sentenze di primo grado».

⁴²¹ Art. 360, comma 2, cod. proc. civ.

⁴²² Art. 360, comma 2, cod. proc. civ.

⁴²³ Al riguardo, si veda G. FRUS, *Il ricorso*, cit., 151 ss., il quale – anteriormente alla riforma introdotta dal d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 – rileva che «la Corte di cassazione ha privilegiato un'interpretazione antiletterale della norma, osservando che il legislatore non si è semplicemente richiamato al n. 3 dei motivi proponibili in Cassazione, ma "ha preferito ... enunciare autonomamente la locuzione 'violazione o falsa applicazione di norme di diritto"', che suole anche "assumere il significato di violazione di qualsiasi tipo di norme giuridiche, siano esse processuali o sostanziali". Nello stesso senso depone, secondo la Corte, il "procedimento di costituzionalizzazione del codice di rito provocato dall'entrata in vigore della Costituzione", e, in particolare, l'art. 111 Cost., la cui locuzione 'violazione di legge' va intesa in senso ampio e comprensivo di tutte le ipotesi di violazione di norme e di principi giuridici, e non nel significato proprio e ristretto del n. 3 dell'art. 360 cod. proc. civ.» (così, a p. 155). Per l'orientamento giurisprudenziale in questione, basti menzionare, *ex pluribus*, Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853, dove si afferma che la norma di cui all'art. 360, comma 2, cod. proc. civ., «consente che sia 'impugnata con ricorso per cassazione una sentenza appellabile del tribunale, se le parti sono d'accordo per omettere l'appello'; purché l'impugnazione sia proposta 'per violazione o falsa applicazione di norme di diritto' (*ibidem*) ovvero in relazione alle ipotesi previste dai nn. 1, 2 e 4 dello stesso articolo, che attengono egualmente a violazione o falsa applicazione di norme di diritto (Cass. sez. un., 10 dicembre 1976, n.4587)».

⁴²⁴ Art. 366, comma 2, cod. proc. civ.

contiene un accenno al ricorso *omisso medio*, nella misura in cui sancisce in generale la possibilità di appellare le sentenze pronunciate in primo grado, «purché l'appello non sia escluso dalla legge o dall'accordo delle parti a norma dell'art. 360, secondo comma»⁴²⁵.

In questo quadro, emergono innanzitutto gli elementi dai quali desumere l'importanza del profilo attinente alla volontà delle parti e dell'operatività del negozio sul processo. Ed invero, si riconosce pacificamente che si può conseguire l'effetto immediato di rendere non appellabile la sentenza di primo grado soltanto se le parti sono d'accordo per omettere l'appello⁴²⁶, secondo quanto deve risultare da una valida manifestazione di volontà espressa inequivocabilmente nelle forme previste⁴²⁷. Da quest'ultimo punto di vista, l'esistenza del negozio processuale si può evincere dalla connessione tra la dichiarazione effettuata dal ricorrente nell'atto introduttivo del giudizio di Cassazione e la consequenziale adesione dell'altra parte o, in alternativa, da un atto separato. Eventualmente, i difensori che pongano in essere l'attività idonea a concludere l'accordo devono essere muniti di procura speciale⁴²⁸.

In quest'ordine di idee, non costituisce dunque una forma equipollente l'accettazione del contraddittorio davanti alla Corte di Cassazione, dal momento che ciò contrasterebbe con il disposto dell'art. 366, comma 3, cod. proc. civ. e comunque non rappresenterebbe una manifestazione di adesione idonea rispetto all'importanza dell'accordo in esame⁴²⁹.

A ben vedere, risulta logico che sia richiesta una manifestazione negoziale direttamente riconducibile alle parti del processo, in considerazione della rilevanza degli effetti della *revisio per saltum*, dal momento che essa si traduce nella rinuncia ad un grado della giurisdizione di merito⁴³⁰. Del resto, la Corte ha evidenziato in diverse occasioni⁴³¹ la circostanza che «ci si troverebbe ... in presenza di uno di quegli atti processuali 'normativi' (quali, ad esempio, gli accordi modificativi della competenza o i

⁴²⁵ Art. 339 cod. proc. civ.

⁴²⁶ Cass., sez. un., 26 luglio 2006, n. 16993, cit.

⁴²⁷ Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853.

⁴²⁸ Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853. Sul punto, occorre menzionare M. GIORGETTI, *Ricorso 'per saltum'*, cit., 858 ss., la quale rileva che «appare logico che la manifestazione del volere abdicativo del grado d'appello possa unicamente provenire dalle parti personalmente e che a tale effetto non sia sufficiente la declaratoria del solo difensore. Questa conclusione è invero fatta propria dalla tesi dominante, anche se si deve rilevare che, in senso opposto, si è affermato che tale potere sarebbe da ritenersi ricompreso in quelli ordinariamente inerenti il mandato alle liti, in quanto, una volta ricevuto il potere di rappresentanza, il difensore è libero di condurre il processo come meglio crede, ed è dunque pienamente legittimato a porre in essere una rinuncia con natura puramente processuale e in alcun modo di carattere sostanziale, quale è, appunto, l'abbandono del giudizio d'appello» (così, a p. 869). Tuttavia, in senso opposto l'A. ha affermato che, «poiché il patto di omissione dell'appello si presenta come esercizio di un potere di natura particolare ed eccezionale» (in questi termini, a p. 869), lo stesso non appare «in alcun modo assimilabile a quelli che ordinariamente sono attribuiti al difensore per effetto del conferimento del mandato *ex art.* 84 cod. proc. civ., che attengono, più propriamente, a modalità di gestione ordinaria del processo» (testualmente, a p. 869).

⁴²⁹ In questo senso, G. FRUS, *Il ricorso*, cit., 151 ss. Per un precedente giurisprudenziale che si discosta da questo criterio, cfr. Cass., 6 maggio 1985, n. 2827, in *Giur. it.*, 1986, I, 95 ss.

⁴³⁰ Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853; Cass., sez. un., 26 luglio 2006, n. 16993, cit.

⁴³¹ In proposito è sufficiente ricordare, *ex pluribus*, Cass., sez. un., 26 luglio 2006, n. 16993, cit.; e Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853.

patti sulle prove), caratterizzati dal fatto di manifestare attraverso il loro contenuto oggettivo il collegamento con gli effetti giuridici ai quali danno vita»⁴³². In buona sostanza, l'ineludibile volontà delle parti e l'efficacia in termini di configurazione dell'*agere* in senso processuale esprimono chiaramente gli elementi che consentono di qualificare gli accordi in esame come negozi giuridici processuali⁴³³.

È utile a questo punto delimitare l'ambito temporale nel quale l'ordinamento consente di perfezionare l'accordo per il ricorso *omisso medio* di cui all'art. 360, comma 2, cod. proc. civ.

In primo luogo, occorre rilevare che nel secondo comma dell'art. 360 cod. proc. civ. si fa riferimento ad una sentenza 'appellabile' ed alla possibilità concessa alle parti di accordarsi per 'omettere l'appello'. Orbene, è di intuitiva evidenza che le espressioni utilizzate dal legislatore inducano a ritenere che l'accordo debba intervenire nel momento in cui il termine per appellare non sia ancora scaduto, restando altrimenti prive di significato⁴³⁴. Del resto, ad opinare diversamente, si snaturerebbe l'istituto, facendone un meccanismo idoneo a produrre una specie di sanatoria nelle ipotesi in cui la pronuncia di primo grado sia passata in giudicato per l'inerzia delle parti⁴³⁵. Viceversa, la ragione giustificatrice dell'introduzione nell'impianto processuale civile della *revisio per saltum* va rinvenuta nell'utilità di predisporre uno strumento volto ad scongiurare il rischio di ogni vana dilazione processuale⁴³⁶. Specificamente, la fisionomia dell'istituto presuppone la considerazione che «l'appello su di un punto di diritto costituisce un inutile doppione rispetto alla Cassazione»⁴³⁷. In questa logica, ben si comprende come il ricorso *omisso medio* sia stato introdotto allo scopo di attribuire alle parti uno strumento consensuale per ottenere un'interpretazione anticipata della legge da parte della Corte di Cassazione, allorché un secondo giudizio di merito appaia poco proficuo rispetto ad una controversia su questioni di diritto, e non risulta perciò concepibile intenderlo come una sorta di «strumento salvifico»⁴³⁸.

Altro problema pone, sul piano ermeneutico, l'eventuale ammissibilità di un accordo per il ricorso *omisso medio* stipulato *ante causam*, essendo già stata certamente prevista dal legislatore la facoltà che il negozio intervenga *ante sententiam*. In altri termini, si tratta di determinare l'esatta portata della locuzione 'anche anteriore alla sentenza impugnata', inserita nell'art. 366, comma 3, cod. proc. civ. dall'art. 5 del d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40⁴³⁹.

Ebbene, giova osservare, in proposito, come l'intento del legislatore della riforma possa riconoscersi nella volontà di superare il precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale si sarebbe potuto validamente porre in essere il negozio in esame soltanto successivamente alla sentenza di primo grado,

⁴³² Così, Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853.

⁴³³ Cass., sez. un., 26 luglio 2006, n. 16993, cit.

⁴³⁴ Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853.

⁴³⁵ Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853.

⁴³⁶ Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853. In dottrina, cfr. G. FRUS, *Il ricorso*, cit., 151 ss.

⁴³⁷ G. FRUS, *Il ricorso*, cit., 154.

⁴³⁸ Cass., 29 aprile 1998, n. 4397, cit., 853.

⁴³⁹ In proposito, è utile menzionare gli studi compiuti da F. CIPRIANI, *La riforma*, cit., 58 ss.; e M. GIORGETTI, *Le rinunce alle impugnazioni civili*, Milano, 2000, 467 ss.

favorendo una più ampia utilizzazione dello strumento della *revisio per saltum*⁴⁴⁰. Nondimeno, il tenore letterale della norma non consente di per sé di determinare se la fisionomia dell'istituto sia stata così destinata ad ammettere che il relativo accordo venga concluso non soltanto prima che intervenga la sentenza, ma anche prima dell'instaurazione della causa.

In questo quadro, la questione è emersa in concreto in alcune occasioni, in cui dinnanzi alla Corte di legittimità sono stati proposti dei ricorsi *omisso medio*, fondati su negozi anteriori alla stessa introduzione del giudizio di primo grado⁴⁴¹. Orbene, in questi casi risalenti la Cassazione non ha ammesso una simile possibilità, essenzialmente sulla base di diversi ordini di ragioni. Specificamente, la Corte aveva affermato – sulla base del dato letterale – che l'espressione 'sentenza appellabile' della norma relativa all'accordo per l'impugnazione *per saltum* presupponesse una condizione di appellabilità che può essere propria soltanto di una pronuncia già emessa. In altri termini, da quest'ultimo punto di vista, si riteneva che la sentenza dovesse essere già stata pronunciata nel momento in cui interviene l'accordo⁴⁴². Per altro verso, restando esclusa l'impugnabilità tramite ricorso *omisso medio* per il motivo di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ., la Cassazione ha sostenuto che – ad ammettere la possibilità di abdicare all'appello in un tempo anteriore – si consentirebbe che, non conoscendo il contenuto della pronuncia al momento dell'accordo, i vizi in questione restino sottratti a qualsiasi rimedio⁴⁴³.

A ben vedere, si tratta dei medesimi argomenti che avevano indotto la giurisprudenza ad escludere l'ammissibilità di un accordo per un ricorso *per saltum* intervenuto *ante sententiam*⁴⁴⁴. Ed invero, nell'attuale configurazione normativa della questione, non può ignorarsi il fatto che la norma consenta oramai in modo esplicito che l'accordo possa perfezionarsi anche anteriormente alla sentenza, facendo così venir meno la logicità di tali considerazioni. In particolare, la disposizione di cui all'art. 366, comma 3, cod. proc. civ., quando sancisce che l'accordo delle parti debba risultare da un atto 'anche anteriore alla sentenza impugnata', non contiene alcun riferimento temporale per la stipulazione del negozio processuale in questione. Ed allora, se pure si volesse seguire l'impostazione più restrittiva, «nulla autorizza ad escludere che l'accordo possa essere raggiunto immediatamente dopo la notificazione dell'atto di citazione; il che, a ben

⁴⁴⁰ F. CIPRIANI, *La riforma*, cit., 58 ss., il quale pone in evidenza il fatto che l'istituto in questione «che finora si è distinto per aver suscitato scarsissimo interesse in dottrina, per aver avuto minore applicazione da parte degli avvocati, per aver ottenuto un numero di pronunce di inammissibilità nettamente superiore rispetto a quelle che hanno inciso positivamente sulla sua disciplina, per essere, cioè, risultato un relitto storico già all'indomani della sua entrata in vigore, ha conosciuto, nel breve arco di un triennio, ben due interventi legislativi, l'ultimo dei quali volto, non solo a ridare vitalità ad un istituto perento, ma, soprattutto, a farne strumento per consentire la deflazione del contenzioso e l'esplicazione della funzione nomofilattica della Suprema Corte» (in questi termini, a p. 59).

⁴⁴¹ Cass., 10 luglio 1986, n. 4480, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.; Cass., 7 marzo 1997, n. 2021, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

⁴⁴² Cass., 10 luglio 1986, n. 4480, cit.; Cass., 7 marzo 1997, n. 2021, cit.

⁴⁴³ Cass., 10 luglio 1986, n. 4480, cit.; Cass., 7 marzo 1997, n. 2021, cit.

⁴⁴⁴ F. CIPRIANI, *La riforma*, cit., 58 ss.

vedere, è una situazione non molto diversa da quella che si realizzerebbe se l'accordo fosse stipulato ancor prima di instaurare il giudizio»⁴⁴⁵.

Le considerazioni sinora svolte ci pongono, a questo punto, davanti ad una prospettiva che invita ad una più approfondita riflessione, in quanto la possibilità riconosciuta dall'ordinamento di un negozio sulla *revisio per saltum* che intervenga prima della sentenza – e verosimilmente anche di un accordo *ante causam* – manifesta una forza espansiva capace di orientare la ricostruzione della questione del patto sulla rinuncia preventiva all'impugnazione.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

In particolare, è necessario essenzialmente verificare se simili accordi si porrebbero in contrasto con principi di carattere pubblicistico afferenti all'esercizio della funzione giurisdizionale ovvero con il diritto alla difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost. A tal fine, sarà utile prendere le mosse da una ricognizione del regime dell'acquiescenza, per evidenziare l'ontologica diversità tra le due figure che giustifica una diversa disciplina, valorizzando allo scopo la circostanza che l'acquiescenza al provvedimento del giudice non presenta la natura di negozio giuridico processuale.

In proposito, occorre innanzitutto rilevare come, sulla base della disposizione di cui all'art. 329 cod. proc. civ., la decadenza dall'impugnazione possa verificarsi a prescindere dalla decorrenza dei termini, in forza dell'acquiescenza c.d. 'propria'⁴⁴⁶, che determina il passaggio in giudicato formale della sentenza⁴⁴⁷, ai sensi dell'art. 324 del codice di rito⁴⁴⁸. Si tratta di un atto unilaterale non recettizio⁴⁴⁹. Specificamente, la fattispecie si traduce nell'accettazione della pronuncia giurisdizionale, che può essere espressa oppure implicita nella realizzazione di «atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge»⁴⁵⁰ non ancora proposte⁴⁵¹. In buona sostanza, la giurisprudenza individua l'acquiescenza tacita allorché esista un'incompatibilità totale ed inequivoca tra gli atti compiuti e l'intenzione di impugnare la sentenza, così che la condotta della parte non appaia logicamente giustificabile in altro modo che con la volontà di accettare la sentenza⁴⁵².

⁴⁴⁵ F. CIPRIANI, *La riforma*, cit., 61. Per un'impostazione favorevole ad ammettere l'accordo sul ricorso *omisso medio ante causam*, si veda M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 465 ss., che inquadra l'istituto in questione nella categoria degli 'atti pre-processuali', ossia di quegli atti che – nonostante si perfezionino prima dell'instaurazione del procedimento – «producono i propri effetti unicamente e solo nel processo» (così, a p. 467).

⁴⁴⁶ L'acquiescenza c.d. 'propria' si distingue da quella 'impropria' in quanto quest'ultima si produce, in seguito all'impugnazione parziale, sulle parti della sentenza non impugate. Sul punto, cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 436 s.; G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 609 ss. Quest'ultima fattispecie si presenta come logicamente incompatibile con il concetto di una rinuncia preventiva. Al riguardo, si veda E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

⁴⁴⁷ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 436 s.

⁴⁴⁸ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 609 ss.

⁴⁴⁹ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 609 ss.

⁴⁵⁰ Art. 329 cod. proc. civ.

⁴⁵¹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 436 s.

⁴⁵² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 436 s.; G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 609 ss. Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, basti menzionare, *ex pluribus*, Cass. 7 febbraio 2008, n. 2826, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

A ben vedere, l'acquiescenza esprime una modalità di disposizione del diritto in contesa, in quanto la parte compie fondamentalmente un'accettazione delle posizioni giuridiche sostanziali così come definite dalla sentenza. Pertanto, poiché non incide sul rapporto processuale mediante la creazione di una regola procedimentale, ma la conclusione del processo rappresenta soltanto un effetto riflesso della disposizione della situazione giuridica controversa, l'acquiescenza non costituisce un negozio giuridico processuale.

In questa logica trova la propria spiegazione l'assunto prevalentemente condiviso⁴⁵³ secondo cui l'ordinamento non consente di prestare acquiescenza preventiva ad una pronuncia⁴⁵⁴. Infatti, la fattispecie si può integrare soltanto successivamente all'emanazione della sentenza, dal momento che solo allora la posizione giuridica sostanziale così come definita dalla pronuncia giurisdizionale entrerà nella sfera di disponibilità della parte, che «sarà in grado di esercitare consapevolmente il suo potere dispositivo»⁴⁵⁵. Il che risulta coerente con l'affermazione per la quale non è consentito prestare validamente acquiescenza ad un potere di impugnazione futuro. In questo senso, l'acquiescenza non impedisce di impugnare per revocazione straordinaria, sempre che la fattispecie non si perfezioni dopo l'intervenuta conoscenza del motivo revocatorio⁴⁵⁶. Peraltro, si riteneva altresì che la facoltà di acquiescenza preventiva fosse preclusa dall'inammissibilità di un atto volto a sottrarre la sentenza agli inderogabili controlli di pubblico interesse⁴⁵⁷.

Una volta chiariti questi aspetti, è dunque possibile cogliere nelle considerazioni sinora svolte i presupposti che consentono di entrare nel vivo della problematica «di particolare importanza»⁴⁵⁸ concernente l'ammissibilità dei patti di rinuncia preventiva all'impugnazione. Converrà, al riguardo, esaminare dapprima le argomentazioni per le quali l'impostazione prevalente ne ha fino ad oggi escluso la configurabilità⁴⁵⁹, per trovare nelle stesse le ragioni del loro superamento.

⁴⁵³ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

⁴⁵⁴ Cass., sez. un., 9 ottobre 1972, n. 2931, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Impugnazioni civili in genere*, nn. 32 e 39, 1440 s.

⁴⁵⁵ Così S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*¹³, Padova, 2000, 437, che considera pertanto inammissibile l'acquiescenza preventiva (si veda altresì p. 437 e nt. 39).

⁴⁵⁶ C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 43 s.

⁴⁵⁷ Così E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit., il quale pone in rilievo la circostanza che «il condizionamento dell'acquiescenza alla posteriorità rispetto all'emanazione della sentenza, che pure manca nel testo dell'art. 329 cod. proc. civ., è desunto: per via logica, in quanto – anche al di fuori dell'acquiescenza c.d. impropria («l'impugnazione parziale importa acquiescenza alle parti della sentenza non impugate»: art. 329, secondo comma) – sarebbe inconcepibile l'accettazione, espressa o tacita, di una sentenza non ancora emanata; per via sistematica, in quanto la rinuncia preventiva all'impugnazione altererebbe il potere del giudice, sottraendone la decisione a controlli di pubblico interesse, il cui ordine le parti non possono derogare, fuori dei casi tassativi di legge».

⁴⁵⁸ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

⁴⁵⁹ In proposito, si veda la dottrina e la giurisprudenza citata da G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 609, nt. 35, per affermare che la legge non consentirebbe la rinuncia preventiva all'impugnazione.

Addentrandoci su questa via, occorre innanzitutto osservare come la fattispecie in questione consista nell'impegno a non proporre alcun gravame avverso una futura sentenza. Ebbene, a differenza che nell'accordo sulla *revisio per saltum* di cui all'art. 360, comma 2, cod. proc. civ., in questo caso l'oggetto del negozio comprenderebbe la rinuncia al vaglio della Cassazione, oltre che all'appello. Ed invero, al fine di identificare il patto in esame rispetto a fattispecie di rinuncia simili, è stato proposto⁴⁶⁰ di qualificare «questo ipotetico negozio come 'rinuncia cieca', in quanto il rinunciante si priva della facoltà di impugnare una sentenza della quale ignora i contenuti»⁴⁶¹.

Peraltro, analogamente a quanto si è riconosciuto relativamente al ricorso *omisso medio*, non sembrano sussistere sostanziali differenze nell'analisi della compatibilità ordinamentale del negozio intervenuto *ante sententiam* rispetto a quello concluso *ante causam*, purché quest'ultimo abbia un oggetto sufficientemente determinato. Si tratta dunque di stabilire se risulti ammissibile un negozio mediante il quale le parti rinuncino ad una sentenza non ancora emessa⁴⁶². Lo stesso, peraltro, non potrà che configurarsi come un accordo, non consentendo, in linea di principio, l'operatività anche processuale della regola della buona fede che la gestione del processo possa essere oggetto di un'iniziativa unilaterale. Pertanto, sembra opportuno procedere ad una trattazione unitaria della tematica in esame.

In questo quadro, è utile, inoltre, ricordare che il problema dell'ammissibilità dei negozi di rinuncia preventiva alle impugnazioni è stato di recente sollevato, con un'ordinanza interlocutoria, dalla seconda sezione civile della Cassazione – che ha rimesso gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite⁴⁶³ – evidenziando la presenza di una questione di massima di particolare importanza⁴⁶⁴. In particolare, si era ritenuto insussistente nell'ordinamento un principio generale che imponga il doppio grado per il giudizio di merito. In questa prospettiva, la Corte ha posto in evidenza come la tesi della nullità dell'accordo sulla rinuncia preventiva ai gravami costituisca l'espressione di un'impostazione giurisprudenziale oramai piuttosto risalente nel tempo e come non si riscontrino in proposito specifiche elaborazioni da parte della dottrina. Il che imporrebbe «un'approfondita riflessione sulla validità del negozio abdicativo, ove inerente a diritti disponibili»⁴⁶⁵, sia in rapporto al regime dell'acquiescenza di cui all'art. 329 cod. proc. civ.; sia rispetto ai canoni fondamentali dell'autonomia privata, garantita dall'art. 41 Cost., da un lato, e della disponibilità

⁴⁶⁰ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

⁴⁶¹ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

⁴⁶² E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

⁴⁶³ Cass., ord., 6 marzo 2012, n. 3469, cit., alla quale tuttavia le Sezioni unite non hanno fornito una specifica risposta in merito alla questione che aveva determinato la rimessione degli atti, dal momento che si sono limitate ad una pronuncia in termini di inammissibilità del ricorso principale, dichiarando così assorbito quello incidentale.

⁴⁶⁴ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

⁴⁶⁵ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

dell'azione giudiziale quale espressione del diritto alla difesa giudiziale di cui all'art. 24 Cost., dall'altro lato⁴⁶⁶.

Sintetizzando un dibattito emerso nelle sue potenzialità soltanto di recente, occorre rilevare, in primo luogo, che – in seguito ad alcune datate pronunce della Corte di Cassazione⁴⁶⁷ – la giurisprudenza e la dottrina si erano sostanzialmente conformate sulla tesi dell'invalidità di simili negozi, di modo che «nella letteratura odierna la questione appare largamente negletta, per lo più esaurita nella contrapposizione tra rinuncia preventiva, sicuramente invalida, ed acquiescenza nonché rinuncia successiva, valide nei limiti e nelle forme di legge»⁴⁶⁸. Specificamente, una simile intelaiatura interpretativa è stata intessuta intorno al regime dell'acquiescenza di cui all'art. 329 cod. proc. civ.

In particolare, osservava la Corte che il patto di rinuncia preventiva all'impugnazione sarebbe affetto da nullità in quanto si porrebbe in contraddizione con i principi dell'ordinamento⁴⁶⁹. Da quest'ultimo punto di vista, il negozio in questione, «tendendo ad alterare il contenuto dei poteri dell'organo giudicante ed il sistema dei controlli previsti nel processo per l'esercizio della funzione giurisdizionale, contrasta con l'interesse pubblico, che presiede allo svolgimento di detta funzione e non lascia spazio a manifestazioni di autonomia privata, se non nei casi tassativamente previsti dalla legge»⁴⁷⁰.

Si è pertanto sostenuto che alle parti non sarebbe permesso porre in essere una rinuncia preventiva al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge, con un'inaccettabile interferenza sui poteri del giudice, al fine di sottrarre la pronuncia ai controlli di interesse pubblico⁴⁷¹. In questo senso, le uniche deroghe consentite risulterebbero quelle rappresentate, da un lato, dall'acquiescenza, che «ha come

⁴⁶⁶ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit., il quale sottolinea che «l'accostamento fra impugnazione della sentenza e impugnazione del lodo», contenuto nel d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, «permette di ribadire come la questione della validità della rinuncia preventiva sia astrattamente concepibile soltanto nell'area dei diritti sostanziali disponibili: l'indisponibilità dell'interesse materiale preclude ogni negozio processuale ad effetti dispositivi, anche nelle forme tipiche dell'acquiescenza e della rinuncia posteriore. Dunque, la questione resta circoscritta alla validità della 'rinuncia cieca' con la quale si abdichi alla facoltà di impugnare la sentenza incidente su diritti disponibili. Altrimenti declinato, l'interrogativo è se, disponibile il diritto sostanziale oggetto della futura sentenza, sia preventivamente disponibile anche il diritto processuale di impugnarla».

⁴⁶⁷ Cass., sez. un., 9 ottobre 1972, n. 2931, cit. 1440 s.

⁴⁶⁸ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

⁴⁶⁹ Cass., 16 ottobre 1974, n. 2870, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Impugnazioni civili in genere*, n. 45, 1138 s.

⁴⁷⁰ Cass., 16 ottobre 1974, n. 2870, cit. 1138.

⁴⁷¹ Sul punto, si veda E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit., il quale osserva che «nitida è l'influenza della teoria pubblicistica del processo civile, il quale funzionerebbe "non nell'interesse delle parti, ma mediante l'interesse delle parti", giacché "l'interesse delle parti è un mezzo, per il quale lo scopo pubblico del processo si attua"; scopo coincidente con l'"interesse pubblico esterno", cioè con l'"interesse pubblico alla composizione dei conflitti". Con questa rinuncia, invero, "la parte verrebbe a sottrarsi a quella funzione che nel processo le è assegnata nell'interesse pubblico, come organo segnaletico della ingiustizia del provvedimento"».

presupposto l'adozione e la pubblicazione del provvedimento impugnabile e, pertanto, non può precedere la pubblicazione della sentenza⁴⁷²; dall'altro lato, dall'accordo per omettere l'appello di cui all'art. 360, comma 2, cod. proc. civ. Nondimeno, anteriormente alla riforma introdotta dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, la giurisprudenza della Cassazione aveva sostenuto che anche l'accordo sulla *revisio per saltum* fosse invalido se stipulato prima della pronuncia della sentenza⁴⁷³.

In quest'ordine di idee, la giurisprudenza di legittimità ha altresì ritenuto – con argomentazioni sostanzialmente mutuata da quelle relative all'accordo sul ricorso *omisso medio* intervenuto *ante sententiam* – che il negozio di rinuncia preventiva alle impugnazioni si presenterebbe come potenzialmente lesivo del diritto alla difesa giurisdizionale garantito dalla Costituzione⁴⁷⁴. Ed invero, qualsiasi valutazione che la parte compisse in ordine all'opportunità di accontentarsi di una sentenza dal contenuto ancora ignoto non potrebbe compiersi in modo consapevole per la sua aleatorietà. In questa logica, il profilo di rischio suscitato dall'accordo di rinuncia preventiva all'impugnazione permanerebbe anche nell'ipotesi in cui la base fattuale del giudizio sin dall'inizio si mostrasse come del tutto incontrovertibile, dal momento che durante il primo grado di giudizio potrebbero intervenire diversi elementi a sconfiggere l'apparenza, quali, ad esempio, l'intervento di terzi, la formulazione di eccezioni, l'*emendatio libelli* ed, infine, il procedimento logico di decisione seguito dal giudice⁴⁷⁵.

Per completezza dell'esame delle prospettive sottostanti alla casistica di cui ci occupiamo, è inoltre utile ricordare come alle considerazioni della giurisprudenza la dottrina, allineandosi sulle medesime posizioni, abbia aggiunto delle altre riflessioni volte ad avvalorare la tesi dell'inammissibilità del patto di rinuncia preventiva ai mezzi di gravame.

In proposito, occorre infatti registrare l'autorevole posizione⁴⁷⁶ di chi ha sostenuto come, per un verso, la possibilità di configurare nell'ordinamento un accordo di rinuncia preventiva alle impugnazioni non discenderebbe da un'assimilazione della fattispecie a quella dell'acquiescenza, dal momento che un conto sarebbe accettare la determinazione del giudice dopo che la stessa sia stata resa nota, un altro obbligarsi ad accettare una pronuncia di cui si ignora il contenuto⁴⁷⁷. Non potrebbe neppure configurarsi un patto del genere alla stregua di una transazione, in quanto – risultando possibile che il giudice assegni per intero la vittoria ad una delle due parti e la soccombenza all'altra – l'accordo difetterebbe del requisito della reciprocità delle concessioni previsto dalla fattispecie di cui agli artt. 1965 e ss. del codice civile⁴⁷⁸. In questa prospettiva, secondo la dottrina in questione, si potrebbe proporre di configurare

⁴⁷² Cass., 30 dicembre 1981, n. 6773, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

⁴⁷³ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

⁴⁷⁴ Cass., 10 luglio 1986, n. 4480, cit.

⁴⁷⁵ Cass., 10 luglio 1986, n. 4480, cit.

⁴⁷⁶ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile. Il procedimento di dichiarazione in prima istanza. I mezzi per impugnare le sentenze*³, Milano, 1910, IV, 276.

⁴⁷⁷ L. MORTARA, *Commentario*, cit., IV, 276.

⁴⁷⁸ L. MORTARA, *Commentario*, cit., IV, 276.

il patto alla stregua di un «contratto aleatorio innominato»⁴⁷⁹, ma permarrebbe il dubbio che uno dei litiganti possa assumere su di sé per intero il rischio connaturato al giudizio⁴⁸⁰. Infine, si evidenzia come la rinuncia preventiva ad impugnare, al pari della figura della ‘rimessione a giustizia’⁴⁸¹, non supporterebbe una causa lecita qualora la fattispecie non si fondasse sulla fiducia nella valutazione operata dal giudice e, di conseguenza, dovrebbe concepirsi come suscettibile di ritrattazione laddove la parte ritenga che la propria fiducia sia stata violata da una pronuncia sostanzialmente ingiusta⁴⁸².

Per di più, è stato posto in rilievo che, sulla base del regime della convalida del negozio annullabile di cui all’art. 1444 cod. civ., «l’invalidità della rinuncia preventiva all’impugnazione può essere giustificata anche in chiave privatistica, nel senso che, essendo detta rinuncia un negozio, sussisterebbe un ‘difetto della coscienza del volere’, non potendosi coscientemente riconoscere la giustizia di un provvedimento ancora ignoto»⁴⁸³.

Siamo ora in grado di tirare le fila di questo discorso, e di evidenziare come, per un verso, la differenza degli effetti prodotti dalla figura dell’acquiescenza e dal patto di rinuncia preventiva all’impugnazione – rispettivamente sostanziali e processuali – impedisca di estendere al secondo i limiti della prima. Per altro verso, è necessario riconoscere come la maggior parte delle argomentazioni esposte finiscano per essere travolte dalla sicura ammissibilità – sancita dal legislatore – della *revisio per saltum* fondata su un accordo anteriore alla sentenza. A tal fine, occorrerà valorizzare la considerazione per cui il processo – pur nella sua essenza pubblicistica – non è totalmente indisponibile ai privati nella misura in cui la gestione negoziale del procedimento contribuisce ad una migliore realizzazione del giusto processo *sub specie* di una ragionevole durata.

