



ALESSANDRO CARISSIMO

Cass. civ., sez. III, 21 febbraio 2020, n. 4689; Giud. Amendola; M. P. (Avv. G.M. Pottino) c. S.R.,
D.R.,
D.SG., D.A. (Avv. A. Costantini)

La tardività di un'eccezione in senso stretto (nella specie, di prescrizione), non rilevata né dalla controparte né dal giudice di ufficio nel processo di primo grado, può essere valutata di ufficio dal giudice di appello poiché la parte, vittoriosa in primo grado anche su tale eccezione, non ha l'onere di impugnazione incidentale o di riproposizione della questione, non formandosi, quindi, un giudicato implicito sul punto.

FATTI DI CAUSA. – D.L. ha presentato domanda per il rilascio del porto d'armi alla Prefettura di Salerno. Avutone rigetto, ha inviato una lettera a diverse istituzioni, compresa la Prefettura stessa ed il Ministero degli Interni con la quale gettava cattiva luce sulla persona e sull'operato dell'allora Vice Prefetto vicario, M.P.

Quest'ultimo, ritenendosi diffamato, ha citato in giudizio inizialmente il D., ma il procedimento si è interrotto, per cause relative al difensore, e lo stesso D. è defunto poco dopo l'interruzione. Così che il M. ha ripreso la sua azione verso gli eredi del convenuto iniziale, chiedendo la loro condanna al risarcimento dei danni.

Il Tribunale di Nocera Inferiore ha accolto la domanda, implicitamente rigettando l'eccezione di prescrizione, sollevata tardivamente dai convenuti con la memoria di cui all'art. 183, anziché con la comparsa di costituzione.

Gli eredi del D. hanno proposto appello, ribadendo l'intervenuta prescrizione del diritto, e la corte di secondo grado ha accolto questa eccezione, sul presupposto che, pur essendo stata tardivamente proposta, e seppur avrebbe dovuto il giudice di primo grado rilevarne d'ufficio la tardività, l'attore vi avrebbe fatto acquiescenza, non avendo eccepito la decadenza in prima istanza, e non avendo riproposto l'eccezione relativa sotto forma di appello incidentale.

Ora, questa *ratio decidendi* è contestata dal M. con un motivo di ricorso, illustrato ulteriormente da memoria, al quale resistono con controricorso gli eredi D.

RAGIONI DELLA DECISIONE. –

1.- La ratio della decisione impugnata.

La corte di appello premette che l'eccezione di prescrizione era tardiva, in quanto proposta non con la comparsa di costituzione, bensì con la memoria istruttoria; premette altresì che il Tribunale avrebbe dovuto rilevarla d'ufficio, ma che, non avendolo fatto, era onere dell'attore eccepire la decadenza per tardività. L'attore non solo non ha eccepito alcunchè, ma non ha riproposto la questione della decadenza con l'appello incidentale, come invece avrebbe dovuto fare.

Con la conseguenza che sulla questione si è formato giudicato, nel senso che la tardività della eccezione di prescrizione, non essendo oggetto di appello incidentale, non poteva più essere discussa, e l'eccezione stessa andava dunque valutata nel merito.

Così premesso, la corte di appello ha dunque accolto quella eccezione ed ha dichiarato prescritto il diritto.

2.- Il ricorrente propone un solo motivo di ricorso, con cui denuncia una erronea interpretazione degli artt. 345 e 346 c.p.c.

In sostanza, sostiene che la corte di merito ha errato nell'imporgli l'onere dell'appello incidentale, ossia ha errato nel ritenere che egli avrebbe dovuto riproporre l'eccezione di decadenza con l'appello incidentale, e l'errore starebbe nel fatto di non considerare che la parte vittoriosa in primo grado non ha l'onere dell'appello incidentale per riproporre in appello le questioni poste in quel grado ed assorbite.

Il motivo è fondato.

Questa corte ha ritenuto che "soltanto la parte vittoriosa in primo grado non ha l'onere di proporre appello incidentale per far valere le domande e le eccezioni non accolte e, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia ex art. 346 c.p.c., può limitarsi a riproporle; per contro, la parte rimasta parzialmente soccombente in relazione ad una domanda o eccezione, di cui intende ottenere l'accoglimento, ha l'onere di proporre appello incidentale, pena il formarsi del giudicato sul rigetto della stessa" (Cass. 6550/2013; Cass. 9889/2016).

Nella fattispecie il ricorrente è stato vittorioso in primo grado, in quanto, da un lato, l'eccezione di prescrizione fatta dai convenuti nei suoi confronti è stata implicitamente rigettata, e dall'altro, proprio come conseguenza di questo implicito rigetto, il Tribunale ha accolto nel merito la domanda di risarcimento del danno.

Il che significa che, di certo, il ricorrente non aveva l'onere di fare appello incidentale sulla questione della prescrizione, ossia sul fatto che l'eccezione di prescrizione fosse tardiva.

Tuttavia, ritengono i controricorrenti che, se pure il ricorrente non aveva l'onere di fare appello incidentale sulla tardività della prescrizione, aveva tuttavia quello di riproporre comunque la questione, ossia di introdurre nel giudizio la questione della decadenza dall'eccezione di prescrizione in cui erano incorsi i convenuti. Non avendolo fatto, ha prestato acquiescenza, come risulterebbe pure dall'orientamento di legittimità sopra citato, il quale richiede che, per evitare la presunzione di rinuncia ex art. 346 c.p.c., la parte deve comunque riproporre la questione fatta valere in primo grado, anche se non necessariamente sotto forma di appello incidentale. Per contro, il ricorrente non solo non ha fatto appello incidentale, ma neanche ha riproposto la questione della decadenza dei convenuti quanto alla eccezione di prescrizione.

L'argomento è pertinente quanto al caso cui è riferita la giurisprudenza sopra citata, ma non lo è quanto al caso concreto.

Infatti, l'onere di riporre la questione è pur sempre l'adempimento dell'onere originario di eccepire.

Ossia: può ritenersi che abbia rinunciato ad una eccezione la parte che aveva l'onere di farla in primo grado. Ma se l'onere non v'era (e non v'è quando la questione è comunque rilevabile d'ufficio) non può sorgere in appello, attraverso l'imposizione alla parte di introdurre comunque una questione che in primo grado poteva anche non introdurre, essendo rilevabile d'ufficio.

La rinuncia implicita ad una eccezione, per il fatto di non averla espressamente riproposta (sotto quale forma non rileva) presuppone un onere che, non assolto in primo grado, può utilmente esserlo anche in appello.

Escluso che l'attore debba proporre impugnazione incidentale per riproporre la questione della tardività della eccezione, è altresì escluso che debba comunque introdurre, a pena di decadenza, tale questione con le sue difese in appello.

Se si opina così, si introduce un onere in appello (quello di porre comunque la questione della decadenza) che in primo grado non v'era, poiché la decadenza era rilevabile d'ufficio.

In altri termini, se sulla questione della decadenza dalla eccezione di prescrizione non si forma giudicato, la questione è ancora discutibile, e dunque rimane integra la rilevanza d'ufficio che v'era in primo grado, senza bisogno che la questione venga riproposta in appello.

E si consideri che, su tale eccezione, il giudice di appello ha gli stessi poteri officiosi di quello di primo grado.

Del resto, sulla intervenuta prescrizione v'era appello principale dei convenuti, che dunque hanno introdotto il *thema decidendum*, rispetto al quale non era venuta meno la rilevanza d'ufficio della decadenza di quella eccezione, che poteva venire meno solo in caso di giudicato implicito.

Ossia: il giudice di appello non può ritenere "consumato" il potere officioso di rilevare la decadenza, se sulla questione relativa non si è formato giudicato, e sappiamo che il giudicato non si è formato proprio dall'argomento per cui l'attore non ha l'onere della impugnazione incidentale. Solo se avesse l'onere della impugnazione incidentale potrebbe dirsi formato il giudicato (in caso di omessa impugnazione).

Senza tacere del fatto, già menzionato, che il giudice di appello ha gli stessi poteri officiosi di quello di primo grado, e può dunque rilevare da sé la tardività della eccezione come avrebbe dovuto fare quello di prima istanza.

Del resto, la mancata eccezione di decadenza in primo grado non consuma il potere officioso del giudice di rilevare la tardività della eccezione di prescrizione. Ed il fatto che tale potere non sia esercitato e che questa omissione non sia denunciata dalla parte interessata in appello, non comporta che quel potere è consumato.

Diversamente, se si ritenesse che la parte, omettendo di eccepire la tardività dalla eccezione di prescrizione, "rinuncia" a far dichiarare decaduta la parte che eccepisce, si negherebbe surrettiziamente la natura di eccezione in senso stretto a quella di prescrizione.

Il ricorso va pertanto accolto e la sentenza cassata.

P.Q.M. – La Corte accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di appello di Salerno in diversa composizione, anche per le spese.

La Cassazione ancora sulle difese dell'appellato ed il giudicato implicito. La rilevanza *ex officio* in appello della tardività di un'eccezione in senso stretto

Con la presente nota a Cass. civ., 21 febbraio 2020, n. 4689, si affrontano vari profili relativi alla questione di ammissibilità di una eccezione in senso stretto tardiva. Le implicazioni sistematiche sono molteplici, toccando la rilevanza d'ufficio e l'impugnazione della sentenza, l'appello e la sua natura di *revisio prioris instantiae*, nonché il giudicato implicito ed il *discrimen* tra appello incidentale (*ex art. 343 c.p.c.*) e mera riproposizione (*ex art. 346 c.p.c.*).

In this comment on the decision of the Civil Court of Cassation n. 4689 of the 21/02/2020 are faced many profiles related to question of admissibility of a late objection in the strict sense. There are several systematic implications, involving the possibility to raise *ex officio* and the challenge to the judgment, the appeal and its nature of *revisio prioris instantiae*, as well as the implicit judgment and difference between interlocutory appeal (pursuant to art. 343 c.p.c) and the mere resubmission (pursuant to art. 346 c.p.c.).

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il sistema delle preclusioni in primo grado: l'art. 167 c.p.c. – 3. Evoluzione ed oggetto dell'appello. – 4. L'appellato tra appello incidentale e mera riproposizione. – 5. Brevi cenni sul giudicato implicito. – 6. Cass., 21 febbraio 2020, n. 4689 e considerazioni finali.

1. Introduzione

Il rapporto tra mera riproposizione ed appello incidentale è di certo ampiamente discusso, sia in dottrina che in giurisprudenza. La *quaestio* da risolvere, frutto del generico ed equivoco dettato dell'art. 346 c.p.c.¹, concerne l'esigenza di stabilire di quale istituto debba avvalersi l'appellato², al fine di devolvere al giudice d'appello, adito in via principale dalla controparte, la cognizione sulle domande ed eccezioni respinte in primo grado, ovvero espressamente o implicitamente rigettate. Non da meno, la tematica, oltre che dalla formula dell'art. 346 c.p.c., è resa ancora più complessa dall'interferenza di altre delicate questioni, che vanno dall'interesse ad impugnare al giudicato implicito, passando per il concetto di capo della sentenza ed il coordinamento tra rilevabilità officiosa e onere dell'impugnazione.

La sentenza in epigrafe rappresenta un (ulteriore) tassello che va ad aggiungersi al mosaico di pronunce che si sono registrate, negli ultimi anni, in ordine all'appello civile, facendo luce (ancora) sui limiti dell'onere di appello incidentale e di riproposizione, attraverso una motivazione condivisibile.

A fronte di una situazione di così vasta incertezza interpretativa, si prova quindi non solo a dirimere quanto enunciato dalla Suprema Corte nell'occasione, ma anche a tracciare le coordinate necessarie ai fini di una migliore comprensione del sistema. A partire dalle preclusioni in primo grado – la vicenda trae essenzialmente origine da un'eccezione di prescrizione tardiva –, in particolar modo (quindi) sull'art. 167 c.p.c., soffermandosi sull'appello quale *revisio prioris instantiae* – toccando tematiche come la sua evoluzione e l'effetto devolutivo –, passando per il giudicato implicito – rispetto al quale si è da sempre registrato un forte dibattito –, per poi trattare il tema delle difese dell'appellato, ovvero il rapporto tra impugnazione incidentale e la mera riproposizione di cui all'art. 346 c.p.c..

