

CAPITOLO I

PERIMETRO DELLE IPOTESI DECISORIE A CONTENUTO COMPLESSO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2.1. Il capo o parte di sentenza. – 2.2. (Segue) Considerazioni circa la rilevanza degli studi sul capo di sentenza nella presente indagine. – 2.3. (Segue) La frazionabilità della decisione arbitrale. – 3. Introduzione al tema della pluralità non necessaria di decisioni. – 4.1. L’omissione di pronuncia. – 4.2. L’omissione di pronuncia come conseguenza dell’assorbimento. – 5. Le ipotesi di pluralità non necessaria di decisioni. – 6. L’accertamento alternativo. – 7. Il rigetto cumulativo: il rigetto rito/merito (rinvio). – 8. Rigetto in rito e contestuale accoglimento della domanda nel merito. – 9.1. Le ipotesi di motivazione complessa e l’*obiter dictum*. – 9.2. (Segue) La contraddittorietà della motivazione.

1. Premessa

Con un’ approssimazione generale, parliamo di “pluralità non necessaria di decisioni” per indicare i casi in cui il giudice, pur potendo limitarsi ad emettere un’unica statuizione al fine di definire nel rito o nel merito la causa, pronuncia una sentenza “complessa”, caratterizzata cioè dalla compresenza – non necessitata – di plurime decisioni.

Lo studio è condotto con il preciso intento di definire, per ciascuna ipotesi considerata, quali siano gli effetti prodotti dalla sentenza, ovverosia quali parti della medesima generino soccombenza ed entro quali limiti sorga l’onere di impugnazione.

La parte ricostruttiva dell’indagine impone un attento sforzo di scrematura, per enucleare le singole fattispecie riconducibili alla nozione di pluralità non necessaria di decisioni dall’eterogeneo magma delle decisioni complesse.

Occorre, dunque, che si faccia chiarezza dapprima sull’accezione di “decisione”, e allo scopo si mostrano particolarmente utili i più recenti contributi allo studio del capo o parte di sentenza (v. *infra*, §§ 2.1. e 2.2.) e di lodo (§ 2.3.).

Quindi, la successiva individuazione della “non necessarietà” delle plurime decisioni procede in negativo, ovvero dalla perimetrazione dei casi in cui il difetto di pluralità si traduce in omissione di pronuncia (§ 4.1.).

Laddove poi l’omissione di pronuncia sia la doverosa conseguenza di una

decisione di assorbimento, ci si può imbattere in una prima ipotesi di pluralità non necessaria di decisioni, che si presenta come effetto della proiezione disarmonica del cumulo di domande (§ 4.2.): il giudice avrebbe dovuto dichiarare l'assorbimento e ignorare la domanda assorbita, e invece non si astiene dal decidere anche questa.

Proprio dall'ambito del cumulo alternativo o "reciprocamente condizionale" di domande l'indagine prosegue per stabilire se l'accertamento alternativo si configuri o meno come pluralità non necessaria di decisioni (§ 6.), mentre è nel corrente capitolo soltanto introdotto il tema centrale di questo studio, ovvero il rigetto c.d. cumulativo (v. § 7.), al quale si riserverà un'ampia trattazione nel prosieguo.

Ulteriore ipotesi di pluralità non necessaria di decisioni è la pronuncia con la quale la domanda sia rigettata in rito e contestualmente accolta nel merito (§ 8.), mentre altre volte, il "decidere oltre" (*recte*, "motivare oltre") del giudice può manifestarsi nell'ambito della singola domanda o della singola questione: lo spettro d'indagine coinvolge quindi anche l'ipotesi della singola pronuncia sorretta da una pluralità di *rationes decidendi*, ciascuna idonea a giustificare l'accoglimento o il rigetto: ciascuna, cioè, sufficiente, ma solo una necessaria. Al riguardo, è indispensabile in via preliminare tentare di distinguere la *ratio decidendi* dal mero *obiter dictum* (§§ 9.1. e 9.2.).

Come anticipato, dunque, l'analisi procederà dai contributi sul ponderoso tema del capo di sentenza, onde verificare la possibilità di trarre da quelli una definizione di decisione utile allo studio che ci si è preposti.

2.1. *Il capo o parte di sentenza.*

Il problema della definizione del concetto di capo o parte di sentenza, sebbene nasca sul piano della teoria del provvedimento¹, è stato più spesso affrontato sul diverso piano dello studio dell'oggetto delle impugnazioni². L'ambito dell'indagine che ci si propone coinvolge entrambi gli aspetti, ma in maniera trasversale, poiché è circoscritto ad ipotesi peculiari, in cui il provvedimento giudiziale contiene statuizioni non necessarie, non dovute o non consentite. Dunque, stabilire se queste statuizioni superflue rappresentino capi o parti di sentenza non costituisce l'obiettivo della ricerca, sì che l'approccio a tale storico ed invero impegnativo tema può seguire un canone inverso rispetto a quello

¹ Così LIEBMAN, «Parte» o «capo» di sentenza, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 48.

² CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, p. 123, ricollega la rilevanza dello studio del concetto di capo di sentenza nell'ambito delle impugnazioni alle esigenze di «cogliere l'entità minima di pronuncia idonea a far sorgere autonomamente il potere di proporre il rimpiego» e di «stabilire quale contenuto di giudizio ciascuna impugnazione è suscettibile di proporre».

tradizionale. Si intende infatti, anziché giustificare l'adesione ad una tra le varie tesi sviluppatesi in argomento, verificare – in un'ottica se si vuole utilitaristica –, la adattabilità di quei risultati allo studio delle decisioni non necessarie. L'importanza dell'inquadramento di questa tematica alla luce, seppure indiretta e filtrata, della problematica del “capo di sentenza”, acquista poi maggiore evidenza in relazione al regime di impugnazione del provvedimento contenente una pluralità non necessaria di decisioni.

Le fondamenta del celebre dibattito sul concetto di capo di sentenza poggiano sulla lettera degli artt. 486, 3° comma, e 543, 2° comma, del codice di procedura civile del 1865, i quali rispettivamente disciplinavano l'acquiescenza tacita in ordine ai capi di sentenza non appellati ed i limiti degli effetti della cassazione sui capi di sentenza non impugnati ed indipendenti da quelli cassati³.

In una fase avanzata degli studi sull'oggetto dell'appello ed in generale sull'effetto devolutivo ad esso riconnesso, alcuni autori hanno evidenziato la particolarità (addebitandola ad «una certa confusione di piani di cui ha risentito l'elaborazione dogmatica del concetto di capo di sentenza»⁴) di questo dibattito dottrinale, che è presto sfociato in un diffuso tentativo di costruzione dogmatica dell'«unità elementare della sentenza», intesa come particella minima non ulteriormente scindibile del provvedimento giudiziale, mentre avrebbe potuto e dovuto ancorarsi saldamente al dato positivo, che del capo di sentenza esigeva un'interpretazione, più che una concettualizzazione⁵. Di questa “deriva dogmatica” è sintomatica l'originaria polarizzazione dei termini del contrasto: CARNELUTTI, in aperta contrapposizione con DELITALA⁶, CALAMANDREI⁷ e COSTA⁸, sosteneva che il capo di sentenza coincidesse con ogni soluzione di una questione⁹.

