

PARTE PRIMA  
LA FUNZIONE DELLA DOMANDA DI PARTE  
AL COSPETTO DELL'ART 34 C.P.C.



CAPITOLO PRIMO

**ALLE ORIGINI DEL PROBLEMA:  
OGGETTO DEL PROCESSO CIVILE,  
CRISI DELLE CATEGORIE RILEVANTI  
E RUOLO DELLA DOMANDA EX ART. 34 C.P.C.**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Riferimenti storici e comparati. – 3. Enunciazione di alcune categorie rilevanti: eccezione, domanda riconvenzionale ed eccezione riconvenzionale. – 4. (*Segue*) La ricezione della figura dell'eccezione riconvenzionale nella dottrina e nella giurisprudenza. – 5. L'accertamento incidentale nel contesto dell'art. 34 c.p.c. e la sua attivazione per il tramite della domanda di parte. – 6. La domanda *ex art.* 34 c.p.c. e le condizioni operative. – 7. (*Segue*) La legittimazione e l'interesse ad agire che giustificano la proposizione della domanda di accertamento incidentale (a margine della problematica ammissibilità dell'accertamento incidentale ricadente su un rapporto pregiudiziale facente capo a un terzo). – 8. (*Segue*) La figura dei legittimi contraddittori e la controversia insorta sul punto pregiudiziale. – 9. Transizione: la domanda *ex art.* 34 c.p.c. e i suoi tratti distintivi dall'eccezione e dalla domanda riconvenzionale (rinvio).

### 1. *Premessa*

L'approfondimento di un argomento classico degli studi processualistici, come quello della domanda di accertamento incidentale – ancorché in una ben definita angolatura inerente il suo regime processuale e, segnatamente, i tempi di sua proposizione nella dinamica processuale –, è inscindibilmente legato alla necessità di accostarsi al tema dei limiti oggettivi della *res iudicata* e alle acute riflessioni di illustri studiosi, che per anni hanno cercato di tratteggiare il contenuto indistinto dell'art. 34 c.p.c., al cospetto delle diverse posizioni esegetiche maturate intorno ad uno dei concetti più dibattuti del panorama processuale: la pregiudizialità<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Come evoca Picardi, trattando dell'art. 34 c.p.c., «la pregiudizialità, in effetti, è un filo rosso che trapassa la tessitura interna di tutto il processo e presenta una molteplicità di implicazioni che non si esauriscono nel tema della competenza» (cfr. N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 94). Verosimilmente è proprio la propensione di questo concetto a venire in rilievo qua-