2. Il sistema delle preclusioni in primo grado: l'art. 167 c.p.c

Sulla scorta degli artt. 24, comma 1, Cost., 2907, comma 1, c.c. e 99 c.p.c., il processo ha come fine la tutela dei diritti che si fondano sui fatti, che, pertanto, risultano funzionali alla definizione della questione controversa. Il disegno processuale, seppur finalizzato alla tutela

¹ V. N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, p. 134 ss.; BIANCHI, *I limiti oggettivi dell'appello civile*, Padova, 2000, p. 189 ss.; V. BATTAGLIA, *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 427 ss.; S. CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969, p. 137 ss. circa i dubbi interpretativi derivanti dall'art. 346 c.p.c., per cui "le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello si intendono rinunciate", in particolar modo per quanto concerne l'espressione adottata "non accolte", utilizzata indistintamente sia per le domande che per le eccezioni.

² Il riferimento è alla parte cd. soccombente virtuale che, alla luce della pronuncia di primo grado, risulta integralmente vittoriosa nel merito, non vantando, pertanto, alcun interesse ad impugnare, avendo soddisfatto l'effetto giuridico preteso. Ai fini di un approfondimento, si rinvia a L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, p. 70 ss.; C. CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2009; F. P. LUIO e R. VACCARELLA, *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, p. 27 ss.; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, p. 270 ss.; F. P. LUIO, *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, p. 360; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973; A. ATTARDI, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. it.*, 1961. IV, p. 158 ss.; A. TEDOLDI., *L'appello civile*, Milano, 2016; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2017, p. 178 ss.; C. CECHELLA, *Il nuovo appello civile*, Bologna, 2017, p. 31 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2019, p. 346 ss.

dei diritti, è costruito in funzione dell'accertamento dei fatti, essenziale ai fini del conseguimento di una verità storica, che possa – al pari di una corretta applicazione-interpretazione della norma sostanziale - consentire una decisione giusta³. La verità storica è però circoscritta nei margini del principio del contraddittorio, della terzietà ed imparzialità del giudice, della parità d'armi tra le parti processuali e della ragionevole durata, rispondendo alle esigenze di celerità e di accertamento della prova, quali principi imposti dalla Carta Costituzionale.

Con l'intento di rendere effettive tali garanzie, il processo civile italiano ha vissuto un lungo periodo di riforme e di elaborazioni giurisprudenziali⁴, che hanno rafforzato l'originaria impostazione pubblicistica e compresso sempre più la sfera di autonomia e di libertà delle parti nella conduzione del procedimento. Prova di tale tendenza è l'inasprimento delle preclusioni in primo grado ed in appello, rendendo il principio di preclusione sempre più perno centrale del processo⁵ e *leit motiv* delle suddette riforme, ergendosi a mezzo di celerità e di ordine in fase di svolgimento dei giudizi.

L'art. 345 c.p.c. delinea un esplicito sbarramento in appello, che è solo l'ultimo di una serie che, nel rispetto delle scadenze indicate dagli artt. 167 e 183 c.p.c., col fine di configurare il *thema decidendum* del giudizio, maturano in primo grado. Un sistema di preclusioni teso ad evitare che una variazione (sostanziale) delle difese, attraverso l'introduzione di temi nuovi, possa produrre un'alterazione degli oneri probatori ricadenti in capo alle parti del giudizio ed uno svantaggio per una delle parti.

Come noto, la domanda giudiziale si fonda sui fatti costitutivi e la difesa del convenuto sulla negazione dei fatti costitutivi allegati dall'attore, ovvero sulla loro inidoneità a fondare il diritto affermato, nonché sui fatti estintivi, modificativi e impeditivi⁶. I fatti primari entrano nel processo attraverso gli atti iniziali (citazione, o ricorso, e comparsa di risposta), per supportare da un lato la domanda dell'attore e dall'altro le eccezioni del convenuto⁷. Occorre qui, per quanto interessa, soffermarsi sull'art. 167 c.p.c. e sulle preclusioni che ne derivano.

³ Così G. MICCOLIS, *L'accertamento dei fatti nel processo di primo e secondo grado*, in *Judicium*, 2019. Cfr. M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2011, p. 473, nonché Cass. 3 novembre 2008, n. 26373, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Procedimento civile*, n. 72.

⁴ Difatti, il Codice di procedura civile del 1940, in poco più di cinquanta anni dalla sua entrata in vigore, è stato oggetto di una pluralità di riforme, in particolar modo incentrate sulla disciplina del processo di cognizione ordinario, con l'intento di ridurre la patologica durata. Tali riforme a pioggia, spesso e volentieri malformate, non hanno avuto (possiamo dire) alcun riscontro concreto, dando prova del fatto che non si sia risolto nulla; *in primis* perché altrimenti non si spiegherebbe il motivo di porre in essere interventi costanti sulla materia, in secondo luogo perché l'ingolfamento nei tribunali non ha avuto cenni di miglioramento, seppur il numero delle cause sopravvenute sia rimasto tendenzialmente stabile (in tal senso C. CECHELLA, *Il nuovo appello civile*, cit.).

⁵ Cfr. P. BIAVATI, *Iniziativa delle parti e processo a preclusioni*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1996, p. 498 ss., che sottolinea come nei processi civili degli altri Stati europei le preclusioni si presentino meno rigide di quelle del processo civile italiano, col risultato di avere un sistema giustizia più efficiente.

⁶ G. MICCOLIS, *L'accertamento dei fatti nel processo di primo e secondo grado*, in *Judicium*, 2019.

⁷ Le parti, successivamente ai due atti introduttivi, possono, in virtù del dettato normativo, "aggiustare il tiro" con ulteriori attività difensive - come nuove domande, nuove eccezioni e chiamate in causa di terzi - solo in risposta (tempestiva) all'attività della controparte, e nel rispetto del principio del contraddittorio (G. MICCOLIS, *L'accertamento dei fatti nel processo di primo e secondo grado*, cit.). Fuori da tali ipotesi, è escluso per l'attore l'introduzione di nuove domande - e, pertanto, di nuovi fatti costitutivi -, per il convenuto di proporre nuove eccezioni che non siano rilevabili d'ufficio - e, pertanto, nuovi fatti estintivi, modificativi e impeditivi a supporto -. Non da meno, occorre (brevemente), soffermarsi sull'all'art. 183 c.p.c. e sul binomio *emendatio* e *mutatio libelli*. Ai sensi dell'art. 183 c.p.c., l'attore gode di due poteri: può proporre le domande e le eccezioni che conseguono alla domanda riconvenzionale, o essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, laddove tale esigenza sia frutto delle difese avanzate dalla controparte (rileva, pertanto, la sussistenza di un nesso di consequenzialità con

L'art. 167, comma 2, c.p.c. elenca le attività che il convenuto deve compiere necessariamente nella comparsa di risposta, quale atto speculare alla citazione, da depositare nel termine di cui all'art. 166, a pena di decadenza. Esse sono, in particolare, le domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio⁸ – a cui il comma 3 aggiunge l'eventuale istanza di chiamata di terzo⁹. La sanzione della decadenza, che l'art 167, comma 2, contempla per l'inosservanza dell'onere di proporre la domanda riconvenzionale e le eccezioni in senso stretto con la comparsa di costituzione, è ispirata alla *ratio* di garantire la celerità e la concentrazione dei procedimenti civili; perciò la relativa violazione viene considerata pregiudizievole non di un mero interesse privato, ma dell'interesse pubblico a scongiurare il protrarsi dei tempi del procedimento, e come tale è rilevabile d'ufficio dal giudice anche in sede di impugnazione, a meno che sulla tempestività della proposizione della domanda non si sia formato un giudicato, sia pure implicito¹⁰. Il regime delle preclusioni è quindi teso a tutelare non solo l'interesse della parte, ma anche l'interesse pubblico ricadente sul corretto svolgimento del procedimento.

Tali premesse risultano necessarie per meglio comprendere l'evolversi della vicenda in esame, che prende le origini dal rigetto implicito di un'eccezione di prescrizione – notoriamente eccezione in senso stretto - sollevata tardivamente, con le memorie ex art. 183 c.p.c., anziché con la comparsa di costituzione, e quindi incorsa nella preclusione prevista dall'art. 167, comma II, c.p.c.

i *nova* introdotti dalla controparte; così F. CARPI – M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2012, p. 820 ss.), o ancora precisare e modificare le eccezioni già proposte e le eccezioni che sono conseguenza delle domande ed eccezioni medesime (C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2009, p. 94). La norma, a ben vedere, è introdotta col fine di tutelare la parte attrice dalle iniziative difensive della controparte che possono mutare i termini oggettivi della controversia. Il comma 6, del medesimo art. 183 c.p.c., stabilisce che nel corso della prima udienza di trattazione le parti possono esercitare un ampio *ius poenitendi*, potendo precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già oggetto degli atti introduttivi. Da qui la distinzione tra precisazione e modificazione: la prima si configura in un mero chiarimento di quanto contenuto nelle precedenti difese, realizzabile anche attraverso l'allegazione di fatti secondari, purché questi non producano una modifica dell'oggetto mediato o immediato della domanda; la seconda rappresenta un cambiamento del *petitum* e della *causa petendi*, che può prevedere anche l'allegazione di fatti storici nuovi, che, per identificarsi in *emendatio*, non devono incidere sulla domanda proposta sin dall'origine (G. BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 2006, IV, p. 71). A tal proposito si registra la tendenza della giurisprudenza ad allargare le maglie della *emendatio*. Cass., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2015, I, 3190, difatti, abbraccia l'orientamento c.d. liberale, rifiutandosi di condividere l'orientamento che propende per una cristallizzazione della domanda sin dalla sua prima formulazione, optando (così) per una costruzione della domanda progressiva e dettata nel tempo.

⁸ Cfr. S. EVANGELISTA, *Riconvenzionale (domanda)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Torino, 1991 e E. VULLO, *Riconvenzionale*, in *Dig. it.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 524 ss.

⁹ Si registra, pertanto, con la novella del 2005, una innovazione, la cui *ratio* consiste nell'introduzione di una sorta di barriera preclusiva, in capo al convenuto, il quale dovrà proporre, a pena di decadenza, le eccezioni in senso stretto, non più nel termine concesso alla prima udienza, quanto nella comparsa di risposta, da depositare tempestivamente in cancelleria, nel rispetto dei termini di costituzione (v. L. P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2005, p. 56). Superato tale termine, ovvero quello della costituzione tempestiva, il convenuto non potrà più proporre tali eccezioni, a meno che, in virtù del nuovo art. 183 c.p.c., e della sua funzione dialettica, la loro proposizione non sia giustificata dalla modifica o dalla precisazione della domanda, da parte dell'attore, in sede di trattazione. Ciononostante occorre anche osservare che impone alla parte attorea di allegare tutti i possibili fatti costitutivi o al convenuto tutti i possibili fatti modificativi del rapporto giuridico controverso, senza poterli più recuperare, "significa costringere le parti ad uno sforzo difensivo enorme, appesantendo il processo di prime cure con allegazioni e richieste istruttorie, che spesso risultano essere ridondanti ed inutili"; in tal senso B. GAMBINERI, *Mutatio ed emendatio libelli in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 712 ss.

¹⁰ Cass. 2 marzo 2007, n. 4901, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Procedimento civile*, n. 186; Cass. 6 ottobre 2005, n. 19453, *ivi*, 2005, voce *cit.*, n. 198; Cass. 30 novembre 2011, n. 25598, *ivi*, 2011, voce *cit.*, n. 207.

3. Evoluzione ed oggetto dell'appello

L'appello vede per la prima volta, storicamente parlando, la luce nell'epoca romana, quale vera e propria supplica (*appellatio*, appunto) da parte dei soccombenti¹¹.

Successivamente, dall'*appellatio*, con *ius novorum*, si adottò un sistema rigido di preclusioni, per far fronte all'ingente numero di ricorsi che, in assenza del divieto dei *nova*, gravavano inevitabilmente e pesantemente le corti imperiali, passando ad una *consultatio*, senza *ius novorum*. Tale sistema sarà poi anch'esso abbandonato nel 520 d.C.; lo *ius novorum* viene ora ammesso in tutti i casi ed in qualsiasi forma di appello, dando luogo ad un modello, che sarà un punto di riferimento per tutto il medioevo, teso ad identificare la *ratio* dello *ius novum* in appello nel *veritatis lumen*, per poi essere gradualmente, e nuovamente, abbandonato, per far fronte all'eccessiva durata che il processo andava ad assumere¹².

Tale brevissima premessa è utile a ribadire come il divieto dei *nova* e l'effetto devolutivo, quali elementi di disaccordo tra chi promuove la verità materiale, in coerenza con i principi del giusto processo, e chi persegue i principi di economia e celerità processuale, supportati dalla necessità di tutela del diritto alla difesa, rappresentino una questione complessa e delicata, che ha interessato l'istituto dell'appello sin dalla sua nascita.