In proposito, è utile immediatamente premettere – come già in precedenza si è potuto riconoscere – che i negozi giuridici processuali atipici non sono di per sé inammissibili. Ed invero, non appare incongruo adoperare la norma di cui all’art. 1322 cod. civ. anche nel settore processuale, in quanto la disciplina dei contratti sembra porsi nel sistema quale diritto comune, trasversalmente applicabile secondo il criterio della compatibilità ordinamentale⁴⁸⁴. In questa logica, la disposizione in questione non appare contrastante con la riserva di legge rinforzata di cui all’art. 111 Cost., la quale impone che

⁴⁷⁹ L. MORTARA, *Commentario*, cit., IV, 276.

⁴⁸⁰ L. MORTARA, *Commentario*, cit., IV, 276.

⁴⁸¹ Al riguardo, cfr. E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit., il quale rileva che «la Suprema Corte ha avvertito ogni forma surrettizia di ‘rinuncia cieca’ al potere impugnativo; valga quale esempio l’indirizzo sulla “rimessione a giustizia”, avendo i giudici di legittimità statuito che la dichiarazione della parte di ‘rimettersi alla giustizia’ non implica acquiescenza ad ogni e qualsiasi decisione, ma sta unicamente a significare che la parte rimane in attesa di una pronuncia secondo diritto ed equità, senza rinunciare alla possibilità di impugnare la decisione che viceversa si manifestasse iniqua od errata».

⁴⁸² L. MORTARA, *Commentario*, cit., IV, 276.

⁴⁸³ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit. In questo senso, sebbene in un caso di rinuncia preventiva all’impugnazione del lodo arbitrale irrituale, occorre menzionare, in particolare, Cass., 13 gennaio 2004, n. 272, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

⁴⁸⁴ R. CAPONI, *Autonomia*, cit., 107 ss.

attraverso atti normativi di rango primario sia predisposta una regolamentazione del processo che si presenti come ‘giusta’. Il che presuppone il rispetto delle garanzie minime di salvaguardia, quali il contraddittorio tra le parti, la ragionevole durata del processo e la terzietà dell’organo giudicante. A ben vedere, l’art. 1322 cod. civ. appare conforme alla riserva di legge anche da un punto di vista contenutistico, dovendosi riconoscere tutela esclusivamente a quegli atti caratterizzati dal contributo dell’autonomia privata alla migliore realizzazione del giusto processo *sub specie* di un accertamento processuale realizzato in un tempo ragionevole.

Ebbene, il patto di rinuncia preventiva ai mezzi di gravame, quale negozio giuridico processuale atipico, rappresentando uno strumento per accelerare la definizione delle controversie, mediante l’attribuzione della ‘parola definitiva’ sull’oggetto della lite ad un solo giudice precostituito per legge, non sembra di per sé immeritevole di tutela. Al contrario, in seguito ai recenti interventi normativi – come è stato posto in rilievo⁴⁸⁵ – «si assiste ad un rovesciamento di prospettiva: la ‘cecità’ delle parti in ordine alla sentenza del cui appello trattasi non è più ostacolo all’accordo consapevole sull’omissione dell’appello, ma presupposto di ragionevolezza della ‘scommessa’ sull’esito del primo grado di giudizio»⁴⁸⁶.

In questa prospettiva, è opportuno proporre alcune considerazioni di ordine generale che potrebbero rappresentare un viatico per desumere la validità dei patti di rinuncia preventiva ai gravami. Specificamente, occorre far riferimento alle esigenze di certezza nella definizione dei rapporti giuridici assolute dalla giurisdizione statale rispetto all’articolazione del procedimento in più fasi e, specularmente, all’operatività del principio dispositivo, sulla base del quale nessuno è tenuto a richiedere la tutela giurisdizionale dei propri diritti ed interessi – che risultano liberamente disponibili – nonostante l’ordinamento sia tenuto ad assicurare tale possibilità, ai sensi dell’art. 24 Cost.

Da questo punto di vista, emerge infatti la circostanza che, nel disciplinare in astratto l’organizzazione del processo, il legislatore ha dovuto risolvere il problema di soddisfare due interessi antitetici, ossia, per un verso, quello di far seguire ad un primo grado di giudizio degli altri giudizi per verificare che non vi siano vizi o errori nel procedimento decisorio, in una serie potenzialmente illimitata in considerazione della «fallibilità di ogni giudizio umano»⁴⁸⁷. Per altro verso, viene in rilievo l’esigenza opposta di assicurare la certezza delle situazioni giuridiche, che rappresenta l’obiettivo principale del giudizio di cognizione, il quale tende al raggiungimento della definitività del suo esito⁴⁸⁸. L’ordinamento adotta dunque una soluzione di compromesso tra l’esigenza che il processo di cognizione permetta di conseguire in via pressoché definitiva la certezza dei rapporti e la contraria esigenza di un controllo da parte di altri giudici – in considerazione dei limiti delle valutazioni umane – mediante la predisposizione in linea

⁴⁸⁵ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

⁴⁸⁶ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit.

⁴⁸⁷ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 401 ss.

⁴⁸⁸ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 401 ss.

di principio di tre fasi del giudizio, ossia quello di primo grado, il secondo grado di merito – cioè l'appello – e la verifica in punto di diritto della Cassazione⁴⁸⁹.

In questo quadro, è importante rilevare – come è stato autorevolmente osservato⁴⁹⁰ – che «l'eventuale svolgimento delle ulteriori fasi di giudizio (rispetto a quella di primo grado), lungi dall'essere imposto come necessario in senso assoluto, è lasciato, attraverso un'ulteriore utilizzazione del meccanismo della disponibilità della tutela giurisdizionale, all'iniziativa di quella delle parti che si ritenesse insoddisfatta dell'esito della precedente fase del giudizio»⁴⁹¹. Il che si ricollega, in buona sostanza, al principio dispositivo, sulla base del quale il dovere di decidere sulla controversia da parte dell'organo giurisdizionale sorge soltanto nel momento in cui venga proposta una domanda⁴⁹², sotto forma di azione ovvero di impugnazione.

Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per trarre due ordini di riflessioni: in primo luogo, non appare peregrino sostenere che, in generale, è indubbiamente opportuno che l'ordinamento assicuri un controllo sulle pronunce giurisdizionali e questo rappresenta per certi versi un portato del canone del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. Nondimeno, nulla vieta alle parti, in relazione ad una specifica controversia tra loro intercorrente, di risolvere diversamente il bilanciamento degli interessi appena menzionati, accordando la prevalenza alle esigenze di certezza e rapidità nella definizione della lite. In altri termini, i criteri fondamentali dell'esercizio della giurisdizione dati dall'indipendenza del giudice e dalla sua precostituzione per legge – oltre alla garanzia del contraddittorio – risulterebbero comunque rispettati nell'unico giudizio di merito, e la scelta di fermarsi alla decisione in quella sede operata corrisponde ad una valutazione di opportunità diversa da quella effettuata dall'ordinamento, ma con lo stesso non incompatibile.

In secondo luogo, occorre sottolineare come, sulla base del principio dispositivo, alla costituzionalizzazione del giudizio di legittimità corrisponda comunque una semplice facoltà per le parti di farvi ricorso. Ed invero, se è parso necessario assicurare l'uniforme applicazione del diritto ed almeno un ulteriore controllo rispetto a tutte le pronunce giurisdizionali, ciò si traduce nel dovere dell'ordinamento di predisporre l'organizzazione adeguata a garantire tale forma di tutela giurisdizionale, ma non nell'obbligo per le parti di farvi ricorso.

Appare dunque come meritevole di tutela anche il negozio con cui – in relazione ad una specifica controversia – le parti rinuncino preventivamente alle impugnazioni, dal momento che questa facoltà rientra nell'ambito del principio dispositivo. In questa logica, il fatto che la stessa possa essere esercitata preventivamente rappresenta il portato della possibilità di accordarsi su una determinata organizzazione del procedimento in funzione della sua definizione in tempi ragionevoli piuttosto che su un determinato assetto di interessi afferente alle posizioni soggettive sostanziali per le quali si chiede tutela. Del resto, ciò trova un riscontro nell'attuale assetto di fattispecie analoghe, quale è la *revisio per saltum* di cui all'art. 360, comma 2, cod. proc. civ.

⁴⁸⁹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 401 ss.

⁴⁹⁰ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 401 ss.

⁴⁹¹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 403.

⁴⁹² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 99 ss.

Dopo aver chiarito questi aspetti, giova quindi riconoscere come l'opzione interpretativa qui suggerita trovi riscontro nel rapporto tra la fattispecie in esame e gli altri istituti abdicativi in materia di gravame, sulla base della cui analisi si giungerà a respingere gli orientamenti espressi dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionali.

Ebbene, risulta innanzitutto necessario rilevare – sulla base di quanto sinora osservato, anche dalla stessa dottrina contraria ai patti in questione⁴⁹³ – che i negozi di rinuncia preventiva ai mezzi di gravame non presentano la stessa natura dell'acquiescenza⁴⁹⁴. Ed allora, dalla sicura inammissibilità di un'acquiescenza anticipata non è dato inferire l'inammissibilità della tipologia di accordi in esame.

D'altronde, la fattispecie di cui all'art. 329 cod. proc. civ. esprime una modalità di disposizione del diritto in contesa, in quanto la parte compie fondamentalmente un'accettazione delle posizioni giuridiche sostanziali così come definite dalla sentenza. Non si tratta, dunque, di un negozio giuridico processuale, ma di una fattispecie negoziale di natura sostanziale. Ed è questa la ragione per cui l'acquiescenza presuppone che sia emessa la sentenza della cui accettazione si tratta. Viceversa, l'accordo sulla rinuncia preventiva ai mezzi di gravame si esplicherebbe nell'ambito della configurazione del rito, mediante la creazione di una regola procedimentale. Ed invero, quest'ultima fattispecie, quale modalità per dismettere un potere processuale futuro, risulterebbe essenzialmente configurabile prima che intervenga la sentenza⁴⁹⁵. In quest'ordine di idee, «l'anticipazione rispetto alla sentenza è quasi connaturale alla rinuncia, poiché l'attribuzione di soccombenza pone i litiganti in condizioni diseguali, impedendo di fatto l'accordo sui gravami»⁴⁹⁶.

In conclusione, non può non attribuirsi rilievo alle indicazioni che provengono dal legislatore attraverso la riforma dell'istituto del ricorso *omisso medio*. Specificamente, «il modello positivo della rinuncia preventiva al gravame si individua nel patto di omissione dell'appello di cui art. 360, secondo comma, cod. proc. civ., liberato per via esegetica da ogni condizionamento alla già avvenuta emanazione della sentenza di primo grado»⁴⁹⁷.

A ben vedere, in seguito alla novella introdotta dal d.lgs. n. 40 del 2006, allo stato attuale la norma di cui all'art. 366, comma 3, cod. proc. civ. prevede testualmente che, relativamente alla *revisio per saltum*, l'accordo tra le parti possa essere 'anche anteriore alla sentenza impugnata', contrariamente a quanto riteneva in precedenza la giurisprudenza di legittimità⁴⁹⁸. Ed invero, la legge esplicitamente acconsente ad un'alterazione

⁴⁹³ Così L. MORTARA, *Commentario*, cit., IV, 276.

⁴⁹⁴ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 279 ss.

⁴⁹⁵ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 279 ss.

⁴⁹⁶ Riferisce in tal modo di questa opzione ricostruttiva E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit. Su queste posizioni si attesta altresì M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 291 ss. (ed, in particolare, 295).

⁴⁹⁷ E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit. In proposito, occorre altresì considerare i rilievi condivisibilmente proposti da M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 445 ss.

⁴⁹⁸ Si veda, sul punto, E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit., il quale ricorda che «nel vigore del testo originario, l'atto separato da unirsi al ricorso' era inteso dalla Suprema Corte quale semplice modalità di documentazione del patto di salto, alternativa al 'visto apposto sul ricorso', senza alcuna legittimazione dell'antiorità della stipula. L'accordo preventivo di omissione dell'appello, giudicato in

convenzionale dei mezzi di gravame, evidentemente non considerandola una questione di ordine pubblico, ma bensì un profilo rientrante nella disponibilità dei privati. Tra l'altro, si è notevolmente ristretto il ventaglio di motivi di impugnabilità con ricorso per Cassazione all'esito dell'accordo *per saltum*, così che attraverso questo strumento le parti finiscono comunque per ridurre drasticamente i controlli sulla sentenza di primo grado.

In questa prospettiva, rileva dunque il fatto che, con la modifica in questione, il legislatore abbia voluto «permettere alle parti di accordarsi quando ancora è un'opzione ragionevole, cioè prima della sentenza di primo grado»⁴⁹⁹, dal momento che «la scommessa ha un senso prima dell'evento, non dopo»⁵⁰⁰. Da quest'ultimo punto di vista, la circostanza che le parti ignorino l'esito della sentenza rispetto alla quale intendono omettere l'appello non costituisce più un impedimento alla realizzazione di un accordo consapevole sulla *revisio per saltum*, ma requisito che assicura la ragionevolezza dell'assetto di interessi configurato dalle parti.

Ebbene, non sembra incongruo, in questo quadro, opinare nel senso che la fisionomia dell'accordo sul ricorso *omisso medio* di cui all'art. 360, comma 2, cod. proc. civ., nella sua attuale portata, possa avere una rilevanza sistematica, non rappresentando i principi dell'ordinamento un ostacolo a configurare una regola di carattere generale in ordine alla preventiva disponibilità dei poteri di impugnazione⁵⁰¹.

2.2.8 *Le conclusioni conformi.*

Una peculiare problematica cui è utile accennare nello spazio consentito da questa trattazione riguarda la tipologia di accordi – di natura sicuramente negoziale – che si possono concretizzare in seguito alla precisazione di conclusioni conformi delle parti, in sede di divorzio originariamente contenzioso. Ed invero, come è stato posto in

contrasto con una ratio che postula la valutazione della sentenza di primo grado al fine di stimare le questioni residue, era considerato invalido anche quale negozio processuale innominato, al pari di ogni rinuncia preventiva all'impugnazione, venendone comunque alterato l'ordine dei mezzi di gravame».

⁴⁹⁹ B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 222.

⁵⁰⁰ B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., 222.

⁵⁰¹ In senso problematico, cfr. E. CARBONE, *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, cit., il quale comunque sottolinea che «qualora si ammetta la vigenza della regola di irrinunciabilità preventiva ai gravami – sebbene ormai “non assoluta” –, occorrerà interrogarsi sulle conseguenze della relativa violazione. Segnatamente, posta la nullità della rinuncia indiscriminata ad ogni gravame contro la futura sentenza di primo grado, è opportuno verificare se essa possa convertirsi nell'accordo preventivo di salto per cassazione, oggi valido ed efficace». In questa prospettiva, l'A. rileva che «spetta al giudice di merito indagare, agli effetti dell'art. 1424 cod. civ., se sussista un oggettivo rapporto di continenza tra negozio nullo e negozio sostitutivo e se quest'ultimo rientri nell'intento dei contraenti, da valutare come intento pratico perseguito. Atteso che le parti intendono ottenere, tramite preventiva e generale rinuncia ai gravami, la formazione accelerata del giudicato, sebbene al prezzo di un'estrema concentrazione dell'alea giudiziale, sembrerebbe conforme al loro intento pratico mantenere l'omissione dell'appello, consentendo e imponendo l'accesso *per saltum* al giudizio di legittimità. Tuttavia, una visione strettamente quantitativa potrebbe risultare inappropriata ove la materia controversa reclamasse giudizi di fatto, eccedenti l'ambito delineato dall'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., nel qual caso, esclusa la conversione della rinuncia generale in un patto di salto, dovrebbe ammettersi l'appello».

rilievo⁵⁰², in questa materia «risulta che il profilo sostanziale e quello processuale si intrecciano in un groviglio difficilmente dipanabile; ma appare chiaramente che nella specie non opera soltanto il generale principio dell'obbligo del giudice di conformarsi alle domande delle parti, ma vi è qualcosa di più: il diritto delle parti di ottenere una forma giudiziale conforme alle proprie determinazioni»⁵⁰³. Ebbene, potrà subito riconoscersi come simili accordi valgano a creare una regola processuale nel senso di impedire l'impugnazione del decreto di omologa ovvero della sentenza che li abbia recepiti.

Procedendo lungo questo percorso, è dunque necessario preliminarmente osservare come, con riguardo a questi accordi, si siano posti essenzialmente due ordini di problemi, afferenti, da un lato, all'individuazione del regime di impugnazione del provvedimento conclusivo di un divorzio originariamente contenzioso e, dall'altro lato, all'indisponibilità degli interessi coinvolti ed al conseguente potenziale contrasto di un simile negozio con l'ordine pubblico.

Ed è su questi aspetti che dovremo ora soffermarci.

Sintetizzando un dibattito estremamente ampio e complesso⁵⁰⁴, può ritenersi – in conformità con un orientamento⁵⁰⁵ di recente condivisibilmente espresso dalla Corte di legittimità – che, nel rispetto della regola della soccombenza intesa in senso sostanziale⁵⁰⁶, la fattispecie in cui le parti raggiungano, all'esito di un procedimento di divorzio originariamente contenzioso, un accordo in sede di precisazione delle conclusioni debba soggiacere al medesimo regime previsto per un procedimento consensuale. In particolare, troverebbe applicazione, in questa logica, la disposizione di cui all'art. 5, comma 5, l. 1 dicembre 1970, n. 898, c.d. 'l. divorzio', la quale prevede che ciascun coniuge possa impugnare la pronuncia, limitando tale facoltà, in caso di divorzio congiunto, al ricorrere di specifiche circostanze, ossia, quando il giudice di primo grado non abbia recepito oppure abbia recepito solo in parte l'accordo intervenuto tra le parti, ovvero in mancanza dei presupposti di legge⁵⁰⁷. Da quest'ultimo punto di vista, l'argomentazione seguita dalla giurisprudenza in esame postula, dunque, che una sentenza di questo tipo possa essere impugnata esclusivamente al ricorrere del requisito della soccombenza, la cui sussistenza verrebbe radicalmente esclusa dalla sussistenza di un accordo, sulla base del disposto dell'art. 100 del codice di rito⁵⁰⁸.

Siamo così di fronte ad una prospettiva che invita ad una più approfondita riflessione, in quanto la configurabilità di questo genere di accordi sembra all'apparenza

⁵⁰² E. RUSSO, *Studi sul diritto di famiglia: corso di diritto civile*, Roma, 2009, 437 ss.

⁵⁰³ Così E. RUSSO, *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 439.

⁵⁰⁴ Cfr. sul punto C. FILAURO, *Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell'interesse ad impugnare: una nuova presa di posizione della giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. dir.*, 2015, 360 ss.

⁵⁰⁵ In proposito, occorre menzionare Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, in *Fam. dir.*, 2015, 357 ss., con nota di C. FILAURO, *Gli accordi*, cit., 360 ss.

⁵⁰⁶ Riguardo al problema dell'interesse ad impugnare nell'ambito del procedimento di divorzio, si veda C. FILAURO, *Gli accordi*, cit., 363 ss.

⁵⁰⁷ Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit., 357 ss.

⁵⁰⁸ C. FILAURO, *Gli accordi*, cit., 363 ss.

porsi in contrasto con i principi – costantemente ribaditi⁵⁰⁹ – della indisponibilità degli *status*, oltre che dell'assegno divorzile⁵¹⁰.

Nondimeno, può osservarsi, sul punto, come soltanto la predisposizione di clausole negoziali che contravvengano alla *ratio* di tali divieti, essenzialmente fondata sulla necessità di tutelare la prole ed il coniuge economicamente più debole, rappresenterebbe una violazione di diritti indisponibili⁵¹¹. Viceversa, gli accordi tra le parti potrebbero ben configurare altri aspetti – personali o patrimoniali – della vita familiare, nei medesimi spazi che risultano disponibili per le separazioni consensuali ed i divorzi congiunti, non ponendosi di per sé in contrasto con l'ordine pubblico⁵¹².

Tanto premesso, è in questi elementi sinora delineati che si coglie bene il presupposto per riconoscere la natura negoziale che emerge dalla precisazione di conclusioni conformi in sede di divorzio originariamente contenzioso. Negozio in cui rilevano nella stessa misura gli effetti sostanziali e gli effetti processuali, dal momento che l'efficacia preclusiva dell'impugnazione della sentenza, suscettibile di tradursi in una declaratoria di inammissibilità dell'appello, risulta meritevole di tutela ordinamentale per la «proficua funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili»⁵¹³. Il che trova corrispondenza nell'esigenza di assicurare una ragionevole durata del processo, secondo quanto impone l'art. 111 Cost.

Emerge, a questo punto, la ricaduta pratica dell'opzione interpretativa qui suggerita, in quanto ciò consente di predicare l'applicazione della categoria generale di contratto in relazione all'accordo delle parti conseguente alle precisazioni comuni in un procedimento di divorzio all'origine contenzioso, per la disciplina di alcuni aspetti della fattispecie. In particolare, occorrerebbe fare riferimento ai principi generali relativi, ad esempio, alla nullità del negozio, ai requisiti di capacità delle parti, come pure quelli concernenti i vizi della volontà⁵¹⁴.

In questa prospettiva, sembra perciò condivisibile l'assunto per cui «nullità o annullamento non potrebbero costituire motivo di impugnazione dei soggetti dell'accordo da cui essi sono vincolati, ma dovrebbero essere fatti valere in un autonomo giudizio di cognizione»⁵¹⁵. Del resto, ciò sembra costituire il portato di una precisa scelta di ordine processuale imputabile alle parti.

2.2.9 *La rinuncia agli atti.*

Abbiamo avuto sinora occasione di analizzare diverse figure negoziali che operano nel processo mediante la creazione di una regola procedimentale e, da ultimo, quelle che, nello specifico, hanno l'effetto di configurare il rapporto processuale secondo

⁵⁰⁹ Basti considerare, *ex pluribus*, Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it.*, 1993, I, 338 ss., con nota di E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, ivi, 342 ss.

⁵¹⁰ Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit., 338 ss.

⁵¹¹ Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit., 357 ss.

⁵¹² Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit., 357 ss.

⁵¹³ Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit., 359.

⁵¹⁴ Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit., 357 ss.

⁵¹⁵ Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit., 359.

l'assetto di interessi voluto dalle parti, in quanto meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Appare dunque opportuno, a questo punto, esaminare un istituto che si pone come fattispecie estintiva del procedimento, quale la rinuncia agli atti del giudizio, al fine di verificare se la si possa ricomprendere nell'ambito della categoria di cui abbiamo in precedenza tracciato i confini.

Come è noto, l'istituto della rinuncia agli atti del giudizio – il cui regime risulta dalla disposizione di cui all'art. 306 cod. proc. civ. – rappresenta una causa di estinzione del processo⁵¹⁶. Ebbene, sulla base dell'analisi delle caratteristiche principali della figura, alla cui determinazione sarà utile procedere anche mediante la distinzione con la diversa e contigua fattispecie della rinuncia all'azione, si giungerà a valorizzare la modalità procedimentale costituita necessariamente dall'incontro tra proposta e accettazione e – soprattutto – la circostanza che i suoi effetti si dispiegano direttamente sul processo.

Il che consentirà di riconoscere che, mentre la rinuncia all'azione si presenta come un negozio di diritto sostanziale dall'efficacia sul processo soltanto riflessa, la rinuncia agli atti appare propriamente inquadrabile nell'ambito della categoria dei negozi giuridici processuali incidenti in funzione configurativa sull'*agere* in senso processuale⁵¹⁷. In particolare, da questa qualificazione potranno farsi discendere le conseguenze in termini di disciplina che si è cercato di delineare sinora in relazione alla categoria di negozi in questione.

Addentrandoci lungo il percorso in questo modo delineato, sembra opportuno, in primo luogo, prendere le mosse da una ricognizione degli elementi normativi che riguardano le figure che qui si intende esaminare, al fine di procedere poi ad esaminare i caratteri principali delle fattispecie.

In proposito, occorre infatti rilevare che, sulla base della disposizione di cui all'art. 306 cod. proc. civ., la fattispecie della rinuncia agli atti determina l'estinzione del giudizio qualora ricorrano i requisiti previsti dalla norma. In particolare, è necessario che vi sia una dichiarazione in tal senso proveniente da una delle parti e l'accettazione ad opera delle altre parti costituite «che potrebbero aver interesse alla prosecuzione»⁵¹⁸. Non è ammessa, inoltre, la possibilità di introdurre elementi accidentali nel negozio, e sarebbe inefficace l'accettazione che contenga riserve o condizioni. È previsto poi che le dichiarazioni provengano dalle parti personalmente oppure dai loro procuratori speciali. Il che può avvenire «verbalmente all'udienza o con atti sottoscritti e notificati alle altre parti»⁵¹⁹. Dopo aver accertato la regolarità della rinuncia e dell'accettazione, il giudice dichiara l'estinzione del processo. Infine, la norma stabilisce che le spese siano poste per intero a carico del rinunciante, salvo diverso accordo tra le parti⁵²⁰.

È importante altresì ricordare che gli effetti dell'estinzione del processo vengono specificati dalla norma di cui all'art. 310 cod. proc. civ. In particolare, per un verso,

⁵¹⁶ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 509 ss.

⁵¹⁷ Sul punto, cfr. G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 509 ss., che, nell'evidenziare i profili di differenziazione tra i due istituti, pone in evidenza il fatto che «la rinuncia agli atti opera su un piano puramente processuale». Sottolinea la natura di negozio di diritto sostanziale della rinuncia all'azione anche C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 377 s.

⁵¹⁸ Art. 306 cod. proc. civ.

⁵¹⁹ Art. 306 cod. proc. civ.

⁵²⁰ Art. 306 cod. proc. civ.

nell'ambito del secondo e del terzo comma di questa disposizione si definiscono gli «effetti processuali interni»⁵²¹. In altri termini, si tratta del regime delle conseguenze dell'estinzione sul singolo procedimento pendente, ossia la disciplina afferente al destino degli atti compiuti, delle sentenze pronunciate nel corso del processo e delle prove raccolte⁵²². È necessario, pertanto, che si possa riscontrare la sussistenza di un procedimento che non abbia ancora definito tutte le pretese di merito oggetto della controversia⁵²³. Per altro verso, il primo comma stabilisce gli «effetti processuali esterni»⁵²⁴, e – specificamente – la regola per la quale l'estinzione del processo non risulta idonea a determinare anche l'estinzione della relativa azione⁵²⁵.

In questo quadro, ben si comprende come, sulla base del disposto dell'art. 306 cod. proc. civ., non possa cagionarsi l'estinzione del processo se non con l'accordo manifesto di tutte le parti potenzialmente interessate alla prosecuzione del processo. In questa logica, può desumersi come non risulti necessaria l'accettazione delle parti che in ipotesi non si siano ancora costituite e nemmeno quella delle parti rispetto alle quali sia emersa la mancanza di interesse ad una pronuncia sul merito, come, ad esempio, nel caso in cui abbiano sollevato eccezioni processuali⁵²⁶. Emerge, inoltre, il fatto che il disposto dell'art. 306 cod. proc. civ. richieda un consenso manifesto ed incondizionato sulla rinuncia agli atti perché dalla stessa possa conseguire l'effetto dell'estinzione⁵²⁷.

Una volta delineati questi aspetti, è dunque opportuno soffermarsi sull'analisi del profilo dell'accordo, in ordine alla sua struttura ed ai suoi effetti, dal momento che si perverrà a riconoscere come la natura negoziale, per un verso, e l'immediata produzione di effetti sul processo, per altro verso, valgano a distinguere la fattispecie in questione dalla rinuncia sostanziale e ad assimilarne la fisionomia a quella dalle altre rinunce processuali⁵²⁸.

Al riguardo, occorre prendere le mosse dalle diverse impostazioni circa la ricostruzione di questo profilo. In particolare, secondo un primo orientamento, si sarebbe in presenza di «un accordo risultante da una duplice dichiarazione unilaterale, ed a contenuto non negoziale, in quanto produce effetti predeterminati e puramente

⁵²¹ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 49.

⁵²² M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 48 ss.

⁵²³ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 48 ss.

⁵²⁴ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 49.

⁵²⁵ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 48 ss., la quale, al riguardo, sostiene che «la possibilità di introdurre delle differenziazioni all'interno degli effetti dell'estinzione del processo è circostanza rimasta poco apprezzata dai nostri studiosi» (in questi termini, a p. 49, nt. 23). In proposito, cfr. A. SEGNI - S. COSTA, voce *Procedimento civile*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1957, 1026 ss. (e, più precisamente, 1046 s.).

⁵²⁶ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 375 ss.

⁵²⁷ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 375 ss. In proposito, occorre altresì rilevare che non si pongono in contraddizione con l'ordinamento soltanto quelle manifestazioni di volontà che non implicino una rinuncia astratta e generalizzata concernente ogni posizione giuridica di vantaggio che possa sorgere in futuro nei confronti di un soggetto o addirittura nei confronti di chiunque. Sul punto, si veda A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, 10 ss.

⁵²⁸ Si considerino, al riguardo, la *revisio per saltum* e la rinuncia preventiva ai mezzi di gravame, analizzate nel precedente paragrafo. Sul punto, cfr. M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 1 ss., che giunge a differenti conclusioni in ordine alla struttura del negozio, sostanzialmente individuando nel carattere recettizio il profilo di differenziazione rispetto alle rinunce sostanziali, parimenti unilaterali.

processuali»⁵²⁹, pur presupponendo lo stesso, in linea di principio, la presenza implicita di «un accordo tra le parti sul piano sostanziale»⁵³⁰. Infatti, la disciplina prevista dal codice di rito si limiterebbe ad escludere l'eventualità che questo elemento dell'accordo confluisca nella documentazione degli atti di rinuncia e di accettazione⁵³¹. Da quest'ultimo punto di vista, tale scelta normativa si inquadrirebbe altresì nell'ambito della differenza riscontrabile tra la rinuncia agli atti ed altri negozi sostanziali, dal momento che, qualora si rendesse necessario rivestire l'accordo sottostante di una forma negoziale, le parti potrebbero agevolmente far ricorso ad altre fattispecie. In altri termini, nell'ipotesi in cui l'accordo presenti un contenuto più articolato ed, in ogni caso, differente dalla mera rinuncia e dalla sua accettazione, il sistema di procedura civile contempla l'istituto della conciliazione giudiziale, secondo quanto prevede la norma di cui all'art. 185 del codice di rito⁵³². In questa prospettiva, il problema della negozialità dell'atto è stato dunque liquidato sulla base della ricostruzione tradizionale, per la quale «la natura negoziale o non negoziale degli atti processuali è piuttosto una conseguenza della loro disciplina»⁵³³.

Viceversa, a seguire l'impostazione che ammette la figura dei negozi giuridici processuali⁵³⁴, e che qui sostanzialmente si ritiene preferibile nelle sue linee essenziali, ci si troverebbe in presenza di atti di natura negoziale.

In particolare, secondo una variante di questo orientamento⁵³⁵, per inquadrare la rinuncia agli atti del processo di cui all'art. 306 cod. proc. civ. occorrerebbe far riferimento a quell'insieme di atti processuali i cui effetti discenderebbero direttamente dalla volontà della parte, senza necessità che si frapponga allo scopo un atto del giudice⁵³⁶. Da quest'ultimo punto di vista, si tratterebbe, essenzialmente, di atti unilaterali e – nello specifico – di una peculiare tipologia di negozi giuridici processuali quali «le rinunce processuali immediatamente operative sul rapporto processuale in quanto (rinuncia agli atti, ad un mezzo di gravame) pongono fine al processo, o ad una sua fase, senza necessità di sentenza, ovvero (rinuncia ad una singola facoltà processuale) eliminano la necessità di un provvedimento del giudice»⁵³⁷. In quest'ordine di idee, si ritiene che l'effetto dell'estinzione del processo rappresenti la conseguenza del solo atto unilaterale di rinuncia, dal momento che la proiezione della volontà della parte sul rapporto processuale si presenterebbe come autosufficiente e prescinderebbe in atti di questo genere da un provvedimento dell'organo giurisdizionale⁵³⁸.

⁵²⁹ Così C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 376.

⁵³⁰ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 377.

⁵³¹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 375 ss.

⁵³² C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 375 ss.

⁵³³ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 376 s., nt. 143, il quale sostanzialmente richiama l'impostazione di V. DENTI, voce *Negozio processuale*, cit., 138 ss.

