

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e
Sovranazionale

Scuola di dottorato in Scienze giuridiche



Corso di dottorato in Scienze giuridiche
Indirizzo diritto processuale civile
XXVIII ciclo

Tesi di dottorato di ricerca

**LE IMPUGNAZIONI INCIDENTALI
CONDIZIONATE**

(s.s.d. IUS/15)

Dottorando:

Dott.ssa Gaia Carola Rocca

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Maria Francesca Ghirga

Coordinatrici del Dottorato:

Chiar.ma Prof.ssa Maria Francesca Ghirga

Chiar.ma Prof.ssa Elena Merlin

A.A. 2015 / 2016

A mio padre

Abstract

Lo scopo della presente ricerca è quello di analizzare la posizione della parte totalmente vittoriosa nel merito (in primo grado; in appello), e tuttavia soccombente su questioni, nella prospettiva dei giudizi di impugnazione. In assenza di conferme legislative si rende infatti necessario verificare la compatibilità dei suoi poteri censori con i principi generali della materia impugnatoria.

Lo studio dimostra come il vincitore possa sia appellare che ricorrere verso quelle frazioni della sentenza che ne respingano le eccezioni. L'analisi sulla struttura dei giudizi di appello e Cassazione rivela punto l'idoneità del rigetto di questioni ad integrare, in entrambi i casi, un capo di sentenza autonomamente impugnabile (art.329.2 c.p.c.). Ciò significa che il gravame della parte vittoriosa, per sua natura limitato a quei contenuti della sentenza, si fonda su possibili oggetti d'impugnazione.

Oltre alla possibilità oggettiva, il confronto coi principi generali impone di verificare l'ammissibilità soggettiva, dal punto di vista dell'interesse ad impugnare, dei gravami del vincitore. Quell'interesse è rivelato dai maggiori benefici che la parte totalmente vittoriosa otterrebbe, mediante l'accoglimento del proprio gravame, rispetto al risultato minacciato dall'impugnazione avversaria: la sconfitta nel merito.

Occorre tuttavia ricordare che la parte soccombente solo su questioni impugna un provvedimento che le è, nel merito, totalmente favorevole. Per tale ragione, quando lamenta l'erroneo rigetto di questioni processuali (la cui fondatezza condurrebbe ad una vittoria, sì, ma sul rito), l'interesse all'esame della sua impugnativa è subordinato al previo accoglimento di quella avversaria sul merito.

Dopo averne ricostruite le applicazioni, la ricerca si occupa del rapporto tra i poteri censori del vincitore (in appello; in Cassazione) ed il confinante tema dei limiti obiettivi del giudicato: con particolare riferimento al profilo del giudicato implicito sui presupposti processuali. L'occasione è offerta dalla posizione storicamente assunta dalla S.C. sul tema, specifico, del giudicato implicito sulla giurisdizione. Obiettivo della ricerca è quello di risolvere la *vexata quaestio* circa l'estensibilità (o meno) del giudicato implicito sulla giurisdizione agli altri affini presupposti processuali. In quel caso, infatti, i poteri censori della parte vittoriosa dovrebbero estendersi a

tutti i capi impliciti di rigetto contenuti nel provvedimento di merito; con conseguente proliferazione del numero delle sue impugnazioni.

Si tratta, tuttavia, di un rischio remoto. Come questo studio dimostrerà, i fondamenti teorici del giudicato implicito processuale non trovano ospitalità nel nostro ordinamento. Questo significa che il vincitore pratico deve limitarsi ad impugnare i capi della sentenza di merito che esplicitamente ne rigettino le eccezioni.

Abstract

The aim of this research is to analyse the position of the party which is winning on the merits (1st instance trial; appeal), although losing on issues, in the perspective of challenges. In the absence of a specific regulation, it is necessary to verify the compliance of his legal powers with the general principles of challenges.

This research demonstrates that the successful party can either appeal or make a cassation complaint against those parts of the judgement that see his objections as rejected. The analysis of the appeal and the Supreme Court proceeding structures shows that the decision of dismissing the objections can be independently challenged within the judgement in both cases (art.329.2 c.p.c.). This means that the winning's party challenges, which intimately refer to that portions of the judge's decision, are based on "possible challengeable objects".

According to general principles, these challenges have to be admissible from a subjective perspective. Indeed, they need to reflect the interest of the successful party in his challenges. This interest can be identified in the advantages that the winning party will obtain from the acceptance of his challenges since, as a consequence of the adversary challenge, the winning party itself could become loser on the merits. Therefore, the interest becomes relevant whenever the acceptance of the winner's challenges can lead to a solution which is preferable to that possible lost.

It is worth highlighting that the winning party actually challenges a totally advantageous (winning) judgement. Therefore, in the case of challenges regarding issues of procedure, the winning interest is subordinated to the full acceptance of the adversary requests.

Finally, this work focuses on the relationship between the winner's challenges and the *res iudicata* through an historical overview that considers the position of the Supreme Court on the implicit identification of the jurisdiction that is innate in the judge's decision on the merit. The critical point is to understand whether this rule applies (or can apply in principle) to any other similar issue on procedure. In this case, the winning party will have interest in challenging all the implicit decisions, thus leading to a huge proliferation of his challenge duties. This point is still largely debated and this thesis will try to clarify why the application of the implicit de-

cisions regarding procedure issues can't be accepted within our legal system. This implies that the winner's challenges must be limited to the explicit content of the merit judgements.

Indice

Abstract	1
Introduzione	7
I La possibilità obiettiva dell'impugnazione incidentale del vincitore	15
1 La decisione di questioni: rapporti con la nozione di parte o capo di sentenza autonomamente impugnabile	17
1.1 Il ruolo delle questioni nel processo: tra disciplina positiva ed elaborazioni teoriche	17
2 La nozione di parte o capo di sentenza nella prospettiva dei giudizi d'impugnazione	25
2.1 La ricorribilità delle questioni sfavorevolmente decise innanzi al giudice di legittimità	25
2.2 L'appellabilità dei capi di questione nella controversa fisionomia del giudizio di seconde cure	28
2.2.1 Il giudizio d'appello sotto l'egida del c.p.c. del 1865: cenni storici	31
2.2.2 Il giudizio d'appello del 1942: tra evoluzione normativa ed interpretazioni tradizionali . . .	32
2.2.3 I motivi ex art.342 c.p.c. e la natura del giudizio d'appello: tra profili dogmatici ed applicativi .	57
2.2.4 La riforma dell'art.342 c.p.c. nella l.134/2012. Conferme legislative alla possibilità obiettiva dell'appello incidentale del vincitore.	80
II Ammissibilità subiettiva ed applicazioni dell'impugnazione incidentale del vincitore	92
3 L'interesse ad impugnare quale criterio per l'individuazione delle applicazioni della doglianza del vincitore nella dinamica delle impugnazioni	101

3.1	Utilità e funzioni dell'appello incidentale delle questioni respinte: un'indagine sull'interesse ad impugnare dell'appellato vincitore	102
3.1.1	L'appello incidentale del vincitore su questioni pregiudiziali di rito	107
3.1.2	L'appello incidentale del vincitore su questioni preliminari di merito	124
3.2	Utilità e funzioni del ricorso incidentale verso le questioni respinte: completamento dell'indagine circa l'interesse ad impugnare del vincitore	137
3.2.1	Funzioni del ricorso incidentale del vincitore nella prospettiva interna al giudizio di legittimità	140
3.2.2	Funzioni del ricorso incidentale del vincitore nella prospettiva del giudizio di rinvio	145
3.2.3	Nuove applicazioni del ricorso incidentale del vincitore. Evoluzione a margine del d.l.83/2012 (convertito con l.134/2012)	150
3.3	Considerazioni (non) conclusive	157

III L'impugnazione del vincitore nelle recenti frontiere dei limiti obiettivi del giudicato (tra ordine di esame delle questioni e giudicato implicito sui presupposti processuali). **162**

4 Il condizionamento del ricorso incidentale su questione di giurisdizione: premesse per una riscrittura dei poteri censori del vincitore. **162**

4.1	L'evoluzione politico-giuridica della giurisdizione e le ripercussioni sulla sua disciplina processuale. Il punto di vista del vincitore.	162
-----	---	-----

5 Dal giudicato implicito sulla giurisdizione a quello sui presupposti processuali fondanti. Una riflessione intorno all'ordine di esame delle questioni. **174**

5.1	L'ordine di esame delle questioni nel processo. Modelli teorici e soluzioni concrete.	178
5.1.1	L'ordine fisso ed immutabile della pregiudizialità logica rito-merito	179

5.1.2	L'ordine del caso concreto: sequenze variabili ma non per questo irrazionali	190
5.2	L'ordine del caso concreto nella prospettiva della parte totalmente vittoriosa nel merito: il tramonto del giu- dicato implicito.	204
	Conclusioni	210
	Bibliografia	217

Introduzione

La presente ricerca si propone di indagare, all'interno del sistema delle impugnazioni, la posizione di una particolare parte processuale: quella totalmente vittoriosa nel merito in prime ed in seconde cure, e tuttavia soccombente (virtuale o teorica) su questioni.

Nel silenzio normativo spettò agli interpreti il compito di ricostruirne poteri ed oneri censori. Il dibattito, principiato negli anni 50', fu guidato dal costante confronto con i principi generali della materia impugnatoria. In particolare, le impugnazioni del vincitore furono scandagliate sotto due profili: la possibilità obiettiva e l'ammissibilità subiettiva. Dal primo punto di vista premeva verificare se il rigetto di questioni (l'unica statuizione sfavorevole e, pertanto, censurabile dal vincitore) integrasse o meno un capo di sentenza autonomamente impugnabile (artt.329.2 e 336.1 c.p.c.). Quanto all'ammissibilità soggettiva, invece, gli interpreti si premurarono di misurare l'interesse del vincitore alla doglianza. In capo alla parte totalmente soddisfatta dall'esito del giudizio di merito, l'interesse a criticarlo assumeva, necessariamente, una particolare caratterizzazione.

L'indagine si assestò nel primo decennio del secolo XXI quando, dopo lunghi diverbi, dottrina e giurisprudenza giunsero infine a riconoscere il potere del vincitore di ricorrere, in via incidentale, verso la sentenza di seconde cure che ne avesse respinte le eccezioni. Al cospetto del giudizio revisionale di legittimità, volto al controllo degli errori compiuti dal giudice *a quo*, le doglianze della parte vittoriosa superavano ogni obiezione critica. Investivano infatti parti di sentenza autonomamente impugnabili (capi di questione); integravano, eventualmente attraverso l'espedito del condizionamento *ex lege*, i requisiti subiettivi di ammissibilità (in particolare, l'interesse ad impugnare).

Su questi approdi, ormai pacifici, in tema di impugnazioni del vincitore, s'innesta l'interesse alla presente analisi. La scelta di approfondire i poteri della parte vittoriosa trova giustificazione negli impulsi offerti alla possibilità di riconoscerne sviluppi ulteriori tanto dal sistema positivo quanto dalle sue interpretazioni ed applicazioni.

Da questo punto di vista due sono i profili che preme verificare.

Il primo riguarda la possibilità del vincitore di anticipare le proprie censure verso il rigetto di questioni già al momento dell'emissione

del primo provvedimento di merito. In altre parole, s'intende appurare la compatibilità sistematica, come del ricorso, così anche dell'appello incidentale su questioni del vincitore. Una volta ricostruita la dinamica dei suoi poteri censori lungo tutto l'arco processuale (dalle prime cure sino in Cassazione), ci si propone di indagarne le espansioni "meno ordinarie" suggerite dalle più recenti riflessioni in tema di limiti obiettivi del giudicato. Da questo punto di vista a destare particolare interesse è la possibilità (*rectius*: necessità) del vincitore di confrontarsi, a pena di acquiescenza, non solo con il contenuto esplicito, bensì anche con quello implicito del provvedimento di merito.

La struttura della ricerca riflette queste ambizioni. I primi due Capitoli cercheranno infatti di fotografare la dinamica delle impugnazioni del vincitore nel corso dell'intero svolgimento processuale. Si cercherà di evidenziare quali siano i poteri/oneri che attendono la parte *de qua* nei due snodi cruciali del giudizio: ossia nel passaggio dalle prime alle seconde cure ed in quello, successivo, dall'appello alla legittimità. E' chiaro, infatti, che in un ordinamento dominato da un rigido sistema di progressive preclusioni, riconoscere al vincitore la possibilità (ma anche il dovere) di far valere le proprie censure già verso la sentenza di primo grado, diviene fondamentale per stabilire, a cascata, quali poteri difensivi possa ancora esercitare in Cassazione. Si tratterà infatti delle difese tenute in vita da iniziative critiche già tempestivamente manifestate in appello.

Come quelle di ogni altra parte, anche le impugnazioni del vincitore devono confrontarsi con i principi generali della materia impugnatoria. Tra questi, il primo profilo ad essere analizzato sarà quello della possibilità obiettiva. In altre parole, si verificherà l'adeguatezza dell'oggetto delle impugnazioni della parte vittoriosa (Capitolo primo)¹. L'unico contenuto della sentenza sfavorevole al vincitore pratico, e suscettibile di subirne le critiche, è dato dal rigetto di eccezioni (pregiudiziali di rito/preliminari di merito). Si tratterà quindi di appurare se, così come in Cassazione, anche in appello possa sentirsi la censura di meri capi di questione.

¹Per completezza, sia l'analisi sulla possibilità obiettiva (cui è dedicato il Capitolo primo), sia quella sull'ammissibilità soggettiva (cui sarà dedicato il Capitolo secondo) delle impugnazioni del vincitore, saranno svolte in riferimento ad ambedue i giudizi gravatori: appello e Cassazione. Nonostante le incertezze riguardino principalmente l'appello, sarà utile ripercorrere anche le tappe della legittimazione sistematica del ricorso per Cassazione del vincitore. Con gli opportuni adattamenti, molti degli argomenti spesi a favore di quell'impugnativa potranno infatti supportare il riconoscimento dei poteri del vincitore anche in appello.

Le obiezioni sollevate rispetto a questa possibilità si fondavano su una ricostruzione del giudizio d'appello mutuata dall'eco della tradizione. Per lungo tempo, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, gli interpreti continuarono infatti a tributare all'appello i caratteri che lo avevano connotato sotto l'egida del c.p.c. del 1865. In esso riconoscevano un *novum iudicium* sostitutivo, (al più) temperatamente devolutivo, finalizzato a riesaminare l'intero rapporto giuridico già controverso in prima istanza. In un appello siffatto non v'era spazio per un'impugnazione limitata a mere questioni. Le parti, chiamate a definire (in ossequio al principio dispositivo) l'oggetto della cognizione e decisione del giudice *ad quem*, dovevano impugnare estensioni della sentenza idonee a riprodurre la lite già controversa e destinata al riesame. *Ergo*, capi di domanda.

Nella consapevolezza di queste obiezioni, ed al fine di verificarne la tenuta, ci si affiderà ad una convinzione. Quella circa l'esistenza di un rapporto, inscindibile, di reciproca influenza tra struttura/oggetto del giudizio d'impugnazione e poteri/oneri censori delle parti. Sulla scorta di questa consapevolezza², si svolgerà uno studio diacronico della fisionomia positiva assunta dal giudizio di appello nel codice del 1865, in quello attuale e nel susseguirsi delle riforme che lo hanno investito. Ciò al fine di verificare se e quali direttive il legislatore del nuovo codice, e delle sue riforme, abbia offerto (non importa se in termini di causa od effetto) alla fisionomia dell'appello ed ai poteri degli appellanti.

La sensazione che sorregge l'analisi è che le norme sulle attuali seconde cure, filtrate dalla lente della *ratio legis* evolutiva che ne ha scortata l'adozione, raccontino di una struttura giudiziale e di un impegno censorio diversi da quelli che, in passato, connotavano l'appello. Se così fosse, le obiezioni tradizionalmente opposte all'appellabilità di mere questioni, incentrate sulla fisionomia storica delle seconde cure, perderebbero ogni ragion d'essere. Verrebbe meno, quindi, il dubbio circa l'inadeguatezza obiettiva dell'appello (incidentale) del vincitore su capi di questione.

Una volta compiuta questa verifica (che, lo si anticipa, si concluderà con una ricostruzione del giudizio d'appello diversa da quella tradizionale e compatibile con l'impugnabilità di capi di questione) si volgerà al profilo dell'ammissibilità subiettiva delle impugnazioni del

²E di quella per cui l'individuazione di uno dei due termini di quel rapporto offra indicazioni affidabili sui contenuti dell'altro.

vincitore (Capitolo secondo). Si cercherà di svelare quali meritevoli (dal punto di vista della tutela giurisdizionale) ambizioni critiche possa egli manifestare nel gravare un provvedimento di merito pienamente soddisfacente. Da questo punto di vista sarà la ricostruzione teorica della nozione di interesse ad impugnare, e la sua preferenza a quella di “soccumbenza” tra le condizioni di ammissibilità dei gravami, a venire in ausilio. Il vincitore non può infatti lamentare, è evidente, alcuna soccombenza pratica o formale. Ciò non toglie ch’egli possa avere interesse a difendersi nelle sedi gravatorie ove sia, suo malgrado, convenuto.

L’individuazione del contenuto specifico di quelle ambizioni critiche non potrà tuttavia svolgersi in via astratta e generale. Occorrerà invece declinare il nucleo minimo dell’interesse ad impugnare (rappresentato dal delta di utilità incrementale giuridicamente apprezzabile conseguibile con l’accoglimento dell’impugnazione) nelle differenti conclusioni dei giudizi di gravame. Ciò al fine di verificare se e quali benefici possa ottenere, all’interno di quegli orizzonti, la doglianza del vincitore. Individuando (lo si anticipa) quei benefici, l’indagine sull’interesse finirà così per svelare, contestualmente, tanto l’ammissibilità soggettiva delle censure del vincitore, quanto le funzioni ch’esse sono chiamate a svolgere nell’interazione coi poteri decisori dei giudici d’appello e di Cassazione.

Una volta delineato il quadro delle impugnazioni consentite alla parte vittoriosa, se ne approfondiranno le espansioni suggerite da alcune recenti riflessioni sul tema della cosa giudicata: in particolare, su quel profilo interno all’istituto che prende il nome di “giudicato implicito sui presupposti processuali” (Capitolo terzo). Tra i vari e controversi limiti obiettivi del giudicato, il fenomeno dell’implicito è quello che più direttamente colpisce la latitudine dei poteri del soccombente virtuale (su questioni processuali). Ammettere, come quel fenomeno vorrebbe, l’esistenza in ogni sentenza di merito di una pronuncia implicita sui presupposti processuali, suscettibile di passare in giudicato, significherebbe punto onerare il vincitore, che non intenda rinunciare a difendersi nel rito in sede di gravame, dell’impugnazione di tutti i capi (impliciti, appunto) corrispondenti.

Occorrerà pertanto approfondire la legittimazione sistematica del giudicato implicito processuale. In assenza di norme specificatamente dedicate, l’indagine si nutrirà degli argomenti che, con particolare vivacità nella giurisprudenza della Suprema Corte, hanno

accompagnato l'ingresso dell'istituto. Questi ultimi hanno inizialmente interessato un'applicazione specifica del fenomeno dell'implicito: ossia quella inerente la decisione inespressa (e positiva) sulla giurisdizione riconosciuta in ogni provvedimento sulla lite. Agli occhi degli interpreti è apparso, tuttavia, subito evidente il potenziale estensivo degli argomenti spesi a supporto del giudicato implicito sulla giurisdizione.

Si tratta di istituti di teoria generale. Al fondo del giudicato implicito v'è infatti la ricostruzione, di derivazione germanica, del doppio oggetto del processo³, ed il suo corollario circa l'ordine, c.d., della pregiudizialità rito-merito, quale criterio logico di organizzazione dinamica del giudizio. L'incrocio di questi due aspetti porta a ritenere che il giudice, investito del compito di accertare le due anime oggettive della domanda (l'ammissibilità, in rito; la fondatezza, in merito) debba sempre anteporre (arg.ex art.276.2 c.p.c.) l'esame del primo profilo a quello del secondo.

L'affidamento a questa scansione esaminatoria consente una duplice conclusione.