³ Per una sintesi, RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, pp. 20-25.

⁴ CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969, p. 55.

⁵ L'originale rilievo di CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, cit., pp. 55-56, che evoca, a proposito delle vicende occorse alla nozione di capo di sentenza, la dicotomia tra *Ordnungsbegriffe* e *Gebotsbegriffe*, è ricordato e condiviso da BONSIGNORI, *L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi (effetto esterno)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, pp. 945-946; e da CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, II, p. 762, nt. 151.

⁶ DELITALA, *L'appello incidentale del pubblico ministero*, Torino, 1932.

⁷ CALAMANDREI, *Appunti sulla «reformatio in peius»*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, I, p. 300; ID., *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, II, in *Riv. dir. proc.*, 1928, I, p. 96, nt. 3.

⁸ COSTA, *Contributo al concetto di «capo» di sentenza nel processo civile*, Sassari, 1931, p. 41.

⁹ CARNELUTTI, *Sulla reformatio in peius*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, pp. 183-184; ID., *Sulla reformatio in peius*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1928, II, p. 163: «il capo non è una parte o una frazione dell'interesse o del bene in lite; ma una delle questioni, per le quali la tutela dell'interesse è contestata o il bene è conteso»; ID., *Capo di sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, p. 117 ss.: il giudice conosce delle questioni *incidenter tantum*, specificava il Maestro, ma «non vuol dire che la soluzione delle questioni non passi in giudicato, sibbene che vincola solo in rapporto alla *res iudicata* cioè alla

L'alternativa, offerta da una rappresentazione ugualmente "unitaria" del capo di sentenza, era rappresentata dall'identificazione di quest'ultimo con la decisione sul capo di domanda¹⁰, con la conseguenza che una pluralità di capi si

lite portata davanti al giudice» (*ivi*, p. 124). Alla tesi di C. aderivano CARNACINI, *Osservazioni sull'appello adesivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, II, pp. 22-26; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*², Roma, 1936, p. 675, per il quale capo di sentenza corrispondeva a rigetto di un'eccezione del convenuto contenuto in sentenza interlocutoria; e PROVINCIALI, *Sistema delle impugnazioni civili secondo la nuova legislazione*, Padova, 1943, pp. 342-343. CARNELUTTI (*Sulla reformatio in peius*, in *Studi di diritto processuale*, cit., p. 161) si preoccupava di respingere le critiche rivolte dal DELITALA al suo precedente scritto del 1927. DELITALA, *L'appello incidentale del pubblico ministero*, cit., p. 5 ss., infatti si associava al pensiero di CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*³, Napoli, 1923, pp. 988 e 1136, e faceva corrispondere il capo di sentenza al capo di domanda. CARNELUTTI (*Capo di sentenza*, cit., p. 119), replicava che l'identificare il capo di sentenza con la decisione di una lite porterebbe all'assurdo di considerare la sentenza con più capi quella pronunciata nel processo cumulativo, e dunque il capo finirebbe per significare sentenza, privando di qualsiasi giustificazione il processo parziale. Quanto all'opinione espressa da CALAMANDREI, *Appunti sulla «reformatio in peius»*, cit., p. 300, secondo la quale non «possono considerarsi come altrettanti capi della sentenza tutte le decisioni di singole questioni di diritto o di fatto che il giudice abbia dovuto risolvere per preparare le premesse del suo sillogismo; ma solo quelle decisioni colle quali il giudice trae dalle premesse le ultime conclusioni, idonee e destinate ad acquistare forza di giudicato», CARNELUTTI (*op. ult. cit.*, p. 120), precisa che se le premesse contengono la soluzione di una questione, benché di fatto o di diritto, parte della lite è decisa, e si ha dunque un capo di sentenza. COSTA, *Contributo al concetto di «capo» di sentenza nel processo civile*, cit., p. 70, distingue due nozioni di capo di sentenza, una valevole per il giudizio d'appello (accertamento della volontà di legge concreta a sé) e l'altra per il giudizio di rinvio (assieme di questioni). CARNELUTTI (*op. cit.*, p. 121), ritiene che la distinzione operata dal COSTA racchiuda in realtà lo stesso fenomeno.

¹⁰Oltre agli autori citati nella nt. precedente (ad eccezione, ovviamente, di CARNELUTTI e di CARNACINI), v., vigente il codice del 1865, SCIALOJA, *Gli effetti della cassazione della sentenza relativamente alle eccezioni o difese proposte in appello dalla parte vincitrice in merito e respinte dalla sentenza cassata*, in *Foro it.*, 1900, I, c. 1246; D'ONOFRIO, *Osservazioni intorno al così detto "ricorso condizionato" in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1930, I, pp. 332-335; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*², cit., p. 668 ss.; PAVANINI, *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio*, Padova, 1937, p. 131 ss., spec. p. 140; al SEGRÈ, *Cassazione parziale e limiti del giudizio di rinvio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, pp. 13-14, è ricondotta una terza teoria [definita intermedia da BONSIGNORI, *L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi (effetto esterno)*, cit., p. 947], secondo la quale «la lite ha più capi quando il rapporto o stato giuridico litigioso, quale è profilato nel processo dalla pretesa, è divisibile rispetto a qualcuno dei suoi elementi di struttura o, comunque, si presta ad essere scomposto in più effetti giuridici». Alquanto peculiare (ed infruttuosa) è la posizione di CALVOSA, *Omissione di pronuncia e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 152-153, il quale traccia la corrispondenza tra capo di sentenza e capo di domanda, e per sfuggire al rilievo di CARNELUTTI, *Capo di sentenza*, cit., p. 117, che notava «il problema: cosa sia "capo di sentenza" è identico all'altro: cosa sia "capo di domanda"; e quando si dice che questo e quello sono la stessa cosa non si è fatto un passo per risolverlo», qualifica il capo di sentenza come decisione di questione proposta dalle parti su cui il giudice debba pronunciare: «non ogni questione che abbia fonte nella domanda costituisce un capo di domanda, ma soltanto quelle questioni delle quali le parti abbiano chiesto la decisione proponendole al giudice [...]. Le altre questioni, per le quali è pure necessaria una decisione, ma che non son proposte esplicitamente dalle parti e che il giudice deve decidere, *incidenter tantum*, per collegare la catena delle sue logiche argomentazioni, non

sarebbe potuta rinvenire soltanto in ipotesi di cumulo oggettivo semplice o di cumulo condizionale (v. *infra*, § 4.2.)¹¹.

L'entrata in vigore del codice del 1940, che sostituì la tanto discussa locuzione "capo" di sentenza¹² con il non meno ambiguo termine "parte"¹³ (v. artt. 329, 2° comma e 336, 1° comma), non valse a smorzare gli sforzi di enucleazione del contenuto minimo della sentenza, ma anzi il dibattito fu ripreso con rinnovato vigore anche alla luce del nuovo regime di impugnazione delle sentenze non definitive, introdotto dalla l. n. 581/1950.