---

le presupposto applicativo di differenti istituti processuali (v., e.g., della continenza *ex art.* 39, c. 2, c.p.c., della connessione *ex art.* 40 c.p.c., dell'intervento adesivo *ex art.* 105, c. 2, c.p.c., della chiamata in causa *ex artt.* 106 e 107 c.p.c., della sospensione necessaria *ex art.* 295 c.p.c., dell'effetto espansivo esterno *ex art.* 336, c. 2, c.p.c., dell'efficacia conformativa del giudicato *ex art.* 2909 c.c., dell'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi ai sensi dell'art. 420 *bis* c.p.c. e dell'art. 64 del d.lgs. n. 165/2001, ecc.), nonché la circostanza che il legislatore non abbia mai offerto elementi ben definiti in grado di suggerire la sua portata (si da accendere il dibattito dottrinario intorno ad essa, a fronte, peraltro di un linguaggio legislativo non sempre univoco: cfr., e.g., artt. 187, c. 2, e 279, c. 2 nn. 2 e 4, c.p.c.), che hanno reso la nozione di pregiudizialità (*recte*, di nesso o vincolo di pregiudizialità), in generale, e di questione pregiudiziale, in particolare, una delle più sfumate e dai contorni ancora fortemente incerti nel panorama dottrinario e giurisprudenziale, difettando una definizione univoca della stessa. La letteratura sul tema della pregiudizialità civile e sulla nozione di questione pregiudiziale *ex art.* 34 c.p.c. è particolarmente vasta, a partire da F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904, rist. 1963, *passim*. In generale, per una prima panoramica delle varie posizioni, si rinvia, senza pretesa di completezza a: L. CALIENDO, *A proposito delle questioni pregiudiziali nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, 124 ss., ove si osserva che la pregiudizialità non aggiunge né toglie alla natura di un rapporto controverso, ma semplicemente denota un particolare manifestarsi di quest'ultimo nel processo rispetto ad altro rapporto pure oggetto di controversia; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile, I, I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*, Napoli, 1933, 350 ss.; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano, I*, Roma, 1956, 144 ss.; ID., *In tema di accertamento incidentale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II, 17 ss.; ID., *Sistema di diritto processuale civile, I, Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 930, che considera pregiudiziali solamente quelle questioni la cui risoluzione costituisce «una premessa della decisione *anche in altre liti*»; E.T. LIEBMAN, *Sulla sospensione propria e «impropria»*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 153 ss. (nonché in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 291 ss.), ove si critica la tesi carenluttiana; E. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 257 ss., ivi anche per la confutazione delle tesi (affacciate in particolare a cavallo degli anni '70 del secolo scorso da Denti e Taruffo) volte ad estendere il giudicato sulle questioni pregiudiziali in assenza di domanda di parte; ID., voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 71 ss.; G. GIANNOZZI, *Pregiudizialità e dipendenza di cause*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1965, 1027 ss.; S. SATTA, *Accertamenti incidentali, intervento e principi generali del diritto*, in *Foro it.*, 1947, I, 29 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 67 ss.; M. TARUFFO, «Collateral estoppel» e *giudicato sulle questioni, II*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 282 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano, 1987, 59 ss.; ID., voce *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1995, 1 ss.; ID., voce *Accertamenti incidentali (dir. proc. civ.)*, *Diritto online Treccani*, 2016; A. LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, 51 ss.; L. MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 299 ss.; V. DENTI, *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 74 ss.; ID., voce *Questioni pregiudiziali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1962, 675 ss.; ID., voce *Questioni pregiudiziali*, in *Digesto IV (Disc. priv.-sez. civ.)*, XVI, Torino, 2008, 158 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, Padova, 1999, 258 ss.; ID., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 185 ss.; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, 55 ss.

Tra i contributi segnalati, pur ricordandosi la fondamentale opera di Menestrina anche per l'approfondimento della "logica" della pregiudizialità (v. F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, cit., 100, ove si afferma che «l'uomo che ragiona costituisce determinati giudizi, sulla derivazione dei quali talvolta egli sa rendersi perfetta ragione e talvolta non sa, perché possono an-

Per uno studioso, che prova ad approcciarsi a un tema dai contorni quanto mai “ieratici” e, così, centrale del diritto processuale civile, il rischio che si paventa è di risolvere il proprio studio in una riflessione “circolare”<sup>2</sup> che si stabilizza in

---

che essere nati in lui quasi inconsciamente e in tal modo rappresentare la voce vaga d'un istinto. In logica diconsi pregiudiziali questi giudizi che formano il precedente della conclusione finale; e pregiudiziale è pure il raziocinio che il soggetto pensante si ponesse per giungere a loro»), merita particolare menzione l'opera di Allorio – improntata, come è noto, allo studio degli effetti che il giudicato può avere verso i terzi, rimasti estranei al giudizio, in presenza di taluni nessi giuridici –, per la ricostruzione della relazione di pregiudizialità tra rapporti secondo la felice e nota definizione per cui essa consta in un nesso giuridico di struttura sostanziale particolarmente qualificato tra situazioni, in virtù del quale un rapporto giuridico rientra nella fattispecie costitutiva di altro rapporto, da esso condizionato-pregiudicato (v. E. ALLORIO, *op. ult. cit.*, 69). In via di prima approssimazione, sulla scia dell'insegnamento classico (che prende, dunque, le mosse da Allorio e, prima di lui, da Menestrina, Chioyenda e Carnelutti) è, quindi, possibile definire come *pregiudiziale di merito* quella questione, trasformabile in causa, sorta in seno a un giudizio pendente che ha ad oggetto diritti, *status* o rapporti giuridici, suscettivi, in astratto, di formare l'oggetto di un autonomo giudizio e che rilevano in quanto pregiudiziali rispetto alla decisione dell'oggetto della domanda principale (o riconvenzionale), nel senso che l'accertamento della situazione giuridica con essa azionata dipende dalla previa questione circa l'esistenza o il modo di essere della situazione oggetto della questione pregiudiziale (v. E. GARBAGNATI, voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, cit., 70; L. MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, cit., 300 ss.; osserva M. MONTANARI, voce *Questioni pregiudiziali e preliminari (dir. proc. civ.)*, in *Diritto online Treccani*, 2018, che proprio l'eventualità, prospettata dall'art. 34 c.p.c., che «l'insorgenza di una questione pregiudiziale abbia a porre al giudice adito un problema di competenza, disvela il profilo caratterizzante della questione, ossia quello della necessaria inerenza della medesima a rapporti o *status* giuridici idonei ad esaurire il tema decisorio di un procedimento a se stante»). Si veda però V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali*, in *Noviss. Dig. it.*, cit., 657 ss., il quale ha accolto una nozione lata di questioni pregiudiziali, in quanto suscettiva di abbracciare pure le questioni c.d. preliminari che, sebbene non idonee a costituire oggetto di un autonomo processo, sono potenzialmente suscettive a definire il giudizio in corso. A tal riguardo v. *infra* par. 9, *sub nota* 112.