Da un lato giustifica il riconoscimento, sostenuto dalla giurisprudenza della S.C. sul finir del secolo scorso, di una pronuncia implicita sulla giurisdizione in ogni decisione sul merito. La giurisdizione traduce infatti un aspetto singolare di quel più generale oggetto che è rappresentato dall'ammissibilità della domanda. Oggetto che, secondo l'ordine della pregiudizialità, il giudice deve sempre risolvere prima di rivolgersi al merito. Con la conseguenza che, se una decisione di merito (ossia sulla fondatezza della domanda) v'è stata, significa che il giudice ha previamente affrontato e positivamente deciso, al più, implicitamente, il profilo di ammissibilità relativo alla propria *iurisdictio*.

Dall'altro, e con effetti ancor più impattanti, l'ordine della pregiudizialità, quale regola di giudizio, consente di estendere il medesimo ragionamento a tutte le altre questioni di rito che, di concerto alla giurisdizione, compongono il tema dell'ammissibilità della domanda.

Il connubio doppio oggetto del processo-ordine logico della pregiudizialità ex art.276.2 c.p.c. espanderebbe quindi, se accolto, il fenomeno del giudicato implicito sulla giurisdizione a tutti i presupposti processuali preposti all'ammissibilità della domanda (secondo la teoria

³Secondo questa teoria l'oggetto di ogni processo si scinde in due componenti: l'ammissibilità (in rito) e la fondatezza (nel merito) della domanda. Entrambi gli oggetti devono essere investiti dall'accertamento giudiziale.

del doppio oggetto). L'esito, che ne deriverebbe, sarebbe quello di una corrispondente dilatazione dei poteri/oneri censori della parte vittoriosa nel merito, ma soccombente sul rito. Quest'ultima, al fine di vincere i meccanismi dell'acquiescenza, sarebbe costretta a svolgere le proprie strategie difensive nei confronti sia del contenuto esplicito, sia di quello implicito astrattamente riconoscibile nella sentenza impugnata.

Sullo sfondo dei limiti obiettivi del giudicato, e nel necessario confronto con gli istituti di teoria generale richiamati, si svolgerà perciò il terzo ed ultimo Capitolo dell'analisi.

L'ambizione sarà quella di offrire, infine, una ricostruzione delle impugnazioni del vincitore esaustiva e completa in tutte le sue possibili diramazioni.

Capitolo I

La possibilità obiettiva dell'impugnazione incidentale del vincitore

Come anticipato in sede introduttiva, l'istituto dell'impugnazione incidentale condizionata nasce per attendere alle esigenze di tutela di una specifica parte processuale: il vincitore totale nel merito, soccombente teorico su questioni. La particolarità di questa posizione riguarda non tanto il cumulo di contestuali situazioni di vittoria e sconfitta⁴; bensì il loro riferimento ad estensioni oggettive del giudizio qualitativamente diverse. La vittoria è infatti riportata sulla lite e riguarda il merito della causa; la sconfitta, invece, le eccezioni difensive in quella sede sollevate e rigettate. Queste due situazioni convivono allorché il convenuto abbia ottenuto il rigetto della domanda attorea per ragioni diverse ed indipendenti dalle eccezioni sollevate e respinte⁵. In quel caso la sentenza reca nei suoi confronti un contenuto di merito favorevole, affiancato tuttavia da tratti pregiudizievole coincidenti con il rigetto delle eccezioni (*rectius*: questioni) sollevate⁶.

⁴Questa situazione ricorre infatti ogni qual volta, in occasione di giudizi cumulativi ovvero ad oggetto scindibile, le parti abbiano riportato una soccombenza reciproca parziale nel merito.

⁵Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, qualora la domanda attorea venisse rigettata per infondatezza dei fatti costitutivi allegati dall'attore a fondamento del suo diritto.

Il proseguo dell'analisi richiede una precisazione. Quando si parla del vincitore nel merito, soccombente teorico su questioni, ci si riferisce normalmente alla parte convenuta in prime cure, autrice di eccezioni a contrasto della domanda attorea. Ciò non toglie che le posizioni possano ribaltarsi. Vincitore nel merito, soccombente teorico su questioni, potrebbe essere anche l'attore che, dinnanzi alla domanda riconvenzionale del convenuto, abbia sollevato eccezioni processuali o di merito poi respinte nonostante il rigetto di quella domanda. Coinvolto nel giudizio d'impugnazione dall'iniziativa principale avversaria (quella del convenuto in prime cure, formalmente soccombente sulla riconvenzionale) il precedente attore (ora convenuto nel giudizio d'impugnazione) potrebbe voler impugnare, in via incidentale e condizionata, la sentenza del giudice *a quo* nella parte relativa al rigetto delle eccezioni sollevate.

⁶Le precisazioni svolte nel testo offrono l'occasione di un immediato chiarimento istituzionale che costituirà sfondo costante di analisi.

L'attività eccipiente si inserisce tra le difese accordate dall'ordinamento alla parte convenuta in giudizio. Quest'ultima può svolgere la propria strategia processuale secondo una triplice progressione offensiva. Ai due poli estremi vi sono la mera contestazione dei fatti costitutivi posti dall'attore alla base della domanda principale (arg.ex art.115.1 c.p.c.) e la proposizione di domande riconvenzionali (art.36 c.p.c.). Nel primo caso il convenuto, intenzionato ad ottenere il rigetto della domanda attorea, si limita ad indubbiare la fondatezza delle rispettive allegazioni; senza tuttavia introdurre in giudizio temi ulteriori e diversi. Nel secondo caso, invece, non solo allega fatti nuovi (estendendo così la *cognitio* del giudice); bensì fonda, su

Quei contenuti di rigetto rappresentano l'unico referente obiettivo possibile per l'impugnazione incidentale del vincitore. In essi soltanto è possibile ravvisare statuizioni sfavorevoli passibili di subirne l'attacco censorio in conformità alla natura tipica del mezzo d'impugnazione⁷.

Il primo tema da sciogliere con riferimento all'impugnazione incidentale del vincitore è perciò l'idoneità delle questioni respinte ad esaurire l'oggetto del relativo gravame: o, più in generale, ad integrare capi o parti della sentenza (artt.329.2 e 336.1 c.p.c.) autonomamente appellabili/ricorribili.

Su questo tema il dibattito è risalente ed anticipa di gran lunga gli

quei fatti, vere e proprie e domande (riconvenzionali) finalizzate a guadagnargli, all'interno del medesimo processo in cui è convenuto, la tutela giurisdizionale di propri diritti. In questo caso il giudizio assume una dimensione cumulativa, atta a ricomprendere tanto la domanda principale attorea quanto quella riconvenzionale del convenuto.

Ad una gradazione offensiva intermedia alle due sopra descritte accede l'attività che più interessa il presente studio: quella eccipiente (artt.112 c.p.c. e 277.1 c.p.c.; per approfondimenti ulteriori a quelli oggetto della presente nota si rinvia alle voci enciclopediche di V.Colesanti, *Eccezione (dir.proc.civ.)*, Enciclopedia del diritto, XXXIV, Milano, p.151 e S.Costa, *v.Eccezione*, Novissimo Digesto Italiano, 1960, p.349; nonché ai contributi di V.Denti, *L'eccezione nel processo civile*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 1961, p.22; G.Fabbrini, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, Studi in memoria di Carlo Furno, 1973, p.247; C.Natoli, *Eccezioni e questioni di merito, preliminari di merito e pregiudiziali di rito*, Riv.trim.dir. e proc. civ., 1978, p.417; R.Oriani, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, Il Foro It., 2013, p.3515; E.Merlin, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, Riv.dir.proc., 2015, p.299; V.Colesanti, *Nostalgie in tema di eccezioni*, Riv.dir.proc., 2016, p.273). Le eccezioni sono il veicolo formale attraverso cui il convenuto introduce in giudizio questioni di merito o di rito (ossia, secondo un'Autorevole definizione, "punti dubbi, incertezze intorno ai temi di fatto o di diritto della controversia", cfr. F.Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1933, p.273; IDEM "Capo di sentenza", Riv.dir.proc., 1933). Nel primo caso l'eccezione della questione include nella *cognitio* giudiziale fatti impeditivi, modificativi, estintivi del diritto avversario. Tali questioni (e le relative eccezioni) sono denominate "preliminari di merito". "Preliminari" perchè il loro accoglimento determina l'esclusione degli effetti giuridici della fattispecie costitutiva posta alla base della domanda attorea (arg. ex art.2697 c.c.); di "merito" perchè la soluzione di tali questioni incide direttamente sull'accertamento dell'esistenza o inesistenza del diritto controverso. Se invece il convenuto intende contestare (non la fondatezza della domanda, bensì) la ritualità del giudizio, deve sollevare eccezioni processuali deducibili da questioni, c.d., "pregiudiziali di rito". Tali questioni denunciano la mancanza di alcuni requisiti processuali ("di rito") essenziali affinché il giudice possa provvedere, anche solo parzialmente, sul merito della domanda (ecco perchè "pregiudiziali"): si tratta dei presupposti processuali, delle condizioni dell'azione e dei requisiti di validità degli atti del processo (per i riferimenti bibliografici si rinvia al Cap.III, par.n.4.1, spec. nt. n.451).

L'attività eccipiente è quella che, per i profili d'interesse, maggiormente qualifica l'ambizione impugnatoria del vincitore. Quest'ultimo è, come anticipato, soccombente teorico/virtuale su questioni. Ciò significa che làdove fosse convenuto in sede di gravame, ed ivi intendesse reagire mediante un proprio controattacco censorio, dovrebbe appuntarlo proprio sul rigetto delle eccezioni/questioni sollevate. In esso soltanto potrebbe rintracciare una statuizione sfavorevole atta ad incarnarne oggettivamente l'iniziativa impugnatoria.

⁷L'impugnazione è infatti uno strumento di critica: come tale, non può che appuntarsi su contenuti della sentenza che, in quanto sfavorevoli al proponente, si prestino a riceverne le censure.

studi sulla legittimazione sistematica delle impugnazioni del vincitore. Viste le implicazioni, s'intende ripercorrerne brevemente i tratti, avendo cura di evidenziare gli aspetti che proiettano la decisione di questioni nella prospettiva maggiormente d'interesse: quella dei giudizi d'impugnazione.

1 La decisione di questioni: rapporti con la nozione di parte o capo di sentenza autonomamente impugnabile

1.1 Il ruolo delle questioni nel processo: tra disciplina positiva ed elaborazioni teoriche

Al fine di comprendere le incertezze che agitano l'impugnazione del vincitore, occorre previamente familiarizzare con l'istituto che ne rappresenta il referente obiettivo: le questioni oggetto delle eccezioni respinte⁸.

Il rapporto tra eccezioni e questioni (di rito; di merito) equivale a quello che lega il contenente al relativo contenuto. Le eccezioni rappresentano, dal punto di vista delle attività processuali, il veicolo formale attraverso cui le parti sollevano questioni (ossia dubbi, incertezze) inerenti la ritualità del processo⁹; ovvero inerenti l'esistenza di fattispecie che impediscono (modificano; estinguono) gli effetti giuridici di quelle costitutive¹⁰ poste dall'attore a fondamento della domanda¹¹. Nel corso del processo le questioni possono

⁸Come anticipato (v. *supra*, in sede introduttiva) non s'intende qui svolgere una ricognizione di tutti i profili istituzionali inerenti il tema delle questioni. Per esigenze di logica e di economia l'introduzione dell'istituto (già peraltro tratteggiato, quanto all'aspetto contenutistico, in nt.n.3) avverrà percorrendo quegli aspetti della disciplina processuale che saranno richiamati nel corso della ricerca. Ciò al fine di consegnare al lettore un solido terreno istituzionale su cui poter svolgere più ambiziose riflessioni ermeneutiche.

⁹Ossia la sua conformità alla disciplina regolatrice contenuta nel c.p.c..

Il fondamento normativo del contenuto processuale delle eccezioni trova esemplificativo, tuttavia non esaustivo, riferimento negli artt. 279.2 n.2 e, soprattutto, 187.3 e 420.4 c.p.c. che parlano di "questioni attinenti la giurisdizione, la competenza ed altre pregiudiziali".

¹⁰Le c.d. "questioni preliminari di merito" di cui agli artt. 187.2 e 279.2 n.2 c.p.c..

¹¹Nel testo si fa esclusivo riferimento all'attività eccipientente svolta dalle parti. Non si tratta, tuttavia, di un potere monopolistico. Vi sono punti eccezioni che possono divenire oggetto di rilievo officioso da parte del giudice e così evidenziare punti controversi di causa indipendentemente dalle iniziative di parte.

La possibilità affonda le radici nella seconda parte dell'art.112 c.p.c.. La disposizione, svolgendo il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, afferma: "Il giudice (...) non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti". In questo modo rivela l'esistenza di eccezioni sollevabili (solo) dalle parti ed altre passibili

essere alternativamente risolte: in *limine litis* dal giudice adito¹², in qualunque momento della trattazione da parte del collegio cui siano state rimesse dal giudice istruttore¹³, direttamente in fase decisoria

di rilievo (anche) officioso. Nel difetto di una clausola generale, il compito d'individuare le eccezioni riservate alle parti (tecnicamente definite "in senso stretto" per contrapporle a quelle "in senso lato" sempre rilevabili d'ufficio) è spettato agli interpreti. Questi ultimi, assumendo quale punto di partenza le sporadiche indicazioni legislative sul divieto di rilevazione officiosa (v., ad esempio, gli artt.2938 e 1241.1 c.c.), hanno elaborato diversi criteri riconoscitivi del *proprium* della categoria delle eccezioni riservate, idonei a declinarla nella varietà del reale (si pensi, ad esempio, alla tesi del c.d. "controdiritto", ovvero a quella della "non operatività automatica degli effetti", una cui analitica ed altresì critica rassegna è rinvenibile in C.Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol.1, Torino, 2010, p.224 e ss.). Il criterio che infine è apparso più convincente è quello che individua le eccezioni -di merito- riservate in base alla particolare conformazione assunta, sul piano sostanziale, dagli effetti giuridici dei fatti che ne esauriscono l'oggetto. Conformazione identificata nella disponibilità unilaterale, sul piano sostanziale, di quegli effetti in capo ad una parte; la quale può decidere liberamente se farli valere ovvero rinunciarvi offrendo comunque corso al rapporto altrimenti impedito, modificato, estinto (cfr. C.Consolo, *Spiegazioni, op.cit.*, p.226). La disponibilità unilaterale sul piano sostanziale di tali effetti si riflette, su quello processuale, nell'esclusiva facoltà della parte di eccepirla e nella conseguente preclusione ad una rilevazione *ex officio iudicis*.

Quanto invece alle eccezioni di natura processuale, la regola generale è quella della rilevanza officiosa in ogni stato e grado del processo (e così anche per la prima volta in appello o Cassazione). Ad essa si intrecciano specifici divieti normativi (v., ad esempio, l'art.38.1 e .2 c.p.c. per l'incompetenza territoriale semplice; l'art.157.1 c.p.c. per la nullità degli atti processuali) che, con esclusivo riferimento alle ipotesi rappresentate, riservano alle parti la disponibilità degli effetti (una dedicata trattazione sarà successivamente riservata alle recenti evoluzioni interpretative sull'art.37 c.p.c. e sul regime rilevatorio della *quaestio* di giurisdizione).

Il tema della rilevanza officiosa delle questioni non va confuso con quello della relativa riesaminabilità nelle fasi e gradi successivi al primo. Vi sono casi in cui all'iniziale rilevanza officiosa non corrisponde, nelle evoluzioni postume del giudizio, la riesaminabilità *ex officio iudicis*. Ciò si verifica ogni qual volta la questione rilevabile d'ufficio sia stata decisa (su istanza di parte o per intervento del giudice): in questo caso ad ammetterne il riesame occorre un'iniziativa rivitalizzante delle parti nelle forme della riproposizione ovvero dell'impugnazione (su questa alternatività v. ampiamente *infra*, par.nn.2.2.2, 2.2.3, 2.2.4). La distinzione tra rilevanza e riesaminabilità officiosa è limpidamente evidenziata da S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale nel processo civile: Oggetto e Limiti*, Milano, 1969, pp.154-155. L'Autore dimostra come l'intervento di una pronuncia giudiziale sulle questioni parifici, dal punto di vista della riemersione nei gradi successivi, il trattamento di quelle in senso stretto ed in senso lato; e come solo l'assenza di una decisione ammetta le questioni, rilevabili d'ufficio, alla successiva riesaminabilità officiosa.

¹²Ciò quanto previsto dall'art.38.4 c.p.c. per l'eccezione di incompetenza che può essere decisa (ai soli fini della competenza) in base a ciò che risulta dagli atti introduttivi e, se necessario in base all'eccezione del convenuto o a rilievi giudiziali, assumendo sommarie informazioni.

¹³Ai sensi dell'art.187.2 e .3 c.p.c. il giudice istruttore può rimettere le parti al collegio affinché sia decisa, separatamente ed anticipatamente rispetto al merito, una questione. Ciò si verifica quando la questione sia tale, per natura, da poter determinare la conclusione del giudizio in caso di accoglimento; ed il giudice istruttore, con personale prognosi, si sia convinto della relativa fondatezza. Il collegio potrà condividere l'anticipata valutazione del g.i. (e, nel caso, emettere una sentenza definitiva di rigetto); ovvero non condividerla ed allora pronunciare una sentenza non definitiva con la quale, oltre a rigettare la questione, impartisce distinti provvedimenti per l'ulteriore istruzione della causa (art.279.2 nn.1,2,4 c.p.c.). Per ulteriori approfondimenti su questa modalità decisoria si rinvia allo scritto dedicato di E.T.Liebman, *Figure e forme della rimessione della causa al collegio*, Riv.dir.proc., 1951, p.298.

contestualmente al merito della causa.

Alle diverse modalità decisorie sono connesse differenti prospettive impugnatorie. In assenza di rimessione anticipata, le parti devono attendere la sentenza definitiva sul merito e rivolgere ogni doglianza direttamente contro il provvedimento conclusivo¹⁴. Là-dove invece le questioni siano state oggetto (prima di rimessione anticipata al collegio, ed, in quella sede,) di sentenza non definitiva, le parti possono decidere se appellare immediatamente la sentenza *de qua*¹⁵; ovvero riservare l'impugnazione al termine del giudizio, dopo averne verificato il complessivo esito¹⁶.

Uno degli aspetti più controversi della disciplina processuale delle questioni è stato (ed è, tutt'ora) rappresentato dall'identificabilità, nella relativa decisione, di un capo o parte di sentenza ex artt.329.2 e 336.1 c.p.c. (ossia di una frazione del provvedimento giudiziale autonomamente appellabile/ricorribile)¹⁷. L'incertezza si colloca sullo

¹⁴Ciò significa che dovranno appellare o ricorrere verso la sentenza definitiva ed in quella sede (o in sede ripropositiva, nel caso dell'appello, v.*infra*, par.2.2.2 e ss.) far valere l'ingiusta o erronea soluzione delle questioni ivi ricomprese.

¹⁵Possibilità che è anche un onere. Anche le sentenze non definitive soggiacciono ai principi generali in materia impugnatoria e passano in giudicato (art.324 c.p.c.) una volta scaduti i termini per impugnare od a seguito di acquiescenza (artt.325 e 329 c.p.c.).

¹⁶Ciò quanto previsto dagli artt.340 (rubricato "*Riserva facoltativa di appello contro sentenze non definitive*") e 360.3 c.p.c. ("*Sentenze impugnabili e motivi di ricorso*"). Ai sensi di quest'ultima disposizione le sentenze non definitive su questioni emesse dal giudice d'appello non sono mai immediatamente ricorribili. Tali sentenze possono (*rectius*: devono) essere impugnate contestualmente al provvedimento definitivo che risolve, almeno parzialmente, il merito; non occorrendo, a tal fine, alcuna riserva. Il differimento impugnatorio invece previsto dall'art. 361 c.p.c. ("*Riserva facoltativa di ricorso contro sentenze non definitive*") riguarda le sentenze di cui all'art.278 c.p.c. (ossia le condanne generiche sull'*an*) e quelle che decidono una o alcune delle domande (e non semplicemente questioni) cumulate senza tuttavia definire l'intero processo (artt.277.2 c.p.c. e 279.2 n.5 c.p.c.).