⁵³⁴ Possono menzionarsi, nell'ambito della dottrina in questione, A. SEGNI - S. COSTA, voce *Procedimento civile*, cit., 1026 ss. (e, più precisamente, 1046 s.); M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 1 ss.

⁵³⁵ A. SEGNI - S. COSTA, voce *Procedimento civile*, cit., 1026 ss. (e, più precisamente, 1046 s.).

⁵³⁶ A. SEGNI - S. COSTA, voce *Procedimento civile*, cit., 1026 ss. (e, più precisamente, 1046 s.).

⁵³⁷ A. SEGNI - S. COSTA, voce *Procedimento civile*, cit., 1046.

⁵³⁸ A. SEGNI - S. COSTA, voce *Procedimento civile*, cit., 1026 ss. (e, più precisamente, 1046), i quali opinano che «più discutibile è se esistano negozi giuridici bilaterali. Tali non sono quegli accordi, che costituiscono solo il presupposto di un provvedimento del giudice» (testualmente, a p. 1046). Da

Secondo la più recente configurazione di questo orientamento⁵³⁹, dal punto di vista strutturale la rinuncia agli atti (così come ogni fattispecie di rinuncia processuale⁵⁴⁰) si presenterebbe alla stregua di una dichiarazione unilaterale del rinunciante, in quanto l'accettazione non sarebbe idonea a determinare autonomamente gli effetti estintivi del procedimento. Ed invero, la sua previsione come elemento necessario per l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 306 cod. proc. civ. discenderebbe esclusivamente dalla configurazione per lo meno bilaterale del rapporto processuale, dal quale si originano corrispondenti posizioni di vincoli e facoltà effettivi in capo a tutte le parti⁵⁴¹.

Peraltro, da quest'ultimo punto di vista, un conto sarebbe «tuttavia escludere l'ammissibilità di unilaterali ed eteronome privazioni di tali benefici, altro è ritenere che tutte le parti abbiano il potere di disposizione dei medesimi»⁵⁴². Ciò discenderebbe, in particolare, dalla circostanza che la possibilità di operare la rinuncia processuale compete sempre all'attore in via principale. In questa logica, l'eventuale accettazione risulterebbe indispensabile soltanto nell'ipotesi in cui si dimostri che altre parti del procedimento manifestino un effettivo interesse alla prosecuzione del giudizio e alla sua definizione. Il che indurrebbe a qualificare l'accettazione – limitatamente a quest'ultimo caso – come «presupposto processuale specifico per lo svolgimento del rapporto processuale nella particolare forma del suo divenire inefficace per effetto della rinuncia»⁵⁴³ (ovvero, nell'ipotesi delle rinunce processuali di carattere preventivo, nel verso dell'improponibilità delle istanze processuali)⁵⁴⁴.

Le considerazioni sinora svolte consentono, a questo punto, di suggerire una differente ricostruzione del profilo strutturale della rinuncia agli atti di cui all'art. 306 cod. proc. civ., dal momento che dal riconoscimento della natura consensuale dell'istituto che sfocia in un accordo si potrà procedere ad analizzare l'aspetto degli effetti propri della fattispecie, ai fini della sua qualificazione in termini di negozio giuridico processuale.

quest'ultimo punto di vista, «anche della natura del negozio giuridico processuale bilaterale di altri atti può dubitarsi: perché compiuti fuori del processo e solo considerati processuali perché posti in essere in considerazione di un futuro processo (foro convenzionale; patto del *solve et repete* se si ritiene che abbia natura processuale; compromesso, ecc.): ma questi negozi se esplicano effetti su un (futuro) processo non sono però atti processuali e perciò non possono considerarsi negozi giuridici processuali» (così, a p. 1046).

⁵³⁹ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 148 ss.

⁵⁴⁰ Al riguardo, è utile porre in rilievo la circostanza che M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 160 ss. afferma la necessità di ammettere «l'assoluta impossibilità di aderire all'impostazione tradizionale che tende ad attribuire valore esclusivo all'ipotesi di rinuncia ex art. 306 cod. proc. civ.» (in questi termini, a p. 161). Da quest'ultimo punto di vista, «è proprio la considerazione che il potere di rinuncia nel sistema processuale possa essere riguardato con un angolo di visuale più ampio che induce a ricercare se esso si concreti tipicamente con caratteri differenti da quelli fino ad oggi positivamente recepiti dal nostro legislatore; restando comunque dimostrata l'ammissibilità – e la varietà – delle figure di rinuncia processuale anche parziale, quali, ad esempio, le rinunce istruttorie, le rinunce ad alcuni capi della domanda o a taluni motivi di ricorso» (così, a p. 161).

⁵⁴¹ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 148 ss.

⁵⁴² M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 149.

⁵⁴³ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 149.

⁵⁴⁴ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 148 ss.

Ebbene, sembra utile, al riguardo, prendere le mosse dalla teoria generale del negozio giuridico, mantenendo come presupposto quanto si è avuto modo in precedenza di determinare rispetto agli effetti ed agli aspetti strutturali comuni dei negozi giuridici processuali.

In particolare, occorre ricordare che – a seguire un'autorevole dottrina⁵⁴⁵ – bisogna distinguere tra atti negoziali ed atti prenegoziali, ossia quegli atti produttivi di effetti procedimentali, i quali si sostanziano nella sola predisposizione del negozio⁵⁴⁶. Ne costituiscono un significativo esempio la proposta e l'accettazione che contribuiscono alla formazione del contratto, secondo gli artt. 1326 ss. cod. civ. In quest'ordine di idee, se i negozi posti in essere dalla dichiarazione di un solo soggetto possono rappresentare soltanto negozi unilaterali, le dichiarazioni di più soggetti costituiscono negozi unilaterali oppure atti prenegoziali di carattere pluripersonale nella misura in cui appaiono protesi alla realizzazione di un unico interesse oppure di interessi uguali, andando a comporre una sola parte⁵⁴⁷. Come è noto, «le dichiarazioni di più soggetti danno invece luogo a negozi bilaterali o plurilaterali quando si dispongono da due o più lati, componendo interessi contrapposti, sia pure per la realizzazione di uno scopo comune, così che i diversi soggetti formano due o più parti»⁵⁴⁸.

In questa prospettiva, occorre dunque considerare come non sia da revocarsi in dubbio il fatto che tra le parti di un giudizio si stabilisca una relazione di carattere giuridico attinente al processo, contraddistinta da una sequenza speculare di diritti ed obblighi, «da un'ordinata alternanza di situazioni processuali di vincolo e di libertà»⁵⁴⁹. In altri termini, gli interessi espressi dalle parti nell'ambito del processo ed in ordine allo svolgimento della procedura stessa non possono che articolarsi in una necessaria contrapposizione, data dalla stessa necessità di definire in via giurisdizionale un conflitto tra diverse posizioni soggettive, che si riverbera nella condotta processuale delle parti più funzionale ad ottenere un risultato giurisdizionale a sé favorevole.

Non può dunque affermarsi che gli interessi manifestati dagli atti di parte nell'ambito della rinuncia agli atti del giudizio di cui all'art. 306 cod. proc. civ. vengano a coincidere. Piuttosto, appare chiaro che, mediante l'incontro di volontà espresso dalla rinuncia e dalla sua accettazione, le parti pervengano ad una composizione dei loro interessi divergenti, sebbene in vista del raggiungimento di un obiettivo comune, quale l'estinzione del processo. Il che risulta coerente con la circostanza che gli effetti tipici della fattispecie sono direttamente riconducibili alla volontà manifestata con l'accordo richiesto dall'art. 306 cod. proc. civ., che, in questo senso, è arduo non riconoscere quale negozio giuridico.

Del resto, come è stato posto in evidenza⁵⁵⁰, si tratta di una convergenza di voleri sul successivo sviluppo del procedimento, rispetto al quale può affermarsi che «di una concreta incertezza della sorte dell'*iter* processuale non vi è alcuna traccia nella rinuncia processuale, il cui effetto sulle istanze processuali è ad essa necessariamente

⁵⁴⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 209 ss.

⁵⁴⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 209 ss.

⁵⁴⁷ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 209 ss.

⁵⁴⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 212.

⁵⁴⁹ Così M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 94, nt. 111.

⁵⁵⁰ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 131 ss.

conseguente»⁵⁵¹. Orbene, quest'ultimo elemento non si pone in contraddizione con la ricostruzione che qui si intende proporre della categoria di negozio giuridico processuale, quale strumento negoziale con cui è consentito all'autonomia privata configurare il rapporto processuale negli spazi concessi dall'operatività del principio dispositivo⁵⁵². Peraltro, l'emersione della struttura bilaterale della fattispecie di rinuncia agli atti di cui all'art. 306 cod. proc. civ. si pone in linea con il canone della buona fede che permea l'ordinamento, secondo il quale non è consentito in linea di principio disporre in via unilaterale del processo come organizzazione.

Da quest'ultimo punto di vista, depone a favore della natura negoziale della fattispecie anche la previsione di cui all'art. 306, comma 4, cod. proc. civ., secondo cui il rinunciante è tenuto a rimborsare le spese alle altre parti, salvo diverso accordo tra le stesse. Ebbene, il fatto che le parti possano disporre del profilo delle spese in maniera vincolante anche per il giudice non può non costituire l'espressione di un diritto soggettivo in ordine a questa modalità di gestione del processo. Il che rende evidente che la rinuncia agli atti, in quanto manifestazione della disponibilità del processo, richiede in tutti i suoi aspetti una struttura necessariamente consensuale⁵⁵³.

Dopo aver chiarito questo aspetto strutturale, siamo però giunti, a questo punto, ad accennare ad un profilo che merita uno specifico approfondimento, in quanto è necessario definire gli effetti propri della figura in questione, dal momento che, attraverso la sua distinzione rispetto ad altre fattispecie per certi versi similari che operano però sul piano sostanziale, quali la rinuncia all'azione oppure alla domanda, o la cessazione della materia del contendere, sarà possibile trovare un effettivo riscontro in ordine al suo inquadramento.

In proposito, giova innanzitutto riflettere sulla circostanza che la rinuncia agli atti del giudizio esplica i propri effetti su un piano squisitamente processuale⁵⁵⁴. Ed invero, la fattispecie in questione si configura tipicamente nel senso della determinazione della inefficacia delle istanze processuali avanzate dalle parti e del venir meno della possibilità di ottenere le situazioni processuali di vantaggio connesse ad un determinato processo⁵⁵⁵. In altri termini, l'estinzione del processo provoca l'inefficacia degli atti compiuti e «le

⁵⁵¹ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 137.

⁵⁵² Al riguardo, cfr. G.A. MICHELI, *Rinunce agli atti del giudizio, rinuncia all'azione e confessione*, in *Giur. it.*, 1950, I, I, 598 ss., il quale considera come la rinuncia agli atti si possa concepire alla stregua di un atto dispositivo dello stesso procedimento, o, in ogni caso, del contenuto della pronuncia.

⁵⁵³ In questa prospettiva, occorre menzionare l'opzione ricostruttiva proposta da A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni*, cit., 65 ss., il quale, nel suggerire un accostamento funzionale tra la rinuncia agli atti e l'inattività delle parti e l'estinzione del processo per inattività delle parti, rileva come sia sempre necessario a tal fine che l'accettazione rivesta quantomeno la sostanza di un comportamento omissivo di carattere concludente. In questo senso, si afferma condivisibilmente come – a differenza che per la rinuncia agli atti, rilevabile in via officiosa – «non si possa troppo facilmente fare a meno del consenso alla rinuncia» (in questi termini, a p. 67). Da quest'ultimo punto di vista, ben si comprende, dunque, come la circostanza che si possa prescindere dall'accettazione delle parti non costituite si spieghi con la considerazione che «è piuttosto il comportamento omissivo consistente nella mancata costituzione in termini a poter essere considerato dalla legge ... come un comportamento concludente idoneo a produrre gli effetti dell'accettazione preventiva della rinuncia agli atti» (testualmente, a p. 75).

⁵⁵⁴ In questo senso, si veda G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 509 ss.

⁵⁵⁵ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 48 ss.

prove raccolte sono valutate dal giudice a norma dell'art. 116, comma 2, del codice di rito»⁵⁵⁶.

Dal punto di vista degli effetti processuali esterni, si impedisce in questo modo che il procedimento approdi ad un qualche tipo di definizione nel merito della controversia⁵⁵⁷. Poiché, sulla base dell'inequivoco disposto normativo, l'estinzione del processo non vale ad estinguere l'azione, sono chiare le conseguenze in ordine al diritto dedotto in giudizio ed alla possibilità di proporre la stessa domanda in un nuovo processo. Specificamente, senza dubbio residua immutata la situazione giuridica sostanziale e non risulta preclusa la riproponibilità in giudizio della medesima pretesa processuale anche in seguito all'estinzione del procedimento. In questo quadro, è stato suggerito⁵⁵⁸ di intendere la mancata estinzione del potere di azione di cui dispongono le parti con riferimento alla sua valenza sistematica, quale «affermazione della totale autonomia dell'azione rispetto al processo; autonomia di grado assoluto, poiché gli atti compiuti nel processo estinto non influiscono in alcun modo sulle sorti dell'azione ed il secondo processo, eventualmente instaurato dagli interessati, è del tutto indipendente rispetto al precedente giudizio rinunciato»⁵⁵⁹. Ed allora può ben comprendersi come la fattispecie di rinuncia agli atti di cui all'art. 306 cod. proc. civ. dispieghi i propri effetti esclusivamente con riguardo al procedimento al quale si riferisce.

Per altro verso, è utile osservare come la rinuncia all'azione, o alla domanda, ovvero la cessazione della materia del contendere rilevano, a ben vedere, in ordine al diritto sostanziale dedotto in giudizio, incidendo eventualmente soltanto in via riflessa sul procedimento in corso ed, in ipotesi, sul contenuto del provvedimento del giudice⁵⁶⁰. Ed invero, l'effetto tipico della rinuncia all'azione consiste nell'estinzione del rapporto oggetto dell'abdicazione dalla sfera giuridica del soggetto che ha effettuato la rinuncia⁵⁶¹. In questa prospettiva, la rinuncia all'azione è quindi qualcosa di più del disporre del diritto d'azione, in quanto implica una vicenda abdicativa del diritto soggettivo tutelato. Il che spiega la ragione per cui qualora una parte effettui tale rinuncia, per un verso, non sarà necessaria l'accettazione della controparte in vista del perfezionamento della fattispecie e, per altro verso, non risulterà più possibile azionare la medesima pretesa cui si ha abdicato in un diverso e successivo giudizio⁵⁶². A ben vedere, nei casi in esame

⁵⁵⁶ Art. 310, comma 3, cod. proc. civ. Al riguardo, cfr. M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 48 ss., la quale pone in rilievo il fatto che «l'ambiguità della formula normativa relativa all'esatta delimitazione degli effetti dell'estinzione sulle prove raccolte durante la pendenza del processo ha favorito il formarsi di una svariata serie di opzioni ricostruttive» (in questi termini, a p. 58, nt. 28).

⁵⁵⁷ G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 509 ss.

⁵⁵⁸ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 48 ss.

⁵⁵⁹ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 61.

⁵⁶⁰ Al riguardo, si veda, in particolare, R. FERCIA, *Note minime in tema di struttura e presupposti del negozio sostanziale di rinuncia all'azione tra sopravvenuta carenza d'interesse e cessazione della materia del contendere*, in *RGS*, 2013, I, 405 ss. (ed. *amplius*, 408 ss.). Sul punto è utile altresì considerare la posizione di A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni*, cit., 62 ss., che giunge ad escludere la possibilità di una qualificazione in termini di negozio giuridico processuale rispetto a quelle fattispecie di rinuncia a situazioni soggettive processuali in cui difetta il profilo consensuale, risultando sufficiente per il prodursi dell'effetto la sola dichiarazione dell'attore.

⁵⁶¹ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 159 s.

⁵⁶² G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 509 ss.

«viene meno per cause sopravvenute l'interesse ad agire, cui consegue la dichiarazione giudiziale di cessazione della materia del contendere»⁵⁶³.

Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per considerare come la rinuncia all'azione non costituisca un negozio giuridico processuale, in quanto la stessa si traduce essenzialmente nella rinuncia al diritto sostanziale azionato⁵⁶⁴. È dunque questa la ragione per cui non sussistono difficoltà a concepire la fattispecie come un negozio unilaterale che non necessita di accettazione.

Viceversa, la rinuncia agli atti può essere agevolmente inquadrata nell'ambito della categoria del negozio giuridico processuale, dal momento che dispiega i suoi effetti tipici soltanto sul piano del rapporto processuale, determinando la sua estinzione senza che si producano per questo anche effetti di carattere sostanziale⁵⁶⁵.

In questa logica, in quanto atto diretto a creare una regola procedimentale, alla fattispecie di cui all'art. 306 cod. proc. civ. può ritenersi applicabile la disciplina già ricostruita in relazione ai negozi giuridici processuali di configurazione dell'*agere* in senso processuale. Ed è in considerazione di questa caratterizzazione, infatti, che – come è stato ammesso in dottrina⁵⁶⁶ – «assumono particolare ed inusuale rilievo le manifestazioni di volere delle parti, anche sotto il profilo delle conseguenze dei vizi che ne inficiano la loro validità»⁵⁶⁷.

D'altronde, un assetto di interessi così posto in essere dalle parti, che individua una funzione tipicamente meritevole di tutela, risulta funzionale ad assicurare la ragionevole durata del processo, ai sensi dell'art. 111 Cost., nel senso di evitare che prosegua l'attività processuale nel momento in cui tutte le parti la reputino oramai come priva di utilità⁵⁶⁸. «Neppure lo Stato, infatti, in tale situazione, ha interesse a tenere impegnati i propri organi giurisdizionali, tra l'altro protraendo una obiettiva situazione di incertezza»⁵⁶⁹.

In conclusione, è utile considerare come alla fattispecie della rinuncia agli atti di cui all'art. 306 cod. proc. civ. corrisponda, nell'ambito del processo amministrativo l'istituto della rinuncia al ricorso previsto dalla disposizione di cui all'art. 84 cod. proc. amm.

Ebbene, quest'ultima norma stabilisce – analogamente alla figura processualcivilistica – che la parte possa rinunciare al ricorso in ogni stato e grado della controversia, mediante forme omologhe a quelle richieste nell'ambito del processo civile, con atti provenienti dalla parte personalmente ovvero dal suo difensore munito di

⁵⁶³ Così G. MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 510, il quale evidenzia, in proposito, che «è da ritenere che non abbia alcuna attinenza al tema in esame l'eventuale rinuncia ad opera della parte, o del suo difensore, a qualcuna delle domande o delle conclusioni in precedenza precisate». Ed invero, «sembra evidente che nel caso prospettato il processo non si estingue affatto, ma si tratta al più di stabilire se il giudice abbia l'obbligo di statuire in merito a quella tra le domande o conclusioni esplicitamente o implicitamente rinunciate, mentre per tutte le altre il processo si svolge regolarmente e si chiude con la sentenza di merito».

⁵⁶⁴ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 377, nt. 144.

⁵⁶⁵ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 159 s. Al riguardo, cfr. G.A. MICHELI, *Rinunce*, cit., 598 ss.

⁵⁶⁶ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 154 ss.

⁵⁶⁷ M. GIORGETTI, *Le rinunce*, cit., 157.

⁵⁶⁸ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 374.

⁵⁶⁹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 374.

procura speciale. Anche in questo caso non è consentito subordinare la rinuncia all'operatività di termini o condizioni. Il rinunciante, inoltre, è tenuto pagare le spese degli atti di procedura compiuti salvo che, avuto riguardo ad ogni circostanza, il collegio ritenga di compensarle. È importante poi rilevare che l'estinzione del processo avviene se le parti che hanno interesse alla sua prosecuzione non si oppongono⁵⁷⁰. La norma prevede altresì che «anche in assenza delle formalità di cui ai commi precedenti, il giudice può desumere dall'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomenti di prova della sopravvenuta carenza di interesse alla decisione della causa»⁵⁷¹.

In questo quadro, occorre dunque mettere in evidenza la circostanza che anche la rinuncia al ricorso amministrativo determina l'estinzione del procedimento in seguito al raggiungimento di un accordo. Ed invero, il requisito dell'incontro delle volontà si integra in questo caso per il tramite di fatti concludenti, che si manifestano chiaramente mediante la mancata opposizione. Orbene, ciò consente di desumere il rilievo ordinamentale dell'istituto, quale forma di espressione del principio dispositivo, il quale finisce in buona sostanza per rivelare un'operatività trasversale alle due giurisdizioni, civile ed amministrativa. Nondimeno, nell'ambito del codice del processo amministrativo, alle parti non è consentito accordarsi sulle spese, dal momento che queste sono liquidate d'ufficio dal collegio. Pertanto, questo elemento, unitamente alla circostanza che l'accordo risulta strutturalmente più sfumato rispetto al processo civile, consentono di evincere come la fattispecie della rinuncia agli atti di cui all'art. 84 cod. proc. amm. risulti analoga a quella civilistica, ma si espliciti in un contesto di maggiore indisponibilità.

A ben vedere, nell'ambito del processo amministrativo non residua spazio, invece, perché possa presentarsi una questione di rinuncia all'azione, in considerazione dei brevi termini previsti dagli artt. 29, 30 e 31 cod. proc. amm. per l'instaurazione del procedimento, una volta decorsi i quali, la parte decade dalla possibilità di riproporre la medesima azione in un nuovo giudizio. Si tratta, infatti, di un presupposto processuale stabilito a pena di irricevibilità del ricorso, la cui mancata osservanza risulta rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento⁵⁷².

3. *Processo penale.*

Nonostante il carattere tendenzialmente indisponibile degli interessi che vengono in evidenza nell'ambito della materia penalistica, anche in questo campo è possibile riscontrare la presenza di modelli negoziali di gestione del processo⁵⁷³. In particolare, si perverrà a riconoscere come la possibile configurazione di negozi giuridici processuali non incida sul diritto indisponibile alla libertà personale, ma bensì sulle modalità di

⁵⁷⁰ F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 1716 s.

⁵⁷¹ Art. 84 cod. proc. amm.

⁵⁷² F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 1682 s.

⁵⁷³ Al riguardo, occorre ricordare, in generale, B. PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale. Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Napoli, 1929, *passim*.

svolgimento del processo, comportando una sostanziale rinuncia dell'imputato a determinate garanzie processuali.

A ben vedere, in base all'art. 24 comma 2 Cost. l'imputato ha ottenuto in passato il riconoscimento del diritto di difendersi 'provando'. Oggi l'esigenza di una durata ragionevole del processo (art. 111 comma 2 Cost.) porta ad uno sviluppo nuovo. Invero, varie norme del codice riconoscono all'imputato «il diritto di difendersi 'negoziando'»⁵⁷⁴.

In questa prospettiva, la consensualità si traduce in linea di massima nell'accordo con il pubblico ministero rispetto a determinate modalità semplificate del rito penale – comunque previste dal legislatore – che, in quanto espressione di interessi pubblicistici, garantisce la non arbitrarietà dell'accordo. Da quest'ultimo punto di vista, occorrerà riflettere nondimeno sulla considerazione secondo cui la negozialità dei riti semplificati si perde nella decisione del giudice che consente di prescindere dall'accordo con la parte pubblica ed assolve perciò allo scopo di assicurare il controllo sulla ragionevolezza del diniego. Il che assicura la realizzazione dell'esigenza di tutelare, per un verso, il legittimo interesse dell'imputato a beneficiare dei vantaggi offerti da un rito più agile, rinunciando a determinate e transigibili garanzie processuali e, per altro verso, l'esigenza pubblicistica di una verifica che non sfoci in una scelta ingiustificatamente negativa.

In buona sostanza, i canoni fondamentali dell'ordinamento impongono di far prevalere la possibilità di accesso dell'imputato alla c.d. 'giustizia consensuale', qualora ciò non appaia irragionevole, sull'eventuale dissenso manifestato dal pubblico ministero. Pertanto, l'accordo su un rito caratterizzato da una maggiore snellezza e minori garanzie processuali, con i conseguenti incentivi di carattere sostanziale, costituisce un diritto che deve essere riconosciuto all'imputato sia dal pubblico ministero sia dal giudice.

Si giungerà, pertanto, a considerare che, sulla base di questi principi, nell'ordinamento sembra residuare spazio per la negozialità esclusivamente in relazione quegli accordi che afferiscono al contenuto della sanzione, ma si riverberano sul rito, e non già per quei modelli che, pur avendo la natura di un beneficio, concernono invece solamente il rito. Ed invero, questi ultimi sembrano ormai rappresentare, nell'attuale configurazione giurisprudenziale della questione, un diritto dell'imputato e non il frutto di una negoziazione. Del resto, se si osserva come la possibilità per l'imputato di ottenere un consistente sconto di pena nell'ipotesi in cui venga condannato, per effetto del solo accesso ad un rito speciale, si configuri sulla scia della giurisprudenza costituzionale alla stregua di un vero e proprio diritto al rito ed ai benefici connessi, non può non riconoscersi il fatto che nell'ambito di una simile configurazione dogmatica non residua spazio per una gestione negoziale dell'accesso al rito, dal momento che verrebbe qui a mancare lo stesso oggetto dell'accordo tra la parte pubblica e la parte privata.

3.1. *Querela.*

Non si pone di per sé in contrasto con il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale il fatto che l'ordinamento contempli, in determinati casi, la realizzazione di un negozio giuridico processuale quale condizione di

⁵⁷⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 809.

procedibilità del procedimento penale. Ed invero, l'art. 112 Cost. si limita a sancire il dovere in capo al pubblico ministero di attivarsi in presenza dei presupposti legalmente previsti per promuovere il processo⁵⁷⁵. In questa logica, una simile opzione legislativa si giustifica in ragione della preminenza attribuita, in specifiche ipotesi, all'interesse del singolo piuttosto che a quello pubblico alla repressione dei reati, che induce a qualificare la querela della persona offesa come strumento di disposizione della tutela penale, *sub specie* di atto di impulso processuale⁵⁷⁶.

In questa prospettiva, sarà proprio il criterio volontaristico, unitamente alla rilevanza giuridica, e specificamente processuale, dell'atto che qui si intende analizzare, ad indurre – in una con l'orientamento prevalente – a desumere la natura negoziale della querela. Il che consentirà quindi di soffermarsi sugli aspetti peculiarmente connessi a questa caratteristica, quali – soprattutto – il tema dei vizi della volontà e quello dell'applicabilità dei criteri civilistici di interpretazione del contratto. Ciò renderà possibile, inoltre, estendere le medesime considerazioni anche alla fattispecie speculare ed abdicativa della rinuncia alla querela, che parimenti si configura come un negozio giuridico unilaterale recettizio⁵⁷⁷.

Ebbene, se si valorizza il fatto che la querela e la rinuncia al diritto di querela rappresentano negozi che incidono sui presupposti processuali dell'azione penale, si perverrà a riconoscere come, una volta avviato il procedimento, non sia possibile ulteriormente disporre del diritto soggettivo alla tutela penale se non mediante un accordo su cui convergano le volontà di entrambi i soggetti privati del processo, ossia la persona offesa e l'imputato, sotto forma di remissione della querela e della relativa accettazione. In altri termini, occorrerà concludere che anche il processo penale è improntato alla regola della correttezza che esige in linea di principio modelli bilaterali di gestione nei pochi ambiti disponibili di questo tipo di organizzazione processuale.

Una volta delineati i termini delle questioni connesse alla tematica in esame, è quindi opportuno proseguire con una ricognizione degli aspetti salienti della fattispecie della querela, al fine di determinare la sua natura giuridica e trarne le relative conseguenze in termini di disciplina.

Giova preliminarmente ricordare, al riguardo, come la querela sostanzialmente corrisponda all'esigenza di far prevalere in determinati casi l'interesse del singolo rispetto all'interesse pubblico alla repressione dei reati. In particolare, dalla disciplina codicistica,

⁵⁷⁵ Sul punto, cfr. L. SAPONARO, voce *Querela*, in *Dig. disc. pen. - Sez. pen.*, II, Torino, 2005, 1278 ss., la quale, in questo senso, pone in evidenza il fatto che «l'attento esame dell'art. 112 Cost. mostra come questo non disciplini l'esercizio dell'azione penale per ogni *notitia criminis* fondata, ma indichi soltanto la potestà in capo al pubblico ministero di attivarsi qualora sussistano i presupposti legalmente previsti per promuovere l'accusa, senza porre in discussione la possibile presenza di deroghe all'obbligatorietà dell'azione penale; tra queste deroghe ci sono evidentemente le condizioni di procedibilità. Queste però, proprio in quanto incidenti sulla normale perseguibilità *ex officio*, devono essere espressamente indicate dalla legge» (in questi termini, a p. 1279).

⁵⁷⁶ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. Sul punto, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*⁹, Milano, 2012, 410 s., il quale rileva che «in sede politica la querela media due esigenze difficilmente conciliabili: oltre dati limiti, l'automatismo repressivo innesca effetti negativi (dal risentimento nel tessuto sociale colpito dall'inerzia il legalistica degli organi addetti alla repressione: spesso 'non vedono' i reati futili); ma esistono soglie minime sotto cui l'impunità logora interessi meritevoli» (così, a p. 410 s.).

⁵⁷⁷ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (e, soprattutto, 1292 ss.).

e soprattutto da quella concernente i requisiti di capacità del querelante, si ricava che l'istituto in questione risulta concepito alla stregua di un diritto soggettivo della persona offesa dal reato, in quanto è volto ad eliminare un impedimento all'esercizio da parte del pubblico ministero dell'azione penale⁵⁷⁸.

Si tratta, in buona sostanza, secondo quanto emerge dalle disposizioni di cui agli artt. 120 cod. pen. e 336 cod. proc. pen., di un atto che consiste in una manifestazione di volontà proveniente dalla persona offesa, affinché si proceda a perseguire penalmente un fatto previsto dalla legge come reato, senza che rilevi l'identità dell'autore dell'illecito. La querela ha dunque due contenuti, ossia la notizia di reato, da un lato, con la descrizione degli elementi essenziali della vicenda e, dall'altro lato, la richiesta che si proceda penalmente rispetto al fatto in questione⁵⁷⁹. È utile, inoltre, rilevare che, ai sensi dell'art. 124 cod. pen., il diritto di querela può essere esercitato, in linea di principio, entro tre mesi a decorrere dal giorno in cui la persona offesa ha avuto notizia del fatto che costituisce il reato, a pena di decadenza. Per quanto concerne i delitti contro la libertà sessuale, invece, l'art. 609-*septies* cod. pen. prevede un termine più ampio, pari a sei mesi, e la querela, una volta proposta, è irrevocabile⁵⁸⁰.

A ben vedere, dalla volontà della persona offesa discende la possibilità di avviare il procedimento, dal momento che, qualora il pubblico ministero eserciti l'azione penale in mancanza di una querela presentata in modo rituale, il processo risulterebbe inficiato per l'assenza di un suo presupposto necessario. Il giudice sarebbe tenuto, infatti, a dichiarare – anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento – non doversi procedere nei confronti dell'imputato, in quanto l'azione penale non doveva essere proposta, secondo quanto stabilisce l'art. 129 del codice di rito⁵⁸¹.

In questo quadro, ben si comprende come il diritto di querela non si traduca in una modalità con cui si esercita l'azione penale. Essa costituisce piuttosto un atto di impulso processuale, cui corrisponde il dovere in capo al pubblico ministero di valutare la fondatezza della notizia di reato contenuta nella querela allo scopo di determinarsi in ordine all'esercizio dell'azione penale oppure alla richiesta di archiviazione⁵⁸². Ed è questa la ragione per cui, a fronte dei diversi orientamenti sorti con riguardo alla configurazione della fattispecie, sembra preferibile l'impostazione per la quale si tratterebbe di un istituto processuale⁵⁸³, e dunque non strettamente sostanziale, nonostante una parte della sua disciplina si trovi all'interno del codice penale. Rileva, infatti, a livello sistematico, la circostanza che la querela non si colloca nell'ambito della struttura del reato, dal momento che non concorre al disvalore del fatto, e neppure rappresenta una condizione

⁵⁷⁸ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss.

⁵⁷⁹ Così G.P. VOLPE, voce *Querela*, in *Dig. disc. pen. - Sez. pen.*, X, Torino, 1995, 552 ss. Al riguardo, si veda anche P. TONINI, *Manuale di procedura penale*¹⁵, Milano, 2014, 506 ss., il quale considera che «è chiara la differenza rispetto alla denuncia: quest'ultima può essere presentata da chiunque (non solo dalla persona offesa) e non deve necessariamente contenere una manifestazione di volontà; è sufficiente la notizia che è avvenuto un fatto di reato» (così, a p. 507).