Ci si esime in questa sede da un'analisi storica del concetto di “pregiudizialità” o di “questioni pregiudiziali”. Mette conto evidenziare, infatti, che la genesi di queste nozioni ha bensì origini lontane nel tempo (come attestano gli studi sui *praeiudicia* nel diritto romano, condotti con dovizia di riferimenti da F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, cit., 1 ss.), ma, come è stato efficacemente rimarcato, questi e altri termini avevano, *ab origine*, e hanno assunto nel corso del tempo significati semantici differenti e non sempre corrispondenti all'odierna nozione di pregiudizialità. In arg. v. per tutti *amplius* S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cit., 10 ss., con dovizia di richiami bibliografici, ove si dà atto che, in origine, il termine *praeiudicium* si riferiva (anche) alla «sentenza cui il giudice del secondo processo potrebbe conformarsi», per poi evolvere gradatamente sino a divenire sinonimo di «ogni fatto che potesse servire da prova»; F. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale ex lege: profili*, Milano, 2008, 9 ss., 45 ss.; più recentemente G. A. PRIMERANO, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, 2017, 11 ss., ivi ampi richiami di dottrina.

<sup>2</sup>V. A. DE LA OLIVA SANTOS nella prefazione al suo *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, Milano, 2009, 4.

una rivisitazione (storico<sup>3</sup>-comparatistica) di tesi già efficacemente illustrate da autorevole dottrina sulla portata dell'istituto dell'accertamento incidentale e sugli aspetti ad esso connessi, all'ombra della consapevolezza che sul giudicato "si è scritto tutto e di più". A questa certezza si affianca la presa d'atto di come la latitudine oggettiva del giudicato risenta dell'incertezza e dell'inevitabile oscillazione intorno alla premessa teorica accolta su quali siano le questioni pregiudiziali rilevanti a mente dell'art. 34 c.p.c.: sicché la strada, che si intende percorrere, finisce con l'esser suscettiva di condurre a risultati diametralmente opposti, a seconda della diversa opzione esegetica addotta in ordine al presupposto applicativo dell'art. 34 c.p.c.<sup>4</sup>.

Vero è che il tema in esame, sicuramente tra i più esplorati e approfonditi del panorama processuale anche per le sue inesauribili ed incessanti implicazioni ed interrelazioni ad ampio spettro con altri istituti, è lungi dal potersi ritenere "consolidato" perché tale non è il concetto stesso di *oggetto del processo*<sup>5</sup>, risultando al postutto tautologica e circolare, a fini definitori, l'affermazione per cui «oggetto del processo, oggetto della domanda giudiziale e oggetto del giudicato risultano

---

<sup>3</sup> Che rievochi l'evoluzione, nel tempo, delle varie posizioni dottrinarie in ordine alla portata oggettiva del giudicato, considerato che, di contro, un'analisi dell'evoluzione a livello normativo si presterebbe a essere compiuta, al più, con riguardo agli artt. 2909 e 324 c.p.c., ma non certo con riferimento all'art. 34 c.p.c. che è disposto introdotto dal legislatore del 1942, non essendovi traccia alcuna di un analogo istituto nel c.p.c. del 1865. Sul punto v. subito *infra* par. 2.