Il regime impugnatorio delle sentenze non definitive su questioni è gravido di conseguenze rilevanti ai fini della svolgenda trattazione. Come si vedrà (v.*infra*, par.2.1 e soprattutto 2.2) una delle principali obiezioni opposte alla legittimazione dell'impugnazione incidentale condizionata del vincitore è stata quella dell'inidoneità della decisione di mere questioni ad esaurirne l'oggetto. Ciò per la difficoltà di riconoscere (quanto men ai fini dell'appello) nella decisione di mere questioni un capo di sentenza (artt.329.2 c.p.c. e 336.1 c.p.c.) autonomamente gravabile.

Da questo punto di vista, uno degli argomenti spesi a favore dei poteri censori del vincitore è stato proprio quello dell'impugnabilità delle sentenze non definitive. Il sistema previsto dal legislatore dimostrerebbe infatti l'astratta compatibilità tra la decisione di una questione (ossia il contenuto esclusivo della sentenza non definitiva) e la nozione di capo di sentenza autonomamente impugnabile. Per maggiori approfondimenti si rinvia al seguito della trattazione ed, in particolare, al momento in cui sarà percorsa la legittimazione obiettiva dell'impugnazione (e, soprattutto, dell'appello) incidentale del vincitore (v.par.2.2).

¹⁷"*Cosa sia un capo di sentenza è ciò che di solito gli scrittori non dicono ma che bisogna pur finire per precisare*" scriveva Francesco Carnelutti nei primi decenni del '900 (v."*Sulla reformatio in peius*""", Riv.dir.proc., 1927, p.183).

Il problema si è posto relativamente alle sentenze definitive di merito (nelle quali, oltre alla decisione sulla lite, è contenuta la soluzione di plurime questioni pregiudiziali di rito e/o pre-

sfondo del tradizionale dibattito inerente la nozione stessa di parte o capo. Nel silenzio legislativo sono state autorevoli voci interpretative a tesserne le trame, svolgendole lungo una direttrice dualistica. Da un lato chi rintracciava il contenuto minimo di un capo nelle singole questioni affrontate nel corso dell'*iter* giudiziale¹⁸ ed ivi effettivamente risolte¹⁹; dall'altro chi ne estendeva il perimetro alla

liminari di merito). Quanto alle sentenze non definitive (il cui contenuto, si ricorda, si esaurisce nella decisione di questioni) ogni dubbio è sciolto dagli artt.340 e 360.3 c.p.c.. Prescrivendone espressamente l'impugnabilità (immediata o solo differita) esse ammettono, implicitamente, l'equivalenza decisione di questione = capo di sentenza passibile d'impugnazione.

¹⁸L'intuizione si deve a F.Carnelutti, dapprima in "Sulla *reformatio*", *op.cit.*, p.181 e poi in "Capo di sentenza", *Riv.dir.proc.*, 1933, p.117.

L'Autore suggerì di individuare i capi di sentenza nella soluzione delle questioni costellanti l'accertamento giudiziale. Il ragionamento muove dalla premessa che la sentenza sia il risultato finale dell'esercizio del potere di *ius dicere*, ossia di comporre le liti mediante la corretta individuazione e la conforme applicazione del diritto sostanziale. Ciascun capo di sentenza, per esser tale, deve rispecchiare, partitamente, la funzione del tutto in cui s'inserisce. I capi di sentenza devono perciò racchiudere quella volontà concreta di legge che il giudice individua a soluzione di un controverso capo della lite (cfr. F.Carnelutti, *Capo di sentenza, op.cit.*, p.118, ove con immagine ideale paragona la lite ad un "groviglio di molti fili", ciascuno dei quali compone un capo di sentenza).

Chiarire cosa s'intenda con "capo di sentenza" significa dunque svelare il contenuto di un capo di lite. Quest'ultimo è rintracciato in tutte le occasioni di dissenso concretamente emerse nella rappresentazione processuale della controversia (cfr. F.Carnelutti, "Sulla *reformatio*", *op.cit.*, p.184). A quei profili dibattuti l'Autore offre il nome di "questioni". Una "questione" è infatti un profilo dubbio circa gli aspetti fattuali o giuridici del rapporto sostanziale; profilo del quale le parti, offrendone divergente ricostruzione, impongono al giudice la soluzione. Capi di lite come decisioni di questioni, dunque; da qui l'identificazione dei capi di sentenza ex artt.329.2 e 336.1 c.p.c. in "capi", appunto, "di questioni".

¹⁹Interrogato sul contenuto concreto di ogni singolo "capo di questione", F.Carnelutti riconobbe di doversi maggiore puntualizzazione (che, altrimenti, "la nozione di capo finirebbe in polvere", furono le parole dell'Autore in "Sulla *reformatio*", *op.cit.*, p.184). L'individuazione di criteri-guida affidabili nella perimetrazione dei capi (di questione e, quindi,) di sentenza impedisce punto alla complessità del reale di scomporre impetuosamente il provvedimento giurisdizionale provocandone, quale effetto finale, uno sminuzzamento privo d'ogni rilevanza teorica e pratica.

Il contenuto di un capo di sentenza non può essere rintracciato in una sfaccettatura qualunque dell'interesse fatto valere in causa (o del bene di cui è richiesta attribuzione). Il suo contenuto minimo dev'essere identificato nelle diverse "questioni" per le quali quell'interesse è contestato (o quel bene negato): con ciò intendendo i complessivi aspetti della lite che ospitano i contrapposti interessi delle parti (ad esempio, in un giudizio di condanna all'adempimento di un debito pecuniario, "questioni" sarebbero quelle circa l'esistenza dell'obbligo e la relativa entità; non, anche, parcellizzazioni infinitesime del *petitum* mediato nelle decine o unità di centesimo dovute).

Ciò non significa negare che in ogni questione siano astrattamente ravvisabili ulteriori variegature interne. Tuttavia, fintanto che quegli aspetti critici si limitino ad arricchire, dal punto di vista logico, il contenuto di un'unica questione, senza introdurre argomenti di dissenso qualitativamente diversi, non è possibile riconoscervi un nuovo capo di questione/sentenza. Si tratta, semplicemente, di ulteriori articolazioni interne al medesimo capo.

Con questo affidabile criterio F.Carnelutti fugava ogni dubbio circa l'idoneità della nozione di "questione" a frazionare adeguatamente la sentenza in capi impugnabili (le obiezioni furono sollevate da S.Costa, *Contributo al concetto di capo di sentenza nel processo civile*, Sassari, 1931). Capi di questione non sono gli innumerevoli dubbi astrattamente configurabili all'interno della lite; bensì solo quelli concretamente sollevati dalle parti o (se possibile) ril-

decisione dell'intera domanda proposta²⁰.

evati dal giudice e così divenuti oggetto di effettiva decisione (v. *Capo di sentenza, op cit.*, p.122).

²⁰L'opinione ha fonte autorevole in G.Chiovenda, in *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1913, p.988 e 1136, e soprattutto, ne *L'idea romana nel processo civile*, Riv.dir.proc.civ., 1932, p.328 e ss.

L'Autore intarsia la propria tesi sul riconoscimento di un rapporto di reciproca implicazione tra funzione decisoria del processo, idoneità al giudicato del provvedimento giurisdizionale conclusivo, capo di sentenza. Nella tripartizione dei poteri che esprimono la sovranità dello Stato, all'autorità giurisdizionale spetta quello di *ius dicere*: ossia di assicurare il rispetto dell'ordinamento risolvendo le liti che animano la realtà sostanziale. A tal fine il giudice deve individuare la volontà concreta della legge che imprime ai rapporti giuridici controversi la conformazione voluta dal legislatore. Il compito di tradurre quella volontà dev'essere affidato ad uno strumento atto a garantirne la certezza dei risultati: la sentenza. Grazie all'attitudine al giudicato sostanziale, ossia all'assunzione di contenuti incontrovertibili, la sentenza è in grado di definire immutabilmente i rapporti di titolarità sui beni della vita. L'essenza della funzione giurisdizionale, riassunta nel provvedimento conclusivo (la sentenza), è perciò data dal riconoscimento o disconoscimento irrettabile dei diritti controversi azionati con la domanda (cfr. G.Chiovenda, *L'idea romana, op.cit.*, p.328, làdove afferma "*L'atto di volontà che diventa definitivo colla cosa giudicata non è la definizione d'una questione, ma il riconoscimento o il disconoscimento d'un bene*").

Questa analisi della funzione giurisdizionale e della sua sintesi finale (la sentenza) offre all'Autore la premessa maggiore del sillogismo conducente alla nozione di capo o parte. Se la funzione della sentenza è quella di risolvere immutabilmente le liti attraverso il riconoscimento o disconoscimento definitivo, per tramite del giudicato, della titolarità dei rapporti controversi (premesse maggiore); se un "capo", per rappresentare un'unità minima frazionaria della sentenza di utile riferimento pratico/teorico, deve esprimere, seppur in modo parcellizzato, la stessa essenza funzionale del tutto che lo contiene (premesse minore); ne consegue allora che il capo debba identificarsi nella decisione su ciascun bene della vita reso controverso da ciascuna domanda. In quella decisione riposa punto quella configurazione concreta del rapporto giuridico sostanziale (delineato, astrattamente, dal legislatore) che, volgendosi al giudicato, tace definitivamente la lite.

Il capo di sentenza è perciò dato da quella decisione incontrovertibile sulla titolarità del rapporto sostanziale controverso i cui effetti si proiettano ben oltre i confini del giudizio. Si tratta della decisioni della domanda e/o delle domande (in caso di giudizio cumulativo) proposta/e. Non integrano, in senso tecnico, "capi", le diverse questioni risolte per addivenire alla decisione sulla/e domanda/e. Queste ultime rappresentano meri passaggi logici, strumentali e preparatori rispetto all'individuazione della vera e propria volontà di legge che identifica il contenuto minimo essenziale di un capo di sentenza.

Il rapporto di strumentalità tra soluzione di questioni e decisione di domanda e la conseguente esclusiva identificazione, in quest'ultima, di un capo di sentenza, è condivisa da molti Autori (v, ad esempio, G.Pavanini, *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio*, Padova, 1937, p.133 ed E.T. Liebman, "*Parte*" o "*capo*" di sentenza, Riv.dir.proc., 1946). Come ricordato da A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale nel processo civile*, Giur.it., p.1306 la teoria Liebmaniana arricchisce quella chiovendiana d'una sfumatura ulteriore. Secondo E.T. Liebman capi di sentenza sarebbero, oltre alla decisione sulla domanda, altresì le statuizioni che risolvono questioni *litis ingressum impediens*: ossia quelle inerenti la ritualità della domanda che potrebbero, in caso di negativa soluzione, arrestare *in limine* il processo con una *absolutio ab instantia* in rito (cfr.E.T.Liebman, "*Parte*" o "*capo*", *op.cit.*, p.54; conformemente E.F.Ricci, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, p.111). La riconciliazione di questa sfumatura (che sembrerebbe accordare dignità di capo di sentenza altresì alla decisione di questioni, purchè di rito) con lo sfondo teorico di partenza (la sostenuta identità tra capo di sentenza = frazione del dispositivo = decisione di domanda) è offerta da A.C. Canova, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973 p.127 (spec. nt.10). Secondo l'Autore presupposta alla teoria liebmaniana è la convinzione che ogni azione giudiziale introduca in processo due distinte domande: una sull'ammissibilità ed una sulla fondatezza della tutela

Le due tesi, avvalorate dalle adesioni di intere generazioni interpretative, originarono uno spaccato dogmatico ancora oggi fonte di numerosi contrasti²¹. Il dissidio stimolò l'elaborazione di soluzioni

richiesta. La risposta offerta a ciascuna di esse (che è pur sempre decisione di una domanda) coagulerebbe un autonomo capo di sentenza. Nel primo caso (decisione sull'ammissibilità) capo è la statuizione che risolve ciascuna delle questioni (*litis ingressum impediens*) inerenti la pregiudiziale valutazione di ritualità della domanda; nel secondo caso capo è la decisione di accoglimento o rigetto della domanda fondata sulla soluzione progressiva di tutte le questioni (preliminari di merito e di merito) che, complessivamente considerate, ne rivelano la fondatezza/infondatezza.

Ancora diversa la sfumatura ricostruttiva suggerita da E.Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, Riv.dir.proc., 1977, pp.408-411. Ad avviso dell'Autore l'idoneità ad incarnare i contenuti di un capo spetta a tutte le statuizioni giudiziali dotate di attitudine decisoria. Tali sono le decisioni d'interesse domande, ma anche le soluzioni delle singole questioni (preliminari) pur sempre inerenti al merito. Nella sentenza è perciò possibile ravvisare un'anima tripartita. Da un lato il dispositivo (contenente la decisione sulla domanda); dall'altro la c.d. "parte decisoria" (ospitante la soluzione delle questioni preliminari di merito); infine ancora la motivazione (che raccoglie la decisione delle questioni non dotate di tale attitudine, ossia quelle pregiudiziali di rito). Capi di sentenza autonomamente impugnabili sono perciò tutte le frazioni del dispositivo e della parte decisoria che sono in grado di riassumere ed esprimere l'essenza della *potestas iudicandi*.

²¹Tra i sostenitori della tesi sul capo di domanda si ricordano, oltre a quelli già citati alla precedente nota, G.Delitala, *L'appello incidentale del pubblico ministero*, Annuali di diritto e procedura penale, 1932, p.973; IDEM, *Il "divieto della reformatio in peius nel processo penale"*, Milano, 1927, p.158; N.Balzano, *Acquiescenza, parti di sentenza e questioni rilevabili d'ufficio*, Riv.dir.proc., 1951, p.224; A-C. Canova, *Le impugnazioni*, op.cit., p.124; S.Costa, *V. Capo di sentenza*, Novissimo Digesto Italiano, 1968; A.Bonsignori, *L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi (effetto esterno)*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 1976, pp-950-954; p.930; S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, op.cit., p.43 e ss.; L.Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, p.64 e ss., C.Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, p.253 e ss. e spec. nt. 207 nonché, e pp.762-763 nt. 161. Comune a questi Autori è la convinzione per cui la decisione delle singole questioni sorte in relazione all'esistenza dei rapporti giuridici controversi non esprima, di per sé, una compiuta volontà di legge. Si tratta di verifiche preliminari necessarie per addivenire a quella volontà, ma ancora incapaci di tradurla (e di integrare, quindi, i contenuti di un capo). La volontà di legge espressa in sentenza, pur presupponendo quei passaggi, ne esprime tuttavia una sintesi qualitativamente diversa: essa risolve la complessiva domanda, animata dall'intreccio di quelle questioni.

Sul fronte opposto la dottrina favorevole ad una parcellizzazione della sentenza che assegna dignità di capo a tutte le questioni affrontate e risolte nel corso della lite. Tra i sostenitori della tesi Carneluttiana si ricordano V.Andrioli, *Acquiescenza e questioni attinenti alla giurisdizione*, Il Foro it., 1954, p.11; G.Monteleone, *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, Riv.dir.civ., 1983, p.726-727; E.Grasso, *Le impugnazioni incidentali*, Milano, 1973, pp.90-91. Quest'ultimo offre una personale interpretazione del contenuto delle questioni (l'Autore parla espressamente di "quesiti") che identificano un capo di sentenza. Ad avviso dell'Autore potrebbe trattarsi, alternativamente, di: 1) quesiti sull'esistenza di un fatto; 2) quesiti sull'esistenza di una norma atta a sussumerlo; 3) quesiti relativi agli effetti che la legge ricollega al realizzarsi della fattispecie normativa; 4) quesiti che ciascuna domanda e/o eccezione può evidenziare in rilievo. Più recentemente R.Poli, *In tema di acquiescenza parziale e motivi di appello nel processo tributario*, Riv.dir.proc., 2000, p.543-544 per il quale le questioni, la cui soluzione può costituire un capo di sentenza, sono tutti i punti controversi circa l'esistenza (o meno) di fatti, nonché l'individuazione e l'applicazione (gli effetti) di norme sostanziali e processuali. L'oscillazione dottrinale tra due poli capo di questione/capo di domanda ha connotato anche il dibattito giurisprudenziale, dando origine ad altrettanti incertezze. Se alcune sentenze hanno offerto rilievo esclusivo alla decisione su domande (v., ad esempio, *Cass.*, 29/10/1998, n.10832 in *Mass.Giust.civ.*, p.2217; *Cass.*, 21/12/1999, n.14421, *ivi*, p.2600) altre, a dire il vero più numerose (v., ad esempio, *Cass.*,

“miste”, accomunate dal rifiuto degli approcci ermeneutici assolutisti. Anche queste teorie peccarono, tuttavia, di uniformità. Ad interpretazioni relativizzanti dell’istituto di “capo” o “parte” di sentenza²² si affiancarono punto rieditazioni più informali, atte a valorizzare tanto la disciplina positiva quanto le funzioni di ogni capo; ed a modellare, solo su queste ultime, la sua realtà ontologica²³.

22/02/1999, n.1478, in Mass.Giust.civ., p.373; Cass., 8/03/1999, n.1950, *ivi*, 1999, p.518; Cass., 11/08/2000, n. 10676, Giust.civ., 2001, p.428 annotata da S.Rinaldi), hanno accordato dignità di capo anche alle soluzioni (pur implicite, v., ad es., Cass., 25/02/1998, Il Foro it., I, 1998, p.1458) di ciascuna questione della controversia.

²²Secondo questa impostazione la nozione di “parte” o “capo” di sentenza assume diverso significato a seconda di due variabili: il contesto impugnatorio di riferimento e la tipologia del provvedimento giudiziale gravato (si tratti di sentenza definitiva o non definitiva su questioni ex art. 279.2 n.4 c.p.c.). Quanto al primo aspetto (ossia al rapporto natura/struttura/oggetto del giudizio impugnatorio e capo di sentenza in esso censurabile), vista la centralità rivestita ai fini della presente trattazione, si rinvia ai paragrafi nn.2.1. e 2.2.. In questa sede si anticipa soltanto come l’approccio relativista abbia diversamente perimetrato il “capo” autonomamente impugnabile con appello (identificandolo nella decisione di domanda) e ricorso per cassazione (astringendolo alla soluzione di mere questioni), cfr. E.Allorio, *Gravame incidentale della parte totalmente vittoriosa*, Giur.it., 1956, p.543.; E.Garbagnati, *V.Questioni Pregiudiziali (dir.proc.civ.)*, Enciclopedia del diritto, XXXVIII, Milano, p.77 e ss.; IDEM *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, Riv.dir.proc., 1977, p. 426. *Contra* E.T.Liebman, “Parte”, *op.cit.*, p.59, per il quale le decisioni di questioni, difettando del carattere dell’imperatività, non possono mai identificare capi di sentenza impugnabili (salvo abbiano ad oggetto questioni *litis ingressum impediens*).

Una seconda opzione diversifica invece la nozione di “capo” a seconda del carattere definitivo, o meno, del provvedimento impugnato. Nel secondo caso il regime di immediata ed autonoma impugnabilità (*rectius*: appellabilità) descritto dal legislatore (art.340 c.p.c.) reca una indiretta conferma della possibilità di individuare capi di sentenza nella soluzione di mere questioni. Impugnare una sentenza non definitiva significa infatti censurare la soluzione sfavorevole della questione che ne esaurisce il contenuto (cfr. E.Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e ricorso incidentale della parte resistente*, Jus, 1963, p.297 e, limitatamente alle questioni di giurisdizione e competenza, V.Andrioli, *Acquiescenza e questioni attinenti alla giurisdizione. op.cit.*, p.10). L’equazione capo di sentenza = decisione di questione, mentre spiega il paradigma obiettivo delle impugnazioni di sentenze non definitive, non può invece interpretare quello dei provvedimenti definitivi (che, oltre a risolvere questioni, decidono anche la lite) secondo R.Poli, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, p.138. All’interno delle sentenze definitive le questioni dismettono il ruolo di contenuti fondamentali (o, per utilizzare un’espressione cara ad E.Garbagnati, di “porzioni decisorie”) per demansionarsi a quello di meri passaggi motivazionali del *decisum* sul merito: così perdendo l’attitudine ad esaurire il contenuto minimo di un capo. L’approccio relativista finisce così per assegnare alla nozione di capo di sentenza contenuto ed estensione diversi a seconda della relativa inclusione in una sentenza definitiva o non definitiva.