⁵⁸⁰ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 506 ss.

⁵⁸¹ G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 552 ss.

⁵⁸² L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1279 ss.).

⁵⁸³ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1279 ss.).

di punibilità, poiché non afferisce alla necessità sostanziale di una punizione e la sua assenza preclude di pervenire ad un'assoluzione nel merito⁵⁸⁴.

Addentrandoci su questa via, una volta evidenziato che la querela si configura come un presupposto del processo, è possibile determinare il fondamento politico-criminale della fattispecie in esame con riferimento alle indicazioni desumibili dall'ordinamento. In particolare, occorre individuare, nell'ambito dell'insieme dei reati perseguibili a querela, da un lato, quelli che generano un minore allarme sociale, in quanto di per sé portatori di una minore gravità. Dall'altro lato, vengono in considerazione quei reati che afferiscono alla sfera intima e privata degli individui, rispetto ai quali la delicatezza degli interessi coinvolti, quale – soprattutto – la tutela della riservatezza della persona offesa, rende opportuno attribuire a quest'ultimo soggetto la decisione se avviare il procedimento penale⁵⁸⁵.

Le considerazioni sinora svolte consentono, a questo punto, di soffermarci sulla questione della natura giuridica della querela, ai fini della sua riconducibilità nell'ambito della categoria di negozio giuridico processuale.

In proposito, è opportuno quindi considerare le due opposte tesi che si contendono il campo in relazione all'inquadramento dell'istituto.

Specificamente, secondo una prima impostazione⁵⁸⁶, anche da un punto di vista contenutistico la querela costituirebbe un atto integralmente processuale. Da quest'ultimo punto di vista, rileverebbe il fatto che gli effetti prodotti dalla fattispecie sono esclusivamente quelli predeterminati dal legislatore, in funzione dei quali l'atto è previsto. In altri termini, la volontà della querela non avrebbe il rilievo proprio del volere dei negozi giuridici, dal momento che in questo caso si produrrebbero soltanto gli effetti che la legge vi riconnette, non rilevando in linea di principio lo scopo perseguito dal querelante⁵⁸⁷.

Viceversa, l'orientamento maggioritario⁵⁸⁸ – con argomentazioni più convincenti – obietta come, pur ammettendo che l'atto in esame dispiega i propri effetti in ambito processuale, «proprio la presenza di queste due componenti – la manifestazione di volontà e la rilevanza giuridica dell'atto che si risolve nell'impulso processuale dell'azione penale – la farebbe rientrare nella categoria dei negozi giuridici»⁵⁸⁹. Ed invero, è innegabile che la natura negoziale emerga chiaramente dalla precisa caratterizzazione della querela, che si estrinseca in una dichiarazione di volontà con la quale la persona offesa compie un atto di disposizione della tutela penale, mediante l'individuazione del

⁵⁸⁴ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1279 ss.). Al riguardo, occorre menzionare F. CORDERO, *Procedura penale*⁹, cit., 408 ss., il quale pone in evidenza la circostanza che «cosa siano querela, richiesta, istanza *et similia*, non dipende dalle opinioni dei codificatori; e qui i dati positivi emergono chiarissimi, nonostante l'approssimativa nomenclatura. Nasce invalido il processo instaurato senza tali requisiti: l'unico epilogo corretto è una sentenza che dichiari 'non doversi procedere'; mancando condizioni della pena, invece, l'imputato sarebbe assolto» (in questi termini, a p. 409).

⁵⁸⁵ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1279 ss.).

⁵⁸⁶ G. CONSO, *I fatti*, cit., 40 ss.

⁵⁸⁷ G. CONSO, *I fatti*, cit., 40 ss.

⁵⁸⁸ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1279 ss.).

⁵⁸⁹ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1281.

fatto di reato rispetto al quale si richiede l'esercizio dell'azione penale da parte della pubblica autorità⁵⁹⁰.

Ebbene, la ricostruzione della disciplina dell'istituto in questione sembra possa valere a fugare i dubbi sollevati in merito all'inquadramento suggerito.

In particolare, una parte della dottrina⁵⁹¹ ha paventato il rischio che «il richiamo tralascio al concetto di negozio giuridico»⁵⁹² possa piuttosto costituire la fonte di ambiguità interpretative⁵⁹³, «ostacolando, con il quasi inevitabile richiamo alle soluzioni proprie del diritto privato, l'esatta individuazione delle soluzioni proprie degli atti di carattere processuale»⁵⁹⁴. In questa logica, si evidenzia il pericolo di torsioni nell'interpretazione della disciplina di taluni aspetti della fattispecie, quali essenzialmente il rilievo dei vizi della volontà e, soprattutto, il contenuto e l'interpretazione dell'atto di querela⁵⁹⁵. Specificamente, il primo aspetto sarebbe tendenzialmente irrilevante in questo settore, mentre, in relazione al secondo profilo, apparirebbe fuorviante nella misura in cui si cercasse di applicare alla fattispecie in questione il principio di conservazione del contratto, il quale finirebbe per «volgere *contra reum* il dubbio sull'esistenza di una condizione di procedibilità, che invece deve risolversi in *favor rei*»⁵⁹⁶.

A ben vedere, le posizioni espresse dalla giurisprudenza⁵⁹⁷ circa la ricostruzione del regime della querela, che si fondano sulla qualificazione dell'istituto in termini di negozio giuridico processuale, sembrano però aver fatto un utilizzo proficuo dell'ermeneutica propria degli atti negoziali, senza tradire per questo i canoni del processo penale.

In questa prospettiva, è di intuitiva evidenza il fatto che, per una valida instaurazione del rapporto processuale, occorre una manifestazione del volere – che si

⁵⁹⁰ Così F. CORDERO, *Procedura penale*⁸, Milano, 1985, 42 ss. (si veda altresì, per un'analisi relativa all'inquadramento giuridico degli atti del processo, p. 401 s.), il quale afferma che «la querela non è un atto, ma un negozio giuridico: in altre parole, il querelante pone un precetto ossia una regola di condotta per il pubblico ministero o il pretore» (così, a p. 43). Da quest'ultimo punto di vista, «il corollario pratico più importante di tale classificazione riguarda l'assoggettamento della querela alla disciplina degli atti la cui fattispecie include il requisito della volontarietà» (in questi termini, a p. 43). Per quanto concerne l'attuale configurazione normativa della questione, in seguito all'introduzione del codice vigente, cfr. ID., *Procedura penale*⁹, (2012), cit., 413 s., il quale pone in rilievo l'importanza dell'elemento volontaristico *sub specie* dell'«intento persecutorio» (testualmente, a p. 413 op. ult. cit.). In questo senso, si afferma che «non esiste alcun limite all'analisi introspettiva; contano anche i nuclei volitivi impliciti (purché, beninteso, emergano dall'atto)» (così, a p. 413, op. ult. cit.). In questa prospettiva, è importante considerare, con l'A., come, in qualche misura, sia «l'offeso a definire l'oggetto del processo» (in questi termini, a p. 414, op. ult. cit.). Si veda altresì L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1279 ss.).

⁵⁹¹ Al riguardo, occorre menzionare, soprattutto, G. CONSO, *I fatti*, cit., 40 ss.; G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 552 ss. (e, soprattutto, 564 ss.).

⁵⁹² G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 565.

⁵⁹³ G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 565.

⁵⁹⁴ Così G. CONSO, *I fatti*, cit., 79, che fa riferimento, in particolare, al problema del rilievo da attribuirsi ai vizi del volere ed all'eventuale divergenza tra volontà e dichiarazione.

⁵⁹⁵ G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 552 ss. (e, soprattutto, 564 ss.).

⁵⁹⁶ G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 566.

⁵⁹⁷ In proposito, basti menzionare, *ex pluribus*, Cass., 12 febbraio 1980, in *Giust. pen.*, 1980, II, 644; Cass., 28 maggio 1986, in *Cass. pen.*, 1987, II, 1340.

traduce nella richiesta di esercizio dell'azione penale e di punizione del colpevole – effettuata con coscienza e volontà⁵⁹⁸. In altri termini, l'atto in questione (che, comunque, essendo atto puro, non può essere sottoposto a condizioni o ad altri elementi accidentali del negozio) non può che presupporre una volontà libera e correttamente formata. Del resto, ciò risulta coerente, da un lato, con la disciplina del profilo della capacità rispetto al diritto di querela⁵⁹⁹ e, dall'altro lato, con la *ratio* di sottrarre alcuni reati al regime ordinario della procedibilità d'ufficio per subordinarne la perseguibilità ad una valutazione di opportunità della persona offesa.

Ad orientarsi in quest'ordine di idee, inoltre, il richiamo al concetto di negozio giuridico ha indotto la giurisprudenza⁶⁰⁰ ad una condivisibile applicazione delle regole sull'interpretazione del contratto di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ. Ed allora, si afferma che non occorrono formule sacramentali, risultando sufficiente che dal contesto complessivo del negozio si evinca in modo inequivoco la volontà – espressa in qualsiasi modo – della persona offesa di richiedere che si accerti la responsabilità penale dell'autore di un certo fatto di reato⁶⁰¹. In questo senso, l'intenzione di esercitare il diritto di querela può risultare anche in modo implicito, ed, in ogni caso, l'interprete è chiamato a ricostruire l'effettiva volontà del querelante sulla base del significato logico e letterale delle espressioni utilizzate⁶⁰². In questo quadro, pertanto, non può che intendersi il riferimento al principio di conservazione del contratto alla stregua di una regola interpretativa che attribuisca alla manifestazione negoziale un significato comunque alla stessa obiettivamente riferibile⁶⁰³, senza che si possa giungere ad attribuire la valenza di querela ad una dichiarazione oscura o dubbia⁶⁰⁴.

Dopo aver chiarito questi aspetti, giungendo a riconoscere la natura negoziale della querela, è possibile adesso considerare la fattispecie abdicativa del diritto di querela, ossia la rinuncia, per estendere le stesse conclusioni già raggiunte in relazione alla querela medesima a proposito della natura e dei caratteri fondamentali dell'istituto.

In proposito, è utile innanzitutto ricordare che, secondo la disposizione di cui all'art. 124 cod. pen., la rinuncia è un atto dispositivo mediante il quale la persona offesa dal reato – o comunque colui al quale spetta l'esercizio del diritto in questione – manifesta, in forma espressa o anche tacita⁶⁰⁵, la volontà di non proporre querela per un

⁵⁹⁸ Al riguardo, cfr. *ex pluribus*, Cass., 12 febbraio 1980, cit., 644; Cass., 28 maggio 1986, cit., 1340.

⁵⁹⁹ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed. *amplius*, 1279 ss.).

⁶⁰⁰ Sul punto, occorre citare, *ex pluribus*, Cass., 12 febbraio 1980, cit., 644; Cass., 28 maggio 1986, cit., 1340; Cass., 16 dicembre 1997, n. 11726, in Cass. pen., 1998, IV, 3368 s.

⁶⁰¹ Così, *ex pluribus*, Cass., 12 febbraio 1980, cit., 644; Cass., 28 maggio 1986, cit., 1340; Cass., 16 dicembre 1997, cit., 3368.

⁶⁰² Cass., 5 ottobre 1982, in *Cass. pen.*, 1984, II, 2018, con nota di M. MARTINES, *Natura negoziale della querela e principio dell'affidamento*, *ivi*, 2018 ss.

⁶⁰³ Sul punto, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 453 ss.

⁶⁰⁴ G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 552 ss. (e, soprattutto, 564 ss.), il quale, specificamente, osserva che «l'insegnamento che la ratifica (*id est*: identificazione del latore dell'atto da parte dell'ufficiale pubblico) di un atto non chiaramente qualificato come querela gli attribuisca, di per sé ed implicitamente, tale valenza, non pare convincente. È necessario che possa accertarsi che l'atto non si limiti ad una esposizione di un fatto costituente reato» (testualmente, a p. 566).

⁶⁰⁵ In proposito, si veda G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 552 ss. (e, soprattutto, 584 ss.), il quale, riguardo al tema della «cosiddetta conversione della rinuncia espressa in rinuncia tacita» (così, a p. 586), pone in

determinato reato⁶⁰⁶, che sia già stato commesso⁶⁰⁷. Specificamente, la rinuncia ha la medesima natura della querela, ossia si presenta come un negozio giuridico unilaterale, recettizio, irrevocabile, con cui si estingue il diritto di querela, rispetto al quale la legittimazione compete a chi spetta la predetta facoltà⁶⁰⁸. Stante l'identità tra i due istituti sotto il profilo strutturale ed ontologico, è dunque logicamente coerente riproporre le medesime soluzioni interpretative proposte in relazione alla querela, soprattutto per quanto concerne il profilo della dichiarazione di volontà, che deve risultare «cosciente e libera»⁶⁰⁹, ossia immune da vizi⁶¹⁰.

Con questi chiarimenti, siamo però giunti, a questo punto, ad accennare ad un profilo che merita un puntuale approfondimento, in quanto appare specificamente interessante analizzare l'istituto della remissione della querela, regolato dagli artt. 152 ss. cod. pen. e 340 cod. proc. pen., quale modello di fattispecie strutturalmente bilaterale di gestione del processo penale.

Ebbene, la figura in questione consiste in una manifestazione di volontà proveniente dalla persona offesa, che deve intervenire di regola prima che venga emessa sentenza di condanna irrevocabile, avente ad oggetto la revoca della querela già proposta⁶¹¹. In particolare, l'atto mira ad impedire il proseguimento dell'azione penale e, qualora la fattispecie si perfezioni, estingue il reato, ai sensi dell'art. 152 cod. pen. La remissione può poi configurarsi in forma espressa oppure tacita, al ricorrere di atti di per sé incompatibili con la volontà di perseverare nella querela⁶¹².

È importante, inoltre, considerare in prima battuta che – secondo l'art. 155 cod. pen. – l'accettazione della stessa da parte del querelato costituisce un requisito indispensabile perché la remissione produca i propri effetti. Del resto, l'imputato potrebbe avere interesse alla prosecuzione del procedimento penale in vista del conseguimento di una pronuncia assolutoria⁶¹³.

evidenza la circostanza che «una analisi rigorosa constata che non si versa in ipotesi di conversione vera e propria. Nel caso in esame “il problema consiste unicamente nell'accertare se l'atto formato irregolarmente nella forma prescelta possa considerarsi valido qualora vi siano i requisiti fondamentali di un'altra forma”» (in questi termini, a p. 586).

⁶⁰⁶ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1292 ss.).

⁶⁰⁷ In proposito, si veda G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 552 ss. (e, soprattutto, 584 ss.), il quale rileva che «la rinuncia preventiva secondo alcune affermazioni giurisprudenziali “non solo non è produttiva di effetti giuridici, ma costituisce una forma di partecipazione al reato”. In dottrina si è notato come sia invalida perché “fondata su causa illecita” la rinuncia alla querela anteriore al reato “salvo a vedere se non sia efficace come consenso dell'avente diritto”» (testualmente, a p. 585).

⁶⁰⁸ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1292 ss.); G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 552 ss. (e, soprattutto, 584 ss.).

⁶⁰⁹ G. BELLANTONI, *La remissione tacita e la rinuncia tacita nella disciplina della querela*, in *Ind. pen.*, 1973, 136.

⁶¹⁰ In questo senso, cfr. L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1292 ss.); G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 552 ss. (e, soprattutto, 584 ss.).

⁶¹¹ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1294 ss.); G.P. VOLPE, voce *Querela*, cit., 552 ss. (e, soprattutto, 587 ss.).

⁶¹² L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1294 ss.).

⁶¹³ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1294 ss.), che rileva come anche l'accettazione della remissione possa manifestarsi in modo espresso o per fatti concludenti. In particolare, si osserva che «data la mancata specificazione nell'art. 155 cod. pen. della necessità di un'accettazione espressa sembra ugualmente legittima una remissione a cui non sia seguito un rifiuto da parte del querelato».

In questo quadro, occorre, dunque, soffermarsi immediatamente sul problema della natura della fattispecie estintiva in questione, soprattutto in relazione all'aspetto strutturale della stessa.

Al riguardo, come è stato posto in evidenza⁶¹⁴, la questione della natura della remissione ha sollevato consistenti dubbi, pur sul presupposto del carattere negoziale della medesima. In particolare, una prima tesi⁶¹⁵ ha ritenuto di desumere la natura processuale dell'atto in esame sulla base della natura processuale della querela stessa. Viceversa, un altro orientamento⁶¹⁶ sostiene che la fattispecie abbia carattere sostanziale, in quanto deporrebbe in tal senso la collocazione sistematica tra le cause di estinzione del reato e la possibilità di una remissione posteriore alla pronuncia di condanna, desumibile dal disposto dell'art. 152, comma 3, cod. pen.

Parimenti, è apparsa controversa anche la natura dell'accettazione. Infatti, «accertato che si tratti di un negozio giuridico i problemi si sono posti riguardo alla unilateralità o alla bilateralità dell'atto»⁶¹⁷. In particolare, si è ritenuto che, sulla base del postulato per cui il comma 1 dell'art. 155 cod. pen. la contemplerebbe quale requisito di validità dell'atto stesso, ciò indurrebbe a propendere per la tesi dell'unilateralità⁶¹⁸.

A ben vedere, la norma in questione prevede piuttosto che «la remissione non produce effetto, se il querelato l'ha espressamente o tacitamente ricusata»⁶¹⁹. Non può che evidenziarsi, pertanto, la previsione di uno schema in cui due manifestazioni di volontà concorrono al perfezionarsi della fattispecie, che soltanto allora risulta idonea a produrre i propri effetti tipici. In altri termini, non si pone un problema di validità dell'atto, in mancanza dell'accettazione, ma bensì di realizzazione di tutti gli elementi previsti dal legislatore perché lo stesso possa incidere sul rapporto processuale. Si tratta, quindi, del requisito dell'accordo, intrinseco all'istituto in esame, che presenta perciò chiaramente una struttura bilaterale⁶²⁰.

Per quanto concerne poi la questione della natura sostanziale o processuale della fattispecie così configurata, occorre considerare che a favore della qualificazione in termini di negozio processuale depongono essenzialmente due ordini di ragioni.

Specificamente, è utile porre in rilievo, per un verso, la circostanza che la remissione di querela si presenta, in buona sostanza, come un'emanazione dello stesso diritto di querela, che assume una struttura necessariamente bilaterale in quanto non può consentirsi, in linea di principio, un atto di disposizione unilaterale che valga ad estinguere un processo già avviato. In questa logica, non si può che ammettere che le due fattispecie negoziali abbiano la stessa natura.

⁶¹⁴ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1294 ss.).

⁶¹⁵ U. DINACCI, voce *Querela*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 39 ss. (e, soprattutto, 43 ss.).

⁶¹⁶ In questo senso, cfr. V. ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, 333 ss.

⁶¹⁷ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1295.

⁶¹⁸ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1295.

⁶¹⁹ Art. 155, comma 1, cod. pen.

⁶²⁰ Su queste posizioni si attesta, autorevolmente, F. CORDERO, *Procedura penale*, (1985), cit., 401; nonché ID., *Procedura penale*⁹, (2012), cit., 414 ss., il quale afferma che «siamo davanti a un accordo querelante-querelato» (in questi termini, a p. 415, op. ult. cit.). Circa il rilievo dell'accordo delle parti nell'ambito del processo penale, secondo il criterio della compatibilità ordinamentale, cfr., in generale, G. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*⁶, III, Torino 1970, 98 ss.

Per altro verso, giova sottolineare che l'accordo in esame si traduce nella creazione di una regola di configurazione del processo, nel senso che conduce all'estinzione dell'azione penale senza incidere sul disvalore sostanziale del fatto di reato. D'altronde, la norma di cui all'art. 152, comma 3, cod. pen. non sembra deporre in senso contrario, dal momento che prevede che di regola «la remissione può intervenire solo prima della condanna»⁶²¹, rappresentando delle ipotesi eccezionali i casi per i quali la legge eventualmente disponga diversamente.

Orbene, in una prospettiva sistematica, queste riflessioni inducono ad evidenziare la tendenziale operatività del canone della consensualità quale espressione della regola della buona fede processuale anche nell'ambito degli schemi negoziali processualpenalistici, in relazione alla portata degli effetti che questi sono idonei a produrre. In quest'ordine di idee, occorre valorizzare la circostanza che la querela e la rinuncia al diritto di querela rappresentano negozi che incidono sui presupposti processuali dell'azione penale, operando, quindi, in funzione di un'azione penale non ancora intrapresa. In buona sostanza, ciò consente di riconoscere come, una volta avviato il procedimento, non sia possibile ulteriormente disporre del diritto soggettivo alla tutela penale se non mediante un accordo su cui convergano le volontà di entrambi i soggetti privati del processo, ossia la persona offesa e l'imputato, sotto forma di remissione della querela e della relativa accettazione. Ed invero, è possibile concludere che anche il processo penale è improntato alla regola della correttezza che esige, in linea di principio, modelli bilaterali di gestione in relazione ai pochi ambiti del processo penale disponibili alle parti.

In conclusione, è utile accennare ad alcuni elementi normativi che possono trovare una più appropriata collocazione sulla base dell'opzione ricostruttiva qui suggerita.

Ci si riferisce, in primo luogo, al profilo delle spese del procedimento che, secondo l'attuale art. 340 cod. proc. pen., sono poste a carico del querelato, «salvo che nell'atto di remissione sia stato diversamente convenuto»⁶²². Il che, per un verso, fa emergere la dimensione convenzionale che si può estendere al profilo delle spese e, per altro verso, renderebbe illogico fare della remissione un negozio unilaterale del querelante nel momento in cui le spese del procedimento verrebbero sopportate, in linea di principio, dall'imputato.

In questa prospettiva, non sembra irrilevante, infine, riflettere sulla circostanza che le esigenze di tutela della libertà di autodeterminazione del querelante in ordine all'esercizio del proprio diritto giustificano la previsione di eccezioni alla possibilità di rimettere la querela. Si tratta, in particolare, dell'eccezione prevista dalla norma di cui all'art. 609-*septies* cod. pen., in relazione ai delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter* e 609-*quater*, cod. pen. Da ultimo è stata altresì disposta l'irretrattabilità della querela in relazione alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612-*bis* cod. pen., che punisce gli atti persecutori, qualora il reato venga commesso con modalità particolarmente insidiose, quali le minacce reiterate oppure mediante armi o con atti anonimi⁶²³.

⁶²¹ Art. 152, comma 3, cod. pen.

⁶²² Art. 340, comma 4, cod. proc. pen.

⁶²³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 507 s., nt. 14.

Ed invero, l'ordinamento – secondo una valutazione in astratto fondata sull'*id quod plerumque accidit* – ritiene che in queste specifiche ipotesi la volontà della persona offesa rispetto all'integrazione dell'accordo processuale potrebbe costituire la conseguenza di indebite pressioni, ed è quindi altamente probabile che la stessa non si formi in modo libero e corretto⁶²⁴. Soprattutto, si mira ad impedire che «il querelato ... possa coartare la volontà dell'offeso»⁶²⁵. Pertanto, in questi casi, oltre ad essere previsto un termine più ampio, pari a sei mesi, per la sua proposizione, la querela è irrevocabile.

In proposito, è opportuno, inoltre, rilevare che, rispetto al reato di atti persecutori, allorché non sussistano i predetti elementi aggravatori, il codice stabilisce che «la remissione di querela può essere soltanto processuale»⁶²⁶. Il che comporta, da un lato, l'inammissibilità di una remissione tacita e, dall'altro lato, che la stessa può essere realizzata esclusivamente dinnanzi all'autorità procedente, ossia il pubblico ministero oppure il giudice, ovvero davanti ad un ufficiale di polizia giudiziaria che è tenuto a trasmetterla immediatamente alla medesima autorità. A ben vedere, come è stato autorevolmente osservato⁶²⁷, anche in questo caso «la formalità ha lo scopo di permettere all'autorità procedente di accertare la consapevolezza dell'atto di remissione e la libertà morale dell'offeso in modo da escludere coartazioni»⁶²⁸.

3.2. *La convenzione nel processo penale: dal superamento del disposto dell'art. 439 cod. proc. pen. all'applicazione della pena su richiesta delle parti.*

Rilevantissime questioni di legittimità costituzionale sollevano i riti premiali extradibattimentali che l'ordinamento processualpenalista contempla. In particolare, i riti in questione appaiono sottesi dal concetto di uno scambio. Dal momento che il loro oggetto sembrerebbe *prima facie* finire per coincidere con diritti indisponibili, occorrerà perciò indagare circa il fondamento della scelta del legislatore in tale direzione, anche in considerazione del problema della conseguente interruzione della correlazione tra la sanzione negoziata e la gravità effettiva del fatto di reato.

La circostanza che le tematiche in questione trovino una significativa convergenza nell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti renderà dunque opportuno soffermarsi specificamente sullo stesso come banco di prova della tenuta dei principi dell'ordinamento. Al riguardo, sarà utile analizzare la natura del patteggiamento, alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale sul punto, per giungere a riconoscere come il rito presupponga una mera rinuncia all'esercizio del diritto alla prova, trovando la propria ragion d'essere in evidenti esigenze di carattere processuale, essenzialmente riassumibili nel valore costituzionalmente qualificato della ragionevole durata del giusto processo. Sulla base delle conclusioni così raggiunte sarà quindi possibile effettuare alcune considerazioni in ordine al rilievo dei vizi della volontà nel negozio giuridico processuale rappresentato dal patteggiamento.

⁶²⁴ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., 1278 ss. (ed, *amplius*, 1294 ss.).

⁶²⁵ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 508, nt. 14.

⁶²⁶ Art. 612-*bis*, comma 4, cod. pen.

⁶²⁷ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 507 s., nt. 14.

⁶²⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 508, nt. 14.

Procediamo, pertanto, con l'esame del primo punto menzionato, afferente alla delineazione delle problematiche sollevate dai riti premiali che implicano che si obliteri il dibattito. Al riguardo, occorre in primo luogo osservare come, nell'ambito dei riti speciali previsti dal libro VI, tre di essi in particolare evidenzino un'impronta premiale, da un lato accordando un beneficio in termini di riduzione di pena e dall'altro lato perseguendo scopi deflattivi del carico giudiziario⁶²⁹. Il che si colloca nell'ambito di una tendenza a contemperare il modello garantista con l'esigenza di assicurare un'efficiente amministrazione della giustizia, che inevitabilmente finisce con l'influenzare la concreta estrinsecazione dei criteri che giustificano l'irrogazione della pena, quali la retribuzione, la generalprevenzione e la specialprevenzione. Ed invero, l'applicazione di una pena percepita come 'giusta' non può che conseguire, in questa logica, alla celebrazione di un 'giusto processo' secondo i principi di cui all'art. 111 Cost. Ebbene, se questo obiettivo transita necessariamente per l'osservanza delle forme, come è stato posto in rilievo⁶³⁰, la sua armonizzazione con l'interesse alla immediatezza della risposta punitiva dello Stato ha condotto all'attuale assetto ordinamentale per cui, in qualche misura, è possibile surrogare la volontà con la forma⁶³¹. Da quest'ultimo punto di vista, non sembra incoerente affermare che un processo garantista possa conseguirsi anche secondo queste modalità, con il risultato di concepire la sanzione alla stregua di «un 'compromesso', in cui talvolta, in apparente contrasto con i fini del diritto penale sostanziale, le ragioni del processo sono alla base della stessa 'pena giusta'»⁶³².

Ed è proprio sulla questione afferente a questa supposta contraddizione che dovremo ora soffermarci.

In questa prospettiva, occorre anzitutto rilevare come risulti in linea di principio estraneo al sistema penalistico il concetto di 'prezialità' – che può invece trovare spazio in altri ambiti dell'ordinamento – in quanto la sanzione penale si pone come la concretizzazione di una minaccia che interviene a reprimere una violazione che impone una reazione punitiva. Da quest'ultimo punto di vista, può dunque affermarsi come nel nostro ordinamento ci si trovi piuttosto in presenza di un fenomeno di rinuncia – totale

⁶²⁹ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena. Esperienze giuridiche a confronto*, San Giuliano Milanese, 2015, 32 ss.

⁶³⁰ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 20 ss.

⁶³¹ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 20 ss. Sul punto, si veda A. PAGLIARO, *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Ind. pen.*, 1981, 219 ss. (e, soprattutto, 231 ss.), il quale sostiene che «può sorgere legittima l'idea di ottenere un medesimo effetto di prevenzione» (così, a p. 232), analogo rispetto a quello conseguibile mediante la tradizionale organizzazione garantista del processo, «attraverso una diminuzione del livello di severità e un contemporaneo innalzamento dei livelli di certezza e di prontezza in un meccanismo processuale che potremmo chiamare funzional-garantista, perché le istanze garantiste vi sono salvaguardate in un modo diverso che nel processo garantista tradizionale» (testualmente, a p. 232). In questa logica, «anziché assicurare la garanzia dell'imputato attraverso la forma degli istituti ..., si può cercare di pervenire al medesimo risultato attraverso la volontà dell'imputato stesso» (in questi termini, a p. 232). Quest'ultimo punto di vista si baserebbe inoltre sulla considerazione che, «se nella realtà delle cose si vuole vedere funzionare davvero il processo garantista tradizionale, è necessario limitarne l'applicazione ad un ristretto numero di reati» (così, a p. 232), al fine di impedire che «il peso stesso delle sue soverchianti strutture formali» (testualmente, a p. 233) determini il collasso dell'amministrazione della giustizia penale nel suo complesso.

⁶³² A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 25 s.

o parziale – alla pretesa punitiva da parte dello Stato per ragioni di opportunità incentrate sull'esigenza di indurre il soggetto agente a tenere determinati comportamenti, evidentemente differenti rispetto alla fattispecie di reato e complessivamente utili all'ordinamento⁶³³.

Con questo chiarimento preliminare, vediamo ora, innanzitutto, in quali termini sia possibile affrontare la questione della compatibilità dei principi cardine del diritto penale con la previsione di alcuni riti speciali che consentono di superare una fase del procedimento. In particolare, se per un verso tali parametri rappresentano delle direttrici da seguire per individuare la sanzione in astratto più corretta da irrogare in concreto al reo, per altro verso occorre intendere rettamente l'idea di scambio che sembra implicita nei riti in questione⁶³⁴.

In proposito, è dunque opportuno in prima battuta rilevare come, nei casi in esame, l'aspetto premiale sia da porsi in relazione con l'adesione dell'imputato al processo, anche in considerazione dell'accelerazione che la sua collaborazione è suscettibile di imprimere sulla definizione del procedimento⁶³⁵. In buona sostanza, può senz'altro riconoscersi nell'effetto acceleratorio un elemento che – come meglio si vedrà – assume un rilievo particolare nella ricostruzione del fondamento dei riti speciali in esame. Ebbene, questa considerazione per il rapporto tra differenti esigenze, che trova sbocco in tutti i riti caratterizzati dall'assenza di un pubblico dibattimento, ha evocato il meccanismo della transazione civilistica⁶³⁶, sollevando delicati problemi di compatibilità con i principi dell'ordinamento. In particolare, è stato osservato che, analogamente a quanto si riscontra nell'istituto privatistico, sembrerebbe di poter riconoscere nello scambio in questione delle 'reciproche concessioni' con cui in qualche modo le parti fanno cessare una controversia esistente tra loro⁶³⁷. Il che evidentemente non potrebbe che apparire estremamente discutibile, dal momento che quanto può trovare spazio nell'ambito dei rapporti tra privati inevitabilmente confliggerebbe con l'interesse ordinamentale alla repressione delle condotte incriminate in ambito penalistico. Del resto, ad orientarsi in quest'ordine di idee, il richiamo ad una sorta di scambio imporrebbe di individuarne l'oggetto in diritti per natura non disponibili e perciò di per sé insuscettibili di rinunzie o di transazioni⁶³⁸.

⁶³³ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 29 ss., la quale sottolinea come «tale opzione di politica giudiziaria deve essere tenuta chiaramente distinta da altre forme di rinuncia alla pena da parte dell'ordinamento» (in questi termini, a p. 30), essenzialmente identificabili con il «c.d. 'diritto penale clemenziale', contraddistinto dalla concessione generalizzata di provvedimenti di clemenza, appunto, che prescindono dalla condotta precipua dell'individuo (vedi amnistia, indulto e grazia)» (testualmente, a p. 30).

⁶³⁴ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 32 ss.

⁶³⁵ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 32 ss.

⁶³⁶ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 32 ss.

⁶³⁷ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 32 ss.