<sup>4</sup> Come lucidamente coglie Menchini, il problema fondamentale posto dall'art. 34 c.p.c. consta nella difficoltà di individuare, con riferimento alle singole domande, che cosa si debba considerare questione pregiudiziale e che cosa debba ritenersi invece oggetto della decisione, «cominciando la pregiudizialità laddove finisce l'oggetto del giudizio». Cfr. S. MENCHINI, voce *Accertamenti incidentali*, cit., 8 ss. Per questi rilievi v. già V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1957, 115, pervenendo alla conclusione che, una volta individuato l'oggetto della domanda, «tutto quel che ne fuoriesce è questione pregiudiziale».

<sup>5</sup> Concetto, questo, a sua volta modellato in funzione dell'oggetto della domanda. Sul tema v., senza pretesa di esaustività, E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, *passim*; G. FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, 47 ss., 88 ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 996 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., 9 ss., *sub nota* 1, ivi altri richiami bibliografici; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile diretto da Enrico Allorio*, II, 1, Torino, 1980, 7 ss., 107 ss.; ID., *Dell'introduzione della causa*, in AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile diretto da Enrico Allorio*, II, 1, cit., 264 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile diretto da Enrico Allorio*, I, 2, Torino, 1973, 1057 ss.; G. VERDE, voce *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 1 ss.; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Digesto IV (Disc. priv.-sez. civ.)*, VII, Torino, 1991, 44 ss., 64 ss.; C. MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 465 ss. Più recentemente cfr. altresì C. GAMBA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008, 26 ss., e M. GIORGETTI, *Il principio di variabilità dell'oggetto del processo*, Torino, 2008, 20 ss.

... cerchi sicuramente concentrici, ma le cui aree non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili»<sup>6</sup>. E il quesito, condensato plasticamente nella domanda se il giudicato si formi solo sul dispositivo di una sentenza o se si estenda, a ritroso, anche, *in parte qua*, alla motivazione della stessa, continua a rivendicare una posizione di prim'ordine nel dibattito giurisprudenziale e dottrinario<sup>7</sup>, che si sta sempre più indirizzando verso una ricostruzione suscettiva di attingere con larghezza alla complessa vicenda economico-sostanziale a cui si riferisce la singola controversia promossa.

Da tempo, infatti, la dottrina ha messo in luce come un'applicazione asfittica della regola secondo cui il giudicato copre solo le questioni oggetto di accertamento incidentale, *ex lege* o per volontà di parte, in ossequio all'art. 34 c.p.c., sacrifici sull'altare del principio dispositivo valori divenuti sempre più irrinunciabili per il nostro processo civile e che, al pari del primo, meritano di essere tenuti in cale. L'aspirazione a perseguire la ragionevole durata del processo, e la stabilità delle decisioni giudiziarie, anche attraverso un'attribuzione definitiva del bene della vita conteso, suggeriscono un diverso accostamento alla tematica dei limiti oggettivi del giudicato nonché dei meccanismi di estensione dell'oggetto del processo. La produzione giurisprudenziale degli ultimi anni dimostra, poi, come le soluzioni interpretative di volta in volta accolte in relazione a questi temi muovano sempre da meditazioni di più ampio respiro, nella piena consapevolezza di come la problematica in esame attinga le sue radici da una rimeditazione del principio dispositivo sostanziale e di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, chiamati oggi a misurarsi con le esigenze di speditezza, concentrazione delle tutele ed economia dei giudizi, ossia con quei valori funzionali intesi ad esprimere una declinazione del principio del giusto processo civile lungo il versante della ragionevole durata, pure in ottica di rispetto della non illimitata risorsa-giustizia.

In questo contesto, l'istituto della domanda di accertamento incidentale risente particolarmente di questa riflessione costantemente *in fieri* intorno a un tema portante del diritto processuale civile: non solo sul piano dell'individuazione dello spazio operativo che la stessa continua a ritagliarsi, bensì anche sul diverso terreno della delineazione del regime processuale a cui sottostà. Ciò si registra segnatamente con riguardo al profilo delle modalità e dei limiti preclusivi alla sua propo-

---

<sup>6</sup> Così Cass., sez. un., 12.12.2014, n. 26242 (punto 5.4 della motivazione). V. *infra sub* nota 104.