²³Secondo questa dottrina la nozione di capo di cui agli artt.329.2 e 336.1 c.p.c. svolge il peculiare (e limitato) ruolo di oggettivizzare l’onere impugnatorio delle parti all’interno di un processo cumulato, impegnandole a gravare tutte le parti della sentenza (che in un simil processo corrispondono alle decisioni delle più domande) che intendano sottrarre all’acquiescenza parziale. Quelle norme non offrono invece alcuna indicazione rilevante nell’ipotesi di processo non cumulativo. Anche in questo caso la sentenza si compone di un unico macro-capo dato dalla decisione dell’(unica) domanda proposta. Non trovando tuttavia applicazione gli artt.329 e 336 c.p.c. (dettati per la diversa ipotesi di processo cumulato) non può in questo caso escludersi la scomponibilità del macro-capo in più sotto-capi di sentenza autonomamente gravabili (cfr. S.Chiarloni, *L’impugnazione incidentale, op.cit.*, p.52 e ss., IDEM *Il ricorso incidentale del resistente vittorioso: profili sistematici e rapporti con il c.d. ordine logico*

Le incertezze che ancor oggi sfumano la materia non esimono l'interprete dalla ricerca di un affidabile criterio solutivo. Nessuna indagine scientifica sui poteri censori del vincitore può infatti prescindere dallo scioglimento del quesito pregiudiziale inerente la possibilità obiettiva di appellare e ricorrere verso mere questioni (quindi d'identificarvi capi di sentenza ex art.329.2 c.p.c.).

La prospettiva che s'intende adottare nella soluzione della *veraxata quaestio* è quella di una ricostruzione contestualizzata della nozione di capo all'interno dell'impugnazione di riferimento (l'appello; la Cassazione)²⁴. Ciò perchè si ritiene che i poteri/oneri degli impugnanti (compreso il vincitore) siano inscindibilmente legati alla struttura del giudizio ospitante. In particolare, l'oggetto su cui l'impugnazione deve insistere (ciò che ne determina, peraltro, la possibilità obiettiva) è connesso all'oggetto del giudizio affidato dal legislatore al giudice *ad quem*. Sono infatti i temi dell'impugnazione ad individuare il contenuto concreto della superiore fase processuale. Le parti, nel determinare la consistenza obiettiva dei propri gravami, devono perciò rispettare la struttura positivamente stabilita per il giudizio di destinazione.

Tale vincolo non collide col principio dispositivo che informa (anche) i giudizi d'impugnazione (art.2907 c.c.). Disponibilità significa libertà di scelta sull'avviamento, o meno, della fase gravatoria. Una volta che abbiano optato per l'instaurazione, nella determinazione concreta dell'oggetto del giudizio le parti devono rispettare precise regole processuali. Devono anzitutto assumere, quale referente obiettivo, la sentenza emessa nel precedente grado. Di quel provvedimento devono poi selezionare le frazioni (tecnicamente: i capi ex artt.329.2 e 336.1 c.p.c) che intendano rimettere alla valutazione

della pregiudizialità, Riv.trim.dir.e proc.civ., 1968, p.514 e L.Salvaneschi, *L'interesse*, op.cit., p.66-67). L'idoneità di quelle sotto-partizioni ad integrare l'oggetto del gravame, poiché tacita dal legislatore, deve ricercare giustificazione nel tessuto normativo; in particolare, in una sua interpretazione letteralmente, sistematicamente ed evolutivamente orientata (questo lo scopo della successiva analisi).

Libero da ogni categorizzazione anche l'approccio di E.Garbagnati (*Questioni preliminari*, op.cit., p.412, per il quale "Nulla autorizza infatti a ritenere aprioristicamente che l'espressione "parti della sentenza" abbia un valore univoco (...); tanto più se si riconosce che l'art.329 , cpv. è suscettibile di una interpretazione diversa, se applicato ad una sentenza definitiva, ovvero ad una sentenza non definitiva", p.423). Come già ricordato (v.nt.n.17), l'Autore identifica capi di sentenza in tutte le porzioni del provvedimento giurisdizionale capaci di esprimere una funzione decisoria. Queste ultime albergano tanto nel dispositivo (che accoglie la decisione di domanda) quanto nella "parte decisoria" della sentenza che ospita la soluzione delle questioni preliminari di merito.

²⁴Si svilupperà perciò, approfondendolo, uno degli spunti suggeriti dalle teorie miste, v.nt.n.19.

del giudice superiore. La selezione deve avvenire nel rispetto di precisi criteri. Poichè l'oggetto dell'impugnazione sarà rappresentato dal contenuto dei capi impugnati, le parti, nel redigere i propri atti introduttivi, devono effettuare scelte coerenti alla struttura del gravame. In particolare devono censurare estensioni della sentenza singolarmente idonee ad esaurirne l'oggetto in ossequio alle sue regole positive.

Le affermazioni che precedono rivelano la necessità di anteporre all'indagine sul profilo oggettivo dei poteri censori delle parti (in particolare del vincitore) una puntuale ricostruzione dello sfondo impugnatorio di riferimento. E' infatti la struttura stessa dell'impugnazione ad indicare quali frazioni della sentenza possano/debbero essere impugate al fine di assegnarvi concreta ed idonea base obbiettiva²⁵.

L'indagine principia dal giudizio di Cassazione. La pacificità delle soluzioni maturate in ordine alla sua struttura cognitivo-decisoria consente infatti di ricostruire agevolmente i poteri/oneri censori dei ricorrenti; di esaurire, così, sinteticamente la trattazione della fase di legittimità quanto ai profili d'interesse²⁶

Maggiore impegno richiederanno invece le seconde cure. In quella sede solo un'approfondita indagine storico-esegetica consentirà di cogliere l'effettiva fisionomia del giudizio di gravame; e di ricavarne così, conformemente, l'intensità obbiettiva dell'onere censorio atteso dagli appellanti (principali o, come il vincitore, incidentali)²⁷.

2 La nozione di parte o capo di sentenza nella prospettiva dei giudizi d'impugnazione

2.1 La ricorribilità delle questioni sfavorevolmente decise innanzi al giudice di legittimità

Il giudizio di Cassazione è una *revisio prioris instantiae* incentrata sugli errori che, in punto di diritto (processuale; sostanziale) siano stati compiuti dal giudice di merito. Oggetto del vaglio di legittimità non è il rapporto giuridico controverso dedotto con la domanda,

²⁵L'opinione trova autorevole conforto in N.Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, p.112 per il quale "...l'esclusione e l'attribuzione della qualifica di "parte" vanno operate sulla scorta delle norme sulle impugnazioni e non devono invece porsi come un prius rispetto ad esse".

²⁶Par.2.1.

²⁷Par.2.2..

bensì la sentenza: in particolare, i profili del provvedimento giurisdizionale in cui si annidano gli *errores iuris* oggetto di tassativi e tipici motivi di ricorso (art.360 c.p.c.)²⁸. Finalità del S.C. è quella di verificare la fondatezza dei vizi denunciati dai ricorrenti attraverso i titoli (motivi) di annullamento vincolati; ed, eventualmente, di casare la sentenza che ne sia affetta, rinviando ad un nuovo giudice la definizione in merito (se necessaria) della causa. Non spetta dunque (salva l'ipotesi di cui all'art.384.2 c.p.c.) alla Cassazione decidere il merito della lite. Dal S.C. è invece atteso un controllo di tipo revisionale, volto alla verifica di vizi contenutisticamente predeterminati della sentenza ed alla sua eliminazione se ne risulti affetta²⁹.

L'onere censorio delle parti che intendano adire la S.C. deve conformarsi a queste caratteristiche struttural-funzionali.

Ai ricorrenti spetta, anzitutto, la puntuale individuazione dell'oggetto del controllo di legalità. Poichè dalla Cassazione non è atteso un riesame della *res* controversa, bensì un apprezzamento della legittimità del provvedimento conclusivo, l'ambito oggettivo del giudizio non trova definizione attraverso meccanismi riproduttivi (*rectius*: devolutivi) automatici. Sono i ricorrenti a dover individuare, attraverso i motivi ex art.360 c.p.c., i punti critici del ragionamento e delle attività giudiziali che intendano sottoporre al vaglio di legittimità.

Questi obiettivi costringono i ricorrenti ad un'impugnazione proporzionata della sentenza. I motivi di ricorso devono insistere sui capi che ospitano la soluzione delle singole questioni di diritto sostanziale o processuale che abbiano (in tesi) inficiato ragionamento ed attività giudiziali³⁰. Riconoscere *errores iuris* sì specifici (come quelli tipiz-

²⁸Si tratta di errori di diritto inerenti l'operato del giudice di merito sia dal punto di vista del modo di procedere (*errores iuris in procedendo*) che di giudicare (*errores iuris in iudicando*), cfr. C.Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2012, p.344.

²⁹Ecco perchè quello di legittimità viene definito come un giudizio principalmente (anche se non solo, v.art.384.2 c.p.c.) eliminatorio, a critica vincolata e cognizione limitata dai motivi d'impugnazione proposti dal ricorrente, cfr. A Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, Giur.it, 1991, p.294; in giurisprudenza v., ad esempio, *Cass.*, 1/07/1999, n.7052; *Cass.*, 26/06/1999 n.6614; *Cass.*15/10/1999 n.11625 e, più di recente, *Cass.* 10/03/2000 n.2796; *Cass.* 13/04/2002 n.5357.

³⁰In Cassazione non si propongono domande, nè si oppongono eccezioni: si discute, bensì, delle questioni sollevate dai ricorrenti secondo N.Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili, Vol.II, Procedimenti di impugnazione*, Milano, 1952, p.296.

Oltre alle questioni che (in punto di diritto sostanziale e/o processuale) siano fatte valere dai ricorrenti, alla cognizione della S.C. spettano anche quelle "tutt'ora rilevabili d'ufficio" (v. nt.n.8) secondo N.Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili, op.cit.*, p.296. Non è ammesso un intervento officioso della Cassazione finalizzato all'eliminazione della sentenza per ragioni

zati dai motivi ex art.360 c.p.c.) nella decisione d'interesse domande sarebbe infatti operazione impossibile: le dimensioni del *decisum* impedirebbero alle parti di rispettare il grado di puntualità censoria prescritto dal sistema. Oltre a ciò, la devoluzione innanzi al giudice di legittimità della decisione d'interesse domande sarebbe irragionevole e diseconomica. Il giudice *ad quem* si limiterebbe comunque a disporre l'annullamento sulla base del vizio accolto; rinviando l'esame del merito, se necessario, ad un diverso e pariordinato giudicante.

Nel giudizio di Cassazione la tradizionale diatriba³¹ sul significato di capo di sentenza è stata perciò pacificamente risolta assumendo l'equivalenza "capo di sentenza autonomamente ricorribile = decisione di questione". Non solo il ricorrente, dunque, bensì anche il resistente, ricorrente incidentale, devono intarsiare le proprie impugnative sulla denuncia di mere questioni (art.360 c.p.c.)³².

Questa ricostruzione, fondata sulla struttura, sull'oggetto e sulle funzioni del giudice di Cassazione, ha consentito agli interpreti di risolvere positivamente il quesito sull'idoneità obiettiva del ricorso incidentale del vincitore. Nel pieno rispetto della fisionomia del giudizio di legittimità ospitante, quell'impugnativa può (*rectius*: deve) appuntarsi su meri capi di questione³³.

Resta da valutare se analoghe conclusioni siano sostenibili in appello, tenuto conto della struttura positiva del giudizio *de quo*.

diverse da quelle lamentate dalle parti secondo E.Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e parti*, *op.cit.*, p.416. La Cassazione è infatti un'impugnazione a critica vincolata la cui cognizione è definita, ed altresì limitata, dai motivi di ricorso.

La ragione per cui i vizi di diritto della sentenza devono costituire oggetto di veri e propri motivi di ricorso è chiarita da N.Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili*, *op.cit.*, p.297 con argomentazione condivisa da chi scrive. Nelle intenzioni dei ricorrenti la denuncia dei profili critici del *decisum* si traduce in un attacco finalizzato ad ottenerne l'annullamento. Dal punto di vista formale lo strumento più idoneo a soddisfare queste ambizioni è l'impugnazione; nel caso del giudizio di Cassazione, il ricorso principale o incidentale (cfr. l'Autore a p.297 laddove afferma "In cassazione...è possibile solo proporre questioni ed ogni questione non può, per sé stessa, costituire semplice difesa nei riguardi di un'altra questione; (...) quindi, se viene controdedotta una questione del genere, si ha unicamente o, quanto meno, prevalentemente, un attacco contro la sentenza (...) ed occorre il ricorso").

³¹Avviata, lo si rammenta, dagli Illustri Chiovenda e Carnelutti, v.*supra*, par.1.1, nt. n.15 e ss.

³²Cfr. *Cass., S.U., 23/05/2001 n.12/S.U.*, *Giur.it.*, 2001, p.1581 con nota di S.Chiarloni, *Una storia infinita che rischia di finir male:il formalismo delle Sezioni Unite contro il ricorso incidentale condizionato in Cassazione*.

³³In particolare sui capi che contengono (erronei, in tesi) rigetti delle eccezioni di rito o di merito precedentemente sollevate.

2.2 L'appellabilità dei capi di questione nella controversa fisionomia del giudizio di seconde cure

Premesse di studio

Come anticipato ad esito del precedente paragrafo occorre verificare se l'equivalenza "capo di sentenza autonomamente impugnabile = decisione di questione", così come ben interpreta la struttura del giudizio di legittimità, egualmente si adatti anche a quella di seconde cure³⁴. Il criterio solutivo sarà ancora una volta dato dal rapporto tra l'oggetto (la struttura; le funzioni) del giudizio d'impugnazione ed i poteri/oneri censori delle parti.

Secondo un'impostazione dottrinale che potremmo definire "tradizional-dogmatica" il giudizio d'appello del c.p.c. del 1942 rappresenta un *novum iudicium* temperatamente devolutivo volto al riesame della lite con finalità sostitutiva³⁵. Questa ricostruzione ripercorre l'eco storica di quella offerta alle seconde cure sotto l'egida del c.p.c. del 1865. Contrariamente a quanto si potrebbe pensare non fu la continuità del dato normativo (che, quanto all'appello, era significativamente variato nel nuovo codice) a giustificare quella interpretativa; bensì l'inidoneità delle novelle disposizioni ad esprimere efficacemente il cambiamento strutturale. Da qui le resistenze al *revirement* manifestate, soprattutto, dalla più devota dottrina dei dogmi.

La ricostruzione tradizionale dell'appello come *novum iudicium* è gravida di conseguenze rilevanti nella prospettiva del vincitore virtualmente soccombente. Per ragioni che saranno presto approfondite, essa è costantemente scortata dall'idea che le parti possano/debbero appellare solo interi capi di domanda. Tale convinzione importa, quale logica deduzione, la totale esclusione della potestà impugnatoria del vincitore. Quest'ultimo, in virtù della soccombenza teorica, altro non potrebbe gravare se non sfavorevoli decisioni di questioni. Un suo eventuale appello sarebbe perciò immediatamente sanzionato da una *absolutio ab instantia* per inadeguatezza obiettiva.

Si anticipa fin da subito come l'accennata concezione tradizional-dogmatica non rispecchi più, da tempo, la fisionomia delle seconde cure. Dell'inattualità s'era già avveduta, a partire dagli anni 60'-80',

³⁴Ciò consentirebbe infatti di legittimare (dal punto di vista obiettivo), come il ricorso, così anche l'appello incidentale del vincitore.

³⁵Contenuti e riferimenti bibliografici della teoria tradizional-dogmatica saranno approfonditi nel successivo paragrafo 2.2.2., cui si rinvia.

la giurisprudenza, che pur interpretava il medesimo dato normativo (ossia il c.p.c. del 1942³⁶). Si dovette tuttavia attendere l'ultimo decennio del secolo perchè le innovative soluzioni giurisprudenziali incontrassero i primi plausi della dottrina.

A composizione del dibattito giunse infine il legislatore della legge di riforma n.134/2012³⁷. Tra le diverse modiche apportate al giudizio di appello fu in particolare la riscrittura dell'art.342 c.p.c.³⁸ ad avallare gli orientamenti giurisprudenziali, suggerendo il definitivo abbandono del passato interpretativo³⁹. Le indicazioni legislative indussero la dottrina a rivedere, oltre alla struttura delle seconde cure, altresì i poteri/oneri censori degli appellanti. Nei ripensamenti le porte fino a quel punto serrate all'appello incidentale del vincitore cominciarono ad intravedere spiragli di schiusura.

Le accennate prospettive sono alla base della direzione assegnata all'indagine. Essa si propone di ripercorrere in una dimensione diacronica l'evoluzione normativa delle seconde cure⁴⁰. Ciò nella convinzione che soltanto una fedele ricostruzione della fisionomia positiva dell'appello possa consentire il corretto ordinamento del rapporto tra oggetto (della cognizione e della decisione) del giudice *ad quem* e poteri/oneri degli appellanti. Rapporto nel quale anche la posizione del vincitore troverà sistematica ed armoniosa legittimazione.

Prima di avviare questa indagine occorre tuttavia svolgere qualche premessa di carattere istituzionale e metodologico.

Sono infatti già emersi, e destinati a ripetersi, numerosi riferimenti alla distinzione istituzionale tra la cognizione e la decisione dei giudici di merito. La prima interessa le questioni di fatto e di diritto ch'essi devono necessariamente affrontare e risolvere per addivenire

³⁶Per i riferimenti giurisprudenziali di rinvio ai successivi paragrafi 2.2.2., 2.2.3, 2.2.4.

³⁷La legge n. 134/2012 converte il precedente decreto legislativo n. 83/2012 recante misure urgenti per la crescita del paese (c.d. "Decreto sviluppo").

³⁸Sulla quale v. *infra*, par.2.2.4.

³⁹Più precisamente occorre ricordare come la disciplina dell'appello fosse stata riformata già prima del 2012. I precedenti interventi non saranno tuttavia oggetto di analisi perchè irrilevanti ai fini d'interesse. Nessuna modificazione significativa fu importata, ad esempio, dalla l.n.581 del 14 Luglio 1950. Quanto invece alla l.n.353 del 26 Novembre 1990 va detto che il testo dell'art.342 c.p.c. (pre-riforma del 2012) cui si farà in seguito riferimento è proprio quello introdotto dal legislatore del 1990. Le variazioni, rispetto al disposto originario (quello cioè del 1942) interessarono tuttavia aspetti trascurabili dall'indagine (in particolare la soppressa figura del pretore e la collegialità del giudizio); motivo per cui l'analisi sarà dipartita tra la disciplina dell'appello (e, soprattutto, dell'art.342 c.p.c.) *pre* e *post* riforma del 2012, senza ulteriori distinzioni.

⁴⁰Evoluzione principiata dal legislatore del 1942, affinata da quello del '90 e poi avvalorata e confermata da quello del 2012.

alla decisione finale di causa. Tali questioni sono conosciute *incidenter tantum*, ossia con il mero effetto endoprocessuale di sciogliere snodi controversi della lite. La seconda riguarda invece l'intera lite e la soluzione finale, destinata all'incontrovertibilità del giudicato, che il giudice vi offre. L'attività cognitiva è prodromica a quella decisoria. La soluzione di una controversia non è mai il risultato di un accertamento svolto direttamente sul bene giuridico controverso. E', bensì, la sintesi finale delle convinzioni progressivamente maturate sulle singole questioni che, in qualità di pregiudiziali (ossia di antecedenti logico-giuridico-fattuali della lite), costellano l'*iter* dell'accertamento. Tale decisione viene espressa nel dispositivo di sentenza; è invece in sede motivazionale che emergono le valutazioni compiute dal giudice sulle singole questioni.

Quando in sede d'appello viene affermata l'erroneità della decisione di una lite, oggetto di denuncia non è quindi, in realtà, direttamente, il *decisum* finale racchiuso nel dispositivo di sentenza. Se quel *decisum* è viziato, lo è punto per derivazione: ossia perchè le questioni, dalla cui soluzione dipende, non sono state correttamente risolte. E' perciò in sede motivazionale che riposano gli errori compiuti dal giudice *a quo* nell'affrontare le singole questioni da cui, per ragioni di efficienza causale, è dipesa l'ingiusta o illegittima decisione di causa.