Nella seconda metà del secolo scorso, a fronte di chi preferiva rinvigorire l'antica carneluttiana corrispondenza tra capo di sentenza e capo di questione¹⁴,

costituiscono capi di domanda, perché in definitiva manca...la domanda». Pertanto, per evitare una conclusione tautologica, CALVOSA incappa in un'altra: se le questioni sono punti controversi, sia sottoposti all'attenzione del giudice dalle parti sia individuati autonomamente dal giudice, ritenere che solo la soluzione che si dà ai primi sia idonea a formare capo di sentenza, per il motivo che la decisione sui secondi ha efficacia *incidenter tantum*, significa confondere il piano della struttura (di cosa si compone il capo di sentenza?) con il piano degli effetti.

¹¹ CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., p. 125, indica come limite «assai grave» della suddetta concezione il fatto che essa non spieghi l'impugnabilità delle decisioni su questioni.

¹² Impiegata dal codice di procedura civile del 1865 in svariati articoli: v. artt. 309, 470, 485, 2° comma, 486, 3° comma, 496, 543, 2° comma; quanto ai "capi" di domanda, v. artt. 73, 517, 1° comma, n. 6.

¹³ Vocabolo «infelice» per COSTA, *Sull'appello incidentale dell'appellato*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 162. Sulla mancanza di qualsiasi riferimento a tale modificazione terminologica nell'ambito dei lavori preparatori v. BONSIGNORI, *op. cit.*, pp. 947-948.

¹⁴ MINOLI, *Questioni rilevabili d'ufficio ed acquiescenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, II, p. 277; PALERMO, *Il processo di formazione della sentenza civile*, Milano, 1956, p. 188; LASERRA, *Limiti dell'impugnazione incidentale tardiva nelle cause scindibili*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, pp. 494-495; PROVINCIALI, *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962, pp. 264-266; COSTA, *Sull'appello incidentale dell'appellato*, cit., p. 163; DENTI, voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 678; FERRI, *Note in tema di pronunce sulla giurisdizione*, Pavia, 1968, p. 89; TARUFFO, *Collateral estoppel e giudicato sulle questioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, pp. 284-285; FAZZALARI, voce *Sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1254, nt. 43 (ma in precedenza aderiva alla opposta tesi, v. nt. successiva). Peculiare la posizione di GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, pp. 426-427, nt. 84; ID., *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, pp. 27-28, spec. nt. 14; ID., *Le impugnazioni incidentali*, Milano, 1973, pp. 90-91, il quale indica come elementi oggettivi della domanda le questioni sull'esistenza del fatto, della norma che lo sussuma e degli effetti che la legge ricollega alla fattispecie; mentre elementi oggettivi della decisione sono le corrispondenti risposte a quelle questioni: quesiti e risposte non possono distinguersi né per natura, né per grado delle funzioni disimpegnate. Ciascuno di questi elementi rappresenta parte della domanda e della decisione. Il problema "statico" del frazionamento della sentenza andrebbe perciò distinto dal problema "dinamico" dell'inscindibilità dei giudizi che formano il provvedimento. BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 951, osserva che questa ricostruzione trascura le rilevanti differenze (in tema di impugnabilità e di efficacia) intercorrenti tra soluzioni di questioni di diritto e soluzioni di questioni di fatto, nonché tra sentenze definitive di merito che esauriscono la domanda e sentenze di merito e di rito, definitive o meno, che non esauriscono la domanda; inoltre essa, identificando le parti del-

nutrita parte della dottrina¹⁵ continuava invece a coltivare l'originaria idea di CHIOVENDA¹⁶, secondo la quale a capo o parte di sentenza deve correlarsi il capo di domanda.

Com'è noto, l'attenzione confluì sulla verifica dell'idoneità della decisione di questione preliminare di merito a costituire autonoma parte di sentenza. La pronuncia su questione preliminare di merito non avrebbe avuto mai la suddetta attitudine, né se contenuta in sentenza non definitiva, né se contenuta in sentenza definitiva, per chi riteneva che nell'ambito di ciascun capo di sentenza le varie questioni risolte dal giudice si limitassero a formare la motivazione di un'unica statuizione¹⁷. Questa opinione era frutto della reazione ad una corren-

la sentenza con le decisioni sui singoli elementi in cui una domanda può essere scomposta, non terrebbe conto dei limiti fissati dalla legge circa il frazionamento della sentenza. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 160, nt. 53, giudica inaccoglibile la prospettazione di G., in quanto del tutto priva di sostegno normativo, ed in generale (*ivi*, pp. 126-127), sottolinea le serie difficoltà che la teoria del capo di sentenza come capo di questione incontra nello spiegare il funzionamento dell'appello e l'inidoneità di detti capi a produrre autonomi effetti.

¹⁵ BALZANO, *Acquiescenza, parti di sentenza e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, p. 224; FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, pp. 22; 44; 145-146; ATTARDI, *La revocazione*, Padova, 1959, p. 103 ss., spec. pp. 105-106; ID., *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. it.*, 1961, IV, c. 146-148, 153; ID., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1973, I, pp. 200-204; ID., *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 291; LIEBMAN, «Parte» o «capo» di sentenza, *cit.*, p. 47 ss., spec. p. 54; E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, pp. 107-112; CHIARLONI, *op. cit.*, pp. 43-46; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, *cit.*, pp. 253-256, nt. 207, pp. 762-763, nt. 151; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, pp. 55-69; RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, Padova, 1993, p. 304; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova 1999, 511.

¹⁶ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*³, *cit.*, pp. 988 e 1136.

¹⁷ LIEBMAN, *op. cit.*, p. 59. Frazionata la sentenza sul piano orizzontale, relativo al suo contenuto imperativo, nonché sul piano verticale, relativo al suo contenuto logico, l'A. ammette autonomo rilievo esclusivamente alle parti del provvedimento aventi contenuto imperativo, riconducendo invece «nell'ambito di ciascun capo di sentenza» le soluzioni delle questioni di fatto e di diritto, intese come «momenti successivi della preparazione [...] di un'unica statuizione, di un unico atto decisorio avente efficacia imperativa» (ID., *op. cit.*, p. 54). Il capo di sentenza corrisponde al capo di domanda, sì che la sentenza resa su processo cumulativo è dotata di più capi «comunque il cumulo possa essersi determinato (tenendo quindi conto delle domande proposte sia dall'attore, sia dal convenuto con le sue eventuali domande riconvenzionali, sia infine anche dai terzi che siano intervenuti nel processo e abbiano proposto domande proprie) e qualunque sia il rapporto esistente tra i vari oggetti (cumulo semplice, accessorio, subordinato, eventuale, alternativo), salvo naturalmente la possibilità dell'assorbimento, quando la pronuncia su uno degli oggetti cumulati renda superfluo l'esame dell'altro o degli altri» (ID., *op. cit.*, pp. 51-52). La correlazione tra capo di domanda e capo di sentenza non è però l'unico criterio utile per individuare capi autonomi, poiché la sentenza può essere ripartita in più capi anche in assenza di processo cumulativo ma in presenza di una domanda con *petitum* divisibile «e perciò suscettibile di variazioni quantitative nella misura del suo accoglimento e reciprocamente della sua reiezione» (ID., *op. cit.*, p. 53). Al capo di sentenza va ricondotta altresì la soluzione di questioni preliminari *litis ingressum impediens*, poiché ognuna «afferma o nega il potere e il dovere del giudice di giudicare sulla doman-

te di pensiero, relativistica ed opposta alle concezioni unitarie del capo di sentenza, secondo la quale è parte di sentenza appellabile, *ex art.* 329, 2° comma, c.p.c., una frazione del suo contenuto imperativo suscettibile di passare in cosa giudicata, mentre è parte di sentenza d'appello la singola decisione di questione, possibile oggetto di ricorso per cassazione¹⁸.