Nell'evoluzione moderna, l'appello si proponeva come fusione di due tipologie di rimedi contro la sentenza di prime cure, ossia l'appello di diritto comune, cioè un gravame teso a rilevare l'ingiustizia della sentenza sul merito, e la *querela nullitatis*, come evoluzione della *actio nullitatis sententiae*; in tal modo, l'appello, ispirato al modello francese, fonde tali funzioni col fine di garantire un controllo sia sul merito che sul rito, prevedendo una libera deducibilità dei *nova*¹³.

L'appello andava a rappresentare così una pura continuazione del giudizio di primo grado, attraverso cui le parti godevano della possibilità di integrare eventuali carenze emerse dalla sentenza impugnata, introducendo nuovi elementi, col solo limite di tenersi nei margini della domanda giudiziale proposta nel grado precedente. Veniva in pratica abbracciata *in toto* la concezione originaria dell'appello: garanzia di una migliore e maggiore giustizia in virtù di un giudizio sullo stesso oggetto, dopo la realizzazione di un giudizio precedente¹⁴. L'unico limite va così ad incidere sull'oggetto, col divieto di domande nuove, in quanto il giudizio di appello non può essere più ampio e diverso da quello del precedente grado.

Tale impostazione concettuale, nel nostro ordinamento, inizia a mutare col Codice di rito del 1940 e viene messa del tutto in discussione dalla riforma del 1950, sino ad arrivare, con le riforme più recenti, ad un ridimensionamento dell'automaticità del c.d. effetto devolutivo

¹¹ Per un approfondimento sulla *Lex Iulia iudiciaria* di Augusto, si veda L. MORTARA, *Appello civile*, voce in *Dig. it.*, I, Torino, 1898, p. 12 ss.

¹² C. CECHELLA, *Il nuovo appello civile*, Napoli, 2017.

¹³ A. TEDOLDI, *L'appello civile*, Napoli, 2017, p. 57 e 58.

¹⁴ Garanzia che solo un appello che concede (alle parti ed al giudice) "la possibilità di rinnovare il giudizio nella pienezza dei poteri e delle facoltà difensive, promuovendo la ricerca della verità e facendo in modo che l'attenzione ricada solo sulla fattispecie e sul diritto oggetto dell'appello, e non sulla sentenza" (che funge solo da mera premessa logico-giuridica), può dare; e non perché il giudice d'appello "sia migliore o gerarchicamente superiore, ma semplicemente perché il secondo giudizio si svolge in relazione e successivamente al primo". Così C. CECHELLA, *Il nuovo appello civile*, Napoli, 2017.

(appesantendo la portata dell'onere di cui all'art. 342 c.p.c.)¹⁵, ad un divieto dei *nova* sempre più marcato ed a fissare la natura dell'appello in una *revisio prioris instantiae*¹⁶.

Attraverso "l'incubico culto delle preclusioni" e del principio della ragionevole durata del processo, idolatrati come *vis maiori cui resisti non potest*¹⁷, ci si allontana così dal vecchio, e familiare, modello francese, che ancora oggi vede l'*appel* come strumento di completamento ed integrazione del processo¹⁸, e ci si avvicina al modello adottato nel 2001 dalla ZPO tedesca, ovvero alla metodologia della *Fehlerkontrolle*. Il risultato è la restrizione, evidente, della *cognitio causae* nel passaggio da un grado all'altro, per far fronte all'ingente carico giudiziario, gravando di oneri dell'appellante¹⁹ ed obbligandolo ad una sorta di progetto/bozza di sentenza attraverso l'atto d'appello²⁰.

Pertanto, vigeva un tempo l'effetto devolutivo dell'appello; si registra, poi, il passaggio – da mezzo d'impugnazione reale, con devoluzione piena ed automatica dell'intera controversia – a impugnazione ad effetto personale. La cognizione del giudice d'appello deve ritenersi, quindi, strettamente limitata alle questioni che formano specifico oggetto della motivazione dell'atto di appello – principale o incidentale -, o che siano state espressamente riproposte²¹. In tale ottica, la preclusione al riesame in sede di appello delle questioni non riproposte con l'atto di gravame si palesa come il frutto di un fenomeno di giudicato formale, che ne preclude il riesame nel seguito del giudizio. Dalla previsione dell'art. 329, comma 2, c.p.c. sull'acquiescenza parziale, deriva la necessità per il soccombente - pratico, se appellante, teorico, se appellato - di proporre appello, col fine di devolvere al giudice la cognizione delle questioni risolte in suo sfavore²². La cognizione in appello è dunque circoscritta alle questioni prospettate dall'appellante con i motivi o riproposte dall'appellato, cosicché i punti (della

¹⁵ Per cui i motivi dell'appello occorrono non tanto ad individuare i capi della sentenza oggetto d'impugnazione, ma a sottolineare al loro interno le questioni da sottoporre al giudice del gravame; v. recente Cass., Sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199, in *Foro it.*, 2018, I, c. 978. Ulteriore restrizione, in tale ottica, dell'effetto devolutivo, è compiuta, come vedremo dall'art. 346 c.p.c.; v. G. BALENA, *Il sistema delle impugnazioni civili nella disciplina vigente e nell'esperienza applicativa: problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 2001, c. 124.

¹⁶ Non si può non ritornare a Cass., Sez. un., 2005, n. 8203, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1690, la quale sottolinea che il pervenire alla abolizione dello *ius novorum*, avvenuto con la riforma del 1990, quale sovvertitore della precedente disciplina, ha fatto assumere all'appello natura di *revisio prioris instantiae*, allontanandolo dal concetto di prosecuzione del giudizio di primo grado. v. anche, tra le recenti, Cass. 4 novembre 2020, n. 24464, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce *Appello civile*, 84.

¹⁷ A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., pp. 57 e 253 ss.

¹⁸ v. B. GAMBINERI, *Mutatio ed emendatio libelli in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 692 ss. e Id., *L'evoluzione dell'appello nell'ordinamento francese tra autorité de la chose jugée e office du juge*, *ivi*, 2020, p. 315 ss.; a tal proposito si rimanda a nota 69.

¹⁹ Ovvero quello di specificare i passaggi della sentenza censurati e le ragioni delle critiche mosse, senza vantare la possibilità di innovare il materiale di fatto o di introdurre nuovi mezzi di prova (ad eccezione che la parte dimostri che la mancata proposizione in primo grado sia dovuta ad elemento ad egli non imputabile, quale *condicio sine qua non* della sua ammissibilità), ex art. 345 c.p.c.

²⁰ Così assecondando una tendenza nata con la nota sentenza Cass., Sez. un., 6 giugno 1987, n. 4991, in *Foro it.*, 1987, I, c. 3037, con indirizzo che raggiunge l'apice con Cass., Sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199, *ivi*, 2018, I, c. 978 (quale ultima di una vasta e lunga serie). In tal senso v. C. CECHELLA, *Il nuovo appello civile*, cit.

²¹ Così A. TEDOLDI, *Appello civile*, cit., pp. 201 e 205.

²² Cfr. G. MONTELEONE, *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983, p. 724 ss. e A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 205.

sentenza) non toccati dall’iniziativa di parte fuoriescono dall’oggetto di cognizione, ovvero del riesame, cadendo su di essi una preclusione endoprocessuale (c.d. giudicato interno)²³.

Il nostro ordinamento abbraccia, così, un modello di appello quale impugnazione del provvedimento decisorio del grado precedente mediante una denuncia di *errores in iudicando* o *in procedendo*, idoneo in astratto a devolvere al giudice di seconde cure l’intera controversia, in concreto delimitato dall’iniziativa di parte – salvo il rilievo d’ufficio di questioni non dibattute in primo grado⁻²⁴. Tale modello segna, dunque, la modifica della *cognitio* del giudice d’appello; non più *cognitio causae* ma *cognitio appellationis* (ormai), in ottemperanza al paradigma di cui all’art. 342 c.p.c.

4. L’appellato tra appello incidentale e mera riproposizione

La devoluzione delle domande e delle eccezioni, in sede d’appello, non è quindi automatica, ma subordinata dalle iniziative delle parti, chiamate ad attivarsi col fine di impedire il formarsi di preclusioni sulle suddette. L’oggetto e l’ambito della devoluzione sono, quindi, legati alla volontà delle parti, in quanto potranno chiedere che la nuova decisione, con funzione sostitutiva, sia compiuta soltanto su alcune delle domande in origine proposte, ovvero sottoporre al giudice soltanto alcune delle questioni rilevanti, secondo il principio *tantum devolutum quantum appellatum*²⁵. Ne consegue che, dato che anche in sede d’appello si applica il principio della domanda ex art. 112 c.p.c., accanto all’impugnazione specifica delle parti della sentenza – di cui viene chiesta la riforma – è necessario che ogni domanda ed eccezione già avanzata in primo grado e non accolta sia espressamente riproposta in appello alla luce dell’art. 346 c.p.c.. Pertanto, soltanto la parte vittoriosa in primo grado non ha l’onere di appello incidentale ex art. 343 c.p.c., in quanto priva di interesse, potendo essa limitarsi ad una mera riproposizione ex art. 346 c.p.c. per non cadere nella presunzione di rinuncia; viceversa, la parte soccombente in relazione ad una domanda od eccezione dovrà ricorrere all’impugnazione incidentale, per prevenire il formarsi del giudicato sul rigetto della stessa²⁶. Da qui la necessità di soffermarsi, data la rilevanza degli artt. 343 e 346 c.p.c. in tale ambito, sulla natura e l’oggetto della riproposizione e di descriverne i rapporti (e le differenze) con l’impugnazione incidentale.

Sulla scorta di un canone inverso, quanto più l’ambito d’applicazione dell’art. 346 c.p.c. si restringa, tanto più ampio sarà quello dell’onere d’appello incidentale, quale strumento necessario per l’appellato per perseguire una riforma del provvedimento del giudice di primo grado rispetto alle domande, eccezioni o questioni sulle quali abbia patito una soccombenza. In tali casi, in carenza di appello incidentale, il giudice d’appello non potrà

²³ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2020, p. 367 ss.; G. TARZIA e F. DANOVÌ, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2015, p. 356 ss.; A. TEDOLDI, *L’appello civile*, cit., p. 206; Id., *L’onere di appello incidentale nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1300 ss.

²⁴ Sempre A. TEDOLDI, *Appello civile*, cit., il quale sottolinea (anche) come la trasformazione dell’appello, accompagnata dalla “illacrimata sepoltura” dell’effetto devolutivo, si traduca in una inesorabile metamorfosi da *iudicium novorum* a *revisio prors instantia*, da gravame a mezzo d’impugnazione del provvedimento decisorio di primo grado, da strumento per devolvere la lite ai secondi giudici, sia pure entro i limiti del *quantum appellatum*, a puro mezzo di controllo degli errori, di diritto o di fatto, così come denunciati dalle parti e nel modo in cui le parti ne hanno chiesto la correzione.

²⁵ V. M. A. COMASTRI, *Note in tema di riproposizione in appello di domande ed eccezioni assorbite*, nota a *Cass.*, sez. un., 21 marzo 2019, n. 7940, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1355 ss., il quale sottolinea come occorra individuare l’ambito della devoluzione rispetto al singolo motivo, cioè se la devoluzione riguardi il solo segmento colpito dal motivo, oppure la questione nella sua interezza. Così anche *Cass.* 9 luglio 2009, n. 16128, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Appello civile*, n. 12 e *Cass.* 6 settembre 2007, n. 18691, in *Nuova giur. comm.*, 2008, I, p. 400.

²⁶ Così F. FERRANDI, *Il motivo specifico e la riproposizione di questione*, in C. CECHELLA, *Il nuovo appello civile*, Bologna, 2018, p. 46.

riformare/modificare la sentenza in favore dell'appellato. Regola, questa, che deriva dal principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, di cui all'art. 112 c.p.c., ovvero dall'efficacia personale dell'appello²⁷.