Queste premesse istituzionali rappresenteranno uno sfondo costante dell'indagine sulla fisionomia del giudizio di seconde cure. Dal punto di vista metodologico preme invece escludere che l'ambizione sia quella di una dogmatica contrapposizione tra astratti, e così egualmente validi, modelli di appello. Non è infatti sulla critica puramente teorica delle soluzioni tradizionali che si ritiene giustificabile la ricerca. Ciò che s'intende compiere è un'analisi del sistema positivo dell'impugnazione quanto più possibile neutrale. La libertà da ogni schema concettuale, e l'esclusiva attenzione al dato normativo (spec. artt.329.2, 336.1, 339, 342, 345, 346 c.p.c.) consentiranno infatti d'individuare la *ratio legis* sottesa agli interventi legislativi; e d'interpretare (si spera) così, fedelmente, la volontà storico-politica che, in relazione all'appello, essi attualmente esprimono.

2.2.1 Il giudizio d'appello sotto l'egida del c.p.c. del 1865: cenni storici

Nella vigenza del codice del 1865 il giudizio di appello era concepito come un secondo primo grado di merito, destinato a riprendere il processo nella condizione in cui si trovava prima della chiusura della discussione. Lo scopo non era quello di rimediare i "vizi" del grado precedente o della sentenza impugnata; bensì di offrire, per bocca di un giudice diverso, nuova decisione all'intera lite. L'oggetto delle seconde cure ripercorreva dunque quello del primo grado, identificandosi nel rapporto giuridico controverso che, su semplice richiesta degli appellanti, il giudice avrebbe interamente riesaminato⁴¹.

Questa concezione delle seconde cure, e della decisione affidata al giudice *ad quem*, era gravida di conseguenze rilevanti sugli oneri censori delle parti. A queste ultime spettava la scelta di avviare, o meno, l'appello; e, nel caso, d'individuare l'oggetto (arg. ex artt.2907 c.c. e 112 c.p.c.). Ma se l'oggetto del giudizio di appello doveva coincidere con la *res* controversa in prime cure (destinata a riesame), allora le parti non potevano che appellare frazioni della sentenza idonee a rivelare la decisione del giudice *a quo* su quella *res*; ossia porzioni coincidenti con la decisione di un'intera domanda. Mettendo in discussione quella decisione avrebbero infatti riavvolto l'oggetto dell'appello attorno al rapporto giuridico (oggetto della domanda) già, ed ancora, controverso⁴².

Al fine di attivare la *potestas iudicandi* del giudice d'appello non era necessario null'altro⁴³. In un passo dal sapore storico delle S.U. della Corte di Cassazione⁴⁴ si ricorda infatti come, una volta impugnata la decisione della domanda (la stessa già svolta in prime cure), la devoluzione del materiale cognitivo inerente avvenisse automaticamente, a prescindere dalle censure degli appellanti. Le questioni

⁴¹L'opinione trova esemplificativo riscontro in M.T.Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1919, p.151 che identifica il carattere tipico del giudizio d'appello nell' "essere una continuazione del procedimento di prima istanza, di essere un secondo procedimento nell'ambito dello stesso processo, di essere cioè lo stesso rapporto processuale che, iniziatosi in una prima fase, continua a svolgersi in una seconda".

⁴²V'è di più. Come ricordato da G.Fici, *Ancora sulla specificità dei motivi di appello*, Giust.civ., 1982, p.190, l'art.486 dell'abrogato codice prevedeva addirittura che, pur in mancanza di una espressa indicazione dei capi impugnati, l'appello dovesse comunque intendersi proposto verso tutta la sentenza. Al giudice sarebbe spettato il compito di risolvere l'incertezza sull'ambito del riesame disponendo di tutto il materiale emergente dagli atti di causa.

⁴³Ai sensi dell'art.486 c.p.c. gli appellanti potevano quindi limitarsi ad esprimere una generica richiesta di riforma della sentenza.

⁴⁴Il riferimento corre a *Cass., S.U., n. 24498/2005*.

di fatto e diritto affrontate dal giudice *a quo* avrebbero perciò composto il tessuto cognitivo del successivo in virtù dei soli rapporti di implicazione con la domanda gravata (art. 486.2 c.p.c.)⁴⁵.

Ciò detto quanto al *thema decidendum*, in relazione al *thema probandum* gli appellanti potevano fruire di tutti i mezzi istruttori impiegabili in primo grado (art. 490.2 e .3 c.p.c.). La mancanza di meccanismi preclusivi era riflesso dell'identica natura e funzione riconosciute al primo ed al secondo grado di giudizio. Per ripetere l'accertamento già svolto, il giudice successivamente adito doveva infatti poter apprezzare liberamente gli stessi elementi cognitivi e gli stessi risultati probatori sottoposti o sottoponibili al precedente⁴⁶.

2.2.2 Il giudizio d'appello del 1942: tra evoluzione normativa ed interpretazioni tradizionali

Poichè chiamato a rinnovare il giudizio sulla medesima *res*, il giudice d'appello del codice del 1865 godeva di poteri identici a quelli dell'organo che lo aveva preceduto (art. 491 c.p.c.).

Dal punto di vista cognitivo egli poteva accedere all'intero materiale di causa, inerente i capi di domanda impugnati, già emerso in prime cure. Poteva conoscere, dunque, e risolvere tutte le questioni esaminate o esaminabili in quel grado, anche se non specificatamente riprodotte dagli appellanti (art.486.2 c.p.c.). Dal punto di vista istruttorio poteva svolgere propri apprezzamenti senza limitarsi a recepire quelli già espressi dal primo giudice. Alla libertà delle parti di allegare nuovi mezzi di prova corrispondeva punto la discrezionalità del giudice di valutarne i risultati.

Questi meccanismi furono significativamente incisi (*rectius*: lim-

⁴⁵Così la dottrina di commento tra cui v. M.T.Zanzucchi, *Nuove domande, op.cit.*, p.151 làdove individua "l'effetto proprio dell'appello di devolvere dalla cognizione di un giudice inferiore alla cognizione di un giudice superiore la medesima causa, o per converso di riportare la causa stessa nelle condizioni in cui era dinanzi al giudice inferiore, nel momento della chiusura della discussione"; conformemente anche G.Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1927, pp.993 e ss..

In materia si ricorda anche la puntuale ricostruzione storica effettuata da A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale nel processo civile, op.cit.*, p.1301. L'Autore ricostruisce il rapporto tra iniziativa degli appellanti e *cognitio causae* nell'appello del 1865 in termini di piena devoluzione. Ricorda infatti come, a fronte della mera proposizione dell'appello principale, tutti gli elementi della controversia ch'erano in relazione con la pronuncia impugnata riemergessero automaticamente dinnanzi al giudice *ad quem*.

⁴⁶Per ulteriori approfondimenti sulla disciplina del giudizio di seconde cure sotto l'egida del c.p.c. del 1865 si rinvia alla puntuale e completa ricostruzione di N.Rascio, *L'oggetto dell'appello civile, op.cit.*, pp.12 e ss. e specialmente 38 e ss..

itati) dal legislatore del 1942⁴⁷.

Al fine di comprendere la portata del cambiamento occorre guardare, prima singolarmente, poi sistematicamente, alle norme chiamate a dipingere il nuovo volto delle seconde cure⁴⁸. Ciò perchè, come già anticipato, il metodo di studio prescelto è quello dell'esame esegetico del sistema positivo⁴⁹, finalizzato a svelarne l'impianto teorico reggente. L'attenzione al dato normativo non correrà il rischio dell'appiattimento critico. Al contrario. Sarà proprio l'analisi delle disposizioni ordinamentali a consentire l'esatta individuazione della *voluntas* (e, quindi, *ratio*) *legis* informante il nuovo giudizio d'appello.

In numerose disposizioni del nuovo codice è possibile cogliere segnali, più o meno limpidi, di dissonanza rispetto al passato. Ognuna di quelle norme offre uno spunto di riflessione singolare che occorre poi rileggere in chiave sistematica al fine di ricavarne la struttura complessiva del giudizio d'appello e l'intensità del poteri/oneri censori degli appellanti. All'individuazione di quelle istanze innovative è dedicata l'analisi che segue⁵⁰.

⁴⁷I primi segnali del cambiamento erano stati in realtà già anticipati nel corso dei lavori preparatori al nuovo codice. Essi avevano denunciato come l'appello del 1865 finisse spesso per "*ridurre quello di primo grado ad un semplice saggio preliminare*", riservando la trattazione dei "*problemi più salienti e le prove più importanti*" alle seconde cure, con conseguente grave pregiudizio alla sollecita definizione dei processi (cfr. la Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del nuovo codice, par.244). Le proposte innovative dei preparatori suggerirono allora di:

-chiudere l'appello all'ingresso dei *nova* (nuove domande, eccezioni, prove) salvo che l'interesse o la possibilità di valersene fossero sorti dopo il termine del giudizio;

-ritenere abbandonate le domande e le eccezioni non accolte e non riproposte limitando quell'effetto devolutivo automatico che, sotto l'egida del c.p.c. del 1865, ne ammetteva la riemersione indipendentemente dalle iniziative di parte;

-imporre agli appellanti la specificazione delle istanze gravatorie, non più soddisfacibili da generiche richieste di riforma.

Come si vedrà (*infra*, par. successivo), tutte queste indicazioni furono accolte e valorizzate dal legislatore del codice di procedura civile del 1942. Ciò a conferma della discontinuità, tanto del sistema positivo, quanto della *ratio legis* che ieri connotavano ed oggi connotano il giudizio di seconde cure.

⁴⁸Ovviamente si selezioneranno solo quelle disposizioni che, tra le più componenti il sistema impugnatorio, toccano temi d'interesse per la trattazione.

⁴⁹La libertà in riferimento è quella da schemi interpretativi assunti dogmaticamente prima ancora di averne verificata la corrispondenza al dato positivo.

⁵⁰Talune delle norme di seguito analizzate rivestono un ruolo dirimente nella definizione dell'attuale fisionomia del giudizio d'appello; rappresentano perciò una guida nell'interpretazione delle altre componenti il sistema. Il riferimento corre particolarmente all'art.342 c.p.c.: norma cardinale nella struttura appellatoria. Ad essa, al di là delle anticipazioni puntuali di cui al successivo paragrafo, verrà destinato ulteriore approfondimento nel proseguo della trattazione, làdove si tenterà la conciliazione armonica e sistematica delle istanze provenienti da ciascuna delle norme analizzate (v. *infra*, par.2.2.3).

La nuova disciplina positiva del giudizio d'appello. Sintomi di un cambiamento. Prima ancora delle norme specificatamente dedicate alle seconde cure sono disposizioni di carattere generale, disciplinanti i principi della materia impugnatoria, a rivelare la divergenza di vedute tra il legislatore del 1942 e quello del 1865. Il riferimento corre agli **artt.329.2⁵¹ e 336.1 c.p.c.⁵²**. Le disposizioni intessono un rapporto stringente tra poteri/oneri censori delle parti ed oggetto del giudizio di impugnazione (quindi anche d'appello). Quest'ultimo è incentrato sul contenuto dei capi di sentenza impugnati e di quelli (anche non censurati) che vi dipendono; sugli altri maturando una preclusione da acquiescenza parziale che ne impedisce il riesame⁵³.

⁵¹ *"L'impugnazione parziale importa acquiescenza alle parti della sentenza non impugnate"*.

La norma si inserisce tra i meccanismi di formazione anticipata e progressiva del giudicato previsti dall'ordinamento per ragioni di certezza, affidabilità e celerità dei giudizi. In particolare, disciplina il fenomeno della c.d. acquiescenza presunta o, più correttamente, impropria. In base a tale principio le parti che intendano promuovere un giudizio d'impugnazione devono aver cura di indicare, nei propri atti introduttivi, i capi di sentenza che intendano sottoporre al riesame o controllo successivo. L'art.329.2 c.p.c. prescrive infatti un onere di puntualità e completezza nelle indicazioni sanzionato, in caso d'inadempienza, con l'immutabilità (da giudicato parziale) di tutti i capi non impugnati.

Nonostante il contenuto letterale, la disposizione ha in realtà ben poco a che vedere con il fenomeno dell'acquiescenza intesa come manifestazione della volontà (presunta, nel caso dell'art.329.2 c.p.c.) di acquietarsi alla sentenza o a parti di essa. La progressiva formazione del giudicato che l'art.329.2 c.p.c. prevede, lungi dal sublimare volontà implicite, s'ispira agli obiettivi della ragionevole durata e dell'economia processuale. Onerando le parti dell'impugnazione immediata e congiunta di tutti i capi di sentenza impedisce punto la dispersione delle risorse e l'allungamento dei tempi processuali che invece conseguirebbero alla proposizione di impugnazioni distinte, una per ciascun capo.

Per ulteriori approfondimenti in materia si rinvia alle voci enciclopediche di A-C. Canova, *V.Aquiescenza (dir.proc.civ.)*, Enciclopedia del diritto, Roma, 1988, p.1 ed E.Minoli e A.Bergomi, *V.Aquiescenza (diritto processuale civile)*, Enciclopedia del diritto, Milano, 1985, p.496 nonché ai contributi dedicati di N.Balzano, *Acquiescenza, parti di sentenza e questioni rilevabili d'ufficio*, *op.cit.*, p.217; V.Andrioli, *Acquiescenza e questioni attinenti alla giurisdizione*, *op.cit.*, p.11; E.Minoli, *Questioni rilevabili d'ufficio ed acquiescenza*, *Riv.dir.proc.*, 1955, p.274; N.Rascio, *Su acquiescenza parziale e motivi di appello*, *Il Foro It.*, 1996, p.2146; R.Poli, *In tema di acquiescenza parziale e motivi di appello nel processo tributario*, *Riv.dir.proc.*, 2000, p.523; R.Giordano, *(in tema di acquiescenza tacita)*, *Giur.it.*, 2005, p.332.

⁵² *"La riforma o la cassazione parziale ha effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata"*.

La norma disciplina il c.d. effetto espansivo interno della sentenza di riforma o di cassazione nei confronti delle parti di sentenza dipendenti da quella/e riformata/e o cassata/e. Il rapporto di dipendenza che lega i capi principali gravati a quelli dipendenti incensurati fa sì che la riforma o la cassazione dei primi riflettano automaticamente i propri effetti sui secondi, riformandoli o caducandoli a seconda delle necessità (v.nt.successiva). Questo effetto espansivo interno della riforma o cassazione assicura quel grado di coordinamento decisivo che, in presenza di statuizioni dipendenti, è condizione indispensabile per giudizi affidabili.

⁵³ Il rapporto tra l'art.329.2 e l'art.336.1 c.p.c. è stato diversamente ricostruito dagli interpreti. Per alcuni, in presenza di capi dipendenti, l'art.329.2 c.p.c. conosce un'applicazione temperata. Il passaggio in giudicato dei capi dipendenti non impugnati è infatti eccezionalmente sospeso fino alla decisione su quelli principali. Questo stato di quiescenza assicura che, nel momento in cui quella decisione dovesse essere di riforma o cassazione, i relativi effetti potrebbero ancora estendersi ai capi dipendenti. La sospensione ne assicura infatti la

E' chiaro come tali norme, limitandosi a riferire del concetto di parte di sentenza in modo generico, senza alcuna declinazione contenutistica, non consentano, di per sè, l'individuazione del perimetro minimo del capo appellabile. Conseguentemente, risultano di scarso ausilio nella ricostruzione obiettiva dei poteri censori delle parti.

Non si tratta, tuttavia, di risultati attesi. L'impegno censorio degli appellanti dev'essere infatti ricavato dalla complessiva struttura del giudizio, così come definita dall'insieme delle norme dedicate. Ciò che ai presenti fini deve invece apprezzarsi degli artt.329.2 e 336.1 c.p.c. è la maggior importanza (ed, altresì, responsabilizzazione) che, rispetto al passato, le norme riconoscono alle parti nell'individuazione del *thema decidendum* impugnatorio.

E' tuttavia tra le norme del Capo II, specificatamente dedicate al giudizio d'appello, che si annidano i più evidenti segnali di rottura. Si pensi, ad esempio, all'**art.339 c.p.c.**⁵⁴. La norma individua esplicitamente nella sentenza il referente obiettivo degli atti d'appello. Con ciò sembra dire che l'elemento sottoposto dagli atti introduttivi all'immediata attenzione del giudicante sia la sentenza; o meglio, i capi di sentenza impugnati. Il suggerimento, pur velato, che se ne ricava, è quello per cui l'oggetto delle seconde cure sia dato non dal rapporto giuridico controverso; bensì dalla sentenza che, attraverso i capi appellati, lo decide⁵⁵.

temporanea sottrazione a quell'immutabilità del giudicato che invece ostacolerebbe la riflessione interna. Secondo questa impostazione i capi dipendenti sospesi non entrano a far parte dell'oggetto del giudizio d'impugnazione; si collocano, bensì, a suo margine, attendendone le evoluzioni. Per questo motivo l'effetto espansivo interno che possono eventualmente subire è solo quello dell'annullamento. Il giudice che riforma o cassa i capi principali (o quello di rinvio) non può decidere nuovamente anche quelli dipendenti che fuoriescono dall'oggetto del relativo giudizio (arg. ex art.112 c.p.c.); può solo disporre la caducazione se ciò consente un miglior coordinamento con la decisione sui capi principali.

Questi ultimi aspetti hanno prestato il fianco ad una diversa ricostruzione del rapporto tra l'art.329.2 e l'art.336.1 c.p.c.. Si è sostenuto che l'impugnazione dei capi pregiudiziali sempre importi la devoluzione allargata dinanzi al giudice *ad quem* dei capi dipendenti, all'unica condizione ch'essi siano riproposti ex art.346 c.p.c. (per la cui interpretazione v. *infra*, nel testo). I capi dipendenti, confluendo nell'oggetto del giudizio d'impugnazione, possono (*rectius*: devono) essere decisi nel merito ed in via sostitutiva dallo stesso giudice (o da quello di rinvio) che riforma o cassa i capi principali. La funzione dell'art.336.1 c.p.c. è soltanto vicaria: la norma garantisce il coordinamento decisorio nelle ipotesi patologiche in cui l'effetto espansivo interno della devoluzione allargata non si manifesti a causa di negligenza giudiziale (l'opinione è di C.Consolo, *Spiegazioni, op.cit.*, p.438).

⁵⁴La norma recita: "*Possono essere impugnate con appello le sentenze pronunciate in primo grado, purché l'appello non sia escluso dalla legge o dall'accordo delle parti a norma dell'articolo 360, secondo comma (...)*".

⁵⁵L'intuizione si deve ad A.Carrato e G.Canzio, *Relazione tematica per l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione Oggetto: Impugnazioni civili-Appello-Domande-Effetto devolutivo-Funzione e delimitazione*, www.cortedicassazione.it, p.19.

La diversa sensibilità che ha animato il legislatore dell'appello del 1942 rispetto a quello del 1865 emerge poi con evidenza dall'**art.342 c.p.c.**⁵⁶. La norma prescrive per la prima volta alle parti l'onere di corredare gli appelli con specifiche motivazioni⁵⁷. L'indicazione ha l'indubbio significato di riflettere una volontà legislativa diretta ad intensificare l'impegno censorio delle parti. Poichè, inoltre, al contenuto delle istanze appellatorie sono inscindibilmente connessi (è difficile dire se in termini di causa od effetto; in ogni caso inscindibilmente) l'oggetto e la struttura delle seconde cure, ne consegue l'importanza sistematica fondamentale dell'art.342 c.p.c..

Per comprendere la portata di queste osservazioni occorre indagare approfonditamente le funzioni (quindi, i contenuti) dei motivi di gravame. Il tema è tuttavia complesso e richiede dedicata trattazione. Rinviandone solo temporaneamente l'approfondimento⁵⁸, ciò che in questa sede preme rilevare quanto all'art.342 c.p.c. è l'intensificazione degli oneri redazionali delle parti che, negli atti

⁵⁶ "L'appello si propone con citazione contenente l'esposizione sommaria dei fatti ed i motivi specifici dell'impugnazione nonché le indicazioni prescritte nell'articolo 163 (...)".

Come già anticipato (v. *supra*, nt.n.36), questo è il testo che l'art.342 c.p.c. ha mantenuto sino alla riforma della l.134/2012 e che s'intende ora analizzare. *Ratio*, funzioni ed implicazioni sistematiche della norma erano infatti già impresse nella versione antecedente l'ultima novella. Da questo punto di vista il legislatore del 2012 ha confermato ed ulteriormente valorizzato significati che un'attenta esegesi poteva già svelare.