<sup>7</sup> Come coglie esattamente R. TISCINI, *Sub art. 34 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Torino, 2016, 143, i principali dubbi generati dalla formulazione dell'art. 34 c.p.c. che hanno stimolato il dibattito concernono, «da un lato, il fatto che proprio le valutazioni di convenienza (a che la questione pregiudiziale non sia solo “conosciuta” ma anche “decisa”) possono giustificare una estensione del giudicato oltre l'esplicita domanda di parte o la previsione di legge; dall'altro lato, il sospetto che sia da preferire una lettura ampia della “questione pregiudiziale”, oltre ed a prescindere da quella tecnicamente intesa».

sizione, in ragione di possibili “sfasature” temporali tra il momento in cui può delinearsi nel processo la questione pregiudiziale e il limite temporale per la proposizione della domanda volta ad estendere l’efficacia del giudicato. Riguardo ad un oggetto processuale capace di evolvere, in ragione dell’emergere di una questione suscettiva di possibile accertamento incidentale, e in considerazione del mutamento in atto a livello giurisprudenziale della nozione stessa di *novum* ammissibile a fronte del calare delle barriere preclusive di cui agli artt. 183 e 345 c.p.c., sorge la necessità di interrogarsi in merito all’ambito e ai limiti del rilievo officioso di una questione pregiudiziale e della correlata possibilità di proposizione della domanda di accertamento incidentale, individuando (*ex lege* o *ex sistema*) i limiti temporali all’attivazione di una specifica richiesta di accertamento, *ex professo*, vocato alla cosa giudicata sull’oggetto pregiudiziale od incompatibile.

Sennonché, prima di procedere in questa indagine, si impone una premessa che si appunta su due notazioni, di metodo e di contenuto. Quanto alla prima, fermi restando gli inevitabili “richiami” laddove si riveleranno opportuni, è d’uopo segnalare che il tema verrà indagato prediligendo, all’esame del profilo “storico-ricostruttivo” dell’istituto (già ampiamente e diffusamente scandagliato in dottrina), un approccio più proiettato verso l’analisi dell’odierna evoluzione giurisprudenziale in atto intorno all’art. 34 c.p.c. e, indirettamente, all’oggetto del processo e del futuro giudicato: tema all’interno del quale si inserisce il problema dell’inquadramento della domanda di accertamento incidentale e l’esigenza di approfondimento dei suoi profili processuali che costituiscono il terreno della nostra indagine. I risultati della secolare elaborazione dottrinale sulla portata oggettiva del giudicato e sulla potenziale attitudine della domanda di accertamento incidentale a condizionarne la formazione indubbiamente riemergeranno nel corso di questo studio e saranno oggetto di attenzione, al fine di vagliare, a seconda della premessa teorica condivisa, la bontà di talune soluzioni che si andranno a delineare. Tuttavia, si impone un’avvertenza. La multiforme e poliedrica esegesi dottrina in ordine al concetto di questione pregiudiziale ai sensi dell’art. 34 c.p.c. rende senz’altro difficoltoso l’accostamento al tema delineato e il raffronto sul terreno dell’elaborazione giurisprudenziale<sup>8</sup>. Certamente non è nostra intenzione (né pertiene all’obiettivo di questo studio) dipanare l’ardua matassa dei limiti oggetti del giudicato: la recente elaborazione giurisprudenziale delle Sez. Un. sul tema ha senz’altro offerto alcuni spunti interessanti, ma la diversità di lettura che della stessa è stata offerta in ambito dottrinario, unitamente all’assenza di valide

---

<sup>8</sup> Vieppiù considerato che anche in giurisprudenza si registra una certa discontinuità di soluzioni, pur prospettandosi talune affermazioni e principi ricorrenti, ma tra non poche oscillazioni. Si ricordano a riguardo le parole di G. VERDE, *Diritto processuale civile, II, Processo di cognizione*, Bologna, 2017, 289, il quale osserva che «mai come in questo campo le conclusioni sono pregiudicate dalle premesse e che alla base delle premesse molto spesso vi sono scelte di valore o opzioni di carattere ideologico».



direttive a livello normativo, fanno capire come sia ancora lontana all'orizzonte l'uscita dal labirinto "borgesiano" della portata oggettiva del giudicato.