Tradizionalmente l'appellato totalmente vittorioso nel merito non era tenuto a proporre appello incidentale per il mancato accoglimento di eccezioni di rito o di merito o di ragioni, in caso di soccombenza teorica e non pratica, potendo ricorrere alla mera riproposizione ex art. 346 c.p.c.²⁸. Ciononostante, anche alla luce di un abuso giurisprudenziale del principio di ragionevole durata, il *discrimen* tra appello incidentale ex art. 343 c.p.c. e riproposizione mera ex art. 346 c.p.c., basato sulla distinzione tra soccombenza pratica e teorica, è andato via via ad affievolirsi, essendo spesso ritenuto necessario l'appello incidentale anche su questioni di rito o preliminari di merito risolte in sfavore della parte comunque interamente vittoriosa nel merito. Non sono pochi, difatti, gli *arrets* giurisprudenziali che in tali fattispecie esigono l'appello incidentale in casi di soccombenza teorica o di mero assorbimento rituale²⁹.

L'art. 346 c.p.c. esige, invece, un'iniziativa dell'appellato vittorioso al fine di devolvere al giudice d'appello le domande e le eccezioni, ovvero tutte le questioni e istanze, proposte in primo grado, non accolte in quanto oggetto di assorbimento tecnico³⁰. L'attività dell'appellato, a cui la norma fa riferimento, sarà tesa ad ottenere una conferma della sentenza impugnata e non una *reformatio in melius*; pertanto, la norma non si applica alle domande espressamente respinte, per le quali sarà necessario un appello incidentale. Trova, invece, applicazione in relazione alle domande che abbiano subito un assorbimento tecnico alla luce dell'accoglimento della domanda principale, in quanto proposte in via alternativa o subordinata, e quindi non esaminate. Si applica, inoltre, anche alle ragioni della domanda (anch'esse) assorbite, in quanto il giudice abbia accolto la domanda in base ad una specifica *causa petendi* tra le diverse poste a suo fondamento³¹. In tali casi non sarà necessario l'appello incidentale per le *causae petendi* o per le *rationes postulandi* pretermesse; sarà invece sufficiente la mera riproposizione, attraverso cui l'appellato manifesterà la sua volontà di un

²⁷ Così A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 226, il quale opportunamente sottolinea che il divieto di *reformatio in peius* non ha vigenza assoluta nel nostro ordinamento. "Una riforma in danno dell'appellante, pur in assenza di appello incidentale, è consentita quando la negazione di un bene della vita parzialmente attribuito all'appellante dal primo giudice consegua alla soluzione a suo sfavore di una questione rilevabile d'ufficio, non rilevata in primo grado (esempio è la nullità del contratto); o ancora quando ciò consegua all'accertamento della fondatezza dei motivi d'impugnazione in relazione a una questione preliminare (di merito o di rito); o quando il giudice d'appello ritenga di fare utilizzo di un diverso metodo di determinazione dell'indennizzo", fissando un ammontare maggiorato, ovvero in vantaggio dell'appellato, nonostante il suo silenzio. Vedi anche L. BIANCHI, *I limiti oggettivi dell'appello civile*, Padova, 2000, p. 150 ss.

²⁸ Cass. 2 febbraio 2005, n. 2087, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Cassazione civile*, n. 45; Cass. 11 giugno 2010, n. 14086, in *ivi*, 2010, voce *Appello civile*, n. 50.

²⁹ A mero scopo esemplificativo si è richiesto, dal convenuto vittorioso, l'appello incidentale anche per la riproposizione in appello della domanda di garanzia nei confronti del terzo chiamato (assorbita in occasione del rigetto della domanda principale della controparte). Così Cass. 1° luglio 2004, n. 12005, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Appello civile*, n. 42 e Cass. 10 marzo 2006, n. 5249, *ivi*, 2006, voce *cit.*, n. 39.

³⁰ Cass. 9 dicembre 2003, n. 18721, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Appello civile*, n. 107; Cass. 17 dicembre 1999, n. 14267, *ivi*, 1999, voce *cit.*, n. 78; Cass. 19 ottobre 1995, n. 10884, *ivi*, 1995, voce *cit.*, n. 62; Cass. 13 aprile 2007, n. 8854, *ivi*, 2007, voce *cit.*, n. 34; Cass. 14 dicembre 2005, *ivi*, 2005, voce *cit.*, n. 96; Cass. 6 ottobre 2020, n. 21504, *ivi*, 2020, voce *cit.*, n. 82; Cass. 17 febbraio 2020, n. 38964, *ivi*, 2020, voce *Appello civile*, n. 47. Non da meno si vuol fare un'ulteriore puntualizzazione: la disciplina, a rigor di logica, non trova però applicazione per le mere difese (che saranno quindi devolute automaticamente), se viene chiesta la mera conferma della decisione appellata (v. Cass. 6 aprile 2000, n. 4322, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Appello civile*, n. 86 e Cass. 7 marzo 1990, n. 1768, *ivi*, 1990, voce *cit.*, n. 49).

³¹ V. Cass. 25 settembre 2014, n. 20172, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Appello civile*, n. 60.

riesame e di non rinunciare ad esse³². Non da meno, la disciplina delineata dall'art. 346 c.p.c., seppur nata in riferimento alla posizione dell'appellato vittorioso nel merito, si estende anche all'appellante le cui domande non siano state esaminate, in quanto la controversia è stata decisa sulla scorta di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito. In tali ipotesi l'appellato, oltre a censurare la soluzione a lui negativa, motivando l'appello ex art. 342 c.p.c., dovrà riproporre espressamente le conclusioni di merito e le istanze non esaminate in quanto assorbite³³.

Per ricapitolare, l'impugnazione incidentale è il mezzo attraverso cui devolvere in appello le domande e le eccezioni respinte dal giudice di primo grado, criticando la sentenza impugnata con l'allegazione di *errores in procedendo* o *in iudicando*. Solleva, pertanto, un motivo di nullità o di ingiustizia, devolvendo al giudice di appello le domande o le eccezioni decise – esplicitamente o implicitamente – dalla sentenza impugnata, ovvero non esaminate in violazione di uno specifico dovere³⁴. Di contro, la riproposizione è il mezzo per devolvere al giudice d'appello le domande e le eccezioni rimaste prive di una pronuncia nella sentenza di primo grado, senza errori di procedura o di giudizio. Il *discrimen* tra l'uno e l'altra sta proprio nell'attività critica svolta, di cui la riproposizione è priva.

Alla luce di ciò occorre però interrogarsi sulla figura dell'assorbimento. La giurisprudenza ha raggiunto un orientamento consolidato: quanto alle domande esso è configurabile in relazione alle ipotesi di cumulo condizionato, ovvero in caso di proposizione dalla parte attorea di più domande graduate; da cui ne deriva che l'accoglimento della domanda principale produca sostanzialmente (e consequenzialmente) un assorbimento delle altre³⁵.

Esempio è quando la sentenza di primo grado abbia rigettato una domanda³⁶ dell'attore, comunque totalmente vittorioso nel merito. Ipotesi, questa, configurabile solo se il rigetto

³² Così Cass. 24 maggio 2007, n. 12162, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Appello civile*, n. 36; Cass. 28 ottobre 2005, n. 21087, *ivi*, 2005, voce *cit.*, n. 100; Cass. 18 aprile 2000, n. 5065, *ivi*, 2000, voce *cit.*, n. 42; A. TEDOLDI, *L'onere di appello incidentale nel processo civile*, *cit.*, p. 1311 ss.

³³ Così A. TEDOLDI, *L'appello civile*, *cit.*, p. 211 s., il quale, però, opportunamente ricorda che tale regola “non trova rigorosa applicazione in caso di impugnazione della decisione che abbia giudicato inammissibile la domanda in primo grado, quale espressione della volontà di proseguire nel giudizio, con implicita riproposizione della domanda principale”, o, ancora, in caso di impugnazione che investa l'intera materia del contendere, non sussistendo (in tale occasione) un onere di riproposizione specifica di quanto non sia stato in precedenza accolto.

³⁴ Così M. A. COMASTRI, *Note in tema di riproposizione in appello di domande ed eccezioni assorbite, nota a Cass.*, sez. un., 21 marzo 2019, n. 7940, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1363. V. anche Cass., sez. un., 12 maggio 2017, n. 11799, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 258 ss.; o ancora Cass., sez. un., 16 aprile 2016, n. 7700, in *Corr. giur.*, 2016, p. 968 ss., con nota di C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, secondo cui, le “domande non accolte” ex art. 346 c.p.c., sono quelle non esaminate per rituale assorbimento e non anche quelle respinte, che necessitano dell'impugnazione. Esempio classico sono le domande subordinate, per cui, una volta accolta quella principale, risulta inutile pronunciarsi anche sulla domanda subordinata – che sarà, pertanto, assorbita e riproponibile -. Il suddetto esempio si distingue, però, dall'ipotesi in cui il giudice, non rispettando il nesso di subordinazione, accolga la domanda subordinata, omettendo l'esame della domanda principale – si registra così, in relazione a quest'ultima, non un assorbimento ma una omessa pronuncia, ovvero un *error in procedendo* impugnabile -. L'a., però, si discosta dalla distinzione operata dalla Corte tra le domande con e senza una *differenza di valore evidenziatrice di un interesse oggettivo*; per cui, nell'ultima ipotesi, l'attore potrà esercitare solo l'appello incidentale, mancando l'interesse ad impugnare per primo, nella prima, invece, sarà libero di fare appello (che sia principale o incidentale). Difatti il vincolo di subordinazione voluto dalla parte non può essere rimesso in discussione dal giudicante. Tale orientamento, sempre secondo l'a., è ancor meno persuasivo considerato che “l'appello incidentale – riconosciuto dalla Corte all'attore che si sia visto accogliere solo la domanda subordinata – non viene configurato come condizionato”.

³⁵ Se il soccombente sulla domanda principale dovesse promuovere appello, l'appellato potrà riproporre la domanda formulata in via subordinata, senza dover ricorrere all'appello incidentale.

³⁶ Intesa come domanda giudiziale, ovvero (storicamente) “l'atto con cui la parte, affermando l'esistenza di una concreta volontà di legge che le garantisce un bene, dichiara di volere che questa sia attuata e invoca a tale scopo l'autorità dell'organo giurisdizionale”, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934, p. 248 ss. Ciononostante, per la dottrina maggioritaria, con l'espressione di “domande”, l'art. 346 c.p.c. include anche le ragioni o i motivi che caratterizzano la

tocchi una c.d. domanda alternativa a quella accolta³⁷, in quanto in tutti gli altri casi si registrerebbe col rigetto (espreso o implicito) una soccombenza pratica e, consequenzialmente, l'onere di appello³⁸. In tale ipotesi l'attore non ha interesse ad impugnare - in via principale - la sentenza; dubbio è se egli sia tenuto all'appello incidentale, ex art. 343 c.p.c., o alla riproposizione, di cui all'art. 346 c.p.c., in caso di appello proposto dalla controparte.

Da più di un decennio³⁹ la giurisprudenza propone, nella specie, la tesi per cui la parte vittoriosa nel merito ha solo l'onere di manifestare esplicitamente la volontà di riproporre le domande e/o le eccezioni respinte o assorbite, per evitare la presunzione di rinuncia ex art. 346 c.p.c.⁴⁰. Tra le "domande non accolte", a cui fa riferimento la norma in esame, rientrano non solo quelle assorbite (e, pertanto, non esaminate), ma anche le domande esplicitamente/implicitamente rigettate, purché rispetto ad esse la parte si trovi in una posizione di soccombenza soltanto teorica⁴¹. Tale principio, però, trova applicazione in relazione alle domande ed eccezioni attraverso cui l'appellato tenda a mantenere ferma la decisione a lui favorevole. Se, invece, l'appellato volesse mirare ad un vantaggio maggiore, ovvero ad una riforma *in melius*, la devoluzione dovrebbe avere luogo attraverso l'impugnazione incidentale⁴². Nel caso di domande alternative, l'appellato, alla luce di ciò, data la suddetta indifferenza all'accoglimento di una pretesa anziché dell'altra, non può ambire ad un'utilità maggiore; motivo per cui la devoluzione della domanda (alternativa) non accolta dovrà avvenire con la riproposizione e non con appello incidentale.