L'introduzione dell'art.342 c.p.c. è un passaggio fondamentale nella costruzione normativa del nuovo giudizio d'appello. Lo scopo che si propone perciò l'indagine (nei brevi cenni del presente paragrafo e, soprattutto, in quelli che seguono) è di ricostruire *ratio legis* ed implicazioni sistematiche dell'originario art.342 c.p.c. per coerenza, rafforzativamente, le successive indicazioni legislative.

⁵⁷ Diverse le definizioni offerte all'istituto dei motivi ex art.342 c.p.c. dalla dottrina di commento. Tra queste si ricordano quelle di R.Poli, *I limiti oggettivi*, op.cit., p.433 per il quale il motivo è il "fatto interno al procedimento di formazione della sentenza, cui il legislatore riconosce rilevanza, eventualmente con il concorso di altri fatti secondari esterni al processo, aventi principalmente funzione strumentale, per la elisione degli effetti prodotti dalla medesima sentenza"; IDEM, *Il nuovo giudizio di appello*, Riv.dir.proc., 2013, p.122 ove leggesi "il motivo d'appello, dal punto di vista delle norme che ne prescrivono l'indicazione nell'atto d'impugnazione, può essere definito come quel fatto determinato, appartenente al procedimento di formazione della sentenza, affermato dalla parte impugnata ed idoneo, se dimostrato, ad inficiare la sentenza stessa ed a consentire la rimozione dei suoi effetti, con le forme e secondo le regole proprie del giudizio d'appello"; C.Consolo, il quale, ne *Il processo di primo grado e le impugnazioni*, op.cit., escludeva, anzitutto (p.284), che i motivi d'appello potessero rappresentare, al pari di quelli di Cassazione, "i titoli e le ragioni di domande di impugnativa nei confronti della sentenza gravata", per poi declinarli (p.293) in strumenti atti denotare "un atteggiamento di dialogo critico fra la parte appellante e la sentenza di primo grado".

La definizione dei motivi è significativamente influenzata dalla natura riconosciuta al giudizio d'appello. I diversi significati individuati dagli Autori troveranno perciò spiegazione all'interno dell'analisi strutturale da questi accolta quanto alle seconde cure (v. *infra*, par.successivo e par.2.2.3 e 2.2.4).

⁵⁸ V. *infra*, nel testo del paragrafo successivo e dei paragrafi 2.2.3 e 2.2.4.

d'appello, non possono più limitarsi ad esprimere una generica volontà impugnatoria. Quella volontà deve tradursi nella precisa articolazione dei rilievi ch'esse abbiano a sollevare verso il primo *decisum*, nonché delle ambizioni proiettate in sede impugnatoria. Il ruolo degli impugnanti non è più perciò limitato all'instaurazione del giudizio ed al suo riavvolgimento attorno alla domanda già proposta. Quel ruolo si carica di significati ulteriori, i cui contenuti possono tuttavia essere specificati solo risolvendo il tema pregiudiziale (e, lo si anticipa, controverso) circa le funzioni dei motivi d'appello.

L'art. 342 c.p.c. deve poi essere letto in combinato disposto con gli artt. 329.2 e 336.1 c.p.c.. Se già quelle norme valorizzano il ruolo delle parti nella perimetrazione oggettiva del giudizio di appello, l'art. 342 c.p.c. lo rafforza ulteriormente, sottoponendolo a più specifiche direttive. Ciò che ne deriva è la maggiore intensità del legame tra cognizione/decisione (quindi struttura e natura) del giudizio d'appello e poteri/oneri censori delle parti. Legame nel quale è difficile stabilire i rapporti di causa-effetto; e che può essere meglio risolto in termini di reciproca ed indissolubile implicazione.

Concorre a tracciare la nuova fisionomia del giudizio d'appello anche l'**art. 345 c.p.c.**. La norma vieta la produzione di nuove prove (costituende o documentali) se non indispensabili o precedentemente tacite per causa non imputabile alle parti⁵⁹. Al di là delle incertezze esegetiche⁶⁰, l'indicazione che ne emerge è la diversa disponibilità del *thema probandum* in prime cure e nella sede appellatoria. La divergenza segna una netta cesura tra i due gradi ed il tipo di giudizio ivi atteso. Il giudizio d'appello non può più

⁵⁹“Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. Possono tuttavia domandarsi gli interessi (1282 ss. c.c.), i frutti (820 c.c.) e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio”.

Anche in questo caso il testo riportato è quello antecedente la riforma della l.134/2012 (ed, in particolare, quello voluto dal legislatore del 1940, ripristinato dalla l.353/1990 dopo le modifiche della l.581/1950 e poi puntualizzato, quanto alle prove documentali, dalla l.69/2009). Le più rilevanti indicazioni sistematiche che, soprattutto sul piano istruttorio, il divieto dei *nova* offre (*v.infra*, nel testo), erano punto già deducibili dal testo previgente. Il legislatore del 2012 ha ulteriormente assottigliato il novero delle nuove prove ammissibili eliminando il riferimento all'indispensabilità. In questo modo ha avvalorato i significati già precedentemente ricavabili dal rigoroso e restrittivo regime probatorio in appello.

⁶⁰Che hanno contrassegnato, per lo più, il riferimento, poi eliminato, all'indispensabilità.

essere esaurito in una mera prosecuzione del processo già avviato, arrestato e poi, da un dato momento⁶¹, ripreso⁶². L'appello del c.p.c. del 1942 è un giudizio qualitativamente diverso da quello di prime cure ed è dominato da regole e principi caratterizzanti. Tra questi, quello suggerito dall'art.345 c.p.c. è che l'istruttoria in appello si atteggi a "controllo cartolare" del primo grado. Controllo, e non riesame, da svolgersi in assenza di ulteriore istruzione, limitandosi (salve le eccezioni di cui all'art.345 c.p.c.) ad un'analisi critica dei risultati probatori già assunti⁶³.

Infine, l'**art.346 c.p.c.**⁶⁴. La norma prescrive alle parti l'onere di riproporre le domande e le eccezioni non accolte in primo grado di cui è attesa decisione in appello. In caso contrario, il silenzio produce l'effetto di una rinuncia presunta: ossia preclude ogni possibilità esaminatoria.

Come l'art.342 c.p.c., anche l'art.346 c.p.c. rappresenta un passaggio cardinale nell'interpretazione del giudizio d'appello. Ad entrambe le norme si riserva perciò ulteriore, dedicato approfondimento⁶⁵. Ai fini d'interesse preme rilevare come anche l'art.346 c.p.c. valorizzi il ruolo delle parti nell'individuazione dell'oggetto dell'appello, riducendo ulteriormente gli automatismi devolutivi⁶⁶. Tutte le istanze infruttuosamente fatte valere in primo grado (si tratti, rispettivamente, di domande o eccezioni), per poter essere rianimate in seconde cure, devono essere oggetto delle indicazioni delle parti. In caso contrario, il disinteresse dedotto dal silenzio determina la prevalenza del principio di economia su quello devolutivo: il materiale non accolto e non riproposto perde la possibilità d'essere esaminato e fuoriesce dall'orbita oggettiva della cognizione e della decisione giudiziale⁶⁷.

⁶¹In particolare, dalla chiusura della discussione.

⁶²Come voleva l'idea tradizionale dell'appello come "*novum iudicium*" destinato a ripetere l'*iter* accertativo del primo grado.

⁶³Questa l'opinione di M.Pacilli, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione incidentale condizionata della parte vittoriosa nel merito*, Riv.trim.dir. e proc. civ., 2011 p.1261 ed A.Carrato e G.Canzio, *Relazione tematica per l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione Oggetto: Impugnazioni civili-Appello-Domande-Effetto devolutivo-Funzione e delimitazione*, op.cit., pp.4 e 7.

⁶⁴"Le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate".

⁶⁵V. *infra*, nel testo dei successivi paragrafi.

⁶⁶L'opinione trova il conforto di autorevole dottrina tra cui S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale nel processo civile: Oggetto e Limiti*, op.cit., p.138.

⁶⁷Come si vedrà, il temperamento degli automatismi devolutivi ad opera delle iniziative di parte non fu accolto pacificamente dalla dottrina di commento. Se la rilevanza, nella circoscrizione dell'oggetto dell'appello, degli artt.329.2 e 342 c.p.c. non poteva negarsi, l'altresì

I primi segnali di asimmetria tra il giudizio di appello del 1865 e quello del 1942 erano perciò già annidati tra le righe del nuovo codice.

Le nuove disposizioni non si contraddistinsero, tuttavia, per esPLICITÀ e chiarezza. Questa forse la ragione per cui, a differenza della giurisprudenza, la prevalente dottrina preferì (e potè) un'interpretazione moderata del cambiamento, in linea con la ricostruzione teorica secolare. Si dovette attendere la fine degli anni 90' per assistere ad un timido allineamento interpretativo verso posizioni più innovative.

Occorre dunque ripercorrere la lettura che la dottrina tradizional-dogmatica ebbe ad offrire al nuovo sistema positivo. Ciò al fine di tracciare le incertezze che sospinsero la giurisprudenza, prima, e (parte della) dottrina, poi, verso differenti orizzonti interpretativi.

Il conservazionismo dottrinale: l'interpretazione tradizional-dogmatica delle seconde cure. Nonostante gli innovativi segnali positivi, la dottrina di commento al nuovo codice seguitava a considerare il giudizio di appello come un *novum iudicium* sullo stesso oggetto del primo grado: la situazione giuridica controversa (e non, invece, la sentenza ed i suoi vizi). Compito del giudice era quello di riesaminare l'intera lite per offrirvi una nuova decisione destinata a rappresentarne l'unica, perchè sostitutiva, fonte di disciplina⁶⁸.

L'unica differenza ammessa riguardava l'importanza delle attività delle parti nella rianimazione della lite. Queste ultime non pote-

attitudine dell'art. 346 c.p.c. a limitare l'automatica riemersione del materiale di causa era molto discussa. Di queste posizioni verrà dato riscontro in seguito, laddove si andrà ad analizzare l'interpretazione offerta dalla dottrina tradizionale al nuovo sistema positivo dell'appello (v.*infra*, nel testo del successivo paragrafo ed in nt.n.81).

⁶⁸Cfr. A.Attardi, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, Giur.it., 1961, p.162, per il quale "l'appello non è un gravame a carattere rescindente volto a controllare cioè la sussistenza di eventuali vizi della sentenza impugnata" bensì "un gravame che assicura il riesame immediato della causa" in cui "il giudice non deve controllare la sentenza impugnata ma giudicare nuovamente sulla domanda emanando una decisione che comunque, difforme o conforme che sia a quella impugnata, ne prenda il posto".

Tra gli autorevoli aderenti a questo indirizzo tradizionale si ricordano anche A.Cerino-Canova, *Le impugnazioni civili-Struttura e funzione*, op.cit., pp.582 e ss.; A.Bonsignori, *L'effetto devolutivo dell'appello*, Riv.trim.dir. e proc. civ., 1974, p.1341; V.Tavormina, *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, Riv.trim.dir. e proc. civ., 1977, p. 651; G.Montealeone, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, pp.583-585 e 615 e ss.; G.Balena, *Elementi di diritto processuale civile II-Le impugnazioni*, Bari, 2004, pp.82 e ss.; C.Mandrioli, *Diritto processuale civile II-Il processo di cognizione*, Torino, 2006, pp.444 e ss.; C.Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, op.cit., p.284. Dello stesso avviso G.Balena, R.Oriani, A.Proto Pisani e N.Rascio in *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle Sezioni Unite*, Il Foro It., 2006, p.1438.

vano più limitarsi ad esprimere nei confronti del primo *decisum* una generica volontà censoria, accompagnandola all'ambizione di ottenere una riforma favorevole. Alla luce dei nuovi artt.329.2, 336.1, 342 e 346 c.p.c. erano tenute a determinare, attraverso i propri atti introduttivi, gli esatti confini e contenuti dell'ambito oggettivo dell'appello. Gli automatismi devolutivi che, sotto l'egida del c.p.c. del 1865, avevano consentito, in presenza di una manifesta volontà censoria, la riproduzione del rapporto controverso in primo grado nelle seconde cure, dovevano perciò coordinarsi con le indicazioni delle parti. *Tantum devolutum quantum appellatum*: questo il principio informante il nuovo rapporto tra i poteri/oneri censori degli appellanti e l'oggetto del giudizio di appello⁶⁹.

L'individuazione dell'ambito oggettivo delle seconde cure imponeva ai soggetti interessati un confronto serrato con la sentenza del giudice *a quo*. Gli appellanti dovevano suddividere il provvedimento giurisdizionale in capi o parti (art.329.2 e 336.1 c.p.c.) ed indicare limpidamente quelli che intendevano rianimare. Solo i contenuti dei capi gravati, sfuggendo ai meccanismi preclusivi dell'acquiescenza presunta, sarebbero infatti pervenuti al riesame del giudice *ad quem*.

Il compito di individuare i capi di sentenza appellati era affidato ai motivi ex art.342 c.p.c.⁷⁰. Attraverso la funzione identificativa i motivi soddisfacevano contestualmente due specificità di scopo. Da un lato manifestavano la volontà censoria delle parti appuntandola sui capi di sentenza gravati e, perciò, sottratti al giudicato parziale

⁶⁹Il brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum* subordina il transito della causa dal primo al secondo grado di giudizio alle attività delle parti. Ciò che viene devoluto al riesame del giudice superiore è solo ciò che ha costituito oggetto dell'attenzione critica degli appellanti in sede introduttiva.

Nelle interpretazioni dottrinali l'operatività (innegabile, perchè positivamente fondata) di questo principio non implicava la totale esclusione dei meccanismi devolutivi. Come sarà chiarito (v. *infra*, nel testo ed in nt.nn.78, 79 ed 80) al netto delle indicazioni degli appellanti residuavano comunque spazi per la riemersione incondizionata del materiale di causa. Ciò avveniva, tuttavia, nei limiti di quanto ragionevolmente consentito dalle scelte effettuate, a monte, dalle parti. Da qui la qualifica dell'appello come giudizio, sì, devolutivo, ma comunque "temperato" dalle iniziative degli appellanti, cfr. C.Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni*, *op.cit.*, p.308.

⁷⁰Ossia ai motivi della citazione in appello, per l'appellante, o della comparsa per l'appellato autore di un'impugnazione incidentale.

Tra le varie indicazioni formal-contenutistiche di cui all'art.342 c.p.c. quella relativa all'individuazione dei capi di sentenza era rintracciata proprio al fondo della prescrizione dei motivi. Gli altri elementi previsti all'art.342 c.p.c. si riferivano punto ad istituti diversi dal capo/parte. In particolare, i fatti di cui era necessaria (fino al 2012) sommaria esposizione inerivano lo svolgimento del precedente grado di giudizio; mentre le indicazioni di cui all'art.163 c.p.c. (confermate dalla riforma) rimandano a contenuti diversi, tipicizzati dal legislatore (sul rapporto tra l'art.342 e 163 c.p.c. v. *infra*, par.2.2.3).

nonchè ammessi al riesame (art.329.2 c.p.c.). Dall'altro delineavano l'oggetto concreto del giudizio d'impugnazione (il *quantum appellatum*), identificandolo nel contenuto degli stessi capi appellati⁷¹.

Sulla latitudine di quei capi interveniva prepotentemente la ricostruzione teorica dell'appello come *novum iudicium* sostitutivo⁷². Come anticipato, essa impegnava il giudice *ad quem* ad una rinnovazione del giudizio sulla stessa lite già decisa dal giudice *a quo*. Assumeva quindi una coincidenza qualitativa tra l'oggetto delle prime e delle seconde cure⁷³. Le parti, chiamate a rianimare quell'oggetto innanzi al secondo giudice, dovevano necessariamente gravare estensioni della sentenza idonee ad esprimerne la decisione: ossia capi di domanda. Solo quei capi potevano infatti riprodurre la volontà del primo giudicante sul bene controverso; solo l'impugnazione di quei capi poteva, attraverso i motivi, affidare i contenuti della lite al riesame dell'organo successivo, in ossequio alla struttura obiettiva del gravame⁷⁴.

Ai motivi spettava perciò un'esclusiva funzione identificativo-estensiva⁷⁵. L'essenza di tale funzione era risolta nell'individuazione

⁷¹L'interpretazione dottrinale fu solo inizialmente condivisa dalla giurisprudenza. Già a partire dagli anni 60', e con maggiore insistenza dalla fine degli anni 80', il tema della funzione dei motivi spaccò il fronte interpretativo. In particolare i giudici misero in dubbio il ruolo identificativo dei motivi; dapprima riscrivendone i confini, poi sostituendolo con altra e diversa funzione (v.*infra*, nt. n.95 e soprattutto par.2.2.3).

⁷²Ancora una volta a conferma del rapporto di reciproca implicazione e dipendenza che sussiste tra la fisionomia del giudizio d'impugnazione e la potestà censoria dei legittimati.

⁷³In entrambi i casi si sarebbe trattato del rapporto, o dei rapporti, giuridico/i controverso/i

⁷⁴Le interpretazioni tradizionali dell'appello assumevano dunque (difficile dire se in termini di causa od effetto) l'identificazione teorica del capo di sentenza nella decisione di domanda (art.100 c.p.c.).

Ciò portava a ritenere che un frazionamento del provvedimento giurisdizionale in più capi fosse possibile solo in presenza di un giudizio oggettivamente cumulativo. In quel caso alle più domande proposte e decise avrebbe corrisposto un numero equivalente di capi appellabili. Il ruolo delle parti nella perimetrazione obiettiva del giudizio d'appello avrebbe perciò assunto un significato dirimente solo in queste tipologie di giudizi. La sentenza che avesse risolto un cumulo avrebbe riportato più capi decisori (uno per ogni domanda cumulata); l'impugnazione parziale avrebbe determinato l'esclusiva rianimazione dei rapporti giuridici decisi nei capi gravati. Rispetto agli altri, eccezion fatta per l'effetto espansivo della riforma (art.336.1 c.p.c.), l'acquiescenza presunta avrebbe paralizzato ogni possibile discussione.

In caso di giudizio cumulativo gli artt.329.2 e 342 c.p.c. responsabilizzavano perciò le parti alla scelta tra la ripetizione o lo stralcio dell'oggetto del primo nel secondo grado di giudizio. Al contrario, nei giudizi non cumulativi l'impugnazione dell'unico capo di sentenza (contenente la decisione sulla sola domanda proposta) sarebbe stata sufficiente a riavvolgere l'appello attorno allo stesso oggetto del primo grado: il rapporto giuridico (l'unico) controverso, cfr. C.Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni*, *op.cit.*, p.291-292-293.

⁷⁵La ragione per cui si afferma che la funzione identificativa attribuita dalla dottrina tradizionale ai motivi avesse una natura estensiva risposa nella latitudine dei capi oggetto dell'identificazione. Si tratta punto delle più ampie porzioni teorizzate della sentenza: i capi di domanda, depositari della decisione d'interi rapporti giuridici (ancora) controversi.

del *quid* dell'impugnazione⁷⁶; le modalità di assolvimento erano invece rintracciate nell'impugnazione del capo di domanda contenente la decisione sulla *res* controversa.

Secondo parte della dottrina ciò era sufficiente perchè l'onere motivazionale di cui all'art.342 c.p.c. fosse soddisfatto⁷⁷. Non occorre alcuna articolazione delle ragioni della doglianza: la denuncia degli *errores in iudicando* e/o *in procedendo* compiuti dal giudice *a quo* nel determinarsi a decisione (il *quia* dell'impugnazione) non integrava un requisito di validità ai sensi dell'art. 342 c.p.c.⁷⁸. Ai motivi spettavano solo compiti identificativi; ulteriori indicazioni di natura critico-esplicativa sarebbero fuoriuscite dal relativo ambito funzionale⁷⁹.

⁷⁶Ossia della concreta materia del contendere in sede d'impugnazione secondo E.Caputo, *La specificità dei motivi nell'atto di appello*, Giust.civ., 1975, p.330.

⁷⁷Come spesso accade alle soluzioni interpretative più diffuse e conformi alla tradizione, anche a quella in analisi furono riservati riferimenti meramente tratteggiati. Si riportano, dunque, quelli apparsi più articolati.