da proposta» (ID., *op. cit.*, p. 54). In sintesi, «capo di sentenza è ogni decisione su un autonomo oggetto del processo, sia che decida sulla sua ammissibilità, sia che decida sulla sua fondatezza» (ID., *op. cit.*, p. 56). La tesi di LIEBMAN ha suscitato molte perplessità in dottrina: BONSIGNORI, *op. cit.*, pp. 952-953, critica la prospettazione di L. nella parte in cui da un lato, ammette che qualsiasi questione pregiudiziale di rito sia idonea a costituire parte di sentenza, mentre dall'altro lato esclude che quest'ultima possa essere formata dalla decisione di questioni preliminari o pregiudiziali di merito. Osserva BONSIGNORI che, sebbene nel caso in cui sia risolta negativamente una questione di merito avente carattere preliminare la decisione si formi progressivamente, nel senso che artificialmente tale pronuncia è staccata dalle altre ed è oggetto di sentenza parziale, tuttavia il frammento di decisione così emanato resta autonomo e autonomamente può essere impugnato. Più recentemente, TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, p. 62, nt. 100 (replicando l'identica obiezione mossa in passato da CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 167, nt. 61, cui ha aderito CONSOLO, *op. cit.*, p. 164, nt. 97), ha segnalato la contraddittorietà insita nel voler, da un lato, ritenere che l'oggetto della decisione sul rito sia l'ammissibilità del giudizio di merito, e dall'altro lato, ammettere che a fronte di una pluralità di questioni processuali si abbiano altrettante decisioni strutturalmente autonome, affermando che se «le questioni impedienti sono più, ciascuna di esse dà luogo a un capo di sentenza» (LIEBMAN, *op. cit.*, p. 55). A causa di tale «sfasatura» (CERINO CANOVA, *op. loc. cit.*), la posizione di LIEBMAN rimane piuttosto isolata, sebbene GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, cit., pp. 426-427, nt. 84, sembri condividere questa nozione di parte o capo di sentenza. G. riscontra sempre, nei casi di ultrapetizione non meramente quantitativa, una pluralità di capi, alcuni dei quali non sorretti da alcuna domanda, mentre avverte che nei casi di extrapetizione il cumulo è occasionale e vi è corrispondenza tra domanda e pronuncia quanto al numero di capi. A sua volta FERRI, che può annoverarsi tra gli esponenti della dottrina vicini al pensiero di LIEBMAN, esclude però che la sentenza processuale, in particolare quella sulla giurisdizione, decida «sull'ammissibilità della domanda isolatamente», in quanto essa «statuisce su di una certa fattispecie processuale strumentalmente connessa con la domanda avanzata davanti ad un determinato giudice» (FERRI, *In tema di giudicato sulla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pp. 358-359). La difficoltà di un'integrale condivisione della ricostruzione di LIEBMAN, scevra però dalla incoerenza di cui si è testé detto, è ancora più evidente nella parte in cui FERRI, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, pp. 439 e 441, respingendo la teoria del doppio oggetto del giudizio nella sua "originale" versione tedesca (sulla quale v. *infra*, capitolo II, § 4.2.), da un lato riconosce (citando L.) che «ogni decisione sulle condizioni di trattabilità della causa nel merito implica un giudizio "a sé stante sull'oggetto del processo: un giudizio che non riguarda la sua fondatezza, ma la sua ammissibilità in quel processo"», ma dall'altro lato afferma che «oggetto della decisione di rito è una determinata fattispecie processuale, non l'astratto dovere del giudice di giudicare», incappando così anch'Egli in una contraddizione. Infine CHIARLONI, *op. cit.*, pp. 44-45, nt. 23 (ma v. pure pp. 55-57 per una diretta critica alla tesi di LIEBMAN), esclude che le soluzioni di questioni pregiudiziali di rito costituiscano parte di sentenza *ex artt.* 336, 1° comma, e 329, 2° comma, c.p.c. (dissentente CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 125, nt. 6, che rimprovera a CHIARLONI di aver trascurato il fenomeno delle sentenze parziali).

¹⁸ Il seme di quest'idea è contenuto già nell'opera di COSTA, *Contributo al concetto di «capo» di sentenza nel processo civile*, cit., p. 41 ss., p. 70; ID., *Nuove conclusioni nel giudizio di rinvio*, in

La teoria relativistica era stata variamente avversata¹⁹, poiché la si accusava di adottare un'interpretazione variabile della lettera della legge, che pure menziona la parte della sentenza nel contesto delle disposizioni sulle impugnazioni in generale²⁰; essa inoltre non spiegava l'appellabilità in via immediata delle sentenze non definitive²¹.

Scritti dedicati ad A. Raselli, I, Milano, 1971, pp. 612-614, ma, ancor prima, in CALAMANDREI, *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, cit., p. 96, nt. 3; successivamente, v. ALLO-RIO, *Gravame incidentale della parte totalmente vittoriosa?*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, p. 543, che prospettava «una duplice nozione di capo, valida rispettivamente, nella prima forma (chiovendiana), per il giudizio di appello, e nella seconda forma (carneluttiana), per il giudizio di rinvio»; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, II, Napoli, 1956, sub art. 329 c.p.c., pp. 384-385; LASERRA, *Il giudice dell'impugnazione e le nullità insanabili non dedotte*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 570, concorda con ANDRIOLI quando asserisce che le pronunce sulla nullità o sulla validità del rapporto processuale sono «quantitativamente capaci di acquiescenza, perché ben sono configurabili come "parti" o "capi" di sentenza», salvo poi aggiungere (*ivi*, p. 573) che la giurisdizione è «qualitativamente» insuscettibile «sia di acquiescenza, sia di effetti preclusivi ad opera di una sentenza inferiore sui poteri del giudice superiore, sia di una limitazione dei poteri di quest'ultimo all'oggetto intenzionale dell'impugnazione»; NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, p. 407 ss., spec. pp. 412-416.

¹⁹ Già da PAVANINI, *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio*, cit., p. 143 ss.; ATTARDI, *La revocazione*, cit., p. 105 s.

²⁰ CHIARLONI, *op. cit.*, p. 41. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 129, obietta a quest'osservazione che «il termine "parti" dell'art. 329, cpv. indica solo il risultato di un frazionamento della sentenza, che può essere logicamente condotto alla stregua di criteri diversi a seconda del grado in cui la pronuncia è emessa», salvo poi, riconosciuta l'identità di disciplina di formazione della sentenza di primo e di secondo grado, esigere un'uguale autonoma efficacia per capi di sentenza di primo grado e per capi di sentenza d'appello.