⁶³⁸ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 32 ss. Sul punto, si veda, in particolare, E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 175, il quale afferma che proprio la ricerca dell'efficienza del processo avrebbe «sottilmente, ma inesorabilmente trasformato l'agire penalistico giudiziario in qualcosa di palpabilmente assimilabile all'agire politico» (così, a p. 175), implicando così un fenomeno di delegittimazione dell'azione penale.

Si potrebbe obiettare, nondimeno, come, già a livello strutturale, non appaia del tutto pertinente il rilevato parallelismo dei riti premiali extradibattimentali con la figura della transazione di diritto civile, in quanto il loro effetto non è e non può essere quello di porre fine ad una lite – e quindi di estinguere la pretesa punitiva dello Stato – ma bensì quello conformativo dello svolgimento del processo. In altri termini, pare assiologicamente più coerente affermare che mediante la compartecipazione dell'imputato al procedimento si ottenga piuttosto il risultato di imprimere uno svolgimento più rapido allo stesso, obliterando passaggi procedurali non necessari in quanto il reo ritenga entro certi limiti di potervi rinunciare, ma non consentendo comunque di pervenire ad una totale eliminazione dell'accertamento giurisdizionale.

In questa prospettiva, il sistema dei riti speciali in questione sembra quindi chiaramente orientato alle superiori esigenze di economia processuale, con possibili delicati risvolti di carattere sostanziale, in quanto – come è noto – l'imputato si vedrà applicare una sanzione ridotta a causa della sua collaborazione in ordine ad una più rapida definizione del processo che lo riguarda⁶³⁹. Ed è in questo quadro, dunque, che, nel ricercare un fondamento rispetto alla precisa scelta del legislatore, la prevalente dottrina⁶⁴⁰ ha proposto una diversa interpretazione dei principi che regolano e legittimano l'applicazione della sanzione penale in rapporto ai riti premiali extradibattimentali. Specificamente, attraverso una più pronta definizione del procedimento penale, che garantirebbe una maggiore effettività nella repressione dei reati, si ritiene si possa conseguire una rilevante efficacia persuasiva rispetto alla generalità dei consociati, con la «c.d. prevenzione allargata o positiva»⁶⁴¹. In senso contrario, è stato però obiettato da parte di un autorevole studioso⁶⁴² che avrebbe una maggiore presa nella percezione della collettività, ma anche per lo stesso imputato, una sanzione più severa, anche se soltanto eventuale⁶⁴³. Dal punto di vista specialpreventivo, inoltre, a fronte del prospettato raggiungimento della funzione rieducativa mediante l'accettazione della sanzione penale da parte dell'imputato, è stato posto in evidenza il

⁶³⁹ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 32 ss.

⁶⁴⁰ In proposito, basti ricordare, *ex pluribus*, A. PAGLIARO, *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Ind. pen.*, 1976, 5 ss., il quale pone in evidenza la circostanza che «come contromotivo rispetto al delitto, serve assai meglio una pena lieve applicata a distanza di pochi giorni o di qualche mese dal delitto, che non una pena pesante che sarà applicata a distanza di anni» (testualmente, a p. 8); F. STELLA, *Il problema della prevenzione nella criminalità*, in AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna, 1980, 22 ss.; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 248 ss. (e, soprattutto, 251 ss.), il quale osserva come «se la prevenzione generale dovesse affidarsi esclusivamente alle capacità di calcolo del delinquente, attento computista di utilità positive e negative, tanto varrebbe rinunciare *a priori* alla possibilità di rinvenire in essa la chiave per interpretare la vicenda della pena nell'esperienza giuridica e sociale e, soprattutto, il modello deontologico cui riportare la struttura del sistema penale» (testualmente, a p. 251). In questa logica, «la prevenzione generale è una funzione complessa, basata non soltanto sull'idea dell'intimidazione, ma su meccanismi psicologici e sociali diversi, quali la convalida normativa ed il rischio di stigmatizzazione» (in questi termini, a p. 251). Il che varrebbe a corroborare la considerazione per la quale «l'osservazione che un atto viene regolarmente punito rafforza il convincimento individuale circa la proibizione» (così, a p. 252).

⁶⁴¹ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 34.

⁶⁴² G. FIANDACA, *Pena 'patteggiata' e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, 2385 ss.

⁶⁴³ G. FIANDACA, *Pena 'patteggiata'*, cit., 2385 ss.

problema dell'inidoneità di tale rieducazione, dal momento che «al reo potrebbe giungere l'input di una facile elusione della legge, controbilanciata da 'sconti' ed accordi di varia natura»⁶⁴⁴. Infine, la tesi in esame lascerebbe irrisolta la questione della perdita della correlazione tra la sanzione risultante dall'accordo – che risulta inevitabilmente deficitaria –, da un lato, e la concreta gravità della condotta criminosa e la colpevolezza del soggetto agente, dall'altro lato⁶⁴⁵.

La questione, peraltro, appare forse risolvibile su un piano differente, dal momento che, per trovare una giustificazione dei riti premiali in esame nel sistema, non ci si può muovere nell'ambito del diritto sostanziale, bensì occorre assumere un'ottica processuale, su una prospettiva logica indipendente dal fondamento della pena. In altri termini, è nella efficienza del processo – *sub specie* di rapidità nella sua definizione – che si ritrova la soluzione del problema dei riti premiali extradibattimentali, in quanto «cooperano alla creazione di un processo funzionale, più che garantista»⁶⁴⁶, per mezzo del consenso dell'avente diritto⁶⁴⁷.

Le considerazioni sinora svolte consentono, a questo punto, di entrare nel vivo della problematica via via delineata, con l'analisi di quello che rappresenta il paradigma dei riti premiali in esame⁶⁴⁸, ossia l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, di cui all'art. 444 cod. proc. pen.

In proposito, è immediatamente utile prendere le mosse da quelli che sono gli elementi fondamentali della figura, per poi soffermarci sulla questione della sua natura e della sua compatibilità con la Carta costituzionale, ripercorrendo i passaggi fondamentali della relativa evoluzione giurisprudenziale, al fine di giungere a riconoscere la legittimità di un accordo che incide non già sulla libertà personale – di per sé indisponibile –, ma bensì, in termini acceleratori, sullo stesso percorso giudiziario, consentendo un differenziato livello di accertamento, da cui comunque non si potrà prescindere.

Ed è su questi aspetti che dovremo ora incentrare il nostro studio.

Orbene, per quanto concerne il primo punto menzionato, afferente alla delineazione dei tratti essenziali dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, comunemente detta 'patteggiamento', è necessario ricordare che l'istituto si estrinseca

⁶⁴⁴ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 36.

⁶⁴⁵ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 36 s., per la quale «appare evidente come l'attenzione sia rivolta non propriamente alle esigenze di pacificazione sociale, ma piuttosto a ragioni di utilità del sistema repressivo e di prevenzione dei reati. La c.d. efficienza del sistema si pone, cioè su un piano logico autonomo, trascendente, per così dire, rispetto al piano degli scopi della pena» (in questi termini, a p. 37). Al riguardo, si veda altresì F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, 313 ss., il quale osserva che «a taluni riti speciali si accompagna una gestione della punibilità del tutto particolare» (testualmente, a p. 330), in quanto «le diminuzioni di pena non possono, anzitutto, essere correlate ad una funzione retributiva della pena ovvero al concetto di pena 'giusta'» (così, a p. 332), e nemmeno «un'eventuale correlazione può stabilirsi con un'eventuale finalità di prevenzione speciale» (in questi termini, a p. 332), dal momento che «nessun significato assume la scelta del rito differenziale o la acquiescenza nel procedimento per decreto come forma di adattamento sociale dell'imputato» (testualmente, a p. 332).

⁶⁴⁶ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 37.

⁶⁴⁷ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 37.

⁶⁴⁸ In proposito, si veda A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 37, la quale rileva che nella stessa Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale «si precisa che "buona parte dell'efficienza dello stesso codice è affidata" al suddetto rito» (così, a p. 37).

nell'applicazione da parte del giudice, mediante sentenza, della pena così come determinata dalla concorde richiesta dell'imputato e del pubblico ministero⁶⁴⁹. Il che presuppone che il giudice accerti la correttezza della qualificazione giuridica del fatto di reato e la congruità della pena oggetto della richiesta. Occorre inoltre rilevare che la decisione sul patteggiamento si fonda su una valutazione effettuata allo stato degli atti, ossia facendo ricorso al fascicolo delle indagini e, nell'ipotesi in cui sia presente, al fascicolo del difensore⁶⁵⁰. Come è stato puntualmente osservato⁶⁵¹, «la semplificazione consiste nell'eliminare l'assunzione delle prove e nell'utilizzare i verbali degli atti di indagine ai fini della decisione»⁶⁵². Giova poi in prima battuta constatare che la sentenza emessa su richiesta delle parti non è in linea di principio appellabile, secondo quanto prevede la disposizione di cui all'art. 448, comma 2, cod. proc. pen., ma risulta impugnabile tramite ricorso per Cassazione⁶⁵³.

Infine, basti in questa sede accennare alla circostanza che, in seguito ad un recente ampliamento della sfera di applicazione del patteggiamento, possono configurarsi attualmente due tipi differenti di applicazione della pena su richiesta delle parti. Ci si riferisce, in particolare, a quello c.d. 'tradizionale', che può avere ad oggetto l'accordo su una sanzione sostitutiva oppure pecuniaria, ovvero su una pena detentiva che – anche congiuntamente a pena pecuniaria – non sia superiore a due anni, all'esito della riduzione fino ad un terzo. Mentre il c.d. patteggiamento 'allargato' permette di pervenire ad un accordo su una sanzione che non superi i cinque anni di pena detentiva, sola o congiunta a pena pecuniaria⁶⁵⁴.

In questo quadro, appare dunque opportuno soffermarsi adesso ad esaminare il profilo della controversa essenza del patteggiamento, dal momento che dalla soluzione fornita alla questione sulla natura della sentenza di cui all'art. 444 cod. proc. pen. dipende la possibilità di considerare gli accordi che essa presuppone come compatibili con il canone costituzionalizzato della presunzione di innocenza e, in ultima analisi, con il principio di indisponibilità della libertà personale.

Al riguardo, giova preliminarmente osservare come il dibattito si sia potuto sviluppare essenzialmente sulla base di due elementi, ossia, per un verso, la mancanza di una qualificazione esplicita da parte del legislatore ed il conseguente espediente della clausola di equivalenza tra la pronuncia di cui all'art. 444 cod. proc. pen. e la sentenza di condanna e, per altro verso, il difetto di tutti gli effetti tipici della condanna medesima nella formula estintiva del patteggiamento⁶⁵⁵.

⁶⁴⁹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 793.

⁶⁵⁰ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 793.

⁶⁵¹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 793.

⁶⁵² P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 793.

⁶⁵³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 793.

⁶⁵⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 794.

⁶⁵⁵ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 45 ss. In proposito si veda altresì G. LATTANZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA. VV., *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio - D. Ferranti - A. Pascolini, Milano, 1989, 113 ss., il quale, nell'evidenziare come nella sentenza di patteggiamento non siano riscontrabili alcuni effetti tipici della condanna, quali la condanna al pagamento delle spese del procedimento e l'efficacia nei giudizi civili o amministrativi, ricorda che la natura dell'istituto – secondo quanto chiarito dalla *Relazione al Progetto preliminare* – non sarebbe quella di un 'beneficio', «ma di uno speciale procedimento, collegato ... ad un accordo tra imputato e pubblico

In questa prospettiva, la giurisprudenza ha avuto modo di analizzare il problema incidentalmente rispetto al profilo dell'inammissibilità dell'istituto della revisione. In particolare, secondo una non molto recente pronuncia della Suprema Corte⁶⁵⁶, la previgente disciplina che escludeva l'operatività di tale strumento sarebbe risultata comunque coerente con il sistema, in quanto la pronuncia emessa in seguito alla concorde richiesta delle parti, ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., non avrebbe la natura di una sentenza di condanna. Da quest'ultimo punto di vista, infatti, poiché verrebbe a mancare il collegamento tra l'accertamento della responsabilità e l'irrogazione della sanzione, non si riscontrerebbe un effettivo riconoscimento giurisdizionale dell'offesa al bene giuridico tutelato e della colpevolezza del soggetto agente⁶⁵⁷. In questa logica, l'«accettazione da parte dell'imputato, per sue personali valutazioni di convenienza, della definizione anticipata del procedimento godendo di effetti 'premiali'»⁶⁵⁸ determinerebbe altresì di dispensare il pubblico ministero dell'onere di dimostrare la sua responsabilità⁶⁵⁹. Orbene, a ciò conseguirebbe la circostanza che al giudice, nell'ambito del procedimento in esame, non sia consentito neppure di compiere un accertamento preliminare, dal momento che egli sarà tenuto esclusivamente a verificare che non sussistano le condizioni per una pronuncia in termini di proscioglimento allo stato degli atti⁶⁶⁰.

Nondimeno, appare intuitivamente evidente che il principio espresso dalla sentenza in questione si pone in contrasto con il canone costituzionale della presunzione di non colpevolezza. Ed invero, la prospettazione di una responsabilità 'in ipotesi', per cui in buona sostanza il giudice applicherebbe la pena così come determinata dalle parti sul presupposto ipotetico che la responsabilità effettivamente sussista, si presenta come inconciliabile con il criterio di pienezza della prova circa la medesima responsabilità, in mancanza della quale non potrebbe in alcun caso trovare giustificazione⁶⁶¹.

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca altresì una coeva pronuncia della Corte costituzionale⁶⁶² che – al fine di escludere che l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti presentasse profili di attrito con alcuni principi della Carta fondamentale, risultando così costituzionalmente illegittimo – ha affermato, pur non qualificando la pronuncia in questione *sub specie* di una condanna, che «anche la decisione

ministero sull'applicazione della pena, che quindi riguarda il merito e si riflette sul rito, a differenza dell'accordo del giudizio abbreviato che riguarda invece esclusivamente il rito» (così, a p. 117).

⁶⁵⁶ Cass., 19 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1990, II, 362 ss.

⁶⁵⁷ Cass., 19 febbraio 1990, cit., 362 ss.

⁶⁵⁸ Cass., 19 febbraio 1990, cit., 365.

⁶⁵⁹ Cass., 19 febbraio 1990, cit., 362 ss.

⁶⁶⁰ Cass., 19 febbraio 1990, cit., 362 ss. Al riguardo, cfr. A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 47 s., la quale rileva criticamente che «la chiosa della decisione fa menzione, poi, del genere delle c.d. 'sentenze in ipotesi', e, in particolare, di quelle 'in ipotesi di responsabilità', per delineare uno schema in cui eventualmente sussumere tale pronuncia sui generis. Si tratta di una figura mutuata dal processo civile, a proposito dell'efficacia vincolante per il giudice di rinvio dei principi di diritto enunciati dalla Corte di cassazione» (così, a p. 47).

⁶⁶¹ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 47 s.

⁶⁶² Corte Cost., 2 luglio 1990, n. 313, in *Foro it.*, 1990, I, 2385 ss., con nota di G. FIANDACA, *Pena 'patteggiata'*, cit., 2385 ss.

di cui all'art. 444 cod. proc. pen., quando non è decisione di proscioglimento, non può prescindere dalle prove della responsabilità⁶⁶³ dell'imputato.

In questo contesto, è intervenuta sul punto anche una successiva pronuncia delle Sezioni Unite⁶⁶⁴, con la quale è stato statuito che, in sede di patteggiamento, al giudice competerebbe esclusivamente «di accertare, sulla base degli atti, se esistono le condizioni per il proscioglimento ed, in caso negativo, se è esatto il quadro (qualificazione giuridica, circostanze e comparazione) nel cui ambito le parti hanno determinato la pena, mentre non occorre un positivo accertamento di responsabilità»⁶⁶⁵. Da quest'ultimo punto di vista, la pronuncia ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. sarebbe equivalente ad una sentenza di condanna soltanto in relazione all'aspetto dell'irrogazione della sanzione penale. Per quanto attiene agli altri profili, invece, non vi potrebbe essere identità con il giudizio ordinario, dal momento che manca in questo caso una cognizione piena, incentrandosi la valutazione su ciò che risulta da elementi che non rappresenterebbero delle prove, in quanto la decisione appare emessa allo stato degli atti. In quest'ordine di idee, l'utilizzazione di una simile base per il giudizio troverebbe la sua giustificazione nella mera rinuncia, da parte dell'imputato, all'esercizio del suo diritto alla prova⁶⁶⁶.

La questione, peraltro, appare forse, come si accennava, un poco più articolata, dal momento che, ad orientarsi secondo gli approdi della giurisprudenza da ultimo citata, il richiamo all'ammissione di una statuizione giurisdizionale che prescinda dal riscontro di una responsabilità imporrebbe all'interprete di ritenere legittima l'irrogazione di una sanzione penale in mancanza di alcuna giustificazione. Il che non potrebbe che porsi in contrasto con il disposto dell'art. 111 Cost.

E nondimeno, se si segue una diversa opzione ricostruttiva, non può considerarsi l'applicazione della pena su richiesta delle parti alla stregua di un giudizio realizzato in assenza di qualsivoglia elemento di prova, in quanto appare preferibile, oltre che maggiormente coerente con i principi dell'ordinamento, ritenere piuttosto che mediante il consenso dell'imputato si possa fare eccezione all'operatività del principio del contraddittorio, di modo che gli atti delle indagini preliminari possano essere in simili ipotesi utilizzati come prove⁶⁶⁷. Da quest'ultimo punto di vista, in seguito al perfezionamento dell'accordo processuale, la verifica giudiziale perverrebbe così ad un diverso livello di approfondimento, pur senza che risulti in nessun caso possibile tralasciare di valutare i fatti che concernono la responsabilità penale dell'imputato⁶⁶⁸. In

⁶⁶³ Corte Cost., 2 luglio 1990, n. 313, cit., 2399.

⁶⁶⁴ Cass., sez. un., 25 marzo 1998, in *Cass. pen.*, 1999, I, 82, con nota di A. SCALFATI, *Inammissibile la revisione per la sentenza di pena concordata: un corollario dalle premesse discutibili*, ivi, 82 ss., il quale pone comunque in evidenza come occorra «rimeditare in modo serio sul cosiddetto 'controllo negativo' circa le condizioni di immediato proscioglimento» (così, a p. 85).

⁶⁶⁵ Cass., sez. un., 25 marzo 1998, cit., 82. Per la riaffermazione della necessità di un metodo conoscitivo di accertamento anche nell'applicazione di una pena concordata, a fronte della circostanza per la quale «si può avere una rinuncia al metodo del contraddittorio, ma non anche alla funzione cognitiva del processo» (testualmente, a p. 190), cfr. V. BONINI, *La riscoperta del modello cognitivo e la sua prevalenza sulla negoziabilità processuale: un significativo superamento di consolidati orientamenti della Corte di cassazione*, in *Ind. pen.*, 2007, 167 ss.

⁶⁶⁶ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 48 s.

⁶⁶⁷ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 49 ss.

⁶⁶⁸ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 49 ss.

buona sostanza, «il problema definitorio della pronuncia ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. diviene meramente nominale»⁶⁶⁹ alla luce della considerazione per cui l'accertamento circa la sussistenza della responsabilità costituirebbe comunque un momento imprescindibile della valutazione che conduce all'applicazione della pena su richiesta delle parti⁶⁷⁰.

A ben vedere, con quest'ultima ricostruzione risulta coerente l'opzione legislativa adottata nel 2003 con cui è stata novellata la disposizione di cui all'art. 629 cod. proc. pen. Ed invero, in seguito a tale modifica il sistema processualpenalistico attualmente contempla il mezzo straordinario di impugnazione costituito dalla revisione anche in relazione alla sentenza di patteggiamento. Da ciò la giurisprudenza ha tratto la conclusione per la quale il ricorso allo strumento in questione sia comunque precluso qualora l'istanza appaia fondata su elementi anteriori rispetto alla stessa sentenza, i quali fossero noti al condannato oppure risultassero in ogni caso da lui conoscibili⁶⁷¹.

Una volta chiarito che la natura della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti di cui all'art. 444 cod. proc. pen. è sostanzialmente quella di una condanna e che, dunque, il negozio giuridico sottostante che dalla stessa è presupposto non incide sul diritto indisponibile alla libertà personale, ma bensì sulle modalità di svolgimento del processo – rinunciando l'imputato nella misura più ampia consentita alle garanzie processuali –, è possibile quindi sciogliere alcuni nodi relativi ai profili di incostituzionalità sollevati. Specificamente, occorre soffermarsi sulla questione dell'asserito contrasto della disciplina con le norme di cui agli artt. 13, comma 1, 27, comma 2, e 111, comma 6, Cost., e quindi con il canone dell'inviolabilità della libertà individuale, con la presunzione di innocenza e con l'obbligo di motivazione, in quanto non risulterebbe effettuato l'accertamento sugli elementi che fondano la pronuncia di condanna⁶⁷². In proposito, secondo quanto si è avuto modo di osservare sinora, sulla base della pronuncia della Corte costituzionale già menzionata, è stato nondimeno affermato che anche la pronuncia di applicazione della pena su richiesta delle parti deve far riferimento al «modello generale di sentenza di cui all'art. 546 cod. proc. pen. e le prescrizioni della lettera e) del comma 1, dove si esige che il giudice indichi le prove che intende porre a base della sua decisione ed enunci le ragioni per le quali non ritiene attendibili le prove contrarie»⁶⁷³. In questa logica, non risulta dunque affetto da illegittimità costituzionale «un accertamento incompleto di responsabilità, ma soltanto l'assoluta assenza di verifica della stessa»⁶⁷⁴. In ultima analisi, la compatibilità costituzionale dell'istituto appare salvata dal fatto che il giudice comunque è tenuto ad effettuare un accertamento in termini di non proscioglimento dell'imputato, ai sensi della disposizione di cui all'art. 129 cod. proc. pen.

Chiarito questo profilo, siamo ora in grado di tirare le fila di questo discorso, in ordine al valore da riconoscere al negozio giuridico sottostante alla sentenza di patteggiamento di cui all'art. 444 cod. proc. pen., e di evidenziare alcune ricadute

⁶⁶⁹ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 50.

⁶⁷⁰ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 49 ss.

⁶⁷¹ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 49 ss.

⁶⁷² A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 52 ss.

⁶⁷³ Corte Cost., 2 luglio 1990, n. 313, cit., 2399.

⁶⁷⁴ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 53.

pratiche dell'opzione interpretativa suggerita, con specifico riguardo al rilievo da accordare ai vizi della volontà che possono incidere sull'accordo stesso.

Al riguardo, giova in primo luogo considerare come non sembri condivisibile l'impostazione secondo la quale l'accordo tra imputato e pubblico ministero avrebbe valore di confessione. Da quest'ultimo punto di vista, nemmeno sembra del tutto soddisfacente opinare nel senso di intendere la manifestazione di volontà della parte alla stregua di un fatto pacifico, presupponendo che l'accordo sulla determinazione della sanzione si fondi su un intendimento convergente su capo di imputazione, qualificazione della fattispecie materiale e bilanciamento delle circostanze. Ed invero, difficilmente superabile appare l'obiezione per la quale nell'ambito del diritto penale processuale non vi può essere alcuno spazio per l'ammissibilità di prove legali. Del resto, non apparirebbe conforme alla circostanza dell'ammissione di un fatto pacifico la definizione del giudizio con una sentenza ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen.⁶⁷⁵. Conclusivamente, occorre rilevare come una parte della giurisprudenza⁶⁷⁶, muovendo dalla ambivalenza di tali manifestazioni di volontà – ad un tempo sostanziale e processuale –, abbia ritenuto che non potesse configurarsi neppure un caso di rinuncia irrevocabile alla prescrizione, dal momento che non si presenterebbe come ad essa equivalente sulla base della norma di cui all'art. 157 cod. pen.⁶⁷⁷.

Ed è in queste considerazioni che si coglie bene il presupposto per affermare la rispondenza del rito in questione ad evidenti ragioni di carattere processuale⁶⁷⁸, e dunque l'incidenza di quello che – consistendo in un incontro di volontà – si presenta come un negozio giuridico sullo svolgimento del processo, contribuendo ad una più efficiente e rapida definizione dello stesso. Il che appare coerente con i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità⁶⁷⁹, secondo cui lo scopo dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti sarebbe rappresentato dalla «rapida affermazione della giustizia, diversamente trasformandosi in un beneficio gratuito ed ingiustificato, svincolato da interessi collettivi che lo legittimano»⁶⁸⁰.

Per completezza dell'esame delle prospettive sottostanti alla casistica di cui ci occupiamo, risulta utile, a questo punto, domandarci quali conseguenze comporti la

⁶⁷⁵ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 52 ss.

⁶⁷⁶ Cass., 15 maggio 2007, n. 18391, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

⁶⁷⁷ Cass., 15 maggio 2007, n. 18391.

⁶⁷⁸ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 52 ss.

⁶⁷⁹ Basti citare, tra le altre, Cass., 19 gennaio 2005, n. 1291, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg., in cui la Corte muove dalla considerazione per la quale, «essendo l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti finalizzato ad una 'rapida affermazione della giustizia', conformemente a quanto chiarito ad opera della giurisprudenza costituzionale, si presenta come conseguentemente «inconciliabile, proprio con il principio costituzionale di cui all'art. 111 Cost. ..., consentire all'imputato di chiedere il patteggiamento per la prima volta in sede di legittimità, tra l'altro all'udienza conclusiva del procedimento». In questa logica, una volta considerato come questa opzione ricostruttiva in nessun caso si porrebbe in contrasto con i principi di cui agli artt. 26 e 27 della Costituzione, «in modo manifesto neppure si ravvisa violazione dell'art. 24, trattandosi di sistema sanzionatorio premiale derivante da una condotta che consente l'accelerata esitazione del procedimento penale, la cui adesione deriva da una libera scelta strategica dell'imputato, al quale non viene limitato alcun diritto di difesa, ma anzi gli viene attribuita la facoltà di accedere ad una pena ridotta, pur alla condizione già citata ed irrinunciabile di una rapida definizione del procedimento penale».

⁶⁸⁰ Cass., 19 gennaio 2005, n. 1291, cit.

qualificazione dell'accordo delle parti sulla pena da applicare ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. in termini di negozio giuridico processuale – che la prevalente giurisprudenza di legittimità riconosce⁶⁸¹ – in ordine alla disciplina ed ai rimedi per i vizi della volontà che possono incidere sullo stesso.

In proposito, occorre subito considerare come il perfezionarsi del patteggiamento richieda una valida manifestazione di volontà da parte di chi si presenti come il titolare del diritto – che, giova ribadirlo, non è quello alla disposizione della propria libertà personale, ma bensì riguarda le garanzie rinunciabili del processo penale – , il che implica, da parte dell'imputato, il conferimento di una procura speciale al proprio difensore. In questa prospettiva, per costante giurisprudenza⁶⁸², l'accordo sottostante al patteggiamento costituisce un negozio giuridico processuale di carattere recettizio, che, una volta perfezionatosi, diviene irrevocabile, producendo effetti irreversibili rispetto al procedimento, e dunque non può essere modificato unilateralmente nemmeno da parte del procuratore generale. Ed invero, a quest'ultimo, nonostante si trovi in una posizione di sovraordinazione gerarchica e risulti titolare di un potere di impugnazione autonomo, non può competere una potestà di cui non dispongono le parti⁶⁸³.

Ebbene, il potere del giudice di convocare le parti per compiere un'ulteriore verifica in ordine all'effettività della convergenza delle volontà sull'accordo in questione sembra rappresentare l'unica sede in cui un'eventuale mancata corrispondenza tra queste e la loro manifestazione possa essere fatta valere⁶⁸⁴.

In conclusione, pare opportuno osservare come l'autonomia delle parti incontri comunque un limite nell'erronea qualificazione del fatto, che rappresenta un vizio legittimante il ricorso per Cassazione, in ottemperanza ai principi di colpevolezza e di tassatività⁶⁸⁵. A ben vedere, tale ipotesi afferisce alla stessa applicazione della legge penale, riverberandosi sul profilo della legalità della sentenza, e, di conseguenza, il vizio in questione non è suscettibile di sanatoria in forza della provenienza da tutte e due le parti della inesatta qualificazione. Per di più, non può trascurarsi la circostanza che in nessun caso l'imputato partecipa alla formulazione del capo di imputazione. Nondimeno, l'errore che può dar luogo all'impugnazione di legittimità deve presentarsi come grave e manifesto⁶⁸⁶.

⁶⁸¹ Cfr., a titolo esemplificativo, Cass., 29 ottobre 2009, n. 4074, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.; Cass., 11 luglio 2012, n. 38070, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

⁶⁸² Basti citare, in proposito, *ex pluribus*, Cass., 29 ottobre 2009, n. 4074, cit.; Cass., 11 luglio 2012, n. 38070, cit.

⁶⁸³ Cass., 11 luglio 2012, n. 38070, cit.

⁶⁸⁴ Per una ricostruzione di questo aspetto, cfr. B. PETROCELLI B., *I vizi della volontà*, cit., 99 ss.

⁶⁸⁵ Al riguardo, basti menzionare, *ex pluribus*, Cass., sez. un., 19 gennaio 2000, n. 5, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.; Cass., 29 gennaio 2010, n. 14314, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.; Cass., 17 ottobre 2006, n. 39526, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.; Cass., 28 settembre 2001, n. 38854, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

⁶⁸⁶ In questo senso, cfr., tra le tante pronunce, Cass., 11 marzo 2010, n. 10692, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.; Cass., 20 novembre 2008, n. 45688, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg., la quale rileva che «il controllo del giudice sulla corretta qualificazione giuridica del fatto è rivolto soprattutto ad evitare che l'accordo sulla pena si trasformi in accordo sui reati». Ad orientarsi in quest'ordine di idee, nondimeno, in considerazione della natura del patteggiamento e della funzione della verifica in questione, la Corte «ritiene che l'impugnabilità per l'erronea qualificazione del fatto debba essere limitata ai casi in cui quella

In questa prospettiva, non si può peraltro tralasciare di considerare la questione relativa al venir meno della negoziabilità del patteggiamento in presenza dell'attuale meccanismo di superamento del dissenso del pubblico ministero in ordine all'assetto sanzionatorio proposto dall'imputato. In particolare, se il mancato consenso da parte del pubblico ministero rappresenta una ragione ostativa all'applicazione della pena su richiesta delle parti nel corso delle indagini preliminari, esso non impedisce la pronuncia di una sentenza di condanna che applichi la pena così come richiesta dall'imputato da parte del giudice del dibattimento ovvero di quello dell'impugnazione, qualora il dissenso non risulti giustificato. Occorre, pertanto, soffermarsi sulla natura di una simile pronuncia.

Sul punto, giova dunque rilevare che le valutazioni che può compiere il pubblico ministero in ordine alla manifestazione del proprio consenso al patteggiamento si ricavano dai requisiti soggettivi ed oggettivi della disposizione generale della norma di cui all'art. 444 cod. proc. pen. Orbene, dal momento che egli si presenta come un organo pubblico, è tenuto ad esplicitare le motivazioni della propria decisione rispetto al patteggiamento, in quanto da ciò conseguono rilevanti effetti di carattere sostanziale e processuale, in primo luogo quelli afferenti al mutamento del rito. Ed invero, la giustificazione della soluzione prescelta consente, mediante quella che è stata definita una 'progressione logica'⁶⁸⁷, la successiva verifica giurisdizionale al fine di impedire che il dissenso rispetto alla proposta di accordo avanzata dall'imputato si riveli alla stregua di una decisione arbitraria del pubblico ministero⁶⁸⁸. Il che consente di trarre la conclusione secondo cui la negoziabilità del patteggiamento si perde nella decisione del giudice che consente di prescindere dall'accordo con il pubblico ministero ed assolve perciò allo scopo di assicurare il controllo sulla ragionevolezza del diniego in funzione di tutelare, per un verso, il legittimo interesse dell'imputato a beneficiare dei vantaggi offerti da un rito più agile, rinunciando a determinate e transigibili garanzie processuali e, per altro verso, l'esigenza pubblicistica di una verifica che non sfoci in una scelta ingiustificatamente negativa⁶⁸⁹. In buona sostanza, i canoni fondamentali dell'ordinamento impongono di far prevalere la possibilità di accesso dell'imputato alla

prospettata dalle parti sia palesemente erronea ovvero ai casi in cui la contestazione originaria sia anch'essa manifestamente erronea. In definitiva la ricorribilità della sentenza di patteggiamento per l'erronea qualificazione del fatto deve essere limitata ai casi di errore manifesto, ossia ai casi in cui sussiste realmente l'eventualità che l'accordo sulla pena si trasformi in accordo sui reati e deve essere esclusa tutte le volte in cui la diversa qualificazione presenti margini di opinabilità». Nella stessa logica, cfr. anche Cass., 23 ottobre 2007, n. 44278, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

⁶⁸⁷ Corte Cost., 29 aprile 1990, n. 183, in *Giur. cost.*, 1990, II, 1073, con nota di B. LAVARINI, *Corte costituzionale e giudizio abbreviato*, ivi, 1084 ss.