In primis si ricorda la lucida posizione di A-C. Canova, *Le Impugnazioni civili*, *op.cit.* (Autore saldamente ancorato, come ricordato in nt.65, alla funzione di gravame in senso proprio dell'appello). Ad essa si allineano, a dire il vero senza particolari temperamenti, A.Massari, *Genericità dei motivi e nullità dell'impugnazione*, Giur.it., 1952, p.603; N.Giudiceandrea, *Le impugnazioni*, *op.cit.*, p. 135; E.Caputo, *La specificità dei motivi nell'atto di appello*, *op.cit.*, p.332; G.Fici, *Ancora sulla specificità dei motivi*, *op.cit.*, p.193; F.P.Luiso, *Appello nel diritto processuale civile*, Digesto delle discipline privatistiche, Torino, 1987, p.367; S.Chiarloni, *V.Appello (dir.proc.civ.)*, Enciclopedia Giuridica, Roma, 1988, spec.n.10.2.1; E.Fazzalari, *Il processo ordinario di cognizione V.II - Impugnazioni*, Torino, 1990, p.35 e ss.; A.P.Pisani, *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi in Cassazione*, Il Foro It., 1991, p. 107; IDEM, *Appunti sull'appello civile (alla stregua della l.353/90)*, Il Foro It., 1994, p.193; più recentemente, M.De Cristofaro, *Motivi d'appello ed effetto devolutivo*, Il Corriere Giuridico, 1997, spec.p.197 e ss. (v.note successive).

⁷⁸Cfr., ad esempio, N.Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili*, *op.cit.*, p.135, per il quale "(...)è sufficiente che le doglianze mosse contro la decisione di primo grado siano indicate in modo tale da evitare incertezze circa il tema dell'appello. Tanto meno occorre l'esposizione delle ragioni di diritto, essendo sufficiente che risulti che cosa si propone al giudice e non anche perchè l'appellante ritiene erronea la sentenza impugnata. L'appello infatti può essere proposto per il solo fatto della soccombenza(...)". Di identico avviso E.Caputo, *La specificità dei motivi nell'atto di appello*, *op.cit.*, p.332, per il quale i motivi "più che identificarsi nelle argomentazioni giuridiche poste a sostegno dell'impugnazione (...) assolvono alla funzione di circoscrivere l'ambito delle richieste rivolte al giudice d'appello (...) essi vengono a rappresentare nulla più che il petitum del giudizio d'impugnazione". Secondo l'Autore sarebbe la natura stessa dell'appello quale giudizio a critica libera ad escludere la necessità che vengano indicate, attraverso i motivi, specifiche cause di invalidità della sentenza impugnata.

Condivide l'orientamento anche M.De Cristofaro, *Motivi d'appello*, *op.cit.*, pp.197-198 per il quale l'onere dell'appellante di motivare le istanze difensive indicando gli errori del precedente *decisum* sarebbe razionalmente giustificabile solo laddove il giudice fosse poi vincolato a quelle ragioni. Ciò che in relazione ad un giudizio, come quello d'appello, a critica libera, non accade.

⁷⁹La negazione del ruolo esplicativo non giungeva inaspettata tra i sostenitori della funzione identificativo-estensiva dei motivi. Le due tesi erano punto legate da un nesso di reciproca implicazione.

La prima attendeva dai motivi d'appello l'individuazione del *quid* dell'impugnazione, coincidente con il rapporto giuridico controverso già discusso in prime cure. A tal fine pre-

Una volta identificato, attraverso i motivi, il *quid* dell'impugnazione⁸⁰, tutto il materiale di causa ricompreso (perchè logicamente inerente) nel capo di domanda impugnato sarebbe automaticamente riemerso innanzi al giudice *ad quem*. Quest'ultimo, dovendo ripetere l'accertamento sulla medesima *res* controversa, doveva punto disporre dello stesso tessuto cognitivo già offerto in prime cure⁸¹. La

scriveva l'impugnazione del capo di domanda ove quel rapporto trovava (in tesi) erronea decisione. In un simil contesto, ove l'impegno motivazionale-identificativo era assolto con l'impugnazione dei capi di domanda, non v'era margine per ritenere che gli appellanti fossero caricati d'oneri ulteriori. Non era, in particolare, pretensibile, una puntuale individuazione degli errori (*in iudicando* ed *in procedendo*) compiuti dal giudice *a quo* nei passaggi dell'*iter* logico-giuridico che lo avevano condotto a decisione. Come anticipato tra le premesse del presente paragrafo, tali errori si annidano nella soluzione delle questioni affrontate dal giudice nel corso dell'accertamento. Se tuttavia si ritiene (come la dottrina tradizionale riteneva) che l'identificazione dei motivi si rivolga a capi di domanda (e non di questione), non può certo pretendersi che le parti, che nemmeno sono tenute ad indicare le questioni viziato, debbano invece specificare gli errori che le affliggono.

Ciò sarebbe sostenibile sulla base di un diverso sfondo teorico. Se la funzione identificativa dei motivi d'appello si appuntasse (invece che su capi di domanda) su capi di questione, l'indicazione degli errori interni a quelle questioni sarebbe necessaria per assicurare alla relativa identificazione un sufficiente grado di specificità (sul tema v. *infra*, par.n.2.2.3).

Non così per la dottrina tradizionale. In essa, del resto, l'esclusione della funzione esplicativa trovava conferma nella ricostruzione dell'appello come *novum iudicium*. Poichè il giudice era chiamato a riesaminare il merito della causa, e non a controllare la legittimità della sentenza, non era necessario venissero enucleati gli errori/vizi che ne inficiavano i passaggi argomentativi. L'ambito oggettivo del riesame trovava sufficiente definizione attraverso la rianimazione del rapporto controverso realizzata dall'impugnazione del capo (di domanda) decisorio.

L'esclusione della funzione esplicativo-censoria dei motivi, sostenuta dalla dottrina, fu inizialmente condivisa anche dalla giurisprudenza. Al fine di assolvere l'onere motivazionale di cui all'art.342 c.p.c. essa escludeva la necessità di una "elencazione formalistica delle singole censure" (così, *Cass.*, 5/02/1968 n. 387); ossia un'articolazione critica che svelasse gli errori compiuti dal giudice *a quo* (i c.d. "motivi dei motivi" secondo S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, *op.cit.*, p.190). Riteneva invece "soddisfatta l'esigenza di specificità richiesta dall'art.342 c.p.c. con riferimento ai motivi d'appello, ogni qual volta il contenuto delle censure espresse dalla parte sia tale da non generare incertezze circa la precisa individuazione del quantum appellatum" (*Corte di Appello di Milano*, 18/10/1974).

Sebbene l'indicazione degli errori affliggenti il *decisum* non fosse considerata elemento costitutivo della potestà censoria ex art.342 c.p.c., ciò non toglie che l'enunciazione di quei vizi potesse svolgere un'importante ruolo in termini di *imploratio iudicis officii*. Potesse, cioè, richiamare l'attenzione del giudice *ad quem* sulle norme e sugli argomenti di diritto idonei a sorreggere una diversa (e più favorevole) decisione di causa, convincendolo dell'opportunità di adottarla (cfr. S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, *op.cit.*, p.192 ed E.Caputo, *La specificità dei motivi*, *op.cit.*, p.332, per il quale "Tutto ciò che concerne l'illustrazione degli argomenti che a giudizio della parte inducono a ritenere la censurabilità della sentenza costituisce un elemento la cui acquisizione, se è certamente utile, (...) non è però assolutamente indispensabile per porre il giudice in condizioni di decidere la lite").

Quella dell'individuazione delle ragioni di critica rimaneva una strategia difensiva optabile dalle parti secondo libera determinazione; non, invece, una condizione indispensabile ai fini della validità degli atti introduttivi.

⁸⁰V.nt.n.73.

⁸¹La dottrina tradizionale continuava perciò a riconoscere alla proposizione dell'appello un effetto devolutivo totale del materiale di causa; effetto temperato solo dall'inerenza di quel materiale ai capi di domanda impugnati. Tra i sostenitori dell'effetto devolutivo (potremmo dire, "semi-automatico") dell'appello si ricordano, ad esempio, A-C. Canova, *Le impugnazioni*

rianimazione dei suoi componenti, lungi dal necessitare mediazioni delle parti, sarebbe stata effetto devolutivo (semi) automatico dei rapporti di presupposizione tra la lite destinata al riesame ed i passaggi ad essa coesenziali⁸². L'unico limite alla riemersione (semi) automatica era rappresentato dalla presunzione di rinuncia di cui all'art.346 c.p.c.: le domande e le eccezioni non accolte e non riproposte sarebbero state infatti sottratte all'ambito del riesame⁸³.

L'impegno ripropositivo di cui all'art.346 c.p.c. concorreva dunque, insieme all'onere motivazionale di cui all'art.342 c.p.c., a valorizzare il ruolo delle parti nella perimetrazione oggettiva dell'appello⁸⁴.

civili, *op.cit.*, p.155 e ss., 283 e 297 e ss., 583 e ss.; E.Fazzalari, *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano, 1960, p.199; A.Attardi, *Note sull'effetto devolutivo*, *op.cit.*, pp. 153 e 160 e ss.; IDEM *L'art.346 e l'effetto devolutivo dell'appello*, *Giur.it.*, 1963, p.1035; A.Bonsignori, *L'effetto devolutivo*, *op.cit.*, p.1357; G.Basilico, *Sulla riproposizione di domande ed eccezioni in appello*, *Riv.dir.proc.*, 1996, pp.122 e 125; sostanzialmente anche M.Bove, *Breve riflessione sui motivi specifici dell'appello e sull'art.346 c.p.c.*, *Giust.civ.*, 1988, p.475.

⁸²Cfr.E.Fazzalari, *Il giudizio civile di Cassazione*, *op.cit.*, p.199; A.Valitutti e F.De Stefano, *Le impugnazioni nel processo civile*, Padova, 1996, p.96.

⁸³Questa la posizione di A-C.Canova, *Le impugnazioni civili*, *op.cit.*, p.297 e ss.; E.Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e parti*, *op.cit.*, p.413 ed A.Attardi, *L'art 346 e l'effetto devolutivo*, *op.cit.*, p.1036; IDEM, *Note sull'effetto devolutivo*, *op.cit.*, 1961, p.164

Secondo quest'ultimo Autore l'art.346 c.p.c., lungi dal subordinare l'automaticità dell'effetto devolutivo dell'appello (quanto alle domande ed eccezioni non accolte) alla riproposizione delle parti, ne confermava in realtà il pieno operare. Secondo questa tesi la norma assumeva come presupposto la devoluzione automatica di tutte le domande ed eccezioni non accolte; specificando, tuttavia, che l'omessa riproposizione della parte interessata producesse su quella devoluzione l'effetto preclusivo di una presunzione di rinuncia. Il silenzio della parte avrebbe ridotto, di fatto, l'ambito del riesame d'appello sottraendo ai suoi naturali effetti devolutivi le istanze (v.*infra*, in nota successiva.) non accolte e non riproposte. Come intuibile, e come altresì riconosciuto dallo stesso Autore, questa tesi accoglieva infine gli stessi risultati cui avrebbe condotto il riconoscimento, nell'art.346 c.p.c., di uno strumento limitante l'effetto devolutivo del giudizio d'appello. In entrambi i casi le domande e le eccezioni non accolte e non riproposte non sarebbero riemerse innanzi al giudice *ad quem* in assenza di espressa richiesta di parte. In un caso per la limitazione realizzata, esclusivamente in fatto, dall'art.346 c.p.c. sull'altrimenti (e ciononostante) operante effetto devolutivo; nell'altro per la limitazione, in principio, di quell'effetto proprio da parte dell'art.346 c.p.c. (“...cioè, se l'art.346 c.p.c....prevede che la mancata riproposizione delle eccezioni non accolte da parte dell'appellato possa determinare una riduzione dell'ambito di riesame per la esclusione delle questioni relative a dette eccezioni, si può avere di fatto una situazione analoga a quella che sarebbe derivata dall'esclusione dell'effetto devolutivo riguardo appunto alle eccezioni non accolte”: così in *L'art 346 e l'effetto devolutivo*, *op.cit.*, p.1036).

Nonostante l'assenza di risvolti pratici, la tesi riportata merita riscontro, oltre che per l'autorevolezza della fonte, altresì per il fatto ch'essa risolve uno dei *punti dolens* dell'art.346 c.p.c.: l'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo (v.*infra*, nt.n.81).

⁸⁴A prescindere dal fatto che quella valorizzazione sconfessasse, o meno, l'operatività del principio di automatica devoluzione.

Seppur accostabili, negli effetti, gli artt.342 e 346 c.p.c si differenziavano invece quanto all'oggetto, rispettivamente, dell'impugnazione e della riproposizione (per la diversità degli aspetti formali si rinvia alla nt.n.82). Oltre ad avere importanti risvolti pratici, tale distinzione assumeva rilevanza anche sul piano dogmatico e sistematico. Nella ricostruzione dell'ambito oggettivo dell'art.346 c.p.c. la dottrina rintracciava punto una conferma delle soluzioni teoriche

accolte quanto alla natura delle seconde cure ed alla (conseguente) nozione di capo di sentenza appellabile. Viste le implicazioni, ed al fine di indagarne l'attendibilità, occorre verificare il contenuto assegnato dalla dottrina all'oggetto della riproposizione ex art.346 c.p.c., ossia alle "domande ed eccezioni non accolte".

La nebulosità del dato letterale (sottolineata da S.Chiarloni, *V.Appello (dir.proc.civ.)*, *op.cit.*, p.13; A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, *op.cit.*, p.1302 e G.Basilico, *Sulla riproposizione di domande ed eccezioni in appello*, *op.cit.*, p.109) fu causa di numerose divergenze interpretative. Queste ultime interessarono, da un lato, la formula generica del "non accoglimento"; dall'altro, l'incerto contenuto dei suoi referenti obiettivi, ossia le "domande" e le "eccezioni"; infine, l'opportunità di disciplinare identicamente istanze sì diverse quali, appunto, le domande e le eccezioni. Un solo dato registrava pacificità di consensi: l'art.346 c.p.c. non poteva essere degradato a mero veicolo formale della devoluzione allargata dei capi di sentenza dipendenti da quelli appellati (arg. ex art.336.1 c.p.c., v.nt.n.49). L'eterogeneità dei riferimenti alle "domande" ed alle "eccezioni" impediva punto di ridurre la portata della norma al transito dei capi connessi, rivendicandovi, invece, autonoma identità.

Le prime indagini si concentrarono sul significato tecnico dell'espressione "non accolte". La locuzione, nella sua vaghezza letterale, poteva astrattamente intendersi sia come "rigetto", sia come "omessa decisione", sia come "(legittima) decisione di assorbimento" di domande e/o eccezioni. La seconda opzione fu concordemente scartata. L'espressione "non accolte" non poteva riferirsi a fenomeni di omessa decisione. Ai sensi degli artt.112 e 277.1 c.p.c. la mancata decisione di una delle domande od eccezioni proposte (così come l'illegittimo assorbimento, cfr.G.Basilico, *Sulla riproposizione*, *op.cit.*, p.111) avrebbe costituito inadempienza ai doveri giudiziali ed avrebbe integrato un errore della sentenza ai sensi dell'art.161 c.p.c. (cfr. F.Carnelutti, *Effetti della cassazione per omessa pronuncia*, Riv.dir.proc.civ., 1938, p.68; G.Cristofolini, *Omissione di pronuncia*, Riv.dir.proc., 1938, p.98; G.Basilico, *Sulla riproposizione*, *op.cit.*, p.109). La denuncia di quel vizio, come ogni altro, avrebbe tradotto un atteggiamento critico verso il *decisum*: pertanto, avrebbe richiesto la proposizione di una formale impugnazione ex art.342 c.p.c. e non, invece, di una riproposizione ex art.346 c.p.c. (cfr.C.Consolo, *Il processo ordinario*, *op.cit.*, p.305).

Quanto agli altri due possibili significati dell'espressione "non accolte", la scelta era spesso ancorata alla soluzione dell'altra questione interpretativa posta dall'art.346 c.p.c.: il contenuto delle "domande" ed "eccezioni" (la connessione è riconosciuta da G.Basilico, *Sulla riproposizione*, *op.cit.*, p.111). La possibilità di intendere tali istanze secondo le note traduzioni tecniche (artt.99,100 e 112 c.p.c.) era inficiata in dubbio dalla circostanza della sottoposizione al medesimo trattamento processuale. Circostanza che indusse parte della dottrina ad assegnarvi accezioni parzialmente diverse da quelle tradizionali nel tentativo di avvicinare gli istituti e giustificarne, così, l'assimilazione disciplinare.

Volendo riassumere (rinviando ulteriori approfondimenti, v.*infra*, par.2.2.3 spec. nt.n.153) gli orientamenti maturati sull'art.346 c.p.c., occorre separare l'analisi delle domande da quella delle eccezioni non accolte. Con l'espressione "domande" parte della dottrina (v. ad esempio, G.Basilico, *Sulla riproposizione*, *op.cit.*, p.118) intendeva riferirsi alle domande in senso tecnico (artt.99 e 100 c.p.c.): ossia, secondo la classica definizione chiovendiana, agli atti "con cui la parte, affermando l'esistenza di una volontà concreta di legge che le garantisce un bene, dichiara di volere che questa sia attuata ed invoca a tale scopo l'autorità giurisdizionale" (cfr. G.Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol.II, 1960, p.250). Sulla base di questa premessa escludeva che oggetto di riproposizione ex art.346 c.p.c. potessero essere le domande "non accolte" perchè respinte: in quel caso, in luogo dell'art.346 c.p.c., trovava applicazione l'art.329.2 c.p.c. che imponeva, per la rianimazione di quelle domande, una formale impugnazione (cfr. M.Curami, *Mera riproposizione ex art.346 o onere di impugnazione per l'appellato vincitore nel merito ma soccombente su una questione pregiudiziale di rito?*, Riv.dir.proc., 1990, p.646; conformemente A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, *op.cit.*, p.1302). Riproponibili erano invece le domande condizionate ed alternative non accolte; ossia quelle proposte in primo grado in regime di cumulo condizionale o alternativo ed in quella sede superate (in tal senso "non accolte") dalla decisione sulla domanda condizionante o alternativa (cfr. G.Basilico, *Sulla riproposizione*, *op.cit.*, p.116 e ss.; per una analisi più approfondita dei regimi cumulo condizionale ed alternativo si rinvia a C.Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, Vol.1 e 2, Padova, 1985; IDEM C.Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre*

che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale, Il Corriere Giuridico, 2016, p.968; G.Tarzia, *Appunti sulle domande alternative*, 1964, Riv.dir.proc., p.253). Il “non accoglimento” delle domande condizionate ed alternative era poi diversamente declinato in termini di “decisione, vera e propria, di assorbimento” ovvero di “legittima omissione decisoria”. La distinzione, segnata dal riconoscimento, o meno, di una volontà decisoria al fondo del mancato accoglimento della domanda condizionata/alternativa, era tuttavia irrilevante ai fini interpretativi. Quand’anche il non accoglimento fosse stato inteso come espressione di una vera e propria decisione (di assorbimento) su quelle domande, quel *decisum* non avrebbe comunque rappresentato un capo di sentenza (*rectius*: di domanda) impugnabile ex artt.329.2 e 342 c.p.c.. La legittimità della decisione, motivata dalla connessione tra la domanda condizionante o alternativa (decisa in senso assorbente) e quella condizionata o alternativa (conseguenzialmente non accolta), avrebbe sottratto la statuizione giudiziale a qualsiasi possibile attacco censorio; fuggendo così *in limine* il rischio di un conflitto applicativo tra l’art.342 c.p.c. e l’art.346 c.p.c. in relazione alle domande (in senso tecnico) non accolte. L’art.342 c.p.c. avrebbe trovato applicazione con esclusivo riferimento alle domande respinte (con decisione ritenuta ingiusta) ed a quelle illegittimamente assorbite (o illegittimamente non decise) a causa, ad esempio, di un travisamento dei nessi di condizionalità/alternatività intercorrenti (cfr. C.Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, *op.cit.*, p.970 e ss.). In entrambi i casi la presenza di una volontà decisoria viziata avrebbe determinato la possibilità (*rectius*: necessità) di impugnare il relativo capo di domanda al modo dell’art.342 c.p.c. (cfr. A.Bonsignori, *L’effetto devolutivo*, *op.cit.*, p.1349).