²¹ CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 130; BONSIGNORI, *op. cit.*, pp. 951-952.

Estremamente interessante, anche per la dovizia ricostruttiva dei trascorsi dottrinali sul tema del capo di sentenza, è la posizione di BONSIGNORI, che, critico riguardo alle concezioni relativistiche, esalta l'allora recente «concezione composita e realistica, e non già puramente dogmatica» (BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 950; ID., *Impugnazioni civili in generale*, in *Dig. disc. privat.*, 1998, p. 347: l'A. si riferisce a SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1959/1962, sub art. 329, pp. 53-54, e a GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e ricorso incidentale della parte resistente*, in *Jus*, 1963, p. 285), in virtù della quale a capo di sentenza deve farsi corrispondere, tanto per l'appello quanto per il ricorso per cassazione, il capo di domanda se è stata pronunciata sentenza definitiva, e il capo di questione contenuto in sentenza non definitiva; DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, pp. 227-228; NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, cit., pp. 412-416; CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 128, t. e nt. 11, apprezza questa costruzione "intermedia" nella parte in cui si armonizza con il dato positivo, che ammette l'impugnazione di sentenze parziali ma, nella parte in cui riconduce a capo di sentenza la soluzione di determinate questioni, le attribuisce le medesime difficoltà già riconosciute da PAVANINI, *op. cit.*, pp. 139-140)].

Capo di sentenza è perciò «ogni statuizione giudiziale autonoma» sia essa decisione su questione preliminare processuale o su questione pregiudiziale o preliminare di merito, purché nella forma di sentenza non definitiva. Non tutte le soluzioni di questioni danno un capo di sentenza: «essendone escluse quelle non autonome, siano esse assorbite dalla decisione definitiva, o anche eventualmente conglobate in una pronuncia non definitiva, ma che importi, però, una espressa

statuizione che la ricomprenda» (BONSIGNORI, *L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi (effetto esterno)*, cit., p. 954).

In uno studio dedicato alle questioni preliminari di merito, GARBAGNATI (già annoverato da BONSIGNORI tra gli ispiratori della dottrina “composita e realistica”, v. *supra*, in questa nota), dopo aver riconosciuto che ai sensi dell'art. 279, 2° comma, n. 2 e 4, c.p.c., il rigetto di eccezione preliminare di merito rappresenta il dispositivo della sentenza non definitiva, nonostante il suo carattere meramente strumentale rispetto alla decisione finale, constatava che l'adozione di un concetto di capo di sentenza coincidente con la statuizione di merito relativa a capo di domanda avrebbe, da un lato, ridotto la sentenza non definitiva a parte della motivazione della sentenza definitiva e, dall'altro lato, negato che con la sentenza non definitiva il giudice eserciti potestà decisoria. Se dunque il giudice rigetta con sentenza non definitiva due eccezioni preliminari di merito, entrambe le decisioni costituiscono parti di sentenza, sì che se l'impugnazione è limitata ad una sola di esse, vi è acquiescenza parziale sull'altra ex art. 329, 2° comma (GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, pp. 404-406; analogamente CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 125, nt. 6).

Circa l'idoneità del rigetto di questione preliminare di merito ad integrare gli estremi di parte della sentenza definitiva di merito con cui sia accolta o rigettata la domanda, GARBAGNATI però risponde negativamente: la decisione *de qua* resta strumentale rispetto al provvedimento finale, cosicché, così come la sentenza non definitiva che rigetti una questione preliminare ha un'efficacia puramente endoprocessuale e non già di giudicato, analogamente ha efficacia solo endoprocessuale la decisione di rigetto dell'eccezione preliminare racchiusa nella sentenza definitiva. Poiché ciò che ha abitudine a passare in cosa giudicata è il dispositivo della sentenza definitiva di merito, la pronuncia sull'eccezione preliminare di merito non rientrerebbe mai nel dispositivo (GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, cit., pp. 406-407).

A questo proposito GARBAGNATI muta il proprio precedente convincimento, espresso in *Questioni preliminari di merito e ricorso incidentale della parte resistente*, cit., p. 287: qui l'A. sosteneva che la decisione di una questione preliminare di merito contenuta in sentenza definitiva che decida totalmente in appello il merito della causa è parte di sentenza ex art. 329, 2° comma (sul “mutamento di rotta” di G., v. pure PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, II, pp. 524-531). Con riguardo a questa sua passata opinione, GARBAGNATI stesso (*Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, cit., p. 407) osserva che essa «potrebbe apparire confortata sia dall'art. 277, 1° comma, cod. proc. civ., che obbliga il giudice che pronunci definitivamente sul merito della causa a “decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni”, sia dall'art. 112 cod. proc. civ., che accanto alla pronuncia sull'intera domanda, colloca la pronuncia sulle eccezioni proposte dalle parti», ma tuttavia trova che si possa così smentire (*op. ult. cit.*, p. 408): «se la decisione di rigetto di una eccezione preliminare di merito facesse parte del dispositivo di una sentenza definitiva, essa dovrebbe potersi sempre impugnare in via principale, indipendentemente dalla impugnazione della decisione del merito (in senso stretto) della causa».

Fermo questo chiarimento, la decisione di una questione preliminare di merito è espressione dell'attività decisoria del giudice, e non va perciò identificata con la mera motivazione: il divario tra la prima e la seconda è segnalato, per GARBAGNATI, dagli artt. 276 e 360, 1° comma, n. 5, c.p.c. (quest'ultimo nella formulazione vigente prima della sostituzione disposta dall'art. 2, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, dunque «per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio»). In generale, la decisione di qualsiasi questione pregiudiziale e preliminare di merito, pur non rientrando nel dispositivo e non potendo ambire al passaggio in giudicato, sarebbe manifestazione dell'esercizio della potestà decisoria del giudice, così come lo è il dispositivo (*op. cit.*, pp. 409-411).

Sicché il dilemma ancora una volta consiste nel riferire il concetto di “parte” di sentenza solo alle frazioni del dispositivo di sentenza definitiva (che è divisibile in più parti quando decide in merito ad una pluralità di domande cumulate), od anche alle parti in cui risulti scomponibile l'intero apparato decisorio – ricomprensivo, dunque, del rigetto di questioni preliminari di merito –, di tale sentenza.

L'imponenza dei temi coinvolti e la ricchezza di sfaccettature presenti negli studi ormai "maturi" sul capo di sentenza sconsiglia di profondersi in ulteriori sforzi di sintesi, che oltre ad offrire, inevitabilmente, una visione parziale dei risultati raggiunti, sarebbero poi inconferenti rispetto allo scopo che ci si è prefisso, ossia quello di porre le basi per un'analisi dell'efficacia delle sentenze caratterizzate da pluralità non necessaria di pronunce.

2.2. (Segue) Considerazioni circa la rilevanza degli studi sul capo di sentenza nella presente indagine.