Conseguentemente, la trattazione non potrà che risentire dell'incertezza che inevitabilmente investe, a monte, la premessa accolta, non rinvenendosi nella dottrina un indirizzo unitario, ma, di contro, essendo la letteratura processuale costellata da numerosi accenti diversi: di qui la necessità di privilegiare sempre un'analisi critica dell'istituto, prendendo in considerazione i più significativi e rilevanti orientamenti sviluppati in tema di oggetto del processo e del giudicato.

Quanto alla seconda considerazione, v'è da rilevare come, accanto all'istituto in esame, ne sussistano altri che presentano non poche affinità o, quantomeno, contiguità con lo strumento di cui all'art. 34 c.p.c., sebbene quest'ultimo rivendichi una propria autonomia concettuale ed operativa. Di qui la necessità di prendere in esame anche questi ulteriori strumenti processuali al fine di comprendere gli spazi ad essi assegnati: sicché la soluzione al problema non può che muovere dall'adozione di un metodo di indagine "a ritroso" al fine di delineare i requisiti condizionanti l'operatività della domanda *ex art. 34 c.p.c.*, posto che i suoi lineamenti strutturali verranno tratti (pure) da questo confronto.

È da qui (salve alcune premesse storico-comparate, sia pure in sintesi) che muoverà il nostro lavoro onde poter pervenire, anzitutto, ad un possibile inquadramento dogmatico (e pragmatico) della domanda di accertamento incidentale<sup>9</sup>, per poter procedere, nella seconda parte dell'indagine, all'esame del peculiare regime processuale-temporale ad essa ascritto. Ciò consentirà di apprendere come la domanda in esame, lungi dal rilevare sul mero piano processuale, rifletta, in verità, un fenomeno che affonda le proprie radici nel terreno del diritto sostanziale, da cui risulta ineluttabilmente condizionata.

## 2. Riferimenti storici e comparati

Pur facendo proprio un approccio al tema orientato principalmente alla disamina dell'odierna evoluzione giurisprudenziale sulla domanda di accertamento incidentale, l'esame dell'istituto vede come punto di partenza obbligato alcune brevi osservazioni storico-comparate. Una previsione analoga all'art. 34 c.p.c. non era contemplata nel codice di rito del 1865, né nel codice francese del 1806, in vigore anche in Italia nel periodo napoleonico<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>L'analisi che seguirà muove da considerazioni sviluppate (segnatamente in relazione al regime di preclusioni) con riferimento al processo ordinario di cognizione e all'innesto in esso della domanda di accertamento incidentale, tralasciandosi l'ulteriore profilo relativo all'operatività di siffatta domanda nei riti speciali.

<sup>10</sup>È d'uopo, quindi, dedicare un rapido *excursus* alla genesi travagliata di questa norma, con

La previsione in esame, nella sua formulazione, riprende il testo dell'art. 121 del Progetto definitivo Solmi, limitatamente all'enunciazione del principio secondo cui la questione pregiudiziale che eccede la competenza del giudice adito deve essere decisa dal giudice per essa competente<sup>11</sup>. In particolare il disposto, rubricato «spostamento di competenza per effetto di eccezioni», riportava che «il giudice adito, quando debba decidere incidentalmente ad ogni effetto questioni che eccedono la sua competenza, rimette la causa con ordinanza al giudice del luogo dove è stata proposta la domanda, competente per materia e valore». Diversamente, l'art. 109 del Progetto preliminare, al c. 1, disponeva che «quando a seguito delle eccezioni sollevate dal convenuto la controversia ecceda la competenza per materia o valore del giudice adito, essa è devoluta al giudice del luogo dove è stata proposta la domanda, che sia competente per materia e valore», mentre al c. 2 recava «se si tratti di una eccezione di compensazione il giudice adito può tuttavia provvedere a norma del comma secondo dell'articolo seguente». Questo, l'art. 110, c. 2, contemplava un meccanismo analogo all'odierno art. 35 c.p.c. (richiamato dall'art. 36 c.p.c.), laddove prescriveva che «se l'azione principale è fondata su titolo non controverso o ritenuto dal giudice non seriamente controvertibile, questi pronunzia sulla domanda principale e rimette al giudice competente la decisione sulle domande riconvenzionali e può ordinare che la sentenza si esegua con cauzione».