Ciononostante, la dottrina maggioritaria, al fronte della riforma del 2012, ovvero dell'art. 342 c.p.c., sottolinea la necessità di un apposito gravame incidentale. L'art. 342 c.p.c., nell'esigere "l'indicazione delle parti del provvedimento oggetto d'impugnazione", spinge la parte, ai fini del riesame di una statuizione sfavorevole, alla proposizione di un apposito motivo di gravame⁴³. Conclusione, questa, applicabile a tutti i casi di domanda alternativa respinta, che

domanda. A tal proposito A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 298; G. MONTELEONE, *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, p. 714. Sul punto però, permane l'incertezza su di una comprensione o non anche delle istanze istruttorie. Il problema della devoluzione delle istanze istruttorie respinte in primo grado risulta, difatti, una questione di non poco conto. Tradizionalmente, disponendo l'art. 346 c.p.c. sul *thema decidendum* e non sul *thema probandum*, non trova applicazione circa le istanze istruttorie. Nella giurisprudenza si riscontrano tre orientamenti: il primo, ritiene le istanze istruttorie implicitamente richiamate con la riproposizione (Cass. 5 luglio 1996, n. 6170, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2262); il secondo, secondo cui si intendono rinunciate le istanze istruttorie respinte in primo grado e non riproposte nel grado successivo (Cass. 27 ottobre 2009, n. 22687, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Appello civile*, n. 53); il terzo, sottolinea la necessità di sollevare un apposito motivo di gravame. Tra le tre, la soluzione maggiormente condivisibile, soprattutto in virtù del riformato art. 342 c.p.c., è la terza. Ciò, però, in caso di rigetto; per quelle assorbite, invece, sarà sì necessaria l'iniziativa di parte per non incorrere nella presunzione di rinuncia, ma non lo sarà l'impugnazione.

³⁷ Cioè le domande caratterizzate da un nesso di alternatività, ovvero caratterizzate da un'indifferenza rispetto al loro accoglimento, non subendo l'attore pregiudizio dal rigetto di una di esse, conseguendo (comunque) il bene della vita preteso. v. G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 252 ss.

³⁸ v. V. BATTAGLIA, *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 429. A tal proposito, si rinvia a nota 30.

³⁹ Cass., sez. un., 24 maggio 2007, n. 12067, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Appello civile*, n. 35; o ancora Cass. 20 giugno 2014, n. 14085, in *Guida al dir.*, 2011, n. 43, p. 61.

⁴⁰ V. BATTAGLIA, *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, cit., p. 429.

⁴¹ Sempre Cass., sez. un., 24 maggio 2007, n. 12067, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Appello civile*, n. 35; Cass. 16 giugno 2020, n. 11653, *ivi*, 2020, voce *cit.*, n. 52.

⁴² Cass. 10 marzo 2006, n. 5249, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Appello civile*, n. 39.

⁴³ Così V. BATTAGLIA, *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 430. V. anche A. TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella <<iconoclastica>> del 2012*, in *Riv. dir. proc.* 2013, p. 144; G. COSTANTINO, *La riforma dell'appello*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2013, p. 20 ss.; M. Russo, *Le novità in tema di appello dopo la L. 7 agosto 2012 n. 134*, in *Giur. it.*, 2013, p. 230 ss.

sia incompatibile – sotto un mero profilo sostanziale – con quella accolta, oppure fondata su fatti costitutivi che possono coesistere con quelli della seconda⁴⁴. Ne emerge che nel primo caso la sentenza contiene evidentemente una statuizione su entrambe le domande, precludendo la configurazione di un assorbimento, in quanto l'incompatibilità fra le pretese implica sempre che l'accoglimento di una di esse comporti il rigetto – esplicito o implicito – dell'altra. Chiaro è che in tale ipotesi, come nella seconda, l'attore non avrà interesse ad una impugnazione in via principale, avendo conseguito comunque il riconoscimento del diritto chiesto. L'interesse dell'attore ad impugnare il rigetto può sorgere solo in virtù della impugnazione principale del convenuto (soccombente pratico), ovvero in virtù del rischio di perdere la vittoria ottenuta nel precedente grado. L'eventuale riesame non potrà quindi essere chiesto attraverso la riproposizione, ma solo attraverso l'impugnazione incidentale, in quanto si registrerebbe una critica che può materializzarsi solo nelle forme dell'impugnazione⁴⁵.

Alla luce di ciò ben si potrà affermare – come già si diceva - che il rapporto tra appello incidentale e mera riproposizione non sia (più) sorretto dai concetti di soccombenza pratica e soccombenza teorica, ma da un altro (e più semplice) criterio: se la parte intende sottoporre a critica la decisione, dovrà avvalersi dell'appello incidentale; se la domanda è ritualmente assorbita, trova applicazione l'art. 346 c.p.c.⁴⁶.

Similmente, a rigor di logica, in caso di cumulo litisconsortile. Difatti, ove il giudice di primo grado abbia, in caso di chiamata in garanzia, rigettato la domanda principale e non abbia deciso su quella di garanzia – in quanto la relativa decisione era subordinata all'accoglimento della domanda principale -, l'appellato può riproporla affinché sia decisa, senza ricorrere all'impugnazione incidentale⁴⁷. Quanto alle singole questioni, il fenomeno *de quo* può

⁴⁴ Il riferimento è di certo, nel primo caso, al c.d. cumulo alternativo puro, e, nel secondo caso, al c.d. cumulo alternativo condizionale. Nella prima ipotesi, difatti, è pacifico per la giurisprudenza che la parte processuale possa proporre, all'interno del medesimo processo, in subordine o in alternativa, delle domande incompatibili. v. Cass. 30 maggio 2013, n. 13602, in *Rep.* *Foro it.*, 2013, voce impugnazioni n. 21; G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 253 ss.; L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, p. 199 ss. Nella seconda ipotesi, invece, l'alternatività è "espressione dell'indifferenza della parte all'accoglimento di una delle domande alternative, registrando una pretesa al riconoscimento di un unico diritto", basato (però) su *causae petendi* diverse (V. BATTAGLIA, *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, cit., p. 431).

⁴⁵ Così Cass. 19 aprile 2016, n. 7700, in *Corr. giur.*, 2016, 978, per cui il legislatore ha con la riproposizione alluso alla prospettazione al giudice d'appello di domande ed eccezioni che, in quanto soltanto riproposte, cioè proposte come lo erano state al primo giudice, non sono state da questi considerate nella formulazione della motivazione.

⁴⁶ V. V. BATTAGLIA, *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, cit., p. 431, la quale sottolinea che diverso dall'assorbimento è l'ipotesi del vizio di omessa pronuncia. "Ove il giudice, difatti, ometta l'esame e la decisione della domanda, violando l'art. 112, comma 1, c.p.c., l'omissione va ad integrare un vizio di nullità della sentenza, denunciabile ex art. 161, comma 1, c.p.c.". In siffatta ipotesi, la parte, oltre a poter riproporre la domanda in un separato giudizio, potrà reiterarla in sede di impugnazione attraverso la formulazione di un apposito motivo di appello, teso a far valere la suddetta violazione (tra le più recenti, v. Cass. 12 febbraio 2016, n. 2885, in *Dejure* e Cass., 27 maggio 2019, n. 14434, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Appello civile*, n. 54). Ci si trova innanzi ad un *error in procedendo*, che comporta una soccombenza – almeno parziale -, che preclude la possibilità di ricorrere all'art. 346 c.p.c.

⁴⁷ Le Sezioni Unite si sono recentemente pronunciate, infatti, sulla questione dell'attività a cui è tenuto il convenuto-appellato per devolvere al giudice del gravame la domanda di garanzia rimasta assorbita in primo grado dal rigetto della pretesa attorea (Cass., sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700, in *Corr. giur.*, 2016, 978). La *querelle* prende le origini da due orientamenti opposti: il primo sosteneva la necessità dell'appello incidentale condizionale; il secondo che fosse sufficiente la mera riproposizione ex art. 346 c.p.c., non configurandosi, rispetto alla domanda, alcun tipo di soccombenza che potesse giustificare la proposizione del gravame. La soluzione abbracciata è la seconda, basata (però) su di una motivazione diversa: il fulcro non è il difetto di soccombenza, ma il difetto legittimo di pronuncia. Se il giudice dichiara non fondata la domanda principale, non sussistono le condizioni per un esame della domanda di garanzia, che deve quindi essere considerata assorbita. Ne emerge la carenza di una pronuncia sulla domanda di garanzia (legittima), motivo per cui, non potendo essere mossa una critica, non sarà necessaria l'impugnazione, essendo sufficiente la riproposizione. Per le suddette ragioni, quindi, imporre l'appello incidentale attribuirebbe una funzione ultronea a tale strumento. Cfr. V. BATTAGLIA, *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera*

configurarsi tanto dal lato dell'attore che del convenuto. Classico esempio della prima ipotesi si ha con l'allegazione da parte dell'attore, a fondamento di una domanda autodeterminata, di più fattispecie costitutive in concorso tra loro⁴⁸. Quanto al lato del convenuto, l'assorbimento può prodursi quando siano state dedotte più eccezioni e la domanda sia stata respinta in base ad una di esse, omettendo l'esame delle rimanenti, in applicazione del principio della ragione più liquida. Anche nelle suddette ipotesi, in caso di impugnazione l'appellato potrà ricorrere alla riproposizione ex art. 346 c.p.c., non avendo l'onere dell'impugnazione incidentale.

Mutano, invece, le conseguenze della omessa riproposizione, rispetto all'omessa impugnazione, in caso di questioni. Mentre con la omessa impugnazione di una questione si configura (sempre) una preclusione per acquiescenza, in caso di questione assorbita, ed omessa riproposizione, occorre fare una distinzione tra quelle rilevabili d'ufficio e quelle la cui rilevazione è riservata alla parte. In quest'ultimo caso l'omissione, che qualifica una rinuncia, preclude l'esame del giudice; nel primo caso, invece, l'omissione, ovvero la rinuncia, non preclude il potere di rilevazione del giudice, in quanto non condizionato dall'iniziativa di parte⁴⁹.

5. Brevi cenni sul giudicato implicito

Non da meno, la pronuncia in esame si innesta nel complicato dibattito relativo alla configurabilità del giudicato implicito, offrendo alcuni spunti d'analisi; motivo per cui occorre – brevemente - soffermarsi anche su tale istituto.

Come ormai noto, sulla scorta di orientamenti giurisprudenziali⁵⁰, le maglie del giudicato⁵¹ interno sono state allargate fino a configurare una autonoma categoria, tesa a coprire ogni antecedente logico-giuridico necessario di una questione risolta espressamente. Tale istituto è il giudicato implicito, ovvero un giudicato su una decisione inespressa, ritenuta esistente in

riproposizione, cit., p. 435. In tema, si veda, tra le più recenti, Cass. 17 giugno 2019, n. 16148, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Appello civile*, n. 74.

⁴⁸ Altri esempi, più esaustivi, in C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Milano, 2019, p. 493 ss.

⁴⁹ In tal senso M. A. COMASTRI, *Note in tema di riproposizione in appello di domande ed eccezioni assorbite, cit.*, p. 1365 ss. Non da meno, rileva, a tal proposito, l'individuazione del termine della riproposizione ex art. 346 c.p.c. compiuta da Cass., sez. un., 21 marzo 2019, n. 7940, in *Giur. it.*, 2019, p. 2648 ss. Abbandonata la tesi che ammetteva l'appellato ad esercitare la facoltà di riproposizione sino all'udienza di precisazione delle conclusioni, per la Corte, come sostenuto dapprima dalla dottrina maggioritaria (v. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1945, p. 327, o, ancora, S. CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969, p. 220 ss.), la riproposizione deve avvenire all'atto della costituzione nel giudizio di appello, potendo però la parte, a differenza di quanto previsto dall'art. 343 c.p.c. per l'appello incidentale, costituirsi sino all'udienza. In tal modo si garantirebbe non solo un ordinato svolgimento del processo, ma anche il pieno svolgimento del contraddittorio, posto che la parte destinataria della riproposizione può argomentare quest'ultima sino alla comparsa conclusionale.

⁵⁰ V. E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, p. 246, il quale dichiara che da tempo i repertori di giurisprudenza sono imbevuti della dottrina del giudicato implicito, e p. 247, note 1-5, per ogni ulteriore riferimento.

⁵¹ E. T. LIEBMAN, <<Parte>> o <<capo>> di sentenza, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 52, e *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, configura il formarsi del giudicato nel fenomeno del limite alla possibilità di riesame della pronuncia giudiziale, con la conseguente incontrovertibilità-immunità della statuizione contenuta nella sentenza conclusiva del giudizio. Ovviamente l'art. 324 c.p.c. va letto in parallelo con l'art. 2909 c.c., per cui la sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa. In particolare l'art. 324 c.p.c. ricollega il passaggio in giudicato all'esercizio del potere di impugnazione, per cui passa in giudicato la sentenza non più suscettibile di impugnazione con i mezzi ordinari. Il riferimento ai mezzi ordinari fa sì che la suddetta situazione di incontrovertibilità-immutabilità non sia però assoluta, ovvero le sentenze passate in giudicato potranno comunque essere impugunate con i mezzi di impugnazione straordinari.

via implicita, in quanto si cela dietro la soluzione (espressa) di altra questione, poiché giuridicamente e logicamente pregiudiziale rispetto a quest'ultima⁵².