Occorre a questo punto valorizzare un risultato raggiunto nel contesto degli

Nel giudizio di appello il concetto di parte di sentenza andrebbe dunque inteso restrittivamente «per indicare unicamente le parti in cui eventualmente si scinda il suo dispositivo» (*op. cit.*, p. 414): il rigetto di questione preliminare di merito non contenuto in sentenza non definitiva non ha nessuna efficacia vincolante e deve escludersi in relazione ad esso l'operatività dell'art. 329, 2° comma.

Quanto al ricorso per cassazione, cui non è riconducibile un effetto devolutivo, il concetto di parte di sentenza si estende ad «ogni frazione della parte decisoria della sentenza impugnata: e quindi, non soltanto una frazione del dispositivo, ma anche la singola pronuncia in merito ad una eccezione in senso proprio, che concorra a formarne la parte decisoria, pur nell'ambito del medesimo dispositivo» (*op. cit.*, p. 426).

GARBAGNATI dunque, equiparando capo di sentenza d'appello e decisione di questione, conclude che la decisione di rigetto della questione preliminare di merito adottata con quella sentenza poi cassata per motivi diversi da quelli che sorreggono la censura del suddetto rigetto, conserva efficacia ed è preclusa al giudice del rinvio una nuova pronuncia su quell'eccezione: «Nulla autorizza infatti a ritenere aprioristicamente che l'espressione "parti della sentenza" abbia un valore univoco, in relazione a ciascun mezzo di impugnazione» (*op. cit.*, p. 423). L'efficacia preclusiva della decisione di rigetto del giudice di appello sulla questione preliminare sarebbe infatti del tutto analoga a quella prodotta dalla sentenza non definitiva passata in giudicato formale con cui sia stata rigettata un'eccezione preliminare di merito. Di contro, secondo quella dottrina che individua nel capo di sentenza d'appello la decisione in merito alla domanda, il giudice di rinvio potrebbe accogliere l'eccezione preliminare di merito rigettata nella sentenza cassata, sebbene il rigetto non sia stato censurato dalla Corte di cassazione: infatti, l'accoglimento del ricorso coinvolgerebbe necessariamente anche le decisioni di singole questioni, strumentalmente coordinate alla statuizione di merito sulla domanda.

A conclusioni omologhe a quelle tratte circa il rigetto di questione preliminare di merito Egli perviene in ordine all'ipotesi del rigetto di questione pregiudiziale di rito, con ciò dissentendo proprio da BONSIGNORI: GARBAGNATI (*op. cit.*, pp. 408-409) prende infatti le distanze dall'opinione che ravvisa nella decisione negativa su questione pregiudiziale di rito contenuta in sentenza definitiva un'autonoma statuizione imperativa suscettibile di passare in giudicato, e quindi un capo di sentenza (opinione sostenuta oltre che da BONSIGNORI, *op. ult. cit.*, pp. 953-954, già da LIEBMAN, *op. cit.*, pp. 54-56; MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 22, nt. 22; CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 167, nt. 61 e p. 168, nt. 65), e nega che la predetta decisione possa avere maggiore efficacia di quella che le è attribuita laddove sia oggetto di sentenza non definitiva. Il fatto che il rigetto di una questione pregiudiziale di rito contenuto in sentenza definitiva corrisponda a decisione sulla "ammissibilità" della domanda non sarebbe a suo avviso sufficiente per poter considerare quel rigetto come autonoma statuizione imperativa suscettibile di passare in giudicato, ovvero capo di sentenza inteso come parte del suo dispositivo.

studi sul capo di sentenza: pur nell'ambito della tesi del capo di sentenza come capo di domanda, si è detto che il prodotto della scomposizione della sentenza può non corrispondere a quanto rappresentato nella domanda, essendo possibile individuare nel capo di sentenza ulteriori partizioni²². *Il medesimo capo, infatti, può contenere una pluralità di pronunce*, ad esempio su eccezioni, *ex art. 112 c.p.c.*, o su rito e merito, *ex art. 43 c.p.c.*²³.

La profondità raggiunta dal confronto scientifico sul tema del capo di sentenza ha inoltre consentito di maturare una nuova consapevolezza, cui si è accennato in apertura del precedente paragrafo: lo studio della struttura della sentenza non necessariamente condiziona gli sviluppi né soddisfa le esigenze dello studio delle impugnazioni²⁴.

Sulla base di questa relativamente recente constatazione, la dottrina ha in definitiva manifestato una generale propensione per l'adozione di un concetto lato ed elastico di capo di sentenza, inevitabilmente intrecciato con la soccombenza²⁵.

²² CONSOLO, *op. cit.*, II, pp. 762-763, nt. 151, il quale evidenzia così la divergenza tra significato legislativo (*Gebotsbegriff*) e significato scientifico (*Ordungsbegriff*) della locuzione capo di sentenza.

²³ CHIARLONI, *op. cit.*, p. 56. Aggiunge SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 66: «Tenere presente questa possibilità di duplice frazionamento ed applicarla al processo in fase di gravame significa rendersi conto del perché l'impugnazione, almeno con riferimento alle sentenze definitive, si rivolge sempre e comunque contro, o almeno nell'ambito, di un capo di sentenza inteso come corrispettivo del capo di domanda, senza che questo tolga consistenza alla tematica delle impugnazioni eventualmente proponibili dalla parte vittoriosa nel merito che abbia visto risolta in modo a sé sfavorevole una questione». Né CHIARLONI, *op. cit.*, p. 56, nt. 39, né CONSOLO, *op. cit.*, II, pp. 762-763, nt. 151, fanno corrispondere al preliminare accertamento che il giudice compie sul proprio dovere decisorio un autonomo capo della sentenza di merito, diversamente da SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 53; ANDRIOLI, *Acquiescenza e questioni attinenti alla giurisdizione*, in *Foro it.*, 1954, I, cc. 10-11; MINOLI, *Questioni rilevabili d'ufficio ed acquiescenza*, cit., pp. 276-277; MONTESANO, *Sentenze endoprocedurali nei giudizi di merito*, cit., p. 22, nt. 22; GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e ricorso incidentale della parte resistente*, cit., p. 285; LIEBMAN, *op. cit.*, p. 54; E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, cit., pp. 111-112; BOVE, *Breve riflessione sui motivi specifici dell'appello e sull'articolo 346 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1988, I, pp. 475-476; CURAMI, *Mera riproposizione ex art. 346 o onere di impugnazione per l'appellato vincitore nel merito ma soccombente su una questione pregiudiziale di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, I, pp. 645-646. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 167, nt. 61 e pp. 168-169, nt. 65, è critico nei confronti dell'opinione di LIEBMAN, che non chiarirebbe se la pronuncia su più questioni pregiudiziali di rito costituisca un unico oggetto e un unico capo ovvero una pluralità di capi. Dissente poi anche da CHIARLONI, *op. cit.*, pp. 44-45, nt. 23, ove a suo avviso apoditticamente ravvisa, nella sentenza che decida nel merito dopo aver rigettato una questione pregiudiziale di rito, una sola statuizione.