⁶⁸⁸ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 77 ss. (e, soprattutto, 79 s.), la quale evidenzia che «per la rivalutazione ad opera del giudice, comunque, è previamente necessario che l'imputato abbia espressamente formulato una richiesta in tal senso» (in questi termini, a p. 80).

⁶⁸⁹ In proposito P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 808 ss., sottolinea che «da risposta dell'ordinamento sembra essere l'unica accettabile in un sistema che nega l'azione penale discrezionale e nel quale non si vuole un controllo politico sulle scelte spettanti al pubblico ministero. Unico sindacato è quello tecnico operato dal giudice».

«c.d. giustizia consensuale»⁶⁹⁰, qualora ciò non appaia irragionevole, sull'eventuale dissenso manifestato dal pubblico ministero⁶⁹¹.

Ad orientarsi in quest'ordine di idee, peraltro, il richiamo al concetto di negozio giuridico processuale in relazione all'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti indurrebbe ad evidenziare la sussistenza di alcuni profili di analogia tra la sentenza così configurata – con un accostamento di categorie contrattuali in qualche misura implicito nella natura dell'accordo di cui all'art. 444 cod. proc. pen. – e la c.d. pronuncia di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., ottenendo l'imputato, al ricorrere dei presupposti necessari, una sentenza che produca gli effetti dell'accordo non concluso.

A ben vedere, come è stato autorevolmente sottolineato⁶⁹², «in base all'art. 24 comma 2 Cost. l'imputato ha ottenuto in passato il riconoscimento del diritto di difendersi 'provando'. Oggi l'esigenza di una durata ragionevole del processo (art. 111 comma 2 Cost.) porta ad uno sviluppo nuovo. Varie norme del codice riconoscono all'imputato il diritto di difendersi 'negoziando'. L'accordo sulla quantità della pena, con i conseguenti incentivi di carattere sostanziale, costituisce un diritto che deve essere riconosciuto all'imputato sia dal pubblico ministero sia dal giudice»⁶⁹³.

Dopo aver chiarito questi aspetti, siamo però giunti, a questo punto, ad accennare ad un profilo che merita uno specifico approfondimento, in quanto la tematica della rinuncia dell'imputato a determinate garanzie processuali a fronte della concessione di specifici benefici premiali e l'eventuale carattere di negoziabilità dell'atto in questione – a seconda che gli effetti tendenzialmente si producano in seguito ad una manifestazione consensuale di favore da parte del pubblico ministero – lambisce allo stesso modo anche il rito speciale del giudizio abbreviato di cui agli artt. 438 ss. cod. proc. pen. In particolare, occorre chiedersi, alla luce dell'intervenuto mutamento di disciplina, per quale ragione non sia più necessario il consenso della parte pubblica e ne sia stata in questo modo modificata la natura, così da far venir meno il carattere negoziale che in precedenza connotava il rito in esame.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

Al riguardo, è opportuno anzitutto premettere che, secondo il diritto vigente, il giudizio abbreviato definisce un procedimento speciale sulla base del quale il giudice, dietro richiesta dell'imputato, può emettere «già al momento dell'udienza preliminare quella decisione di merito (condanna o proscioglimento) che di regola è emanata al termine del dibattimento»⁶⁹⁴, motivando il provvedimento sul fondamento degli atti

⁶⁹⁰ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 809.

⁶⁹¹ Sul punto, sembra utile ricordare le conclusioni tratte da P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 808 ss., il quale ha posto in evidenza, in una prospettiva sistematica, che «da natura del patteggiamento pare essere plurimodulare» (in questi termini, a p. 810), in quanto «l'istituto opera in presenza di un accordo tra pubblico ministero e imputato, ma è efficace anche se il giudice rigetta ingiustamente l'accordo; e ancora, se il pubblico ministero si oppone irragionevolmente alla richiesta avanzata dall'imputato» (così, a p. 810). Da quest'ultimo punto di vista, «il tratto comune resta quello della semplificazione del procedimento penale» (in questi termini, a p. 810).

⁶⁹² P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 808 ss.

⁶⁹³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 809. Al riguardo, cfr. M. PISANI, *'Italian style': figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, 91 ss.

⁶⁹⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 778 s.

contenuti nel fascicolo delle indagini, che risultano infatti utilizzabili⁶⁹⁵. Specificamente, il rito risulta strutturato alla stregua di una «modalità semplificata di svolgimento del dibattimento»⁶⁹⁶ nell'ambito dell'udienza preliminare. In questa logica, allo stato attuale il solo presupposto per l'instaurarsi del rito abbreviato è rappresentato dalla richiesta in tal senso da parte dell'imputato. Egli ha la facoltà di formulare una richiesta non condizionata ovvero di condizionarla alla assunzione di determinate prove. Inoltre, la norma di cui all'art. 441, comma 5, cod. proc. pen. prevede che al giudice sia consentita l'integrazione probatoria d'ufficio qualora ciò appaia necessario ai fini della decisione e ritenga di non poter decidere allo stato degli atti⁶⁹⁷.

Viceversa, nella sua configurazione originaria, l'istituto si presentava come un giudizio alternativo al dibattimento, ossia effettuato interamente allo stato degli atti, ed era previsto come necessario il consenso del pubblico ministero⁶⁹⁸. Per di più, inizialmente la norma non stabiliva che un eventuale dissenso da parte di quest'ultimo dovesse essere motivato né lo stesso risultava soggetto ad alcuna forma di controllo, sicché il consenso appariva come accordato in modo totalmente discrezionale. In seguito la disciplina in questione è andata incontro ad una censura in termini di coerenza e ragionevolezza da parte della Corte costituzionale⁶⁹⁹ proprio in relazione all'aspetto in esame, per poi trovare l'attuale sistemazione in seguito alla novella apportata dalla c.d. 'legge Carotti', ossia la l. 16 dicembre 1999, n. 479.

Le considerazioni sinora svolte consentono, a questo punto, di riconoscere come, in relazione alla disciplina definita dal previgente art. 439 cod. proc. pen., l'accordo tra l'imputato ed il pubblico ministero si configurasse indubbiamente alla stregua di un negozio giuridico processuale secondo i canoni già visti riguardo al patteggiamento, ossia la rinuncia a determinate garanzie procedurali a fronte dell'ottenimento di un trattamento sanzionatorio più favorevole in caso di condanna. In quest'ordine di idee, il giudice delle leggi⁷⁰⁰ ha però chiarito come, se per un verso rientra nell'ambito delle prerogative del pubblico ministero quella di opporsi all'opzione per un determinato rito speciale, per altro verso non apparirebbe compatibile con il sistema il fatto che egli possa privare arbitrariamente e senza obbligo di motivazione al riguardo l'imputato della opportunità di conseguire un consistente sconto di pena nell'ipotesi in cui venga condannato⁷⁰¹. Il che ha condotto alla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma risultante dal combinato disposto degli artt. 438, 439, 440 e 442 cod. proc. pen. nella parte in cui non stabiliva che la parte pubblica fosse tenuta ad esplicitare le ragioni della propria scelta nell'ipotesi in cui dissentisse dalla richiesta di giudizio abbreviato avanzata dall'imputato, oltre che nella parte in cui non prevede che il giudice, nel caso in cui al termine del dibattimento ritenga ingiustificato il dissenso espresso dal pubblico ministero, possa irrogare all'imputato la pena ridotta del *quantum* di cui all'art.

⁶⁹⁵ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 778 ss.

⁶⁹⁶ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 780.

⁶⁹⁷ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 778 ss.

⁶⁹⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 778 ss.

⁶⁹⁹ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 81, in *Foro it.*, 1991, I, 2322 ss., con nota di C. DE CHIARA, *ivi*, 2322 ss.

⁷⁰⁰ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 81, cit., 2322 ss.

⁷⁰¹ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 81, cit., 2322 ss.

442, comma 2, cod. proc. pen. Da quest'ultimo punto di vista, la Corte costituzionale ha sottolineato che «in un sistema, come quello del nuovo codice, imperniato sul principio di “partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento” ... , non dovrebbe essere consentito che i rapporti fra pubblico ministero ed imputato si sbilancino al punto che il primo, con un semplice atto di volontà immotivato e, perciò, incontrollabile, si trovi in grado di privare il secondo di un rilevante vantaggio sostanziale»⁷⁰².

Orbene, queste osservazioni consentono di cogliere i rilevanti punti di contatto che sussistevano tra l'istituto in questione e quello dell'applicazione della pena su richiesta delle parti di cui all'art. 444 cod. proc. pen., entrambi strutturati sulla base dell'accordo tra le parti, ma, nella configurazione risultante dall'intervento del Giudice delle leggi del rito abbreviato previgente, con la parte pubblica comunque vincolata dalla possibilità di un controllo susseguente alla razionalità ed imparzialità delle proprie scelte.

Il che consente di evidenziare la fondamentale differenza rispetto all'attuale configurazione del procedimento abbreviato di cui agli artt. 438 ss. cod. proc. pen., dal momento che esso si configura, secondo quanto posto in evidenza da una pronuncia della Corte di Cassazione⁷⁰³, alla stregua di «un giudizio essenzialmente ‘a prova contratta’ alla cui base vi è una disponibilità a connotazione abdicativa della parte privata che giustifica una riduzione di un *quantum* di pena predefinito dalla legge e sganciato nella quantificazione dai parametri dell'art. 133 cod. pen. e, dunque, in definitiva segnato dalla ‘rinuncia’ del sistema a irrogare una sanzione adeguata al fatto e al reo»⁷⁰⁴.

A ben vedere, l'istituto in questione ha perso così la natura di negozio giuridico processuale che all'origine lo permeava secondo la configurazione impressa dal legislatore, per mutare la richiesta negoziale da parte dell'imputato in un diritto alla scelta del rito e ad ottenere i benefici che ne scaturiscono⁷⁰⁵. Ed invero, una volta espunta la previsione dell'«efficacia preclusiva del presupposto consensuale del rito e la sua ineludibile connotazione di giudizio allo stato degli atti»⁷⁰⁶, la relazione di corrispettività tra l'aspetto di premialità sanzionatoria proprio del rito abbreviato e la funzione di deflazione del processo si presenta come ineluttabilmente interrotta, in quanto si afferma adesso l'idea di un diritto dell'imputato ad ottenere il trattamento sanzionatorio più favorevole connesso al rito in questione a prescindere da una speculare ed effettiva semplificazione del procedimento⁷⁰⁷. In buona sostanza, come è stato posto in evidenza dalla Corte di legittimità⁷⁰⁸, già anteriormente all'intervento normativo che ha riconfigurato l'istituto, in seguito agli apporti della giurisprudenza costituzionale, il carattere di negoziabilità della scelta del rito risultava quindi superabile nel caso in cui il dissenso del pubblico ministero non apparisse giustificato all'esito di una valutazione prognostica *ex ante*, analogamente a quanto si riscontra attualmente in relazione al

⁷⁰² Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 81, cit., 2326 s.

⁷⁰³ Cass., 4 maggio 2006, n. 33519, in *Cass. pen.*, 2007, 519 ss., con nota di G. SANTALUCIA, *ivi*, 545 ss.

⁷⁰⁴ Cass., 4 maggio 2006, n. n. 33519, cit., 534.

⁷⁰⁵ L. GRILLI, *I procedimenti speciali. I riti alternativi nel giudizio penale*, Padova, 2011, 3 ss. (e, soprattutto, 8 s.).

⁷⁰⁶ Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, in *Giust. pen.*, 2005, III, 498 s.

⁷⁰⁷ Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, cit., 496 ss.

⁷⁰⁸ Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, cit., 496 ss.

patteggiamento, «secondo un principio generale di sindacabilità del provvedimento preclusivo di un rito alternativo di tipo negoziale»⁷⁰⁹. Ed invero, appariva in quel contesto normativo ben possibile concedere il beneficio premiale altresì al termine del giudizio ordinario, divenuto necessario a causa di un eventuale dissenso del pubblico ministero ovvero per via dalla decisione sfavorevole del giudice dell'udienza preliminare in ordine alla possibilità di definire il giudizio allo stato degli atti⁷¹⁰.

Emerge, a questo punto, la ragione giustificatrice della riforma normativa in materia di giudizio abbreviato che ha dato seguito all'opzione interpretativa avallata dalla giurisprudenza costituzionale in questione. In particolare, può considerarsi che, mentre l'applicazione della pena su richiesta delle parti presuppone un accordo sulla pena da applicarsi in concreto, il quale afferisce quindi al merito, ma si riverbera sul rito, il giudizio abbreviato ha la natura di un beneficio e concerne invece solamente il rito⁷¹¹.

In questa prospettiva, se si osserva come la possibilità per l'imputato di ottenere un consistente sconto di pena nell'ipotesi in cui venga condannato, mediante l'accesso al rito speciale del giudizio abbreviato, si configuri sulla scia della giurisprudenza costituzionale alla stregua di un vero e proprio diritto al rito ed ai benefici connessi, non può non riconoscersi il fatto che nell'ambito di una simile configurazione dogmatica e, oggi, normativa, non residua spazio per una gestione negoziale dell'accesso al rito, nemmeno se si garantisce la possibilità di un controllo giudiziale di ragionevolezza sulle scelte del pubblico ministero. In altri termini, essendo l'opzione in ordine al giudizio abbreviato interamente vincolata alla strategia processuale dell'imputato – ferma restando, nell'ipotesi di abbreviato c.d. condizionato, la necessità e la compatibilità con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, ai sensi dell'art. 438 cod. proc. pen., dell'integrazione probatoria richiesta – verrebbe qui a mancare lo stesso oggetto dell'accordo tra la parte pubblica e la parte privata.

3.3. *La convenzione nell'esecuzione della pena.*

Analogamente a quanto si riscontra in relazione all'applicazione della pena su richiesta delle parti di cui all'art. 444 cod. proc. pen., la sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti – di recente introdotto negli artt. 168-*bis* e ss. cod. pen. e 464-*bis* e ss. cod. proc. pen. – sembra presentare all'apparenza profili di attrito con il principio costituzionale *nulla poena sine iudicio*, che sintetizza le norme di cui agli artt. 13, 27 e 111 della Carta fondamentale⁷¹².

Ebbene, sarà opportuno, al riguardo, prendere le mosse dai caratteri essenziali dell'istituto di nuovo conio, per poi estendere le conclusioni già raggiunte in ordine alla corrispondenza del rito speciale in questione al valore costituzionalmente riconosciuto

⁷⁰⁹ Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, cit., 499.

⁷¹⁰ Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, cit., 496 ss.

⁷¹¹ G. LATTANZI, *L'applicazione della pena*, cit., 113 ss., il quale richiama il contenuto della *Relazione al Progetto preliminare*, laddove, come già in precedenza si è ricordato, si evidenzia come, a differenza del procedimento speciale di cui all'art. 444 cod. proc. pen., il giudizio abbreviato riguardi esclusivamente il rito.

⁷¹² Al riguardo, si veda P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

della ragionevole durata del processo. In altri termini, si avrà modo di riconoscere come la base consensuale della fattispecie, lungi dal costituire una negoziazione su diritti indisponibili quale la libertà personale, si articola in una rinuncia a determinate garanzie processuali, con una potenziale rapida definizione del processo, a fronte di una premialità sulla sanzione. Il che non può che indurre a postulare, in via esegetica, un riscontro implicito circa la sussistenza della responsabilità dell'imputato⁷¹³.

Addentrandonci su questa via, sembra dunque utile immediatamente delineare le caratteristiche principali della sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti, a partire dai riferimenti normativi, per individuare gli effetti della fattispecie e la struttura consensuale che permette la produzione di quello specifico risultato.

Al riguardo, occorre dunque rilevare che l'istituto è stato introdotto con la l. 28 aprile 2014, n. 67, al fine di perseguire, in relazione a reati di minore gravità, esigenze di deflazione del carico giudiziario e di un anticipato reinserimento dell'imputato nella società⁷¹⁴.

In particolare, la disposizione di cui all'art. 168-*bis* cod. pen., dopo aver delimitato l'ambito di applicabilità della fattispecie con riferimento a determinati limiti edittali ed a specifici reati⁷¹⁵, prevede che «la messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato»⁷¹⁶. La scelta di accedere a questa possibilità «comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale»⁷¹⁷, allo scopo di svolgere un programma di recupero, eventualmente con l'osservanza di apposite prescrizioni. Nella prospettiva della premialità dell'istituto, «la concessione della messa alla prova è inoltre subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità»⁷¹⁸.

La messa alla prova implica, dunque, una serie di obblighi di *facere* a carico dell'imputato, diretti, in primo luogo, a riparare alle conseguenze del reato per cui si procede; in secondo luogo, a recuperare l'imputato dal punto di vista sociale; ed, infine, ad irrogare al soggetto in questione una sanzione penale⁷¹⁹.

In caso di esito positivo della prova, la fattispecie integra, sul piano sostanziale, una causa di estinzione del reato per cui si procede, secondo quanto dispone l'art. 168-*ter* cod. pen., pur permanendo le sanzioni amministrative accessorie⁷²⁰.

È utile constatare, inoltre, che in un'ottica processuale la fattispecie si configura alla stregua di un procedimento speciale⁷²¹ e, secondo quanto prevede la disciplina di cui

⁷¹³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 831.

⁷¹⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷¹⁵ Al riguardo, cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss., il quale ricorda che «l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova in tre casi (art. 168 *bis*, comma 1, cod. pen.): per i reati puniti con la sola pena pecuniaria; per i reati puniti con pena detentiva fino a quattro anni nel massimo, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria; per i reati per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio nel rito monocratico».

⁷¹⁶ Art. 186 *bis* cod. pen.

⁷¹⁷ Art. 186 *bis* cod. pen.

⁷¹⁸ Art. 186 *bis* cod. pen.

⁷¹⁹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷²⁰ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷²¹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

agli artt. 464-*bis* e ss., la relativa richiesta può essere formulata dall'imputato, con una manifestazione di volontà «espressa personalmente o per mezzo di procuratore speciale»⁷²². Il codice di rito prescrive poi che all'istanza in questione sia «allegato un programma di trattamento»⁷²³ e che di regola il giudice decida sulla concessione, determinando eventualmente gli obblighi e le prescrizioni, dopo aver acquisito tutte le informazioni necessarie a tal fine. In particolare, egli è tenuto a valutare l'idoneità del trattamento, in relazione ad una prognosi favorevole circa l'astensione dal commettere ulteriori reati, sulla base dei parametri di cui all'art. 133 del codice penale⁷²⁴.

Quando la richiesta viene presentata durante lo svolgimento delle indagini preliminari, per la concessione della messa alla prova è necessario il consenso del pubblico ministero, che «deve risultare da atto scritto e sinteticamente motivato, unitamente alla formulazione dell'imputazione»⁷²⁵.

Infine, è importante rilevare che «il giudice, se ritiene opportuno verificare la volontarietà della richiesta, dispone la comparizione dell'imputato»⁷²⁶. A ben vedere, si tratta di una previsione che si spiega per «la delicatezza dell'istituto e gli effetti che esso è destinato a sortire sulla sfera personale dell'imputato»⁷²⁷, dal momento che, similmente a quanto il codice stabilisce in relazione alla fattispecie dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, occorre una valida e consapevole determinazione proveniente dallo stesso imputato⁷²⁸.

In questo quadro normativo, giova, specificamente, porre in evidenza come l'istituto della messa alla prova relativo agli adulti si differenzi dall'omologa figura, già da tempo presente nella regolamentazione del procedimento a carico di imputati minorenni, essenzialmente per la necessaria prestazione di lavoro di pubblica utilità. Ebbene, questo genere di attività nel nostro ordinamento si configura alla stregua di una pena a tutti gli effetti⁷²⁹. Ed è questa la ragione per cui la fattispecie in questione si qualifica come un rito speciale incentrato sulla manifestazione di volontà dell'imputato, dalla quale non si può prescindere per applicare anticipatamente un trattamento di carattere sanzionatorio⁷³⁰. Pertanto, ne è stata autorevolmente sottolineata⁷³¹ l'analogia rispetto al meccanismo dell'applicazione della pena su richiesta delle parti di cui all'art. 444 cod. proc. pen., in quanto entrambi gli istituti conducono all'applicazione di una pena a prescindere, almeno apparentemente, da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'imputato⁷³².

Nel procedere con la ricognizione dei caratteri fondamentali dell'istituto, sembra opportuno, inoltre, considerare come sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova decida il giudice, il quale valuta circa l'opportunità di subordinare la

⁷²² Art. 464 *bis* cod. proc. pen.

⁷²³ Art. 464 *bis* cod. proc. pen.

⁷²⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷²⁵ Art. 464 *ter* cod. proc. pen.

⁷²⁶ Art. 464 *quater* cod. proc. pen.

⁷²⁷ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 827.

⁷²⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷²⁹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷³⁰ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷³¹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷³² P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

concessione della sospensione ad altri obblighi ed ulteriori prescrizioni. Egli, specificamente, provvede con ordinanza, dopo aver sentito le parti e la persona offesa, qualora non sussistano i presupposti per pronunciare immediatamente una sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 del codice di procedura penale⁷³³.

Una volta delineati questi aspetti, è possibile a questo punto entrare nel vivo della problematica progressivamente tratteggiata, con l'analisi del profilo strutturale della fattispecie in questione, in relazione alle criticità che la stessa sembra sollevare rispetto ai canoni costituzionali, per giungere ad ipotizzare una composizione degli interessi sulla base della natura negoziale del rito.

In proposito, occorre dunque considerare, in primo luogo, come, secondo quanto si è già in precedenza evidenziato, nei riti caratterizzati dall'omissione della fase dibattimentale, l'elemento di carattere premiale appaia strettamente connesso con l'adesione dell'imputato al processo, anche in forza dell'idoneità della sua collaborazione a condurre ad una più rapida definizione del procedimento⁷³⁴. Del resto, poiché si è escluso che gli istituti in questione si configurino come transazioni su diritti indisponibili secondo il modello civilistico⁷³⁵, non si può non riconoscere come anche il fondamento della sospensione del procedimento con messa alla prova vada ricercato essenzialmente in relazione all'effetto acceleratorio del processo.

In questa prospettiva, la fisionomia del procedimento speciale in questione sembra dunque improntata al favore del sistema verso l'esigenza di assicurare una ragionevole durata del processo, in ossequio al disposto dell'art. 111 Cost., pur con i conseguenti problematici risvolti di carattere sostanziale, in quanto l'imputato si vedrà applicare anticipatamente una sanzione meno afflittiva, consistente nel lavoro di pubblica utilità, così convertita per via della sua collaborazione in ordine ad una più rapida definizione del processo che lo riguarda⁷³⁶. L'adesione dell'imputato tra l'altro garantirebbe – nelle intenzioni del legislatore – una maggiore efficacia delle istanze di risocializzazione perseguite dall'ordinamento⁷³⁷.

Ed invero, la messa alla prova dell'imputato comporta un risparmio in termini di attività processuale, dal momento che il processo resta sospeso per un tempo non superiore a due anni ed è suscettibile di concludersi con la dichiarazione di estinzione del reato in caso di esito positivo della prova. Per altro verso, per quanto concerne i reati puniti con pena detentiva, l'imputato conseguirebbe il beneficio di ottenere una sanzione meno afflittiva, sebbene a fronte dell'incertezza circa l'eventuale conclusione con una condanna del procedimento che si fosse sviluppato nelle forme ordinarie.

⁷³³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷³⁴ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 32 s.

⁷³⁵ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 32 ss.

⁷³⁶ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 32 ss.

⁷³⁷ Al riguardo, cfr. A. PAGLIARO, *Aspetti giuridici della prevenzione*, cit., 5 ss.; F. STELLA, *Il problema della prevenzione nella criminalità*, cit., 22 ss.; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 248 ss. (e, soprattutto, 251 ss.). In senso contrario, si veda G. FIANDACA, *Pena 'patteggiata'*, cit., 2385 ss. Su posizioni analoghe si attesta, condivisibilmente, A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 36 s., per la quale, come si è visto, le superiori esigenze di efficienza del sistema si presentano come logicamente indipendenti rispetto alla prospettiva della funzione della pena. In proposito, occorre menzionare altresì F. BRICOLA, *Riforma del processo penale*, cit., 313 ss., il quale sottolinea che «nessun significato assume la scelta del rito differenziale o la acquiescenza nel procedimento per decreto come forma di adattamento sociale dell'imputato».

Ed è in questo quadro, quindi, che – nel ricercare una giustificazione rispetto all’opzione legislativa di anticipare la sanzione penale, nella misura in cui subordina la concessione della messa alla prova all’applicazione del lavoro di pubblica utilità – un’autorevole dottrina⁷³⁸ ha proposto di evidenziare i profili di analogia tra l’istituto in questione e quello dell’applicazione della pena su richiesta delle parti di cui all’art. 444 del codice di rito⁷³⁹. Da quest’ultimo punto di vista, troverebbe un particolare riscontro la circostanza che la fattispecie è stata concepita dal legislatore alla stregua di un procedimento speciale incentrato sulla volontà dell’imputato.

In particolare, è stato sottolineato che, per la peculiare configurazione dell’istituto, «si presentano profili di criticità affini a quelli già evidenziati in relazione al patteggiamento con riferimento al principio *nulla poena sine iudicio*»⁷⁴⁰. Si avrebbe, infatti, una irrogazione della pena che prescinderebbe da un positivo accertamento circa la responsabilità penale dell’imputato, pur se allo stato degli atti, in quanto la disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova prevede soltanto che l’organo giudicante consideri in negativo la mancanza dei presupposti che possano condurre ad una declaratoria in termini di proscioglimento immediato⁷⁴¹. In questo quadro, è stato dunque suggerito, analogamente alla ricostruzione effettuata relativamente all’applicazione della pena su richiesta delle parti, di «prospettare in via esegetica una valutazione, sia pure implicita, circa gli elementi a carico dell’imputato ricavabili dal fascicolo delle indagini e dagli atti dell’udienza preliminare»⁷⁴². Ed invero, sarebbe questa la via per smorzare «i profili di frizione dell’istituto con i canoni costituzionali della funzione accertativa del processo penale (art. 111, comma 4, Cost.) e della presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.)»⁷⁴³.

Pur condividendosi nella sostanza queste ultime riflessioni, occorre tuttavia aggiungere che anche in questo caso la questione deve essere trasposta su un piano differente, in quanto non può rinvenirsi il fondamento sistematico del rito premiale in questione nell’ambito del diritto sostanziale, ma è necessario ricercarlo in una prospettiva processuale, che prescinde dalla problematica dello scopo della sanzione penale. In quest’ordine di idee, il problema di un rito che consente l’irrogazione anticipata della pena può considerarsi compatibile con i principi dell’ordinamento sulla base del consenso dell’imputato ed in funzione di una maggiore efficienza del processo, conseguita in termini di una ragionevole durata dello stesso. In altri termini, ad una diminuzione volontaria delle garanzie procedurali fa da contraltare la realizzazione di un processo più funzionale⁷⁴⁴.

Siamo però giunti, a questo punto, a lambire il profilo che qui si intende analizzare, in quanto occorre chiedersi se la sospensione del procedimento con messa alla prova di cui all’art. 464-*bis* cod. proc. pen. si presenti come una fattispecie di negoziazione relativa al processo penale, negli spazi più limitati in cui è consentito alle

⁷³⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷³⁹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss. (e, soprattutto, 831).

⁷⁴⁰ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 831.

⁷⁴¹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷⁴² P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 831.

⁷⁴³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 831.

⁷⁴⁴ A.M. SIAGURA, *La negoziabilità*, cit., 37.

parti di questo genere di procedimento disporre del rito. In buona sostanza, è necessario stabilire – alla luce dell'importanza del profilo volontaristico in ordine alla scelta di un modello processuale più efficiente e meno garantito – se si sia in presenza di una convenzione nell'esecuzione della pena, sulla scia della proposta assimilazione⁷⁴⁵ con l'opzione ricostruttiva concernente l'applicazione della pena su richiesta delle parti di cui all'art. 444 cod. proc. pen.

Ebbene, per individuare una base consensuale del rito non si può prescindere dalla ricostruzione del profilo strutturale della fattispecie. In questa logica, potrebbe suggerirsi di riconoscere la bilateralità dell'accordo sulla regola processuale. Specificamente, occorrerebbe ammettere a tal fine che il giudice assuma il ruolo dell'altra parte del negozio concluso con l'imputato.

Da quest'ultimo punto di vista, sarebbe necessario valorizzare la circostanza che sotto questo aspetto il rito in esame si differenzia dal patteggiamento, dal momento che in relazione a quest'ultimo di regola il giudice può soltanto valutare la congruità dell'accordo intervenuto tra il pubblico ministero e l'imputato, ma non gli è consentito modulare diversamente i termini del negozio. Viceversa, per quanto concerne la concessione della sospensione del procedimento con messa alla prova, non sembra incongruo osservare come il giudice possa ritenere necessario subordinare la stessa ad ulteriori obblighi e prescrizioni, incidendo effettivamente sui contenuti della manifestazione di volontà avente ad oggetto il rito speciale in esame. Ed è in questa prospettiva che – in considerazione della delicatezza degli effetti che l'adesione al procedimento speciale in questione è idonea a produrre sulla sfera personale dell'imputato, così come concretamente configurato – emerge l'importanza della possibilità di disporre la comparizione personale dell'imputato, allo scopo di verificare la volontarietà della richiesta. Si tratterebbe, in buona sostanza, di configurare una convergenza tra l'opzione elaborata dall'organo pubblico ed il volere dell'imputato di aderire a quella concreta modalità procedimentale, che comprende una sanzione meno afflittiva in termini di lavoro di pubblica utilità.

A ben vedere, si tratta di un'ipotesi ricostruttiva non priva di criticità, soprattutto in ordine al ruolo del giudice quale organo terzo ed imparziale rispetto alla sua possibilità di integrare una parte di una convenzione processuale. Nondimeno, non sembra che la valutazione rimessa al giudice con riguardo alle specifiche modalità cui condizionare la concessione della messa alla prova, da effettuarsi sulla base dei parametri di cui all'art. 133 cod. pen., trascenda i limiti del ruolo di detto organo. Inoltre, se si paragona allo schema consensuale che vedrebbe come parti dell'accordo il giudice e l'imputato quello proprio dell'altro negozio giuridico processuale che funge da paragone, incentrato sulla convenzione tra imputato e pubblico ministero, emerge chiaramente il fatto che anche quest'ultimo rappresenta una 'parte' dotata di peculiari caratteristiche di imparzialità ed indipendenza, che in questa prospettiva non la rendono molto diversa dal giudice. Ed invero, la legge dell'ordinamento giudiziario prevede che il pubblico ministero «veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci»⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 824 ss.

⁷⁴⁶ Art. 73 ord. giud.

3.4. *Rinuncia all'amnistia, alla prescrizione.*

Anche le fattispecie della rinuncia all'amnistia e della rinuncia alla prescrizione vengono normalmente qualificate come negozi giuridici processuali da parte della dottrina e della giurisprudenza prevalente.

Orbene, per valutare la fondatezza di questo inquadramento, sarà necessario prendere le mosse dai caratteri principali dei due istituti. Ed invero, ciò consentirà di considerare, ancora una volta, come l'atto di esercizio della propria sfera di autonomia da parte dell'imputato non possa in nessun caso avere ad oggetto la propria libertà personale – di per sé indisponibile –, ma piuttosto lo stesso processo, qualunque ne sia l'esito finale. Il che indurrà a riconoscere come processuali gli atti in questione a prescindere dalla soluzione che si voglia adottare rispetto al problema della natura – sostanziale o processuale – degli istituti che consentono questa scelta, ossia l'amnistia propria e la prescrizione del reato.

Dopo aver prefigurato le tappe essenziali dell'analisi che ci accingiamo a svolgere, è opportuno, quindi, accennare preliminarmente alle figure c.d. di estinzione del reato di cui si tratta, al fine di delineare la sfera di operatività delle fattispecie di rinuncia in questione.