L'idea che la proposizione di un'eccezione potesse determinare lo spostamento della competenza del giudice adito non era stata accolta con favore dalla dottrina maggioritaria, nella quale, anzi, si registrarono dure critiche (sollevate specialmente da Cicu, da Coniglio, da Calamandrei e da Lipari): le censure si appuntavano, segnatamente, sulla considerazione che accordare ad un'eccezione la capacità di incidere sulla competenza del giudice avrebbe significato mettere in dubbio «la natura giuridica dell'eccezione» (Calamandrei), sicché la previsione *de qua* fu considerata «ambigua» (Lipari) oltre che lacunosa in merito all'istituto della domanda di accertamento incidentale (Coniglio), che già aveva ricevuto cittadinanza nel pensiero di una parte della dottrina, sulle orme delle acute riflessioni di Chioven-da mutate dalla dottrina processualistica tedesca<sup>12</sup>.

V'è però che, verosimilmente, l'intendimento profuso nel progetto non era tanto di elevare un'eccezione, nel significato comune che si attribuisce a questo

---

qualche spunto comparatistico, ancorché questi ultimi non si esauriranno in questa sede, ma troveranno inevitabilmente occasione di emergere pure nel prosieguo della nostra indagine.

<sup>11</sup> Sul punto v. G. NAPPI, *Commento all'art. 34*, in *Commentario al codice di procedura civile*, I, I, Milano, 1941, 248 ss., il quale osserva come la sua versione preliminare avesse raccolto più critiche che elogi.

<sup>12</sup> Sul punto v. *infra* par. 5, nonché subito nel testo. Invece per maggiori ragguagli anche sulle critiche sollevate al disposto in esame si rinvia al contributo di G. Nappi citato *sub* nota 11.

istituto, a strumento in grado di influire sulla competenza del giudice al pari di una domanda giudiziale: piuttosto in esso si rinveniva il germe di quella contestazione che, sulla scia dell'insegnamento di Menestrina, avrebbe giocato un ruolo chiave nel contesto operativo dell'istituto degli accertamenti incidentali. Del resto, nella stessa Relazione del Guardasigilli sul Progetto definitivo, con riferimento alla disposizione dell'art. 109 del progetto preliminare, si affermava che «si è detto da alcuni che essa costituiva un'arma pericolosa in mano dei debitori di mala fede; si è osservato da altri che la eccezione, come tale, non può determinare spostamenti di competenza. Queste critiche derivano da una inesatta comprensione della norma, determinata, probabilmente, dall'uso, nel testo, della parola *eccezioni*, la quale ha, nel linguaggio scientifico e forense, significati diversi», con ciò precisandosi che «il nuovo testo (art. 121), parlando di *questioni*, che il giudice debba decidere *incidentalmente*, delimita in modo non equivoco la portata della norma, la quale si riferisce appunto a quelle contestazioni del convenuto che importano l'accertamento di questioni pregiudiziali, indispensabili per decidere sulla domanda dell'attore»<sup>13</sup>.

Distante invece dall'idea di questione pregiudiziale confluita poi in seno all'art. 34 c.p.c. era quella che emergeva dall'art. 98, rubricato «accertamento incidentale», del Progetto Carnelutti, elaborato a metà degli anni '20. In esso, invero, l'accertamento incidentale veniva inquadrato come la risoluzione di una questione comune anche a un'altra lite, con effetti rispetto a quest'ultima. In particolare questa norma precisava che «se per la decisione di una lite occorre risolvere una questione, la quale sia comune anche ad un'altra lite o a più altre liti fra le stesse persone, il giudice può risolverla anche con effetto rispetto a queste altre liti, purché ciò sia domandato concordemente dalle parti oppure, ove sia domandato da una parte soltanto, le diverse liti siano connesse giusta l'art. 92 e purché ciascuna lite sia compresa nei limiti della sua competenza per materia, per valore e per funzione»<sup>14</sup>. È stato rilevato da autorevole dottrina che il disposto rispecchiava puntualmente le idee di Carnelutti «che collega la pregiudizialità alla lite e non alla questione»<sup>15</sup>: idea che, come si avrà modo di illustrare nel prosieguo di questa indagine, viene ad incidere sulle stesse condizioni di ammissibilità della domanda di accertamento incidentale nel pensiero dell'illustre maestro.