²⁴ In questo senso già CHIARLONI, *op. cit.*, p. 57; CONSOLO, *op. cit.*, II, pp. 762-763, nt. 151; RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 109 ss., constatata l'impossibilità, sul piano della teoria generale, di legittimare un criterio di scomposizione della sentenza rispetto ad un altro, essendo tutti astrattamente validi, rinuncia a procedere alla delimitazione dell'oggetto dell'appello sul piano della teoria della sentenza, privilegiando l'analisi dell'acquiescenza parziale di cui all'art. 329, cpv.

²⁵ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, p. 355: «capo di sentenza è ogni frazione del contenuto imperativo di una sentenza del processo, frazione dotata di autonomia giuridica nel

L'attenzione si sposta dunque sul perimetro della "soluzione di questione", in cui oltre che cospicua dottrina anche la pratica giurisprudenziale individua senz'altro il capo di sentenza²⁶.

Ebbene, l'individuazione dell'«unità minima suscettibile di essere sottratta al giudicato o all'inverso di stabilizzarsi ai sensi dell'art. 329, 2° comma, c.p.c.»²⁷, si fa dipendere dalla scelta tra due tesi: secondo la prima, parte di sentenza è soluzione di «ciascuna delle questioni processuali impedienti e ciascuna delle fattispecie ad effetti costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi del diritto in contesa»²⁸; in base alla seconda, parte di sentenza è soluzione di «questione in senso tecnico»²⁹, che ha ad oggetto «un presupposto di fatto o di diritto della tutela richiesta»³⁰.

La preferibilità della prima opzione discende dall'esigenza di evitare che il frazionamento delle decisioni su domande contenute nella sentenza definitiva

senso che è idonea a determinare una situazione a sé stante di soccombenza in relazione al tipo di sentenza cui appartiene e ad acquistare il carattere dell'immutabilità (anche questa in relazione al tipo di sentenza): capo è così non ogni soluzione di questione da parte del giudice (come si afferma da teorie estremiste), ma solo quella soluzione che arreca rispettivamente un vantaggio e un pregiudizio qualificato (soccombenza) che tendono a consolidarsi, vantaggio e pregiudizio da valutare in relazione al tipo di sentenza»; SALVANESCHI, *op. cit.*, pp. 68-69, riconosce una stretta relazione tra impugnazione (a sua volta collegata "normalmente" al capo di domanda) e soccombenza, ma rileva altresì l'esistenza di casi in cui, pur mancando soccombenza formale, l'impugnazione è ammessa a fronte del rigetto di questione preliminare; TEDOLDI, *L'onere di appello incidentale nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2001, II, pp. 1306-1307. Della condivisibilità di un «approccio relativizzante» è ora convinto CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, p. 48, che a fronte di disposizioni in cui la correlazione tra capo di sentenza e capo di domanda è indubbia (come negli artt. 329, 2° comma, e 336, 1° comma, c.p.c.), ne distingue altre in cui la soluzione di questioni è dotata di autonomia nell'ambito dello stesso capo (v. gli artt. 43, 1° comma, 342 e 346 c.p.c.).

²⁶ V. riassuntivamente Cass., Sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260 (v. *infra*, capitolo II, § 4.3., nt. 139).

²⁷ RASCIO, *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Dir. e giur.*, 2008, 2, p. 180.

²⁸ RASCIO, *L'oggetto del giudizio di appello*, *op. loc. cit.*; ID., *L'oggetto dell'appello civile*, cit., pp. 121-122: le questioni processuali impedienti, ovvero le questioni di giurisdizione (sino all'entrata in vigore dell'art. 46, 9° comma, lett. a), l. 18 giugno 2009, n. 69, anche quelle di competenza) ed ogni altra astrattamente idonea a precludere il giudizio di merito, possono costituire oggetto di sentenza non definitiva ex artt. 187, 3° comma, e 279, 2° comma, nn. 1, 2 e 4, c.p.c., e dunque anche parte di sentenza definitiva che, se non impugnata, passa in giudicato formale (cfr.).

²⁹ R. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, p. 396.

³⁰ R. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., pp. 396-397. L'A. (*ivi*, p. 397) specifica che la questione di fatto può avere «ad oggetto l'esistenza/inesistenza di un fatto storico, complesso o semplice, appartenente alla fattispecie dedotta in giudizio», mentre quella di diritto ha ad oggetto «α) la qualificazione giuridica di un elemento della fattispecie; β) la qualificazione giuridica della fattispecie; γ) la disciplina applicabile alla fattispecie – decisione a sua volta scomponibile in: αα) individuazione della disposizione e ββ) relativa interpretazione, automaticamente rilevanti –; δ) l'effetto giuridico prodotto dalla fattispecie».

consenta, nel caso di mancata impugnazione, di ritenere calato il giudicato formale su «statuizioni non idonee a costituire l'esito finale di autonome richieste di tutela e così a produrre il giudicato sostanziale»³¹; in sintesi, ha attitudine a formare parte di sentenza qualsiasi decisione su questione che possa essere oggetto di sentenza non definitiva³². A questa accezione di parte di sentenza, più convincente e strutturalmente attendibile, si presta qui adesione. Non sembra peraltro superabile il rilievo per il quale un frazionamento ulteriore, "minimale" della sentenza, sarebbe altamente sconsigliabile a causa delle ineludibili difficoltà interpretative ed applicative, a loro volta frutto di valutazioni estremamente discrezionali e non controllabili³³.

A conclusione di questa inevitabilmente sommaria rassegna del panorama dottrinale sul tema del capo o parte di sentenza, sembrano consentiti anzitutto una certa relativizzazione, quindi un rinvio.

Ammesso infatti che sul piano della teoria della sentenza non è preclusa, in astratto, alcuna strada³⁴, e che dunque ad una pluralità di pronunce può corrispondere specularmente una pluralità di capi, così come un unico capo è il possibile contenitore di più decisioni, la rilevanza dell'aspetto strutturale sfuma e cede il passo allo studio della validità e dell'efficacia della sentenza contenente una o più decisioni non necessarie, o meglio delle sentenze, giacché trattasi, come spesso si è ripetuto, di fenomeni non riconducibili ad unità.

L'interesse per il tema del capo di sentenza riemergerà allora in presenza di un potere e di un onere di impugnazione di un provvedimento del genere, una volta che se ne sia stabilita l'idoneità a produrre effetti fuori del processo e nell'ambito del giudizio di impugnazione.

Se si pone mente infatti alle ipotesi di pluralità non necessaria di pronunce, sulle quali ci si soffermerà nel prosieguo del corrente capitolo, si conclude che esse ricomprendono la pluralità di decisioni sia su domande (come accade quando sia violato il principio di assorbimento, v. *infra*, § 4.2.; capitolo III, § 7.1.), sia su questioni pregiudiziali di rito o su questioni preliminari di merito (v. i casi di pluralità delle *rationes decidendi* poste a fondamento della medesima

³¹ RASCIO, *L'oggetto del giudizio di appello*, cit., p. 180.

³² RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 119 ss.