In particolare, sembra utile osservare innanzitutto, per quanto concerne l'amnistia, come la stessa, regolamentata dall'art. 151 cod. pen., rappresenti «un provvedimento di clemenza generale astratto con cui lo Stato rinuncia all'applicazione della pena per determinati reati»⁷⁴⁷, limitatamente ai fatti commessi prima della sua concessione⁷⁴⁸. Pur distinguendosi essenzialmente⁷⁴⁹ due tipologie di amnistia, ai nostri fini rileva soltanto l'amnistia c.d. 'propria', ossia quella che interviene anteriormente alla pronuncia di una sentenza definitiva di condanna. In questo caso, la fattispecie determina l'estinzione di tutte le conseguenze penali inerenti al reato. Pertanto, «l'effetto estintivo del provvedimento di clemenza è totale e viene ad impedire l'instaurazione o la prosecuzione del processo»⁷⁴⁹. Ed invero, come si vedrà, soltanto l'amnistia propria è suscettibile di rinuncia, operando in tal modo quest'ultima fattispecie in senso configurativo sullo svolgimento del processo, mediante la preclusione dell'estinzione del procedimento penale.

Al riguardo, è possibile altresì rilevare che – a fronte della terminologia codicistica – secondo l'impostazione ricostruttiva maggioritaria⁷⁵⁰ la fattispecie costituirebbe una causa di estinzione della punibilità in astratto, dal momento che il reato

⁷⁴⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Padova, 2013, 830.

⁷⁴⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 830 s.

⁷⁴⁹ P. POMANTI, voce *Amnistia e indulto (diritto processuale)*, in *Dig. disc. pen. - Sez. pen., agg.*, I, Torino, 2005, 4.

⁷⁵⁰ In questo senso, si veda, in dottrina, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 818 ss.; G. LA GRECA, voce *Amnistia*, in *Enc. dir.*, V, agg., Milano, 2001, 61 ss. (e, soprattutto, 67 ss.). Nell'ambito della giurisprudenza, si può menzionare Cass., 5 giugno 1990, in *Cass. pen.*, 1990, I, 2095 s., con nota di V. PACILEO, *La rilevanza della legge successiva più favorevole all'applicabilità dell'amnistia*, ivi, 2096 ss.

produce in ogni caso alcuni dei propri effetti giuridici⁷⁵¹. L'amnistia, comunque, viene ormai prevalentemente considerata come un istituto di natura sostanziale, dal momento che, se l'intervento della causa estintiva valesse a fermare l'azione penale, per un verso, precluderebbe l'immediata valutazione circa l'insussistenza del reato, ai sensi dell'art. 129, comma 2, cod. proc. pen. Per altro verso, rileva ulteriormente in senso contrario il fatto che la pronuncia di proscioglimento in questione integra una decisione di merito, come tale idonea a precludere un ulteriore giudizio⁷⁵².

Incamminandoci lungo il percorso tracciato, occorre a questo punto menzionare l'altro istituto che viene in considerazione ai nostri fini, ossia la prescrizione del reato.

In proposito, può subito rilevarsi che si tratta di una causa estintiva – anch'essa incidente sulla punibilità del reato⁷⁵³ – collegata al decorso di un certo periodo di tempo⁷⁵⁴, secondo quanto risulta dalla disciplina contenuta negli artt. 157 ss. cod. pen. La prescrizione del reato presuppone, inoltre, che non sia stata emessa una sentenza definitiva di condanna. Specificamente, «le ragioni dell'istituto, di lunga tradizione, vengono ravvisate: nell'attenuarsi dell'interesse dello Stato alla punizione dei reati il cui ricordo sociale si è affievolito per il trascorrere di un periodo di tempo nel quale non si sia arrivati all'accertamento della responsabilità ...; nell'esigenza garantista di non tenere sottoposto il soggetto alla 'spada di Damocle' della giustizia per un tempo indefinito od eccessivo con tutti gli effetti negativi sulla vita dello stesso; nonché anche nell'interesse di non gravare il sistema giudiziario del cumulo di processi non definiti»⁷⁵⁵.

Anche di questo istituto si predica da parte dell'orientamento maggioritario⁷⁵⁶ una natura sostanziale, dal momento che nemmeno la prescrizione sembra incidere sull'azione penale, non precludendo – qualora ciò risulti immediatamente evidente sulla base degli atti – una pronuncia assolutoria perché il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso oppure non è previsto dalla legge come reato. Peraltro, non si può non ricordare che questo assunto non è pacifico, e si riscontra un'impostazione minoritaria⁷⁵⁷ per la quale l'istituto avrebbe piuttosto carattere processuale. Da quest'ultimo punto di vista, l'ipotesi di una pronuncia ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. rappresenterebbe una fattispecie di rinuncia alla prescrizione operante per legge.

⁷⁵¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 818 ss.

⁷⁵² F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 818 ss., il quale ricorda che il codice del 1889 mirava ad affermare la natura processuale delle fattispecie di questo genere.

⁷⁵³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 818 ss.; S. PANAGIA, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen. - Sez. pen.*, IX, Torino, 1995, 659 ss.

⁷⁵⁴ S. PANAGIA, voce *Prescrizione*, cit., 659 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 822 ss. Al riguardo, è opportuno rilevare che, in seguito alle consistenti modifiche subite dall'istituto per effetto della l. 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. 'ex Cirielli', è stata eliminata la previgente 'discrezionalità' nella determinazione del tempo necessario a prescrivere, dal momento che si è stabilita di regola una «corrispondenza secca tra compasso estintivo e massimo edittale della pena», come sottolinea, in questi termini, G. CARUSO, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen. - Sez. pen., agg.*, II, Torino, 2008, 769.

⁷⁵⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 822 s.

⁷⁵⁶ S. PANAGIA, voce *Prescrizione*, cit., 659 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 818 ss.

⁷⁵⁷ In proposito, occorre menzionare A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 472 ss.

Le considerazioni sinora svolte consentono, quindi, di entrare nel vivo della problematica dell'inquadramento della rinuncia all'amnistia e della rinuncia alla prescrizione, rispetto alle quali la presenza di caratteristiche analoghe – consistenti essenzialmente nel fatto che entrambe si presentano come fattispecie abdicative rispetto agli effetti di cause di estinzione della punibilità – rende opportuna una trattazione congiunta⁷⁵⁸.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

Al riguardo, è opportuno immediatamente premettere che la facoltà di rinuncia da parte dell'imputato all'amnistia propria rappresenta il portato di una pronuncia additiva della Corte costituzionale⁷⁵⁹ che ha ritenuto la mancata previsione della stessa in contrasto con l'art. 24 Cost. In questa logica, il giudice delle leggi è pervenuto ad intendere una simile possibilità alla stregua di una legittima manifestazione del diritto di difesa in giudizio, dal momento che la rinuncia avrebbe l'effetto di assicurare all'imputato la possibilità, non soltanto di conseguire una qualunque pronuncia, ma altresì di riuscire ad ottenere una sentenza assolutoria di merito⁷⁶⁰. Di conseguenza, in seguito all'atto in questione, il processo proseguirà nel suo ordinario svolgimento.

Similmente, anche la rinuncia alla prescrizione del reato costituisce una possibilità considerata come ineludibile da parte della Corte costituzionale⁷⁶¹. Pertanto, in seguito ad un'ulteriore pronuncia di illegittimità costituzionale, attualmente può osservarsi come l'imputato abbia la facoltà di rinunciare a questa causa estintiva della punibilità, ma soltanto in relazione ad una prescrizione già maturata⁷⁶².

In questa prospettiva, se si considera come – secondo un costante insegnamento⁷⁶³ – entrambe le fattispecie di rinuncia consistano in atti unilaterali recettizi, irrevocabili⁷⁶⁴, e necessariamente provenienti dall'imputato personalmente⁷⁶⁵, in quanto si traducono in una precisa manifestazione di volontà⁷⁶⁶, dalla quale derivano gravosi effetti, non può che riconoscersene la natura di negozio giuridico processuale⁷⁶⁷.

A ben vedere, non sembra logico, infatti, far discendere dalla natura sostanziale di amnistia e prescrizione del reato – quali istituti corrispondenti a peculiari esigenze di

⁷⁵⁸ *Contra* S. PANAGIA, voce *Prescrizione*, cit., 659 ss. (ed, *amplius*, 667 s.).

⁷⁵⁹ Corte cost., 5 luglio 1971, n. 175, in <http://www.giurcost.org/>.

⁷⁶⁰ Al riguardo, cfr. P. POMANTI, voce *Amnistia*, cit., 1 ss. (e, soprattutto, 5).

⁷⁶¹ Corte cost., 31 maggio 1990, n. 275, in *Giust. pen.*, 1990, I, 239.

⁷⁶² S. PANAGIA, voce *Prescrizione*, cit., 659 ss. (ed, *amplius*, 667 s.), il quale rileva come il diritto fondamentale alla difesa non possa soccombere «a fronte di un interesse generale (non di rango costituzionale) al non perseguimento dei reati in ordine ai quali il decorso del tempo, normativamente fissato, ha fatto cessare l'allarme sociale» (testualmente, a p. 668).

⁷⁶³ Cass., 7 agosto 1980, n. 9475, in *Riv. pen.*, 1981, 78; Cass., 7 agosto 1980, in *Foro It.*, 1981, II, 365 ss. In dottrina, cfr. P. POMANTI, voce *Amnistia*, cit., 1 ss. (e, soprattutto, 5); S. PANAGIA, voce *Prescrizione*, cit., 659 ss. (ed, *amplius*, 667 s.).

⁷⁶⁴ Cass., 7 agosto 1980, cit., 365.

⁷⁶⁵ Cass., 17 ottobre 1980, cit., 78.

⁷⁶⁶ Cass., 17 dicembre 1969, in *Giust. pen.*, 1970, II, 753.

⁷⁶⁷ Cass., 08 ottobre 1995, n. 11215, in *Cass. pen.*, 1997, I, 397 s. *Contra* S. PANAGIA, voce *Prescrizione*, cit., 659 ss. (ed, *amplius*, 667 s.), il quale rinviene il «fondamento razionale dell'operatività della rinuncia» (così, a p. 668) negli interessi giuridici di carattere sostanziale essenzialmente rappresentate dal «potere (diritto) del soggetto a veder riconosciuta la propria innocenza nell'ambito di un giusto processo» (in questi termini, a p. 668).

politica legislativa – un’identica caratterizzazione della rinuncia – quale atto abdicativo voluto dall’imputato – in termini di «potere operante nell’ambito del diritto penale sostanziale»⁷⁶⁸. Infatti, oltre alla circostanza che gli effetti dell’atto si dispiegano immediatamente sul processo, nel senso di consentire il suo pieno svolgimento, sembra pregnante il rilievo che i principi cardine dell’ordinamento non consentono al soggetto in questione di disporre in via volontaria e diretta della propria sostanziale punibilità, e dunque, in ultima analisi, della propria libertà personale. Del resto, a ciò osterebbe indubitabilmente l’art. 27, comma 2, Cost.

Ebbene, una ricostruzione in termini di negozio processuale delle fattispecie di rinuncia in questione sembra altresì coerente con quanto sostenuto, in relazione all’amnistia, in alcune pronunce dalla Corte di legittimità⁷⁶⁹, laddove si pone in rilievo l’assunto che la titolarità del diritto di rinuncia compete in via del tutto peculiare all’imputato, e non anche all’indagato, dal momento che la rinuncia presuppone l’esistenza di un processo⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ S. PANAGIA, voce *Prescrizione*, cit., 668.

⁷⁶⁹ Cass., 4 febbraio 1992, in *Cass. pen.*, 1993, II, 1404; Cass., 23 settembre 1988, n. 11353, in *Riv. pen.*, 1989, 848; Cass., 12 dicembre 1991, in *Ius Explorer*, Milano, ult. agg.

⁷⁷⁰ Cass., 4 febbraio 1992, cit., 1404; Cass., 23 settembre 1988, cit., 848; Cass., 12 dicembre 1991, cit.

ABSTRACT

In accordo con un recente orientamento, non si può disconoscere la persistente vitalità della categoria di negozio giuridico processuale – enucleata in modo esplicito per la prima volta nella riflessione della Pandettistica – nell’ambito del diritto giurisprudenziale, nonostante abbia trovato per lungo tempo un riscontro sfavorevole – in termini di infertilità – da parte della prevalente dottrina.

All’esito delle ricerche condotte è infatti possibile considerare come il concetto di negozio giuridico processuale individui essenzialmente una categoria di atti funzionali a configurare una regola *lato sensu* processuale, con cui l’autonomia privata si realizza – pur in relazione ad una procedura essenzialmente pubblicistica e normativamente eterodeterminata – negli spazi consentiti dall’operare del principio dispositivo, oltre che dalla legge stessa rispetto alle figure tipizzate. In particolare, si è pervenuti a riconoscere – cogliendo le implicazioni del modello romanistico fondato sulla nozione di azione in senso sostanziale – come gli effetti caratteristici della tipologia negoziale in questione si traducano, da un lato, nell’incidenza sul processo dal punto di vista della tutela giurisdizionale dei diritti e, dall’altro lato, nella configurazione del rito. Nel ripercorrere le tappe essenziali di questa ricerca, occorrerà dunque ammetterne la configurabilità in quanto meritevole di tutela alla luce di una migliore realizzazione del giusto processo, imposto dall’art. 111 Cost., *sub specie* di una sua ragionevole durata.

Ebbene, è innanzitutto dall’esegesi preferibile del passo di Ulpiano 29 *ad ed.* D. 15.1.3.11, che emerge chiaramente il fatto che l’idea di negozio processuale affonda le proprie radici nella storia, trovando il suo modello essenzialmente nella duttilità della figura della *stipulatio* – fonte strutturalmente dialogica di *verborum obligatio* – quale strumento convenzionale di gestione del rapporto processuale. Apparirà quindi utile evidenziare come ciò si rispecchi in primo luogo nella *litis contestatio* propria del processo formulare del diritto romano classico. Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per valorizzare il fatto che il ricorso alla negozialità si accorda perfettamente con l’ispirazione del processo romano alla stregua di un *agere cum aliquo* piuttosto che in un *agere contra aliquem*, nella logica di una dimensione collaborativa nella gestione della lite.

Sulla base di queste riflessioni, diverrà dunque possibile proporre un inquadramento delle principali figure ascrivibili nell'ambito della categoria, ponendo in risalto il ruolo peculiare che l'aspetto volontaristico non può non rivestire nella ricostruzione del regime degli atti negoziali in questione – sebbene tale disciplina vada intesa pur sempre alla luce della considerazione processuale degli stessi – ed evidenziando la presenza di moduli negoziali finanche nell'ambito del processo penale.

In questa prospettiva, sembra dunque utile prendere le mosse da una ricognizione delle diverse tesi enucleate riguardo all'ammissibilità della categoria ed alla sua utilità dogmatica.

Costantemente l'impostazione contraria qui avversata afferma che «l'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 del diritto privato, l'esatta individuazione delle soluzioni proprie degli atti di carattere processuale»¹. Si tende così a liquidare il problema dei negozi giuridici processuali come una questione essenzialmente nominalistica².

Sul versante opposto si colloca, invece, quell'orientamento più recente³ – e maggiormente condivisibile – che fa leva innanzitutto sulla trasversale applicabilità nell'ambito dei vari rami dell'ordinamento della disciplina generale sui contratti secondo il criterio della compatibilità con i canoni fondamentali che li regolano. In particolare, alla possibilità di utilizzare la categoria generale di contratto rispetto agli atti processuali che si configurano essenzialmente in termini negoziali – pur senza predicare un'identità concettuale tra le due figure – indurrebbe, in ambito civilistico, l'operatività del principio dispositivo, quale espressione dell'autonomia privata nel processo. Ebbene, ciò consentirebbe di desumere anche la configurabilità di negozi processuali atipici, sulla base della norma di cui all'art. 1322 cod. civ.

In questo quadro si staglia quindi il ruolo imprescindibile di alcuni fondamentali principi. Essi, in particolare, valgono a definire la sfera di ammissibilità e di meritevolezza del fenomeno della negozialità processuale.

Su tutti emerge immediatamente – come anticipato – il principio dispositivo, che coesiste senza contraddizione con la natura pubblicistica della giurisdizione.

In questa prospettiva, non è irrilevante ricordare che, in primo luogo, il canone in questione – essenzialmente pertinente al ramo civilistico – fa riferimento al potere-onere di proporre la domanda e di allegare i fatti costitutivi, come si evince dagli artt. 99 cod. proc. civ. e soprattutto 2907 cod. civ. In secondo luogo, esso attiene al profilo organizzativo del processo ed in particolare alle iniziative istruttorie. Infatti, non potendosi arbitrariamente astrarre la tutela giurisdizionale dei diritti dalle modalità

¹ G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 79.

² Può così riassumersi, in ultima analisi, la ricostruzione proposta da V. DENTI, voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978,, 138 ss.

³ Occorre menzionare, al riguardo, R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Accordi di parte e processo*, a cura di F. Carpi, Milano, 2008, 99 ss., che si colloca in una prospettiva di riscoperta di autorevolissime e meno recenti intuizioni. In particolare, cfr. F. CARNELUTTI, *Clausola 'solve et repete'*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, 81 ss.

attraverso cui si consegue la definizione delle controversie⁴, il principio dispositivo ridonda altresì nella regola della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, di cui all'art. 112 cod. proc. civ. È chiaro quindi che questa disciplina rappresenta un corollario del canone fondamentale di cui all'art. 24 Cost., esplicitando la garanzia della possibilità di agire e difendersi in sede giurisdizionale per la tutela dei propri diritti e interessi.

Del resto, la partecipazione del giudice alla ricerca delle prove – lungi dall'assicurare una minore approssimazione rispetto all'obiettivo di accertare in via processuale la verità dei fatti – certamente rischia di compromettere l'imparzialità dell'organo giudicante e, di conseguenza, l'obiettività della valutazione. Il che costituisce invero un'acquisizione oramai consolidata, rispetto alla quale è orientato l'intero ordinamento. Ed è questa la regione per cui l'esplicazione della libertà negoziale nel processo non contrasta di per sé con un accertamento della verità processuale il più possibile conforme alla realtà fattuale.

Rappresenta poi un altro importantissimo pilastro delle ricerche qui condensate il principio del giusto processo regolato dalla legge, sancito dall'art. 111 Cost. e capace di sorreggere finanche gli schemi negoziali del processo penale.

In particolare, esso impone che attraverso atti normativi di rango primario sia predisposta una regolamentazione del processo che si presenti come 'giusta', nel rispetto delle garanzie imprescindibili di salvaguardia, quali il contraddittorio tra le parti, la ragionevole durata del processo e la terzietà dell'organo giudicante. Assume pertanto rilievo costituzionale l'obiettivo di assicurare un funzionamento tempestivo ed efficiente della giustizia attraverso un'utilizzazione proporzionata delle risorse statali.

Ebbene, gli aspetti così delineati consentono subito di proporre alcune riflessioni.

In questa logica, nel cercare di definire il perimetro di meritevolezza funzionale della negozialità nel processo, non può non riconoscersi come la valutazione positiva dell'ordinamento si riconnetta in questo contesto a specifiche ed imprescindibili esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, così che in tanto i negozi processuali appaiono ammissibili in quanto contribuiscano a far progredire in modo più spedito il processo, nel rispetto del contraddittorio e degli altri canoni ordinamentali. In altri termini, pur sul presupposto del carattere essenzialmente individuale, e non piuttosto pubblicistico, del profilo causale degli atti negoziali in esame, la meritevolezza degli stessi va valutata nella idoneità dello strumento ad assicurare che lo svolgimento del procedimento abbia una durata ragionevole.

Da quest'ultimo punto di vista, può sostenersi che è lo stesso canone del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. *sub specie* della sua ragionevole durata ad imporre la configurabilità di figure di negozi giuridici processuali quali strumenti capaci di imprimere un'accelerazione alla procedura. Pertanto, il sistema giurisdizionale così come è configurato non potrebbe non contemplarli per mantenere la coerenza dei propri principi.

Siamo però giunti a questo punto a lambire un profilo che merita uno specifico approfondimento, in quanto occorre verificare se anche nel settore processuale sia

⁴ Così, quasi testualmente, G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile. Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, I, Padova, 2012, 277.

possibile coordinare il principio dispositivo con la norma di cui all'art. 1322 cod. civ., in considerazione del carattere strumentale della regolamentazione processuale rispetto all'autonomia privata. Ed invero, la peculiare forza espansiva della disciplina dei contratti sembra porsi nel sistema quale diritto comune, trasversalmente applicabile secondo il criterio della compatibilità ordinamentale⁵. Orbene, sembra di potersi affermare che ciò sarebbe rispettoso della riserva di legge rinforzata di cui all'art. 111 Cost., la quale impone che mediante atti aventi forza di legge sia predisposta una regolamentazione del processo che si presenti come 'giusta'. A ben vedere, l'art. 1322 cod. civ. – oltre che per la sua posizione nella gerarchia delle fonti – appare conforme alla riserva di legge – come si è già avuto modo di osservare – anche da un punto di vista contenutistico, dovendosi riconoscere tutela esclusivamente a quegli atti caratterizzati dal contributo dell'autonomia privata alla migliore realizzazione del giusto processo *sub specie* di un accertamento processuale realizzato in un tempo ragionevole.

In quest'ordine di idee, occorre individuare in generale un limite esterno alla configurabilità di negozi processuali atipici nella compatibilità ordinamentale, secondo quanto sancito espressamente dalla disposizione di cui all'art. 1418 cod. civ. Limite che si estrinseca nel caso in questione soprattutto nella diversità strutturale del diritto processuale.

Ed è in questo che si coglie bene il presupposto per comprendere come l'ordinamento in linea di principio non permetta che il processo come organizzazione possa essere oggetto di una iniziativa unilaterale. La regola della correttezza infatti definisce trasversalmente, al livello di rapporto, le vicende del diritto tutelato sia dal punto di vista sostanziale sia da quello processuale, presentandosi come un *continuum* tra la norma di cui all'art. 1175 cod. civ. e quella di cui all'art. 88 cod. proc. civ. In questa logica, allora, sembra si possa riscontrare una tendenza nell'ordinamento contraria all'unilateralità dell'iniziativa volta alla configurazione di regole processuali, dal momento che, una volta avviato il processo, diviene pressoché indispensabile un coinvolgimento della controparte. In questa prospettiva, il richiamo alla regola della correttezza impone di considerare come l'autonomia privata che si esplica in relazione al processo non possa spingersi sino ad abusare dello strumento giurisdizionale al fine di conseguire risultati che esulano dal contenuto del proprio diritto e non altrimenti ottenibili.

Dopo aver delineato in questo modo la caratterizzazione strutturale, occorre a questo punto procedere ad un'importante precisazione, dal momento che – pur sul presupposto dell'ontologica diversità del rapporto processuale rispetto a quello sostanziale per cui si chiede la tutela giurisdizionale – è possibile definire il profilo effettuale della fattispecie in relazione all'autonomia del 'regolare' di cui all'art. 1321 cod. civ., quale aspetto non privo di ricadute pratiche.

È opportuno riflettere, al riguardo, sulla circostanza che l'attività negoziale in questo caso non possa che tradursi in un peculiare atteggiarsi della procedura per effetto, in linea di principio, di una convenzione tra i litiganti, finalizzata ad una più confacente gestione della stessa.

⁵ J. KOHLER, *Über prozessrechtliche Verträge und Creationen*, in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin, 1894, 127 ss.

Orbene, è importante valorizzare, in proposito, la funzione del ‘regolare’ di cui all’art. 1321 cod. civ., quale ‘terza via’ rispetto alle due ascrivibili all’esperienza giuridica romana, sostanzialmente sintetizzabili nel costituire ed estinguere un rapporto giuridico. Specificamente, in seguito alla mediazione offerta dal contributo del Giusnaturalismo e dell’Illuminismo, si è pervenuti ad affermare che la convenzione ridonda in ‘contratto’ anche in tutti quei casi in cui i suoi effetti consistano in un ‘regolare’ il rapporto giuridico. Quest’ultimo profilo effettuale è irriducibile alla semplice modificazione del rapporto, in quanto è possibile prescindere dal *medium* dell’obbligazione in relazione al concetto di configurazione.

Su questo baricentro concettuale risultano agevolmente inquadrabili le figure di negozi giuridici processuali, mediante la loro riconduzione essenzialmente nell’ambito di due insiemi per certi versi distinti sotto il profilo degli effetti. Ed invero, se si valorizza il modello romanistico fondato sull’idea di azione in senso sostanziale, si giunge a riconoscere che la categoria di negozio giuridico processuale individua in realtà qualunque atto negoziale di autonomia privata, non legislativamente imposto⁶, strumentale a creare una regola processuale nel senso più ampio di un negozio relativo all’*agere* in senso sostanziale come processuale. In buona sostanza, da un lato, occorre far riferimento all’atto volto ad incidere sul processo dal punto di vista della tutela giurisdizionale dei diritti; dall’altro lato, al negozio diretto a modulare il rito in una prospettiva di maggiore efficienza della procedura.

Una volta chiariti questi aspetti, in ragione dell’esigenza di non trascurare le principali implicazioni che affiorano in relazione all’argomento che stiamo trattando, è opportuno a questo punto soffermarci sulla questione afferente alle vicende patologiche dei negozi giuridici processuali.

Al riguardo, sembra quindi necessario considerare come, se si pone in rilievo la connessione tra la sostanziale autonomia ed insensibilità della disciplina degli atti processuali rispetto al regime previsto dal codice civile in tema di nullità ed annullabilità dei negozi e l’ineliminabile rilievo che i vizi negoziali non possono non rivestire in relazione agli accordi processuali, ben si comprende come questi ultimi comunque si sottraggano alla possibilità di essere semplicisticamente inquadrati nell’ambito delle categorie tradizionali quali quella dell’atto sostanziale e quella dell’atto processuale.

In buona sostanza, quanto sinora apprezzato induce a dedurre, per un verso, che la peculiare produzione di effetti direttamente sul processo ovvero sulla tutela giurisdizionale dei diritti da parte dei negozi giuridici processuali non appare compatibile con una integrale applicazione della regolamentazione sostanziale agli accordi in questione.

D’altra parte, nemmeno un’integrale regolamentazione nella legge processuale rappresenta una soluzione adeguata rispetto agli accordi di questo genere, in quanto trova un ostacolo nella collocazione temporale del negozio che può anticipare l’atto di inizio del procedimento. D’altronde, ad opinare diversamente, considerata identica la disciplina, la distinzione tra atti del processo e atti esterni sarebbe puramente nominalistica. In altri termini, con un’integrale applicazione del regime processuale, si precluderebbe la via per cogliere il valore proprio della struttura dell’atto. In questa

⁶ G. DONÀ, *Del negozio giuridico processuale*, Milano, 1933, 31.

logica, le norme del codice di procedura non consentirebbero oltretutto di trarre una regolamentazione convincente dei casi concretamente riscontrabili.

Le considerazioni sinora svolte rendono, dunque, opportuno prendere le mosse dalla norma di cui all'art. 156 cod. proc. civ. per riflettere su come questa afferisca esclusivamente ai vizi formali ed i vizi di carattere sostanziale determinino l'invalidità dell'atto soltanto se precludono il conseguimento del suo scopo. Ebbene, non sembra incoerente sostenere che il regime dell'invalidità del negozio giuridico processuale possa risultare sulla base del combinato disposto degli artt. 1325, e 1418 oppure 1425 ss. cod. civ., e dell'art. 156, comma 2, cod. proc. civ., traducendosi l'invalidità nella illiceità della causa ovvero nella mancanza di una valida determinazione volitiva delle parti, quale ragione che impedisce il corretto conseguimento dello scopo dell'atto⁷.

Per completezza dell'esame delle prospettive sottostanti alla casistica di cui ci occupiamo, è altresì utile riflettere sulle radici romanistiche del fenomeno della negozialità nel processo, quale modello storico di accostamento limitato – che non si traduce in una piena coincidenza – tra categoria generale di contratto e convenzione processuale.

Ed è su questo aspetto che dovremo ora soffermarci.

Al riguardo, è importante immediatamente osservare come l'ampia utilizzazione di strumenti consensuali nell'ambito del processo classico esprima un'attività – quella indicata dall'*agere* – ispirata alla cooperazione di entrambe le parti al migliore rendimento della procedura, cui si faceva riferimento con la locuzione '*agere cum aliquo*'⁸.

In questo quadro, occorre dunque riconoscere le figure di negozi giuridici processuali anche rispetto a ciò che, pur presentando profili di affinità, non rientra nella categoria in questione, comunque mai compiutamente delineata né inquadrata nell'elenco dei *contractus* dai *prudentes*⁹. In particolare, si colloca certamente al di fuori della stessa il *pactum de non petendo* che, sebbene operi attraverso gli strumenti del processo, proietta i propri effetti in via principale sulla posizione soggettiva coinvolta, con una remissione del debito informale alternativa all'*acceptilatio*¹⁰.

Con questo chiarimento preliminare, vediamo ora essenzialmente i due rami in cui si estrinseca la negozialità nel processo romano, ossia, da un lato, l'utilizzazione dello schema della *stipulatio* per porre in essere convenzioni processuali e, dall'altro lato, alcune forme paradigmatiche di gestione convenzionale della lite. Il che condurrà poi a riconoscere il segno della cesura storica della *cognitio* giustiniana nell'interpretazione medievale.

Si pone come strumento di configurazione processuale alternativo alla *legis actio sacramento in rem*, in particolare, l'*agere per sponsionem*, secondo quanto risulta dalle fonti. Ed invero, soprattutto da Gai 4.93-95 si ricava che – dapprima per il tramite della *legis actio*

⁷ M. BESSONE, *Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1064 ss.

⁸ Sul punto, si vedano M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, 233; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, Torino, 1982, 6 ss. (e, soprattutto, 9).

⁹ G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio' nel processo formulare*, ora in *Scritti giuridici scelti*, I, *Diritto romano*, Napoli, 1985, 137 ss. (ed *amplius* 150 ss.).

¹⁰ In proposito, cfr. P. LAMBRINI, *Brevi riflessioni in tema di patti modificativi*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 312 ss.

per iudicis postulationem, quindi *per conductionem* – si perveniva ad accertare indirettamente la spettanza del bene *ex iure Quiritium* sulla base dell'*obligatio* fondata sulla *sponsio praeiudicialis*. Ciò consentiva quindi di evitare le formalità dell'azione reale per ottenere il medesimo risultato pratico¹¹.

Risultano strutturalmente incentrate sulla *stipulatio* – quale fonte dialogica di *verborum obligatio* – anche le *stipulationes praetoriae*. Mediante uno schema obbligatorio e consensuale¹² si perviene infatti ad assicurare una tutela più confacente alle esigenze dell'autonomia privata, come si evince, ad esempio, dalla locuzione '*propter iudicium interponere*' di Ulp. 70 *ad ed. D.* 46.5.1.1. In questi casi, in presenza di interessi reputati meritevoli, il magistrato – piuttosto che accordare un'*actio honoraria* o emettere un *interdictum* – imponeva per decreto di promettere una somma di denaro tramite una *stipulatio*, in via strumentale rispetto alla stessa tutela. È interessante poi notare come, nel passo Ulp. 70 *ad ed. D.* 46.5.1.10, l'utilizzo dei verbi *addere*, *destrahere* ed *immutare* mostri differenti modalità operative della *stipulatio*.

Per quanto concerne le altre fattispecie di negozialità processuale, che non prevedono una diretta incidenza della *stipulatio*, ma importano ugualmente una gestione convenzionale della lite, occorre far riferimento, in primo luogo, al *compromissum*, quale negozio volto alla creazione di un programma procedimentale in funzione dell'organizzazione dell'*arbitrium* e, dunque, della soluzione di una controversia. Con questo atto, in particolare, le parti stabilivano il paradigma del giudizio dell'arbitro, attribuendo ad un terzo il potere decisionale e vincolandosi alla sua pronuncia¹³.

Risulta altresì importante rilevare come il negozio giuridico processuale trovi soprattutto il suo modello – oltre che nella duttilità della figura della *stipulatio* – nella *litis contestatio* quale schema di accordo delle parti sul programma processuale propria del processo formulare del diritto romano classico. Dall'esegesi preferibile del passo di Ulpiano 29 *ad ed. D.* 15.1.3.11, emerge invero l'idea di un accostamento – che non si traduce in una piena identificazione – tra *litis contestatio* e *stipulatio*, intendendo quest'ultima quale *nomen contractus*¹⁴, ossia come modello strutturale di atto bilaterale in cui la convenzione è insita ed ineludibile come in qualsiasi figura di *obligatio contracta*. Da quest'ultimo punto di vista, l'atto in questione competeva esattamente alle parti, dal momento che il '*litem contestari*' risultava logicamente successivo e distinto rispetto al '*iudicium dare*'. Né la sussistenza dell'aspetto volontaristico sembra contraddire l'obbligo di '*iudicium accipere*', secondo quanto si evince dalla tendenza della tradizione giuridica romana.