Senza procedere oltre nell'esame delle traversie che hanno interessato gli avvanprogetti del codice di rito (e, segnatamente, senza entrare nel merito delle vicende

---

<sup>13</sup>V. Relazione del Guardasigilli sul Progetto definitivo in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, Roma, 1939, 40, n. 108.

<sup>14</sup>Cfr. F. CARNELUTTI, *Progetto di codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del codice di procedura civile*, Padova, 1926, 36.

<sup>15</sup>V. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, cit., 115.

della sottocommissione C presieduta da Mortara)<sup>16</sup>, basti qui ricordare che, quanto alla possibilità che sia una domanda di accertamento incidentale sovra una questione pregiudiziale a determinare la sopravvenuta incompetenza del giudice adito, il testo dell'art. 34 c.p.c. risulta, per vero, maggiormente tributario del pensiero di Chiovenda<sup>17</sup>. Viene qui in considerazione in ispecie l'art. 167, c. 1, rubricato «incompetenza sopravvenuta», del Progetto di riforma del procedimento civile, elaborato dalla Commissione per il dopo guerra da lui presieduta, a termini del quale: «se in seguito ad una azione in riconvenzione, ad una domanda d'accertamento incidentale o alla contestazione di un credito opposto in compensazione sia sopravvenuta l'incompetenza del pretore o del conciliatore, questo si dichiara incompetente con sentenza, oppure con ordinanza se le parti siano d'accordo nel riconoscere l'incompetenza per valore sopravvenuta, e rimette in pari tempo le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale e per la riconvenzione o l'accertamento incidentale»<sup>18</sup>.

Si è così giunti all'art. 34 c.p.c. che, come osserva Andrioli, non si accontenta della mera contestazione «che vale soltanto a trasformare il punto in questione pregiudiziale»<sup>19</sup>, né ritiene sufficiente il contegno delle parti, ma considera necessaria l'esplicita domanda, vuoi dell'attore vuoi del convenuto, per la produzione dell'accertamento incidentale sulla questione pregiudiziale che ne diviene l'oggetto<sup>20</sup>.

La soluzione accolta dal legislatore italiano risponde a un principio che, in taluni ordinamenti stranieri, già aveva ricevuto un'esplicita formulazione a livello

---

<sup>16</sup> Per una approfondita e interessante ricostruzione storica v., con ricchezza di particolari, F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991, 259 ss., nonché ID., *Lodovico Mortara nel 150° anniversario della nascita*, in *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, 114 ss.

<sup>17</sup> In parte, come poc' anzi riferito, influenzato dalla riflessione della dottrina tedesca dell'800 e ispirato altresì dalla disciplina ivi già codificata in ordine all'istituto in esame. V. *infra* nel testo.

<sup>18</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, Napoli, 1920, 5 ss., spec. 74, ivi la relazione illustrativa della proposta di riforma.

<sup>19</sup> Per cenni al diritto romano e, segnatamente, a quelle proposizioni richiamate anche da Chiovenda, da cui emerge l'inidoneità del processo principale alla trattazione della questione pregiudiziale (proposizioni romane «che hanno costituito il punto di partenza della dottrina in questione»), v. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (storia)*, cit., 866 ss. *sub* note 336 e 338, il quale rammenta un caso non richiamato da Chiovenda «riferito da Ulp. D. 42, I, 15, 4 (esecuzione forzata mediante *pignus captum* su autorizzazione dei consoli, questione sollevata da un terzo circa la proprietà dei beni pignorati: decisione della questione da parte dei consoli, benché non competenti, ma carattere sommario della decisione e tale da non impedire al debitore la tutela della sua proprietà *iure ordinario*)», rinviando all'opera di Menestrina per altri precedenti storici. Osserva l'A. che il passo romano appena indicato (come pure Ulp. D. 25, 3, 5, 8-9) è il solo che nega esplicitamente alla decisione l'efficacia di giudicato, avvertendo che «la sommarietà del giudizio può dipendere anche da cause diverse dall'incompetenza o non avere nessuna specifica causa».

<sup>20</sup> Cfr. V. ANDRIOLI, *op. ult. cit.*, 114.