Pertanto, la nozione di giudicato implicito postula quella di decisione implicita, consistente nella statuizione contenuta in un provvedimento, ma non espressa in termini formali. Ciò sta a significare che la volontà decisoria del giudice viene sì manifestata, ma il ragionamento sillogistico che sta alla sua base è caratterizzato da proposizioni espresse, ma anche da proposizioni inesprese che, essendo implicate da quelle espresse, sono da quest'ultime deducibili⁵³.

In altri termini, la teoria del giudicato implicito si basa sulla configurazione di un ordine logico-giuridico preconstituito di formulazione del giudizio⁵⁴. Ne emerge che all'interno del quadro logico della decisione complessiva si collocano i passaggi - di rito o di merito - che conducono alla decisione finale. Come sottolineato dalla giurisprudenza⁵⁵ tali passaggi sono effigiati nella prescrizione dell'art. 276, comma 2, c.p.c., da cui scaturisce un obbligo imposto dalla legge di decidere prima le questioni pregiudiziali, logiche o tecniche, e - in seguito - il merito. Pertanto, se il giudice decide il merito, data la regola della decisione gradata - in coerenza con la *ratio* stessa del processo - si deve presumere che egli abbia quindi deciso, anche implicitamente, altresì le questioni pregiudiziali o preliminari avanzate dalle parti o rilevabili d'ufficio⁵⁶.

Nello specifico, per quanto concerne il giudicato implicito sulle questioni di merito, appare evidente che esso è strettamente legato alla nozione di pregiudizialità in senso logico. La giurisprudenza - come visto - è costante nel ritenere che l'efficacia del giudicato copre non solo la pronuncia finale, ma anche l'accertamento che presenta la veste di presupposto logico-giuridico della decisione⁵⁷. Conseguenza è il formarsi del giudicato anche sulla pregiudiziale, in quanto la decisione di merito non può che essere il frutto (anche) di un accertamento dell'esistenza del rapporto giuridico alla base della pretesa.

Tale pregiudiziale in senso logico va però distinta da quella in senso tecnico, cioè "la situazione che, pur essendo un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio, vanta un'autonomia ed indipendenza dal fatto costitutivo del suddetto effetto, poiché è solo passibile di accertamento incidentale"⁵⁸ (salvi i casi in cui, su istanza di parte o per previsione di legge, sia richiesta una decisione con attitudine al giudicato).

Ma il giudicato implicito può toccare anche questioni processuali. Ciò è desumibile da una lettura in combinato disposto degli artt. 276, comma 2, 279, comma 2, e 187, comma 2 e 3, c.p.c., che assumono le pregiudiziali di rito nell'ordine delle questioni da trattare in occasione

⁵² Cfr A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1233; G. FANELLI, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1596.

⁵³ Così L. MANCINI, *Il giudicato implicito sulle questioni processuali, nota a Cass.*, 17 maggio, n. 10088, in *Giust. civ. com.*, 11, p. 2016.

⁵⁴ Per un'accurata disamina si rinvia a P. BIAVATI, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2009, p. 1300 ss.; R. VACCARELLA, *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, in *Giust. proc. civ.*, 2009, p. 640 ss.

⁵⁵ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Rep. Foro it.*, voce *Giurisdizione civile*, n. 212.

⁵⁶ Da qui è d'obbligo chiarire che non si deve confondere l'ordine di trattazione delle questioni e l'ordine di decisione delle questioni. Tale precisazione è confermata, difatti, dal quadro normativo, con gli artt. 276, comma 2, c.p.c. e 118, comma 2, disp. att. c.p.c. che disciplinano (il primo) l'attività decisoria e (il secondo) la struttura della motivazione della sentenza.

⁵⁷ Cass. 4 marzo 2020, n. 6091, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce *Cosa giudicata civile*, n. 6; Cass. 19 marzo 2018, n. 6716, *ivi*, 2018, voce *cit.*, n. 5; Cass. 28 novembre 2017, n. 28415, *ivi*, 2017, voce *cit.*, n.28; Cass. 24 gennaio 2006, n. 1285, in *Foro it.*, 2006, I, c. 700; Cass. 1° febbraio 1994, n. 990, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Cosa giudicata civile*, n. 9.

⁵⁸ L. MANCINI, *Il giudicato implicito sulle questioni processuali, cit.*

della pronuncia sulla domanda⁵⁹. Difatti è ormai pacifico che ricorre il giudicato implicito tutte le volte in cui tra la questione decisa e quella tacitamente risolta esiste un rapporto di dipendenza, al punto che le questioni decise pur implicitamente rappresentano il presupposto logico-giuridico del provvedimento definitivo⁶⁰. La decisione sul merito implica, dunque, anche una (non espressa) dichiarazione sulle condizioni di procedibilità, motivo per cui la mancata impugnazione della statuizione implicita determina il formarsi del giudicato⁶¹. Dal novero di tali condizioni processuali devono, però, essere escluse quelle il cui difetto porta ad un'ipotesi di nullità che esige un controllo in ogni stato e grado del processo, a prescindere dall'onere di impugnazione. Il riferimento è ai presupposti la cui carenza è preclusiva della stessa ammissibilità dell'azione, in quanto determinano l'assenza della *potestas iudicandi* e della *legitimatio ad causam*⁶².

Difatti, su tale tematica, nota è la pronuncia delle Sezioni Unite⁶³ che ha stabilito il principio per cui se il giudice ha deciso il merito, si deve ritenere che abbia deciso, in senso positivo, la questione pregiudiziale della giurisdizione⁶⁴. Per evitare conseguenze eccessive, frutto dell'applicazione del suddetto principio, sempre le Sezioni Unite hanno sottolineato come la logica della consumazione del potere di rilievo officioso nel passaggio dal primo al secondo grado non può essere applicata per le questioni di rito fondanti l'equo ed efficace processo, che non si possono considerare implicitamente risolte, ma soggette alla verifica dei giudici delle impugnazioni, in quanto tese a tutelare l'ordinamento dal disvalore di sistema costituito dall'emissione di sentenze *inutiliter datae*⁶⁵.

Diverse, invece, sono le questioni di rito di minor rilievo, cioè quelle che non condizionano l'efficacia e l'utilità della decisione. Distinzione, questa, fondamentale, in quanto solo per le prime non è possibile precludere al giudice dell'impugnazione il rilievo della questione non espressamente risolta nel grado di giudizio precedente. Il motivo è presto detto: "le questioni fondanti necessitano di una pronuncia esplicita ai fini del passaggio in giudicato, non potendo essere considerate implicitamente decise attraverso la decisione nel merito"⁶⁶.

Ciò premesso, risulta complesso stabilire quali siano le questioni fondanti l'equo ed efficace processo e quali non lo siano. Ciononostante, la giurisprudenza, nel percorso ermeneutico in crescendo intrapreso, ha annoverato tra le prime il difetto di integrazione del contraddittorio e di *legittimatio ad processum*, ovvero il difetto assoluto di *potestas iudicandi* (come nel caso di vizio di *legittimatio ad causam* o di mancato rispetto dei termini di decadenza per l'esercizio dell'azione, o altresì la litispendenza o il giudicato interno, o ancora la violazione del divieto

⁵⁹ P. BIAVATI, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1301 ss.

⁶⁰ V. MANCINI, *op. cit.*... O, ancora, Cass., 4 febbraio 2000, n. 1219, in *Foro it.*, 2000, c. 119.

⁶¹ Questo secondo la giurisprudenza (più recente) maggioritaria. V. Cass., sez. un., 4 febbraio 1998, 12699, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1691; o ancora Cass. 2 febbraio 2011, n. 2427, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Cosa giudicata civile*, n. 18. Ciononostante, altra parte della giurisprudenza è di senso contrario: l'impugnazione della pronuncia di merito è sufficiente ad impedire il formarsi del giudicato sulla statuizione implicita della questione processuale. Difatti, se la questione di merito viene (ri)messa in discussione, anche l'accertamento implicito (processuale) risulta toccato dall'impugnazione, precludendone la "cristallizzazione". V., in tal senso, Cass. 30 ottobre 2008, n. 26019, in *Giur. it.*, 2009, p. 1459 ss.

⁶² Alla stregua dell'indirizzo inaugurato da Cass., sez. un., 2008, n. 26019, *ivi*.

⁶³ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, I, c. 806 ss.

⁶⁴ Si veda tra le ultime Cass. 19 marzo 2020, n. 7454, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce *Giurisdizione civile*, n. 19. Come si diceva, tale rappresentazione trae origine dalla teoria del c.d. doppio oggetto del processo, per cui nel processo vi sarebbero due diversi oggetti del giudizio: il primo processuale, ovvero il dovere del giudice di decidere il merito della causa, il secondo sostanziale, ovvero il dovere di accertare la fondatezza della domanda.

⁶⁵ M. ABBAMONTE, *Sulla rilevanza ex officio da parte del giudice d'appello della tardività della domanda riconvenzionale rigettata nel merito in primo grado*, in *Giustizia civile.com*, 6, 2020.

⁶⁶ M. ABBAMONTE, *op. cit.*

dei *nova ex art. 345 c.p.c.*)⁶⁷. Si tratta, però, di una elencazione esemplificativa, che non fornisce criteri classificatori esaustivi. Pertanto, resta un pericoloso stato d'incertezza, in cui l'ampia discrezionalità vantata dai giudici apre (inevitabilmente) ad imprevedibili oscillazioni giurisprudenziali⁶⁸.

6. Cass., 21 febbraio 2020, n. 4689 e considerazioni finali

Nella fattispecie, M.P. ha chiesto una condanna al risarcimento dei danni a D.L. Il tribunale adito ha accolto la domanda, rigettando implicitamente l'eccezione di prescrizione, sollevata tardivamente dalla parte convenuta nelle memorie *ex art. 183 c.p.c.* e non nella comparsa di costituzione. La parte soccombente ha proposto appello, ribadendo l'eccezione di prescrizione, che la Corte ha accolto in quanto, anche se *ab origine* proposta tardivamente, l'attore vi avrebbe fatto acquiescenza, non avendo eccepito la decadenza in prime cure e non avendo riproposto la relativa questione con appello incidentale, determinando un giudicato implicito sul punto. M.P. ricorre proponendo un solo motivo: l'errata interpretazione degli artt. 345 e 346 c.p.c. Come sottolineato dalla Corte, il ricorrente (M.P.) era stato vittorioso in primo grado, motivo per cui non aveva l'onere di appello incidentale sulla questione. Ciononostante, i controricorrenti adducono che, seppur sollevato dall'onere di impugnazione incidentale, M.P. avrebbe dovuto comunque riproporre la questione *ex art. 346 c.p.c.*; e non avendolo fatto avrebbe prestato acquiescenza. La Corte, tuttavia, ritiene tale argomento non pertinente nel caso concreto. Ciò perchè l'onere di riproporre un'eccezione, in quanto adempimento dell'onere originario di eccepire, sussiste solo quando la parte aveva già l'onere di sollevare la questione in primo grado. In caso contrario, si introdurrebbe un onere in sede d'appello che in primo grado non sussisteva, in quanto la decadenza era rilevabile d'ufficio. Ciò esclude che si sia formato il giudicato sulla questione di decadenza; sicché la questione stessa è rimasta ancora discutibile e, pertanto, rilevabile d'ufficio senza bisogno della riproposizione. Non da meno, sulla prescrizione v'era appello (principale) dei convenuti, che dunque hanno introdotto il *thema decidendum*, rispetto al quale non era venuto (quindi) a mancare il potere di rilievo del giudice. In ultimo, sottolineando che il giudice di appello ha gli stessi poteri officiosi del giudice di primo grado, la Corte non ritiene consumato il potere officioso di rilevare la decadenza se sulla questione non si sia formato giudicato⁶⁹.

⁶⁷ Si veda sempre Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, in *Giur. it.*, 2009, p. 1459 ss.

⁶⁸ v. M. ABBAMONTE, *Sulla rilevanza ex officio da parte del giudice d'appello della tardività della domanda riconvenzionale rigettata nel merito in primo grado*, cit.