³³ Così RASCIO, *L'oggetto del giudizio di appello*, cit., pp. 181-182, in relazione alla opinione di R. POLI, *op. cit.*, pp. 184-186, seguita da CARBONARA, *Questioni di merito e idoneità al giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 696-699. Tuttavia RASCIO, *Impugnazione e riproposizione ex art. 346 c.p.c. al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 274, t. e nt. 29, osserva che questa seconda impostazione è condivisa dalla più recente giurisprudenza: v. Cass., 4 febbraio 2016, n. 2217, Cass., 14 luglio 2015, n. 14670, Cass., 28 settembre 2012, n. 16583; Cass., 29 luglio 2011, n. 16808; e che essa sembra confortata anche dal testo del novellato art. 342 c.p.c.

³⁴ LIEBMAN, *op. cit.*, pp. 48-51; SALVANESCHI, *op. cit.*, pp. 65-66; RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 109.

pronuncia, v. *infra* § 9.1.; capitolo III, § 3.), sia infine su questioni pregiudiziali di rito e su domande (*absolutio ab instantia* seguita da rigetto o addirittura da accoglimento nel merito, v. *infra* §§ 7., 8.).

Ed allora un primo, lineare approdo nella sistemazione delle disomogenee ipotesi che si riassumono qui come casi di pluralità non necessaria di pronunce sembra essere rappresentato così dalla loro riconducibilità all'espressione della potestà decisionale del giudice, ricompresa pure nell'apparato motivazionale, argomentativo, che contribuisce a legittimare l'esercizio di quella potestà (v. *infra*, § 9.1.).

2.3. (Segue) La frazionabilità della decisione arbitrale.

Ai sensi dell'art. 816-*bis*, ult. comma, c.p.c., su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento, gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito.

Prima della riforma del 1994 (l. 5 gennaio 1994, n. 25), non esisteva traccia normativa di lodi parziali o non definitivi, sì che la possibilità dell'espressione decisoria degli arbitri prima del lodo definitivo era controversa³⁵.

Dopo le novelle del 1994 e del 2006 (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), la potestà decisoria arbitrale *ante* definizione del giudizio può variamente esprimersi: con ordinanze revocabili non soggette a deposito, su tutte le questioni (comprese quelle relative allo "svolgimento del procedimento") che si presentano nel corso del procedimento (art. 816-*bis*, ult. comma); con ordinanze revocabili non soggette a deposito del presidente del collegio arbitrale autorizzato dalle parti o dagli arbitri ad emanarle per la soluzione delle sole questioni relative allo "svolgimento del procedimento" (art. 816-*bis*, 2° comma)³⁶; con lodo non definitivo impugnabile solo unitamente al lodo definitivo, su tutte le questioni di rito o di merito (anche non) idonee a definire il giudizio³⁷ (arg. *ex artt.* 816-*bis*, ult. comma, 827, ult. comma); con lodo parziale immediatamente impugnabile, per

³⁵ AULETTA, *Lodo parziale e lodo non definitivo*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 263. Per una critica all'orientamento giurisprudenziale, precedente la novella del 1994, dell'indivisibilità del lodo e del giudizio arbitrale, v. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., *passim*.

³⁶ Ritene AULETTA, *Lodo parziale e lodo non definitivo*, cit., p. 263, che l'ordinanza revocabile non soggetta a deposito sia la sola forma che possono assumere le soluzioni delle questioni circa lo svolgimento del procedimento, sia se emanate dal presidente, sia se emanate dal collegio arbitrale. Dovrebbe comunque trattarsi di ordinanze che hanno ad oggetto la determinazione di tempi e modi dello svolgimento del processo arbitrale, con le quali non è esercitato il potere decisorio in senso proprio.

³⁷ AULETTA, *op. loc. ult. cit.*

la condanna generica *ex art. 278 c.p.c.* o per la decisione di una delle più domande proposte, senza definire l'intero giudizio (art. 827, ult. comma, nella lettura datane da Cass., Sez. un., 18 novembre 2016, n. 23463)³⁸.

Quanto alle decisioni di rigetto di eccezioni in senso stretto, che non attribuiscono nessun bene della vita, e su questioni relative alla convenzione arbitrale, la dottrina e la giurisprudenza si sono orientate nel senso di ritenere che debbano assumere la forma di lodo non definitivo³⁹.

Nella prassi, poi, si registra l'impiego della forma del lodo parziale per la condanna al pagamento di somme non contestate⁴⁰.

Prescindendo momentaneamente dal tema della forma delle decisioni arbitrali, sembra che la minima unità azionabile nel giudizio arbitrale non coincida con quella azionabile nel processo giurisdizionale⁴¹, quest'ultima insuscettibile di frazionamenti che si spingano oltre il piano dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi (ad esclusione di quelle eccezionali ipotesi in cui il giudizio può vertere su *quæstiones iuris o facti*): si considerino ad es. le *querelles* relative alla deferibilità in arbitri della denuncia «di fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione» *ex art. 2409 c.c.*⁴², e alla compromettibilità di «contrastati tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società» (*ex art. 37, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, operante per s.r.l. e società di persone*)⁴³.

³⁸ Si consideri poi che un lodo definitivo può essere scomposto in tante parti (*ex art. 830, 1° comma, c.p.c.*) quante sono (oltre che le domande su cui ha pronunciato, altresì) le decisioni delle singole questioni aventi ad oggetto presupposti di fatto o di diritto della decisione di merito richiesta agli arbitri (cfr. RUFFINI, *Sulla nullità parziale del lodo arbitrale*, in *Giust. civ.*, 2005, p. 1334 ss.). Osserva BOCCAGNA, in *Commentario del codice di Procedura Civile*, a cura di COMOGGIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA, Milano, 2014, VII, *sub art. 830*, p. 884 s., che per la nozione di "parte di lodo" di cui all'art. 830, 1° comma, c.p.c., si pongono problemi analoghi a quelli che avvincono la dottrina con riguardo alla parte o al capo di sentenza.

³⁹ V. AULETTA, *op. cit.*, p. 263 s.; MARZOCCO, in *Commentario del codice di Procedura Civile*, a cura di COMOGGIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA, Milano, 2014, VII, *sub art. 827*, p. 735 ss., e Cass., Sez. un., n. 23463/2016, cit., in *Riv. arb.*, 2017, p. 87 ss., con nota di CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi e la distinzione tra lodo non definitivo su questioni e lodo parziale secondo le Sezioni Unite*. Sul tema si tornerà nel capitolo III, § 2.2.

⁴⁰ Collegio arbitrale di Roma, 8 luglio 2009, in *Riv. arb.*, 2009, p. 731 ss., con nota di NELA, *Un caso di somme non contestate innanzi agli arbitri*, caso menzionato da AULETTA, *op. cit.*, p. 264.

⁴¹ Questa è la conclusione cui perviene AULETTA, *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di AULETTA-CALIFANO-DELLA PIETRA-RASCIO, Napoli, 2010, p. 35 ss., sulla scorta della (novellata nel 2006) lettera degli artt. 806 e 808-*bis* c.p.c.

⁴² V. ZOPPINI, *I diritti disponibili relativi al rapporto sociale, nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1173 ss., spec. p. 1184-1185, per la tesi affermativa dell'arbitrabilità; contrario AULETTA, *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, cit., p. 36 ss.

⁴³ AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 46, ad avviso del quale (p. 43) nelle ipotesi in cui il lodo ha ad og-