¹¹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le 'legis actiones'*, Roma, 1961-62, 357 ss.

¹² Per la necessità nella *stipulatio* di un indice di giuridicità esteriore che, però, crea il vincolo soltanto se sorretto dal *consensus*, occorre menzionare la ricostruzione proposta da L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 45 ss.

¹³ In proposito, occorre ricordare M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958, *passim*; e G. LA PIRA, '*Compromissum*' e '*litis contestatio*' formulare, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936, 187 ss..

¹⁴ Sul punto, cfr. G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 23 ss.; e R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» e «*contractus fiducia*», Napoli, 2012, 111 ss.

Peraltro, il prototipo della gestione bilaterale del processo sembra perdersi già con la giurisdizione statual-legalista giustiniana¹⁵, con il passaggio ad un processo basato su atti di parte, in cui la genesi dell'obbligazione che nasce in forza del giudicato sarà poi ricondotta nel Duecento ad una fonte quasi contrattuale. Ed invero, il richiamo al consenso quale elemento strutturale del *litem contestari* segna la differenza concettuale rispetto alla successiva sistemazione classificatoria effettuata dai Glossatori, che vi hanno riconosciuto una figura collocabile tra le *obligationes ex quasi contractu*, quali fattispecie prive dell'aspetto della 'consensualità'.

Una volta sfumata l'idea di una gestione convenzionale della lite, l'elaborazione della Scuola iberica di diritto naturale e del giusnaturalismo razionalista tra Sei e Settecento ha rappresentato un'ulteriore cesura, con l'allontanamento dal concetto di azione in senso sostanziale ed il riconoscimento della nozione di diritto soggettivo.

In questa prospettiva, pur non potendosi individuare una continuità nella scienza giuridica europea, il modello sembra ritrovare un significato ed un appropriato sostrato giuridico proprio nell'attuale principio del giusto processo, da coordinarsi, nel ramo civilistico, con il fondamentale principio dispositivo.

Siamo ora in grado di tirare le fila di questo discorso, e di evidenziare alcune ricadute pratiche dell'opzione interpretativa suggerita, mediante un approccio casistico all'esperienza contemporanea del nostro ordinamento.

Ebbene, sembra utile, al riguardo, considerare dapprima l'ambito relativo al processo civile ed amministrativo e successivamente quello penale, per le sue spiccate peculiarità.

Per quanto concerne il primo profilo, sembra utile innanzitutto delimitare – secondo il baricentro concettuale in precedenza definito – la sfera della negozialità processuale rispetto a quelle fattispecie che, pur riverberandosi sul processo, incidono in realtà direttamente sul rapporto sostanziale sottostante. Il che non consente di inquadrarli *sub specie* di negozi giuridici processuali. Si tratta, in particolare, di confessione, giuramento decisorio, rinuncia alla prescrizione, conciliazione giudiziale, transazione, mediazione e negoziazione assistita.

Nell'attuale configurazione normativa della questione, occorre altresì rilevare come il processo amministrativo si presenti in linea di principio come un processo improntato al metodo acquisitivo e caratterizzato da una tendenziale indisponibilità degli interessi coinvolti. Da ciò consegue che nell'ambito dell'attività istruttoria non residua spazio in capo alle parti per l'esercizio della loro autonomia negoziale¹⁶ e di regola non sono ammessi negozi volti alla configurazione di regole processuali. Questa soluzione appare tuttavia problematica in relazione ad alcuni casi dubbi e certamente non riguarda la fattispecie tipica di cui all'art. 84 cod. proc. amm.

Tanto premesso, è possibile a questo punto procedere ad inquadrare le figure riconoscibili come espressione di negozialità nel processo nell'ambito di due insiemi distinguibili a seconda che dispieghino i propri effetti sulla tutela giurisdizionale dei diritti ovvero sulla configurazione del rito. Specificamente, si collocano nel primo gruppo quei

¹⁵ Al riguardo, si veda S. SCHLINKER, *'Litis contestatio'. Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 2008, 635 ss.

¹⁶ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 440 s.

negozi accomunati dal fatto di avere ad oggetto una rinuncia preventiva alla giurisdizione, quali i 'gentlemen's agreements' e l'arbitrato irrituale, rispettivamente al fine di escludere convenzionalmente la possibilità di tutela giurisdizionale del vincolo oppure di incaricare un soggetto terzo di fornire una composizione transattiva della lite che si colloca sul piano negoziale, sebbene con il necessario rispetto di un nucleo minimo di garanzie procedurali.

In particolare, per quanto concerne i 'gentlemen's agreements', rappresenta una questione di enorme difficoltà la circostanza che la negozialità processuale si apprezza bene nell'ipotesi in cui il patto sia violato, dal momento che – avendo convenuto le parti di collocare il proprio assetto di interessi in una sfera extragiuridica, intesa come extraprocessuale – la macchina processuale non potrebbe proseguire nel proprio percorso. In questa prospettiva, si potrebbe pensare ai 'gentlemen's agreements' come a figure – per così dire – di 'negozio processuale negativo', strumentale cioè a plasmare una regola processuale suscettibile di impedire la celebrazione stessa del processo qualora avviato.

Il riconoscimento della negozialità processuale dell'arbitrato irrituale, invece, pone problemi analoghi a quelli sollevati, sul piano storico, dalla convenzione di *compromissum* dell'esperienza giuridica romana. Nondimeno, nell'attuale sistema è forse più agevole orientarsi per leggere nella convenzione d'arbitrato, in questo caso, un negozio processuale in quanto l'art. 808-ter configura comunque tra le parti almeno il nucleo di un rapporto giuridico processuale, sicché la fattispecie non può essere collocata interamente sul piano sostanziale del diritto dei contratti.

In questo contesto trovano altresì la propria sistemazione il regime convenzionale delle eccezioni di cui all'art. 1462 cod. civ., i negozi sul regime delle prove di cui all'art. 2698 cod. civ. e gli accordi sull'interpretazione.

In particolare, la prima figura, tradizionalmente denominata 'clausola *solve et repete*', determina in linea di principio l'inopponibilità delle eccezioni capaci di bloccare la pretesa dell'attore, potendo il convenuto agire soltanto dopo l'adempimento per ottenere in ripetizione quanto corrisposto. La sua natura processuale discende dal fatto che essa non implica alcuna rinuncia alle ragioni dell'altro contraente, concernendo piuttosto le modalità della tutela.

Parimenti, il regime convenzionale delle prove, incidendo sulla ripartizione del relativo onere, dispiega i propri effetti sul piano della tutela giurisdizionale dei diritti con un immediato vincolo di configurazione nei limiti dell'operatività del principio dispositivo e della compatibilità ordinamentale. Esso, in particolare, consente una più efficiente progressione del processo, essenzialmente per mezzo delle facilitazioni probatorie consentite all'autonomia privata.

Infine, sul fondamento dell'accertamento della volontà delle parti quale principale criterio di guida dell'attività interpretativa è possibile evidenziare come *a fortiori* l'operatività del principio dispositivo permetta alle parti di determinare concordemente la regolamentazione dei propri interessi. Sembra pertanto che sia loro consentito di disporre dell'interpretazione dell'assetto di interessi sostanziale posto in essere mediante un negozio giuridico di configurazione della tutela giurisdizionale dei diritti, in quanto ciò appare consentito dall'ordinamento. Il giudice dovrà di conseguenza fondare la propria pronuncia sull'interpretazione negozialmente individuata.

Ricostruite così queste figure, occorre adesso soffermarsi sui negozi implicanti una configurazione del rito, ossia di quelli destinati ad incidere sul processo dal punto di vista della sua organizzazione, compatibilmente con i parametri dell'ordine pubblico, assicurando al procedimento uno svolgimento maggiormente corrispondente al canone della ragionevole durata di cui all'art. 111 Cost.

In questa prospettiva, è necessario fare riferimento immediatamente agli accordi di deroga alla competenza ed a quelli sulla giurisdizione, che afferiscono essenzialmente ai rapporti tra la giurisdizione nazionale e quella straniera, nei limiti della loro ammissibilità. Orbene, non sembra revocabile in dubbio la circostanza che simili effetti si produrranno in conseguenza di una convergenza della volontà delle parti che ridonda in un accordo. Da quest'ultimo punto di vista, la correttezza della sua formazione – come si è già avuto modo di osservare – necessita di una tutela adeguata, ricavabile sulla base dell'emersione dei vizi di carattere sostanziale in ordine al raggiungimento dello scopo dell'atto processuale di carattere negoziale.

Anche l'arbitrato rituale risulta inquadrabile nell'ambito dei negozi di configurazione del rito, dal momento che ad un accertamento di carattere *lato sensu* giurisdizionale già anteriormente al deposito del lodo – per struttura del giudizio e carattere non dispositivo delle posizioni sostanziali controverse – si perviene mediante un procedimento alternativo, consensualmente programmato dalle parti.

Il diritto vivente sembra poi condivisibilmente ammettere la configurabilità di accordi sulla semplificazione del rito anche al di fuori delle ipotesi tipizzate dal legislatore, il che si pone in linea con l'interesse comune delle parti al migliore rendimento del processo.

Una fattispecie tipizzata per la quale non sembra possano sorgere molti dubbi riguardo all'inquadramento *sub specie* di negozio giuridico processuale, in considerazione della sua struttura consensuale e della sua incidenza sull'organizzazione del procedimento, è rappresentata dall'accordo sulla sospensione di cui all'art. 296 cod. proc. civ. Ebbene, una volta constatata la volontà legislativa di limitarne l'impiego al fine di impedire utilizzazioni dilatorie del meccanismo in esame, occorre riconoscere che può presentare profili di meritevolezza anche un accordo, quale quello in esame, che sembrerebbe porsi *ictu oculi* in contrasto con le esigenze di ragionevole durata del processo. A ben vedere, è necessario riconoscere l'intrinseca compatibilità ordinamentale della configurazione convenzionale della procedura qualora ciò risulti strumentale a favorire la conclusione di una transazione sulla lite ovvero per evitare un inutile dispendio di attività processuale, in mancanza dei requisiti per la sospensione necessaria di cui all'art. 295 cod. proc. civ.

Per quanto concerne la fattispecie di cui all'art. 114 cod. proc. civ., può riconoscersi la natura di giudizio obiettivo di diritto della possibilità di giudicare anche mediante la creazione della regola del caso concreto. Ed invero, l'equità non si traduce nel mero arbitrio, ma, da un lato, non può prescindere dal principio della domanda e, dall'altro lato, presuppone che i fatti costitutivi siano rappresentati come elementi di una determinata fattispecie giuridica. In quest'ordine di idee, è quindi possibile riconoscere come la richiesta di giudizio secondo equità non equivalga ad una rinuncia delle parti alla propria ragione giuridica, trattandosi piuttosto di un negozio giuridico di configurazione del rapporto processuale. L'accordo finisce, infatti, per incidere essenzialmente sulle

regole dell'istruzione probatoria, sul piano normativo utilizzabile e sul regime delle impugnazioni.

Assume una notevole importanza, in questo quadro, la questione relativa all'ammissibilità della rinuncia preventiva ai mezzi di gravame, per le sue potenziali implicazioni di carattere pubblicistico. In particolare, giova innanzitutto rilevare, al riguardo, come la *revisio per saltum* rappresenti una figura paradigmatica di negozio giuridico processuale di questo genere tipizzata dal legislatore. Essa consiste, invero, in un accordo diretto ad omettere l'appello per impugnare la sentenza di primo grado direttamente in Cassazione, che – per espresso disposto normativo – può intervenire anche *ante sententiam*, restando tuttavia aperto il dibattito circa la validità di un negozio sul ricorso *omisso medio* stipulato *ante causam*. Orbene, se si valorizza la circostanza che, per un verso, tali negozi corrispondono all'esigenza costituzionale di assicurare una rapida definizione del processo e, per altro verso, sono una manifestazione dell'autonoma capacità dei privati di disporre processualmente dei propri diritti, la questione concernente l'ammissibilità di una rinuncia preventiva atipica ai gravami e di un accordo *omisso medio* stipulato *ante causam* potrà trovare una soluzione favorevole. Il che non contrasta di per sé con i canoni di ordine pubblico, risiedendo – rispetto a figure negoziali profondamente diverse dall'acquiescenza – la meritevolezza dell'accordo proprio nell'ignoranza circa l'esito della sentenza di cui si omettono i gravami.

Nella prospettiva sinora delineata, è utile altresì accennare alla problematica relativa alla tipologia di negozi che si possono concretizzare in seguito alla precisazione di conclusioni conformi delle parti, in sede di divorzio originariamente contenzioso. Occorre ammettere, infatti, come simili accordi, rispetto alle posizioni giuridiche disponibili per le parti, valgano a creare una regola processuale nel senso di impedire l'impugnazione del decreto di omologa ovvero della sentenza che li abbia recepiti.

Per concludere la rassegna delle fattispecie di negozi giuridici processuali incidenti sull'*agere* in senso processuale, è opportuno menzionare la rinuncia agli atti del giudizio di cui all'art. 306 cod. proc. civ., quale figura consensuale che determina l'estinzione del processo. In quest'ordine di idee, a differenza della rinuncia all'azione quale negozio di diritto sostanziale dall'efficacia sul processo soltanto riflessa, la rinuncia agli atti appare propriamente inquadrabile nell'ambito della categoria dei negozi giuridici processuali incidenti sul rito, con una configurazione dello stesso che determina la dichiarazione di estinzione del processo da parte del giudice.

Conclusivamente, è opportuno rilevare come, in relazione alla materia penalistica, si sia pervenuti a riconoscere che la possibile configurazione di negozi giuridici processuali non incide sul diritto indisponibile alla libertà personale, ma bensì sulle modalità di svolgimento del processo, comportando una sostanziale rinuncia dell'imputato a determinate garanzie processuali.

L'esigenza di una durata ragionevole del processo ha condotto invero al riconoscimento in capo all'imputato del «diritto di difendersi 'negoziando'»¹⁷. In questa logica, assumono una grande importanza le fattispecie – in questo campo necessariamente tipizzate – di negozi strutturalmente bilaterali tra il soggetto sottoposto al procedimento penale e l'interlocutore pubblico, da individuarsi nel pubblico ministero

¹⁷ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*¹⁵, Milano, 2014, 809.

ovvero – più problematicamente – nel giudice. Si tratta rispettivamente dell'applicazione della pena su richiesta delle parti e della richiesta di sospensione con messa alla prova, quali accordi sulla commisurazione o sulle modalità esecutive della pena. Costituisce invece una convenzione tra privati la fattispecie bilaterale relativa alla remissione della querela. Specificamente, una volta avviato il procedimento, l'interesse alla tutela penale dell'offeso deve commisurarsi con quello dell'imputato a perseguire il proscioglimento nel merito.

È possibile, infine, configurare come negozi giuridici processuali unilaterali, rispetto ai quali l'elemento volontaristico riveste un indubbio rilievo, la querela, la rinuncia all'amnistia e quella alla prescrizione, in quanto producono direttamente i propri effetti sul processo e – riguardo a queste fattispecie di rinuncia – l'ordinamento non consente di disporre in via volontaria e diretta della propria sostanziale punibilità, e dunque, in ultima analisi, della propria libertà personale.

ENGLISH ABSTRACT

The research aims to clarify the connection between procedural agreement and the general category of contract, according to Roman law sources. In particular, we should highlight that the contract prototype, used in the trial context, imposes us to believe that the parties are propelled to mutually collaborate in order to obtain a fair trial.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRIOLI V., *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965.
- ID., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1968.
- ANSANELLI V., *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I.
- ASCOLI A., *Clausole di decadenza nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1927.
- ASPRELLA C., *Dell'accordo processuale, ovvero della derogabilità convenzionale delle fasi che scandiscono il processo ordinario*, in *Giur. merito*, 1999, II.
- BALESTRA L., *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004.
- BARONE C.M., nota a Cass., 13 novembre 1973, n. 3001, in *Foro it.*, 1974, I.
- BELLANTONI G., *La remissione tacita e la rinuncia tacita nella disciplina della querela*, in *Ind. pen.*, 1973.
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006.
- BESSONE M., *Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, II.
- BETTI E., voce *Conversione del negozio giuridico (dir. vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968.
- ID., *Diritto processuale civile italiano*², Roma, 1936.
- ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1943.
- BIAMONTI L., voce *Arbitrato (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.
- BIGLIAZZI-GERI L., voce *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962.
- ID., *L'interpretazione del contratto*. Ristampa con prefazione, note di aggiornamento e bibliografia a cura di V. Calderai, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2013.
- BIROCCHI I., *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, 1997.
- BONGIORNO G., *Accordo processuale*, in *Enc. giur.*, I, 1990.
- BONINI V., *La riscoperta del modello cognitivo e la sua prevalenza sulla negozialità processuale: un significativo superamento di consolidati orientamenti della Corte di cassazione*, in *Ind. pen.*, 2007.
- BRICOLA F., *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989.
- BUONICRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001.

BURDESE A., *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006.

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1941.

CANNATA C.A., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, Torino, 2008.

ID., *Profilo istituzionale del processo privato romano. Le 'legis actiones'*, I, Torino, 1982.

ID., *Profilo istituzionale del processo privato romano. Il processo formulare*, II, Torino, 1982.

CANSACCI G., voce *Gentlemen's agreement*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968.

CAPONI R., *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Accordi di parte e processo*, a cura di F. Carpi, Milano, 2008.

CARBONE E., *Corte suprema di cassazione. Ufficio del massimario e del ruolo. Relazione su questione di massima di particolare importanza ricorso n. 12760/2010*, in <http://www.ca.milano.giustizia.it/ArchivioPubblico>.

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2011.

CARNELUTTI F., *Clausola 'solve et repete'*, in *Riv. dir. proc.*, 1936.

ID., *Istituzioni del processo civile italiano*⁵, I, Roma, 1956.

ID., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1938.

ID., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938.

CARPI F., *Introduzione*, in *Accordi di parte e processo*, a cura di F. Carpi, Milano, 2008.

CARRESI F., *Accertamento e interpretazione del contratto*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, II, 1, Milano, 1991.

ID., *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I.

CARUSO G., voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen. - Sez. pen., agg.*, II, Torino, 2008.

CERINO CANOVA A., *Principio di legalità e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1985, V.

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*⁴, Napoli, 1928.

CIPRIANI F., *Il giudizio di equità necessario*, in *Foro it.*, 1985, V.

ID., *La riforma del giudizio di Cassazione. Commentario al D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, capo I ed alla L. 18 giugno 2009, n. 69, capo IV*, Padova, 2009.

CIRILLO G.P., *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014.

COMOGLIO L.P., *Le prove*, in *Tutela dei diritti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XIX.1, Torino, 1997.

ID., *Le prove civili*, Torino, 1998.

CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955.

CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006.

CORDERO F., *Procedura penale*⁸, Milano, 1985.

ID., *Procedura penale*⁹, Milano, 2012.

CORTESE B., *'Indebiti solutio' ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova, 2009.

CORTESE E., *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000.

COSTA A., *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921.

DALLA MASSARA T., *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il 'ripensamento' delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II.

DALMARTELLO A., voce *'Solve et repete' (Patto o clausola del)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970.

DALMOTTO E., *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, 1993, I.

DAVID M., *Gai Institutiones secundum codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas iterum edidit*, Leiden, 1964.

DE BERNARDI M., *'Lex Irmitana' LXXXIV-LXXXV-LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla 'sponsio' nel processo romano*, in *'Testimonium amicitiae'. Studi in onore di F. Pastori*, Milano, 1992.

- DE CHIARA C., nota a Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 81, in *Foro it.*, 1991, I.
- DE MARTINO F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937.
- DE NOVA G., *Accordi di parte e decisione*, in <http://www.altalex.com/>.
- DENTI V., voce *Negozi processuale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.
- DE STEFANO F., *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999.
- DIANA A., *Dei rapporti processuali*, Milano, 1901.
- DINACCI U., voce *Querela*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987.
- DONÀ G., *Del negozio giuridico processuale*, Milano, 1933.
- FASCIONE L., *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2012.
- FAZZALARI E., voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987.
- FERCIA R., voce *Accertamento (negozi di)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Agg. VII, Torino, 2012.
- ID., voce *Contratto normativo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Agg. VIII, Torino, 2013.
- ID., «*Fiduciam contrahere*» e «*contractus fiduciae*», Napoli, 2012.
- ID., *Il 'fieri' della fattispecie contrattuale 'sine nomine' e l'evizione dell'ob rem datum*, in *Diritto @ Storia*, XII, 2014.
- ID., *'Intentiones exercere': problemi e prospettive in Nov. 112*, in *SDHI*, LXXIV, 2008.
- ID., *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, I.3, *La struttura e l'adempimento - Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2010.
- ID., *'Litem suam facere' da Adriano ai Severi*, in *Diritto @ Storia*, X, 2011-2012.
- ID., *Note minime in tema di struttura e presupposti del negozio sostanziale di rinuncia all'azione tra sopravvenuta carenza d'interesse e cessazione della materia del contendere*, in *RGJ*, I, 2013.
- FERRARA L., *Sulla conversione del negozio giuridico processuale*, Napoli, 1905.
- FERRETTI A., *Regolamento di competenza: no a sospensioni discrezionali del processo*, in <http://www.altalex.com/>.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- FESTI F., *L'ambito di applicazione ed i limiti dell'exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II.
- FIANDACA G., *Pena 'patteggiata' e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I.
- FICO V., *La tormentata vicenda del frazionamento della tutela giudiziaria del credito*, *Giust. civ.*, 2008.
- FILAURO C., *Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell'interesse ad impugnare: una nuova presa di posizione della giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. dir.*, 2015.
- FINOCCHIARO M., *Una soluzione difficile da applicare nei futuri procedimenti di merito*, in *Guida al dir.*, 2007.
- FITTING H., *'Summa Codicis' des Irnerius mit einer Einleitung*, herausgegeben von H. Fitting, Berlin, 1894 (rist.: Frankfurt am Main, 1971).
- FRANCESCHELLI V., voce *Conversione del negozio nullo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1989.
- FRUS G., *Il ricorso per Cassazione c.d. per saltum: istituto inutile o da riscoprire?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000.
- GAROFALO L., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011.
- GAROFALO L. - VIARO S., *Sull'eccezione di dolo generale*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*¹⁶, Napoli, 2013.
- GIOMARO A.M., *'Agere per sponsionem': dal procedimento interdittale al procedimento 'in rem'*, in *Studi urbinati*, XLIII, 1990-91.
- GIORGETTI M., *Le rinunce alle impugnazioni civili*, Milano, 2000.
- ID., *Ricorso per saltum, giudice monocratico ... e unico*, in *Giust. civ.* 1999, I.

- GIUSSANI A., *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999.
- GNOLI F., *Spunti critici sull'interpretazione di Gai 4.1*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, Milano, 1972.
- GRASSO E., voce *Equità (giudizio)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991.
- GRECO P., *La clausola 'solve et repete': ragioni e limiti della sua efficacia*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II.
- GRILLI L., *I procedimenti speciali. I riti alternativi nel giudizio penale*, Padova, 2011.
- GUARINO A., *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001.
- GULINA G., *Contributo allo studio della 'satisfatio pro praede litis et vindictiarum'*, in *AUPA*, LVI, 2013.
- HELLWIG K., *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für O. Gierke*, II, *Privatrecht. Zivilprozessrecht*, Breslau, 1910.
- HESPANHA A.M., *Introduzione alla storia del diritto europeo* (ed. italiana a cura di A. Mazzacane de *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*², Lisboa, 1999), nuova ed. Bologna, 2003.
- KASER M. - HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996.
- KOHLER J., *Über prozessrechtliche Verträge und Creationen*, in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin, 1894.
- LA GRECA G., voce *Amnistia*, in *Enc. dir.*, V, agg., Milano, 2001.
- LA PIRA G., *'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936.
- LAMBRINI P., *Brevi riflessioni in tema di patti modificativi*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007.
- LATTANZI G., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA. VV., *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio - D. Ferranti - A. Pascolini, Milano, 1989.
- LAVARINI B., *Corte costituzionale e giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 1990, II.
- LENEL O., *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927.
- LIEBMAN E.T., *Contro il patto 'solve et repete' nei contratti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II.
- LONGO S., *'Filius familias se obligat?'. Il problema della capacità patrimoniale dei 'fili familias'*, Milano, 2003.
- LOVATO A. - PULIATTI S. - SOLIDORO MARUOTTI L., *Diritto privato romano*, Torino, 2014.
- LUCCHI C., voce *'Solve et repete' (Patto o clausola del)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*²⁰, I, Torino, 2009.
- ID., *Diritto processuale civile. Il processo ordinario di cognizione*²⁰, II, Torino, 2009.
- ID., *Diritto processuale civile. I procedimenti speciali di cognizione. Le residue disposizioni in materia societaria. L'efficacia delle sentenze straniere. L'arbitrato*²⁰, III, Torino, 2009.
- MANDRIOLI C. - CARRATTA A., *Diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*²⁴, I, Milano, 2015.
- MANDRIOLI C. - CARRATTA A., *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*²⁴, III, Milano, 2015.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*⁸, Padova, 2013.
- MANZINI G., *Trattato di diritto processuale penale italiano*⁶, III, Torino 1970.
- MARSEGLIA C., *'Exceptio doli generalis' ed 'exceptio doli specialis'*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I.
- M. MARTINES, *Natura negoziale della querela e principio dell'affidamento*, in *Cass. pen.*, 1984.
- MARTINI R., voce *'Gentlemen's agreement'*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992.
- ID., *Sponsio e processo formulare (su spunti di G. Scherillo)*, in *G. Scherillo. Atti del convegno*, Milano, 1994.
- MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile*⁵, I, Torino, 1902.
- MICHELI G.A., *Rinunce agli atti del giudizio, rinuncia all'azione e confessione*, in *Giur. it.*, 1950, I, I.
- MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile. Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, I, Padova, 2012.

L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile. Il procedimento di dichiarazione in prima istanza. I mezzi per impugnare le sentenze*³, Milano, 1910, IV.

MOZZILLO A., *Contributi allo studio delle 'stipulationes praetoriae'*, Napoli, 1960.

MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.

NASI A., voce *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1996.

PACILEO V., *La rilevanza della legge successiva più favorevole all'applicabilità dell'amnistia*, in *Cass. pen.*, 1990, I.

PADOVANI T., *L'utopia punitiva*, Milano, 1981.

PAGLIARO A., *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Ind. pen.*, 1976.

ID., *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Ind. pen.*, 1981.

ID., *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967.

PANAGIA S., voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen. - Sez. pen.*, IX, Torino, 1995.

PATTI S., *Delle prove*, in *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano* a cura di G. De Nova, Bologna - Roma, 2015.

ID., *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2010.

ID., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. it.*, 1991.

ID., *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1987.

PERLINGIERI P., *Istituzioni di diritto civile*⁵, Napoli - Roma, 2012.

PETRALIA V., *Equo processo, giudicato nazionale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012.

PETROCELLI B., *I vizi della volontà nel processo penale. Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Napoli, 1929.

PEZZANI T.M., *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009.

PISANI M., *'Italian style': figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998.

POLETTI D., voce *'Solve et repete' (clausola del)*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993.

POMANTI P., voce *Amnistia e indulto (diritto processuale)*, in *Dig. disc. pen. - Sez. pen., agg.*, I, Torino, 2005.

PUGLIESE G., *Il processo civile romano*, I, *Le 'legis actiones'*, Roma, 1961-62.

ID., *Istituzioni di diritto romano*³, con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca, Torino, 1991.

ID., *La 'litis contestatio' nel processo formulare*, ora in *Scritti giuridici scelti*, I, *Diritto romano*, Napoli, 1985.

ID., *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006.

REDENTI E., voce *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

REDENTI E. - VELLANI M., *Diritto processuale civile*³, III, Milano, 1999.

RISOLO C.I., *Altre modifiche al libro secondo del codice di procedura civile*, in *La riforma del processo civile. Commento alla legge 18 giugno 2009, n. 69, aggiornato alle novità introdotte dal d.l. 193/2009, conv. con mod., in l. 24/2010, al d.m. 17 febbraio 2010 (modello di testimonianza scritta) e al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (attuazione della delega in materia di mediazione e conciliazione delle liti civili e commerciali)*, a cura di F. A. Genovese - C. I. Risolo, Milano, 2010.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011.

ROSSI G., *Giudice e processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

SACCO R., *L'interpretazione*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004.

SALOMONE A., *'Iudicati velut obligatio'. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007.

- SANTALUCIA G., nota a Cass., 4 maggio 2006, n. 33519, in *Cass. pen.*, 2007.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1966 (rist.: Napoli, 1989).
- SAPONARO L., voce *Querela*, in *Dig. disc. pen. - Sez. pen.*, II, Torino, 2005.
- SASSANI B., *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006.
- SATTA S., voce *Accordo*, b) *Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.
- SATTA S. - PUNZI C., *Diritto processuale civile*¹³, Padova, 2000.
- SCALFATI A., *Inammissibile la revisione per la sentenza di pena concordata: un corollario dalle premesse discutibili*, in *Cass. pen.*, 1999, I.
- SCHLESINGER P., *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temi*, 1963.
- SCHLINKER S., *‘Litis contestatio’. Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 2008.
- SEGNI A. - COSTA S., voce *Procedimento civile*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1957.
- SIAGURA A.M., *La negoziabilità della pena. Esperienze giuridiche a confronto*, San Giuliano Milanese, 2015.
- SICA S., *‘Gentlemen’s agreements’ e intento giuridico*, Napoli, 1995.
- SILLA F.M., *Sulla distinzione gaiana tra ‘actio in rem’ ed ‘actio in personam’*, in *‘Actio in rem’ e ‘actio in personam’*. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011.
- STANZIONE P. - TROISI B., *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011.
- STELLA F., *Il problema della prevenzione nella criminalità*, in AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna, 1980.
- TALAMANCA M., *Processo civile (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987.
- ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- ID., *Ricerche in tema di ‘compromissum’*, Milano, 1958.
- TARUFFO M., *Verità negoziata?*, in *Accordi di parte e processo*, a cura di F. Carpi, Milano, 2008.
- ID., voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997.
- TEDESCHI GARDELLA B., *‘Gentlemen’s agreement’*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II.
- TOMMASEO F., *Appunti di diritto processuale civile*³, Torino, 1999.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*¹⁵, Milano, 2014.
- TRIMARCHI V.M., voce *Accordo*, a) *Teoria generale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.
- TRISORIO LIUZZI G., *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987.
- ID., *Le sezioni unite cassano la sospensione facoltativa del processo civile*, in *Foro it.*, 2004, I.
- TRUTTER J., *Über prozessualische Rechtsgeschäfte*, München, 1890.
- UGAS A.P., *Fatto e dinamica nel diritto*, Torino, 2011.
- UGOLINI S., *I ‘gentlemen’s agreement’ sono giuridicamente vincolanti?*, in *Contratto e impresa*, 2001.
- VALENTINO D., *Remissione del debito*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, X, *I contratti gratuiti*, a cura di A. Palazzo e S. Mazzaresse, Torino, 2008.
- VECCHIONE R., voce *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960.
- VENDITTI R., *L’art. 514 codice di procedura penale e la conversione dei negozi giuridici processuali*, in *Giur. it.*, 1951.
- VERDE G., voce *Prova (dir. proc. Civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.
- VOLPE G.P., voce *Querela*, in *Dig. disc. pen. - Sez. pen.*, X, Torino, 1995.
- WACH A., *Das Geständniss. Ein Beitrag zur Lehre von dem prozessualischen Rechtsgeschäft*, in *AcP*, LXIV, 1881.
- WIEACKER F., *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (trad. it. di U. Santarelli e S.A. Fusco, con una presentazione di U. Santarelli, de *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*², Göttingen, 1967), I, Milano, 1980.

WLASSAK M., *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien, 1917.

ID., *Die Litiskontestation im Formularprozess*, Leipzig, 1889.

ZAFFARONI M., *La conversione dell'atto invalido e il requisito della volontà dei contraenti*, in *Contratti*, 2002.