⁶⁹ Alla luce di ciò, seppur la motivazione – come premesso nel § 1, e come vedremo a breve – risulta condivisibile, non può non essere avvertito un senso di ingiustizia sostanziale, anche in virtù del divieto sancito dall'art. 345 c.p.c. – vedi § 3 –. Ne emerge, difatti, una problematica assai nota, in ordine alle preclusioni: chiudere alle parti la possibilità di introdurre ulteriori temi di indagine, implica inconfutabilmente il sacrificare la possibilità che il processo possa chiudersi con una sentenza giusta, ovvero l'effettività della tutela, all'altare della ragionevole durata del processo. Difatti, ormai da tempo la giurisprudenza non esita a sacrificare la garanzia di effettività della tutela ai fini di una rapida chiusura della lite, attraverso la massima compressione dei tempi processuali. Effettività della tutela che, però, sempre di più invoca un ampliamento dell'oggetto del giudizio di appello, per svincolarsi dalla concezione machiavellica del processo adottata dal legislatore. Ad, esempio, l'incoerenza nel limitare il potere di modificazione delle parti in sede d'appello è evidenziata dal dettato di cui all'art. 282 c.p.c. - secondo cui la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva -, che di fatto "disincentiva l'uso dell'appello per scopi dilatori". Anche l'ampiezza del giudicato, ed il conseguente depauperamento della possibilità delle parti di aprire un (nuovo) processo per rimediare ad un proprio errore, dovrebbe spingere per la possibilità (concessa alle parti) di portare in secondo grado ciò che non possono più portare innanzi ad un nuovo giudice. Segnali di apertura si riscontrano, ciononostante, nella giurisprudenza più recente, in tema di deduzione in giudizio di crediti a *petitum* frazionabile, di riqualificazione giuridica della fattispecie, di azioni di impugnative contrattuali – e "se si accetta la possibilità di recuperare in appello l'eccezione di nullità o quella di adempimento, difficilmente si riesce a spiegare l'esclusione della possibilità di avanzare un'eccezione di

In tal modo, la sentenza che si commenta presenta numerosi profili di interesse, tutti piuttosto rilevanti, anche sul piano sistematico.

Un primo profilo tocca l'appello incidentale ex art. 343 c.p.c. Occorre, qui, ragionare in termini di interesse ad impugnare, per cui la necessità di un'impugnazione incidentale sussiste solo se l'attore vittorioso in primo grado, poi appellato, abbia uno specifico e giuridico interesse. Ciò sta a significare che, con l'appello incidentale, l'attore appellato non mira ad una conferma della prima decisione, ma persegue una sua sostituzione attraverso una decisione ancora più favorevole e conforme alle sue iniziali conclusioni. L'appello incidentale è dunque necessario per contrastare un (presunto) errore del primo giudice, distinguendosi dalla mera riproposizione, di cui all'art. 346 c.p.c., alla luce "dell'esistenza di una soccombenza, ovvero di un interesse a vedere modificata la decisione resa in prime cure e contraria a quando chiesto dalla parte". Se tale interesse si rinviene, allora è necessario impugnare, criticando la soluzione adottata dal primo giudice. Similmente nel caso di omessa pronuncia su di una domanda che la parte espressamente aveva chiesto venisse esaminata⁷⁰.

Se tutte le questioni sono state risolte nel senso prospettato dalla parte, o sono rimaste assorbite, allora l'appello incidentale non è ammissibile, in quanto viene meno l'attività di critica che presenta la veste di presupposto indissolubile di tale strumento.

L'art. 346 c.p.c., invece, come sopra detto, fa essenzialmente riferimento all'attività della parte appellata tesa ad ottenere la conferma della sentenza, impugnata dalla controparte, e non una *reformatio in melius*, ancorché parziale, o una qualunque modifica. La norma, perciò, non si applica alle domande espressamente respinte, ma a quelle che siano rimaste tecnicamente assorbite dall'accoglimento della domanda principale, avanzate in subordine o in alternativa, e non esaminate dal giudice di prime cure. Attraverso tale istituto, pertanto, l'appellato manifesta la sua volontà di provocarne il riesame, non rinunciandovi.

Nello specifico una volta che l'eccezione sia stata ritenuta infondata, il riesame è condizionato all'iniziativa di parte, che si tratti di eccezioni in senso stretto ovvero in senso lato – tale distinzione, dunque, perde effetto una volta che sulla questione sia intervenuta una pronuncia⁷¹ -. La sopracitata distinzione mantiene, però, rilevanza allorché l'eccezione sia rimasta assorbita in prime cure, oppure non sia stata esaminata, perché se è vero che di fronte

prescrizione" (come nella fattispecie oggetto della sentenza in esame) -. Nasce (così) la necessità di volgere lo sguardo verso il sistema di giustizia civile francese. In Francia è infatti forte l'esigenza di assicurare, alla parte che si è dimenticata di allegare un fatto o di prospettare l'applicabilità di una certa norma giuridica, la possibilità di porre rimedio al proprio errore, ovvero di non cristallizzare la lite a come prospettata attraverso gli atti introduttivi, dato il rischio di conseguire – in tal modo – una ingiustizia sostanziale. Pertanto, è dal confronto con l'ordinamento francese, teso a conservare l'appello come giudizio a struttura aperta (*voie d'achèvement du litige*), che derivano i maggiori spunti di riflessione sulla struttura dell'appello, aprendo ai poteri di modificazione, strumentali alla massimizzazione del principio di efficacia della tutela, che possa anche sconfessare la proliferazione dei processi – favorendo (così) una riunione di tutte le controversie, che prendono origine dal medesimo episodio, in un unico processo -: così B. GAMBINERI, *Mutatio ed emendatio libelli in appello*, cit., p. 692 ss. e Id., *L'evoluzione dell'appello nell'ordinamento francese tra autorité de la chose jugée e office du juge*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 315 ss. a cui si rimanda per una maggiore esaustività.

⁷⁰ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 2019, p. 507.

⁷¹ Così A. TEDOLDI, *L'appello civile*, p. 221. V. anche Cass., sez. un., 20 gennaio 1998, n. 494, in *Foro it.*, 1998, I, c. 365 e Cass. 8 luglio 1997, n. 6147, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 111, secondo cui "qualora il giudice di primo grado, disattendendo la tesi della sua inammissibilità, abbia esaminato e rigettato nel merito un'eccezione ritenendola ritualmente acquisita al tema del dibattito processuale, la parte risultata vittoriosa ha l'onere, a norma dell'art. 346 c.p.c. di riproporre la deduzione di inammissibilità dell'eccezione nel corso del giudizio di appello (entro l'udienza di precisazione delle conclusioni) e ove non vi provveda non può, con il ricorso per cassazione, muovere utilmente alla sentenza di secondo grado censure attinenti alla ritualità dell'eccezione, il positivo riscontro della quale è coperto dal giudicato formatosi sulla statuizione del primo giudice".

a una statuizione espressa del giudice di prime cure, attraverso cui viene dichiarata infondata quell'eccezione, si rende in ogni caso necessaria un'iniziativa di parte, onde evitare la preclusione conseguente a giudicato interno, è però altrettanto vero che, innanzi ad una pronuncia non espressa, l'iniziativa di parte risulta necessaria solo per le eccezioni in senso stretto, in quanto per quelle in senso lato rimane il regime della rilevabilità *ex officio* da parte del giudice in ogni stato e grado del processo⁷². Pertanto, in tale ipotesi l'onere di riproposizione condiziona la conoscibilità delle sole eccezioni in senso stretto, mentre quelle rilevabili d'ufficio rimangono tali anche in appello.

Tale affermazione, fedele all'orientamento tradizionale, è solo apparentemente contrastata dal *revirement* della Cassazione in tema di giurisdizione, che ha affermato l'inapplicabilità del principio di rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado di cui all'art. 37 c.p.c., ove il giudice di primo grado – pur senza una pronuncia espressa – abbia (però) deciso la causa nel merito, ritenendosi che prima di pronunciarsi nel merito egli abbia deciso implicitamente sulla questione della giurisdizione⁷³. Solo apparentemente perché le stesse Sezioni Unite, intervenendo sul regime processuale delle nullità contrattuali e, pertanto, sull'efficacia di giudicato della decisione, ammettono il rilievo “in assenza di specifica doglianza o di riproposizione *a partibus*”⁷⁴.

Pertanto, innanzi a eccezioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo, il potere del secondo giudice dovrebbe ritenersi ancora sussistente, in quanto il silenzio sulla questione non è in grado di influire sull'ampiezza dei poteri cognitori del giudice d'appello⁷⁵. Non da meno, il codice di rito prevede che le parti, sino alla precisazione delle conclusioni, possano avanzare eccezioni nuove di cui la legge ammette la rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del processo; soluzione, questa, che ben può essere estesa anche al caso in cui sulle stesse eccezioni sia mancata la pronuncia in primo grado⁷⁶. In definitiva, nel caso in esame non si può ritenere necessaria né la riproposizione *in limine litis*, né a maggior ragione l'appello incidentale⁷⁷, in quanto i poteri dell'ufficio restano assorbiti solo dalla definizione del processo, ossia dalla assoluta carenza di un'impugnazione che investa il giudice del grado superiore⁷⁸.

Per ricapitolare: l'art. 346 c.p.c. fa riferimento non solo alle domande, ma anche alle eccezioni non accolte. Deve trattarsi di eccezioni in senso stretto, rimaste assorbite in primo grado, ovvero che non siano state espressamente rigettate; in quest'ultimo caso sarà difatti

⁷² Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Cosa giudicata civile*, n. 13; Cass. 25 luglio 1996, n. 6714, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 126.

⁷³ Rileverebbe qui, anche tenendo in considerazione quanto detto nel paragrafo precedente sul giudicato implicito, la previsione dell'art. 329, comma 2, c.p.c. per cui, in assenza di puntuale impugnazione, opera la presunzione di acquiescenza. Cass., sez. un. 16 ottobre 2008, n. 25246, in *Giur. it.*, 2009, p. 2004 ss.

⁷⁴ Così A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit. p. 222. In particolare, v. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, c. 862 e Cass. 15 settembre 2020, n. 19186, in *Dejure*.

⁷⁵ L. BIANCHI, *Riproposizione in appello delle eccezioni respinte da parte dell'appellato vittorioso in primo grado*, cit., p. 834.

⁷⁶ Anzi, a ben vedere, se non si erra, alla luce della lettura dell'art. 167 c.p.c. e delle preclusioni che da esso derivano, ne emerge che la riproposizione in appello dell'eccezione in senso stretto preclusa in primo grado (pertanto non introdotto nel *thema decidendum*) implichi l'introduzione – inammissibile – di *nova*, in violazione dell'art. 345 c.p.c. (nello specifico, comma II), trattandosi, appunto, di un'eccezione subordinata alla sola iniziativa di parte.

⁷⁷ Come osservato da L. BIANCHI, *Riproposizione in appello delle eccezioni respinte da parte dell'appellato vittorioso in primo grado*, in *Giusto proc. civ.*, II, 2017, p. 811 ss.; v., ancora, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2019 p. 400 ss.

⁷⁸ Così G. LASERRA, *Il giudice dell'impugnazione e le nullità insanabili non dedotte*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 571. *Contra* G. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, p. 349, che rimette alla esclusiva disponibilità delle parti l'individuazione dei temi oggetto di riesame nelle fasi di impugnazione.

necessaria l'impugnazione. Sono da ritenersi escluse, invece, dall'ambito della riproposizione le eccezioni in senso lato, poiché "la limitazione del rilievo officioso, soprattutto se su fatti di ordine pubblico, richiede una espressa statuizione legislativa, che invece risulta mancante". Lo stesso tenore letterale della norma invita a condividere la suddetta tesi. L'art. 346 c.p.c., per l'appunto, presenta l'espressione rinuncia, il che "farebbe riferimento ad un'attività propria della parte verso situazioni giuridiche disponibili", da cui inevitabilmente vanno sottratti i fatti di ordine pubblico, in quanto "non possono essere riconnessi ad alcun potere di rinuncia"⁷⁹. Tali fatti vanno dunque intesi come automaticamente devoluti. Ciò può estendersi alle eccezioni officiose di rito⁸⁰, che implicano addirittura il riferimento al potere stesso del giudice di statuire su quella controversia⁸¹ e governano il corretto andamento del procedimento. Sulla scorta di ciò, ben si può affermare che le suddette questioni siano devolute automaticamente al giudice d'appello, "senza che si ravvisi la consumazione del potere giudiziale, né tanto meno la mutazione dell'eccezione in senso lato in eccezione in senso stretto"⁸².

Non da meno, nella sentenza in epigrafe la Corte, giustamente, puntualizza che l'onere di riproposizione rappresenta pur sempre l'adempimento dell'onere originario di eccepire. Una rinuncia ad una eccezione, attraverso la non riproposizione, presuppone un onere che, non adempiuto in prime cure, può utilmente esserlo in appello. Se l'onere non c'è, non è pertanto configurabile una rinuncia. In caso contrario si introdurrebbe un onere in appello che in primo grado non sussisteva, essendo la decadenza rilevabile d'ufficio⁸³.

⁷⁹ Così G. BASILICO, *Sulla riproposizione di domande ed eccezioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 132.

⁸⁰ Sempre nonostante l'orientamento giurisprudenziale sul difetto di giurisdizione, che ha attratto a sé (si potrebbe dire automaticamente) delle critiche da parte della dottrina. Tra i tanti, F. P. LUISSO, *Giudicato implicito – i guasti del giudicato implicito*, in *Giur. it.*, 2018, 4, p. 871 ss.; ID., *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium*, 2019, p. 181 ss.; A. PANZAROLA, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, in *Judicium*, 2019, p. 309 ss., secondo cui se si insiste ad esigere la tecnica della impugnazione per evitare l'acquiescenza sulla decisione implicita, "lo si fa al prezzo di una finzione, trasformando in censura quella che è in verità la devoluzione nel giudizio in appello di una questione vergine, in quanto non previamente decisa, se non addirittura non discussa, implicando, nel caso, anche una lesione al principio del contraddittorio".

⁸¹ G. MONTELEONE, *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 736.

⁸² Così G. BASILICO, *Sulla riproposizione di domande ed eccezioni in appello*, cit., p. 133 s., la quale opportunamente si sofferma sul significato dell'espressione rinuncia e sulla sorte delle domande ed eccezioni non riproposte. Secondo la più tradizionale tesi, ed anche la più valida, "c'è un rapporto diretto ed immediato tra giudicato ed impugnazione, nel senso che il primo è impedito dalla proposizione della seconda"; ne deriva che "se si esula dall'ambito dell'impugnazione, se si esula anche da quello del giudicato". Se è corretto il presupposto per cui vi è riproposizione di domanda o di eccezione solo in caso di soccombenza reale – in virtù di un rigetto espresso – è da escludere che il legislatore abbia inteso equiparare la presunzione di rinuncia all'acquiescenza: pertanto sulla domanda/eccezione non si forma giudicato. "La mancata riproposizione, dunque, produce un effetto assolutamente endoprocessuale, cioè la domanda o l'eccezione non avrà alcuna rilevanza ai fini dell'appello" (si veda anche V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1945, p. 320 ss.); "la giurisprudenza, invece, è andata oltre, delineando il criterio per cui la sentenza del giudice d'appello che abbia deciso su domande ed eccezioni non espressamente riproposte è viziata da ultrapetizione". Comunque va (anche) sottolineato che il principio secondo cui l'art. 346 c.p.c. non trova applicazione con riguardo alle questioni rilevabili d'ufficio deve, ovviamente, essere coordinato col sistema delle preclusioni e con l'art. 342 c.p.c., che sancisce la specificità dei motivi d'impugnazione; motivo per cui la libera iniziativa del giudice – in tali ipotesi – va incontro ad un limite ove su tali questioni abbia deciso esplicitamente il giudice di primo grado, ed il punto non sia stato oggetto di impugnazione, o riproposizione.

⁸³ Come noto, il convenuto, oltre a costituirsi e ad essere presente, può svolgere ulteriori attività processuali; difatti, può porre in essere una c.d. mera difesa, ovvero allegare delle eccezioni, accrescendo la vicenda storica delineata dalla parte attorea (rimanendo nell'ambito del rapporto o della situazione giuridica dedotta dall'attore), col fine di estinguere, modificare o impedire l'efficacia dei fatti addotti da quest'ultimo in origine (attraverso la domanda). Ai sensi dell'art. 2697 c.c. l'onere della allegazione si modella sull'onere della prova; tale relazione è però solo tendenziale, dal momento in cui vi è la sussistenza di eccezioni rilevabili d'ufficio, dando luogo, infatti, ad una dissociazione fra onere dell'allegazione e onere della prova. Questo accade quando la parte interessata non eccepisca un dato fatto che può essere rilevato dal giudice quando tale fatto risulti dagli atti processuali in esame. A tal proposito la giurisprudenza pone in essere una distinzione tra potere di allegazione e potere di rilevazione della sua efficacia giuridica; il primo compete esclusivamente alla parte, in applicazione del principio dispositivo e del divieto di scienza privata del giudice, e va incontro a limiti modali e temporali previsti per il rito applicabile

In ultimo, in relazione all'art. 346 c.p.c. va sottolineato che, per consolidato orientamento dei giudici di piazza Cavour, in virtù del suddetto effetto devolutivo limitato e non automatico, la mancata riproposizione comporta in capo alla parte una vera e propria decadenza, con la formazione del giudicato implicito sul punto. La tematica è affrontata dalla sentenza in epigrafe e, pur rimanendo sottotraccia, riveste grande importanza.

Alla luce di quanto detto in precedenza, il giudicato implicito si forma sulle questioni e sugli accertamenti che costituiscono il presupposto logico indispensabile di una questione o di un accertamento sul quale si sia formato un giudicato esplicito. Pertanto, tale criterio non trova applicazione in relazione alle questioni pregiudiziali all'esame del merito, ovvero alle questioni che attengono alla proponibilità dell'azione, ove la parte soccombente abbia impugnato la questione di merito, impedendo in tal modo il formarsi del giudicato esplicito sulla questione, quale indispensabile presupposto del giudicato implicito sulla questione decisa ma "sottaciuta". Ne consegue che il giudice d'appello è tenuto a prendere in esame l'eccezione ed a pronunciarsi su di essa, anche se l'appellato, vittorioso in primo grado, non l'abbia riproposta. In definitiva, quanto disposto dall'art. 346 c.p.c. non trova applicazione alle questioni rilevabili d'ufficio.

Appare, quindi, che i giudici di piazza Cavour, in tale occasione, abbiano condiviso una terza tesi – sulla possibilità per il giudice d'appello di rilevare d'ufficio, cioè al di fuori degli specifici motivi d'impugnazione, le questioni pregiudiziali di rito – sostenuta da un'autorevole dottrina⁸⁴. Tesi che anche a chi scrive pare essere la più convincente.

L'opinione tradizionale, come visto (ed oggetto di ripensamento esclusivamente per quanto concerne la questione di giurisdizione), riconosce al giudice d'appello il potere di rilevare *ex officio* le questioni pregiudiziali di rito non investite da una decisione espressa, ancorandosi alla distinzione fra soluzioni esplicite ed implicite. Una seconda tesi – quella riproposta dalla Suprema Corte per la questione di giurisdizione -, invece, non compie alcuna distinzione tra soluzione esplicita ed implicita, muovendo dal presupposto che il giudice, ogniqualvolta decide nel merito, ha accertato – anche implicitamente – i presupposti processuali e le condizioni dell'azione, da cui deriva il suo potere di decidere il merito. Si ammette, pertanto, "la possibilità del formarsi di un giudicato parziale ove la sentenza, che contenga o non decisioni

alla fattispecie, il secondo può essere esercitato anche dal giudice e quindi non è gravato da alcun limite temporale. Or dunque, sono eccezioni in senso stretto quelle che per espressa disposizione di legge rientrano nell'esclusiva disponibilità della parte, potendo solo essa rilevare l'efficacia giuridica del fatto che ne costituisce fondamento; sono eccezioni in senso lato, invece, quelle che il giudice può rilevare d'ufficio purché il fatto (modificativo, estintivo o impeditivo) risulti *rite et recte* acquisito al processo. v. M. MINARDI, *Le trappole nel processo civile*, Milano, 2010; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Bologna, 2017, pp. 155 ss.

⁸⁴ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, cit.*, p. 488 ss.; o ancora Travagli "costituzionalmente orientati" delle sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., *ordine delle questioni, giudicato implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1141 ss., il quale sottolinea come la prima tesi sia proprio quella che desta maggiori perplessità, la quale appare fondata, in buona sostanza, "su una petizione di principio". Secondo l'a., al risultato di richiedere uno specifico motivo di gravame solo quando l'accertamento sia avvenuto espressamente nella decisione impugnata, si può pervenire solo assegnando "un assai peculiare ed alquanto discutibile significato alla antecedenza logico-giuridica delle questioni processuali su quelle di merito, che è positivamente enunciata dall'art. 276, comma 2, c.p.c. Si dovrebbe, più precisamente dimostrare che questa anteriorità non opera – come è, invece, imposto dallo stesso art. 276 c.p.c. – rigorosamente in funzione di un passaggio logico alla decisione di merito, e che, di conseguenza, dalla pura e semplice statuizione sul merito della causa non potrebbe desumersi, sicuramente ed inequivocabilmente, anche un'implicita ed affermativa presa di posizione sul rito".

esplicite, sia impugnata solo per ragioni di merito”⁸⁵. Tesi, questa fortemente criticata, data la carenza, *in primis*, di un capo di sentenza cui possa confarsi la disposizione di cui all’art. 329, comma 2, c.p.c., ma, al contempo, anche dell’esigenza di una specifica doglianza⁸⁶. Difatti, l’assunto in discorso si palesa più che altro come una scelta dettata da esigenze di politica giudiziaria, affrancando il giudice dal dovere di attivare il contraddittorio tra le parti e di prendere motivatamente posizione su un tema, pur dequotando (in tal modo) le regole processuali.

La terza ed ultima tesi, alla quale poc’anzi si accennava, al pari della seconda, non fa distinzioni tra accertamenti espliciti ed impliciti. Ma, in caso di impugnazione (solo) di merito, riserva al giudice d’appello il potere di rilevare la questione d’ufficio, indipendentemente dal fatto che la sentenza impugnata si sia esplicitamente o implicitamente pronunciata su di essa. I due oggetti sottoposti all’accertamento del giudice attraverso la domanda (il riferimento è alla ricognizione del potere-dovere di decidere il merito della causa e la dichiarazione circa l’esistenza o non del diritto controverso), sono infatti innegabilmente inscindibili, essendo l’uno funzionale all’altro⁸⁷. A ciò consegue che, attraverso l’impugnazione sul merito, la questione dell’ammissibilità della domanda/eccezione, dato il suo stretto legame col merito stesso, è devoluta al giudice d’appello così com’era in prime cure. Se la questione *de quo* viene (ri)messa in discussione, anche l’accertamento implicito (processuale) risulta implicato dall’impugnazione, precludendo un suo cristallizzarsi. Pertanto, che vi sia un accertamento esplicito od implicito, se si impugna sul merito, il giudice d’appello ha sempre il potere di rilevare *ex officio* la carenza del presupposto processuale accertato in prime cure.

Alessandro Carissimo
Dottore in Giurisprudenza

⁸⁵ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 501.

⁸⁶ Il giudicato è di certo teso a salvaguardare la certezza del diritto, ma deve anche rispondere ad altri canoni (come quelli della economicità del giudizio o del diritto di difesa); motivo per cui è importante che vi sia chiarezza sull’oggetto che il giudicato stesso ricopre, onde evitare la violazione di quei principi che proprio l’istituto mira a salvaguardare. Invero, se nel rapporto tra più questioni di merito il principio della ragione più liquida trova applicazione, consentendo al giudice di superare l’ordine delle questioni – trascurando alcuni antecedenti logici della decisione – detto criterio non può operare, invece, nel rapporto tra questioni pregiudiziali di rito e questioni di merito. Questo a conferma della statuizione di Cass., sez. un., 20 marzo 2019, n. 7925, per cui il giudicato interno “preclude la rilevabilità d’ufficio delle relative questioni solo se espresso, cioè formatosi su rapporti tra questioni di merito dedotte in giudizio e, dunque, tra le plurime domande od eccezioni di merito, e non quando implicito, cioè formatosi sui rapporti tra questioni di merito e questioni pregiudiziali o preliminari di rito o di merito, sulle quali il giudice non abbia pronunciato esplicitamente, sussistendo tra esse una mera presupposizione logico-giuridica”. A ben vedere, ne consegue che imporre l’onere all’impugnazione incidentale anche ai casi in cui la domanda o l’eccezione non sia stata decisa risulta essere irrazionale nella logica processuale, in quanto ciò potrebbe tradursi nell’imposizione alla parte di impugnare una decisione che non esiste, ovvero che non si può leggere e, pertanto, non si può censurare (v. R. Succio, *Il criterio della “ragione più liquida” nel caso di giudicato interno e tra questioni di rito e questioni di merito*, in *Ilprocessocivile*, 2020).

⁸⁷ Così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 501.