Più lineare l’interpretazione offerta dalla dottrina all’espressione “eccezioni non accolte”. Oggetto di riproposizione ex art. 346 c.p.c. erano sia le eccezioni decise e respinte, sia quelle legittimamente assorbite in virtù della soluzione, appunto, assorbente, offerta ad altre eccezioni. Quest’ultima ipotesi si sarebbe potuta verificare in due casi. Il primo, quando in presenza di un nesso di subordinazione impresso dal convenuto alle eccezioni sollevate, il giudice avesse osservato quella direttiva accogliendo l’eccezione principale e conseguenzialmente tacendo la subordinata. Il secondo quando, in presenza di eccezioni tutte equivalenti per il convenuto (che non aveva imposto un ordine esaminatorio), il giudice abbia accolto una delle eccezioni *de quibus* (in ipotesi, la più liquida) assorbendo le altre.

L’asimmetria rispetto all’interpretazione offerta alle “domande” (solo le domande assorbite, o non decise, potevano essere riproposte ex art.346 c.p.c.; quelle rigettate costituivano capi di domanda appellabili ex art.342 c.p.c.) era motivata dalla necessità di rintracciare nell’art.346 c.p.c. una conferma dell’interpretazione dogmatica della nozione di “capo” di sentenza appellabile e della conseguente struttura e natura delle seconde cure. Come sarà immediatamente chiarito (*v.infra*, nel testo ed in nota), l’inclusione delle eccezioni respinte nell’ambito ripropositivo comportava l’automatica esclusione delle relative soluzioni dalle volontà decisorie atte ad incarnare un capo di sentenza appellabile. Impugnabili, ai sensi dell’art.342 c.p.c., lo erano solo i capi di domanda; l’oggetto del giudizio d’appello avrebbe ripercorso le liti risolte in quei capi rianimandole interamente come si conviene ad un *novum iudicium* sostitutivo.

Se questa fu l’interpretazione accolta dalla prevalente dottrina in ordine all’art.346 c.p.c., non mancarono tuttavia opinioni dissonanti. Si pensi, ad esempio, all’opzione suggerita da S.Chiarloni, *L’impugnazione incidentale*, *op.cit.*, p.144 e ss.. L’Autore imputò all’interpretazione *de qua* la previsione di un iniquo trattamento processuale delle parti. L’onere del convenuto di riproporre tutte le eccezioni non accolte era previsione impari in quanto non eguagliata da analogo impegno dell’attore in relazione alle più ragioni (non individuative) della domanda proposte e non accolte. Dal punto di vista difensivo l’allegazione attorea di diverse ragioni di un’unica domanda equivale punto alla deduzione, da parte del convenuto, di plurime eccezioni (di merito, ma anche di rito) a sostegno della relativa domanda di accertamento negativo. Tanto le ragioni quanto le eccezioni costituiscono i titoli di un’unitaria ambizione processuale (le più *causae petendi* di un’unico *petitum*, secondo S.Chiarloni, *L’impugnazione incidentale*, *op.cit.*, p.139) in relazione ai quali l’impegno devolutivo delle parti deve equivalersi.

Il bilanciamento fu rintracciato dall’Autore in una diversa interpretazione dell’espressione “domande” non accolte. Queste ultime, lungi dall’incarnare le domande in senso tecnico, dovevano bensì intendersi come “ragioni”, “titoli”, “motivi” della domanda; e divenire oggetto

di riproposizione tanto in caso di rigetto quanto di assorbimento. La soluzione equilibratrice proposta da S.Chiarloni incontrò il plauso di autorevole dottrina: si vedano, tra gli altri, C.Consolo, *Il processo di cognizione*, *op.cit.*, p.305; M.Curami, *Mera riproposizione ex art.346 o onere di impugnazione per l'appellato vincitore nel merito*, *op.cit.*, p.647; L.Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, *op.cit.*, p.71.

Il primo Autore rafforzò il fondamento privatistico-soggettivo dell'interpretazione delle "domande" ex art.346 c.p.c. come "ragioni della domanda" (o, secondo le parole del Suo Autore, come "questioni inerenti i singoli fatti costitutivi non individuatori di una delle domande proposte") con un argomento di interesse pubblico-oggettivistico. L'interpretazione avrebbe infatti ricondotto l'onere di cui all'art.346 c.p.c. all'interno di un'unica causa e di un'unico oggetto del giudizio, facilitando così la rianimazione della lite di prime cure in tutte le sue componenti interne ed agevolando il giudice d'appello ad una decisione celere, completa e, pertanto, economica.

La tesi sulla riproponibilità delle ragioni della domanda (e non della domanda in senso tecnico) fu valorizzata anche dall'ulteriore approfondimento di L.Salvaneschi. E' pur vero, ammise l'Autrice, che l'assorbimento, non equivalendo ad un rigetto, e non integrando gli estremi di un'illegittima omissione decisoria, non offrirebbe alle parti un'idonea base obiettiva su cui intarsiare un gravame. Tuttavia è anche vero che, qualora la parte soccombente sulla domanda principale impugni il relativo capo, e tale impugnativa sia accolta, la pronuncia di assorbimento sulla domanda condizionata (o alternativa) diverrebbe illegittima e, dunque, impugnabile ex art.342 c.p.c. (non riproponibile ex art.346 c.p.c.). Condivide l'orientamento anche A.Attardi, *Note sull'effetto devolutivo*, *op.cit.*, p.158; IDEM, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, *Giur.it.*, 1991, p.291. L'Autore ricorda come la legittimità di una decisione di assorbimento sulla domanda condizionata (o alternativa) dipenda dall'effettiva fondatezza di quella condizionante accolta. Perciò, nel momento in cui quest'ultima venisse appellata dal convenuto di prime cure, e l'impugnazione fosse accolta, l'attore appellato maturerebbe una soccombenza pratica rispetto (all'illegittimo assorbimento) della domanda subordinata (o alternativa). Questa prospettiva di soccombenza eventuale sopravvenuta ammetterebbe pertanto l'attore, convenuto in appello dall'iniziativa *principaliter* di controparte, a proporre a sua volta un appello incidentale. Con esso chiederebbe al giudice di esaminare la domanda assorbita nell'ipotesi in cui l'assorbimento risultasse illegittimo a fronte dell'accoglimento del gravame principale. Appello incidentale condizionato, dunque. Il condizionamento in questo caso, non è tanto legato ad una particolare configurazione dell'interesse ad impugnare dell'appellato. E' bensì riflesso dei nessi di condizionalità/alternatività correnti tra le domande proposte in primo grado. Nessi che devono necessariamente riprodursi in appello, vista la sua natura di *novum iudicium* sulla medesima *res* (conformemente R.Poli, *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, *Riv.dir.proc.*, 2004, p.334).

In sintesi, la dottrina tradizionale individuava l'oggetto dell'art.346 c.p.c. nelle domande (artt.99 e 100 c.p.c.) assorbite (o, secondo l'ultima tesi riportata, nelle ragioni della domanda assorbite o rigettate) e nelle eccezioni (art.112 c.p.c.) assorbite ovvero respinte (cfr.A.Ronco, *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito -come baluardo per la sopravvivenza della decisione di merito-*, *Giur.it.*, 2009, p.9). La devoluzione delle istanze *de quibus* avrebbe atteso una dedicata iniziativa di parte nelle forme della riproposizione ex art.346 c.p.c. (sulle cui *v.infra*, nt.82). Iniziativa che, nel caso fosse mancata, avrebbe impedito il naturale spiegarsi degli automatismi devolutivi fondati sulla connessione o logica inerenza delle domande ed eccezioni non accolte al capo oggetto di appello.

Tra gli aspetti controversi dell'art.346 c.p.c. non vi fu solo quello oggettivo. Un altro punto *dolens* fu rappresentato dall'applicazione soggettiva della norma ed, in particolare, dalla sua dibattuta estensibilità. La giurisprudenza tendeva infatti ad escludere l'appellato contumace dai destinatari dell'onere ripropositivo (*v.*, ad esempio, *Cass.*, 12/05/1962 n.962); conseguentemente ammettendo la riemersione automatica innanzi al giudice *ad quem* di tutte le domande ed eccezioni inerenti all'appello principale. Ciò, tuttavia, in aperto contrasto con la *ratio* da quella stessa giurisprudenza riconosciuta all'art. 346 c.p.c.: ossia l'attitudine a temperare ogni forma di automatismo devolutivo.

Fu la dottrina di commento (*v.A.Attardi*, *L'art.346*, *op.cit.*, pp.1037-1038; ID. *Note sull'effetto devolutivo*, *op.cit.*, p.164) a tentare un'armonizzazione della posizione giurispru-

Oltre a ciò, la norma rivestiva una fondamentale importanza sistemica. Nell'interpretazione coordinata degli artt.342 e 346 c.p.c., volta ad evitarne possibili conflitti applicativi, la dottrina rintracciava punto una conferma delle proprie convinzioni dogmatiche sull'appello: un *novum iudicium* sostitutivo sullo stesso rapporto giuridico controverso in primo grado, rianimato attraverso la motivata impugnazione del relativo capo di domanda. Fu in particolare il regime del transito delle eccezioni rigettate (ed, in questo senso, non accolte) a rappresentare argomento di supporto all'appellabilità (ex artt.329.2 e 342 c.p.c.) dei capi di domanda; ed alla conseguente

denziale con lo sfondo dogmatico di riferimento. L'esclusione del contumace doveva conciliarsi con una diversa interpretazione dell'art. 346 c.p.c.. Se quest'ultimo fosse stato inteso (non come un indice dell'abbandono dei meccanismi devolutivi, bensì) come uno strumento di eccezionale limitazione in fatto al generale effetto devolutivo dell'appello (v. *supra*, nt. precedente), la restrizione alla parte costituita avrebbe assunto coerente significato.

Secondo questa tesi, il limite impresso dall'art.346 c.p.c. all'effetto devolutivo era il risultato di una presunzione di rinuncia. Nel silenzio della parte quanto alle domande ed eccezioni non accolte era infatti celata l'implicita volontà di escluderle dall'oggetto del giudizio. Questa volontà sottraeva in fatto ai naturali effetti devolutivi le domande e le eccezioni non accolte e non riproposte che altrimenti vi sarebbero ricadute. Il riscontro di questa volontà presuntivamente rinunciataria richiedeva tuttavia la costituzione del convenuto. La possibilità di imputare ad un soggetto intenzioni inesprese deve infatti sempre accompagnarsi a due dati: l'astratta facoltà di quel soggetto di tenere un comportamento contrario a quelle intenzioni e la sua concreta omissione. Solo in questo caso l'inerzia può essere considerata significativa di una volontà implicita contraria a quella sottesa al comportamento omissivo. Queste regole, tradotte nell'art.346 c.p.c., comportano che la mancata riproposizione delle domande ed eccezioni non accolte possa intendersi come volontà (presunta) di rinunciare solo per l'appellato costituito. Solo quest'ultimo può tenere comportamenti processuali attivi incompatibili con la volontà rinunciataria; solo la sua scelta omissiva (la mancata riproposizione) può essere considerata significativa ai sensi dell'art.346 c.p.c.. Il silenzio del contumace, invece, non essendo comparabile ad astratte possibilità di diversi comportamenti attivi, non può svelare alcuna intenzione contraria. L'art.346 c.p.c., fondandosi su di una presunzione di rinuncia, non doveva perciò ritenersi applicabile all'appellato contumace. La riemersione delle relative domande ed eccezioni doveva essere rimessa ai naturali automatismi devolutivi dell'appello.

L'interpretazione suggerita non è condivisa da chi scrive. Si ritiene infatti che, tanto l'art.346 c.p.c., quanto numerose altre norme relative al nuovo giudizio d'appello (artt.339, 342, 345 c.p.c. su cui v. *supra*), esprimano i segni di un graduale distacco dagli schemi e dai principi tradizionali: tra i quali, appunto, l'effetto devolutivo automatico. Gli indizi del cambiamento trovano conferma, oltre che nell'esegesi puntuale, altresì nella lettura sistematica delle disposizioni *de quibus*. L'impalcatura legislativa del nuovo giudizio di appello disegna, nel suo complesso, un grado processuale indubbiamente diverso da quello esplorato dalla dogmatica tradizionale; e tuttavia guidato, attraverso le sue norme, da un'intima coerenza ed efficienza sistematica (quella che l'indagine presente intende appunto svelare). In relazione all'ambito soggettivo dell'art.346 c.p.c. si dissente perciò dalla teoria giurisprudenziale che vuole l'esclusione dell'appellato contumace. Al di là dell'inaccettabile disparità di trattamento che essa introdurrebbe, si ritiene che proprio nella scelta di non costituirsi e di non riproporre, dunque, alcunchè, sia ravvisabile quel comportamento omissivo dal quale (a fronte dell'astratta possibilità di tenere i comportamenti attivi contrari, la costituzione e riproposizione) è possibile ricavare una presunzione di rinuncia ex art.346 c.p.c.. La norma è pertanto applicabile tanto all'appellato costituito quanto a quello contumace (l'opinione trova il riscontro anche di una parte della dottrina tradizionale tra cui S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, op. cit., p.183).

riproduzione, in appello, della lite già decisa in quei capi. E' pur vero che la norma rappresentava un limite all'automatica riemersione delle questioni respinte (*rectius*: delle eccezioni veicolanti) innanzi al giudice *ad quem*; è altresì vero che, in luogo di quella devoluzione, non richiedeva un vero e proprio impegno censorio, bensì un'espressa riproposizione⁸⁵. Le implicazioni erano sillogis-

⁸⁵Come il profilo oggettivo e soggettivo, anche quello formale dell'art.346 c.p.c. rappresentò per gli interpreti una *verata quaestio*.

Dal punto di vista contenutistico-formale, parte della dottrina sosteneva che l'onere di cui all'art.346 c.p.c. fosse soddisfatto con il mero rinvio alla totalità delle difese (*rectius*: delle "domande" ed "eccezioni") infruttuosamente allegate in primo grado (v. Attardi, *Note sull'effetto devolutivo*, *op.cit.*, p.166). Ciò in virtù del dettato letterale della norma che prescriveva una "espressa" e non una "specificata" riproposizione. Altri hanno invece traducevano l'impegno ripropositivo nella puntuale individuazione delle singole domande ed eccezioni non accolte. La *ratio* di questa opzione si fondava sul principio della parità di trattamento: così come l'appellante doveva individuare puntualmente, attraverso i motivi, i capi di sentenza impugnati, così l'appellato doveva precisare quali domande ed eccezioni animassero le sue ambizioni ripropositive (così S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, *op.cit.*, p.205).

Le due teorie presentavano un dato comune. Entrambe escludevano dai requisiti costitutivi della riproposizione l'enunciazione delle criticità sottese al mancato accoglimento delle domande e delle eccezioni. Ciò risultava dal coordinamento con l'art.342 c.p.c., così come interpretato (v.*supra*, nel testo ed in nt.nn.72 e ss.): se nemmeno la specificità dei motivi d'appello implicava la denuncia degli errori compiuti dal giudice *a quo*, tanto meno poteva imporsi un simile impegno critico ai fini dell'espressa, e non specifica, riproposizione (cfr. S. Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, *op.cit.*, p.191-192 e ss. ed A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, *op.cit.*, p.1306 il quale escludeva che la riproposizione richiedesse l'utilizzo di formule sacramentali).

Non meno dibattuti furono gli aspetti squisitamente formali dell'art.346 c.p.c.. Ad interessare gli interpreti fu, soprattutto, il termine decadenziale della riproposizione. Nel silenzio legislativo due furono le opzioni suggerite. Da un lato, quella di estendere la facoltà ripropositiva sino all'udienza di p.c. (così E.Ciaccio, *Oneri della parte totalmente vittoriosa in primo grado e limiti al potere/dovere di riesame del giudice d'appello*, Giust.civ., 1962, p.720; F.Mosetto, *Soccombienza teorica su questioni pregiudiziali e appello incidentale della parte vittoriosa nel merito*, Giur.it, 1959, p.537); dall'altro quella di confinarla in *limine litis*, costringendola ad una manifestazione in comparsa di risposta (o in prima udienza in caso di tardiva costituzione, v. M.Vellani, *V. Appello (dir.proc.civ.)*, Enciclopedia del diritto, V.II, Milano, 1958, p.732; A.Attardi, *Note sull'effetto devolutivo*, *op.cit.*, p.167). Quest'ultima opzione era motivata, ancora una volta, dalla necessità di equilibrare le posizioni delle parti. Così come l'appellante doveva articolare le proprie istanze nella fase introduttiva (mediante l'atto di appello), così l'appellato doveva spiegare le proprie difese in quello stesso momento dell'*iter* processuale.

L'argomento, persuasivo, prestava tuttavia il fianco ad un'obiezione. Posto infatti che l'art.342 c.p.c. (nel testo pre-riforma) non imponeva agli atti d'appello l'utilizzo di formule sacramentali, se la riproposizione doveva avvenire negli atti introduttivi (e se, a maggior ragione, impegnava anche l'appellato contumace ed importava la necessità d'indicazioni puntuali), era giocoforza affermare ch'essa dovesse svolgersi, da parte dell'appellato, al modo di un appello incidentale (questa l'opinione di E.Grasso, *Le impugnazioni incidentali*, *op.cit.*, p.88 e 92; conformemente, anche se meno limpidamente, Barbieri, *L'appello incidentale e l'art.346 c.p.c.*, Nuovo Diritto, 1946, p.338).

La deduzione era tuttavia negata dagli interpreti (v.A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, *op.cit.*, p.1305), per comprensibili ragioni. Poiché la riproposizione investe anche le eccezioni non accolte, ammetterla nelle forme del gravame incidentale avrebbe importato l'accettazione di appelli fondati su meri capi di questione. Ciò avrebbe aperto un insanabile contrasto con le tradizionali interpretazioni del giudizio d'appello. Alla sua ricostruzione come *novum iudicium* rescissorio e sostitutivo sullo stesso oggetto delle prime cure s'era infatti sem-

tiche: se, ai sensi dell'art.346 c.p.c., le questioni rigettate non dovevano (*rectius*: potevano) essere impugnate, ma solo riproposte, tantomeno potevano costituire capi di sentenza autonomamente appellabili ex artt.329.2 c.p.c.. Ciò a conferma del fatto che l'impegno censorio-motivazionale di cui agli artt.329.2 e 342 c.p.c. consistesse nell'identificazione dei macro-capi di domanda; ed avesse quale effetto la riproduzione, innanzi al giudice *ad quem*, del medesimo oggetto delle prime cure (così come definito dai contenuti dei capi di domanda impugnati)⁸⁶.

Anche il divieto di nuove prove ex art.345 c.p.c. veniva interpretato conformemente all'impianto dogmatico prescelto. Alla rigorosa articolazione istruttoria del secondo grado non era associata l'immagine di un giudizio qualitativamente diverso. Il significato delle prescrizioni veniva spiegato in termini di opportunità. Sarebbero state mere *rationes* di economia e ragionevole durata processuale a confinare lo svolgimento della minuziosa istruzione probatoria al solo primo grado; nel successivo ammettendosi solo approfondimenti dovuti a ragioni d'indispensabilità o necessaria rimesione in termini.

La dottrina assegnava dunque alle norme del codice del 1942 un significato compatibile con la secolare tradizione interpretativa. Esse rappresentavano la cornice positiva di un giudizio d'appello ancora una volta fondato sullo stesso oggetto (il rapporto giuridico con-

pre accompagnata, quale corollario indefettibile, l'introduzione mediante impugnazione di capi di domanda. Viste le estensioni ed i contenuti, solo in quei capi sarebbe stato possibile rintracciare la decisione di lite destinata a riesame. Una diversa previsione avrebbe inesorabilmente scardinato l'inquadramento sistematico-dogmatico del giudizio d'appello. L'instaurazione mediante censura di questioni era infatti considerata la prima fase dei giudizi rescindenti (non sostitutivi) incentrati sulla sentenza e sui suoi vizi e volti all'eliminazione del provvedimento illegittimo.

La soluzione veniva spesso rintracciata in modo abbastanza semplicistico stabilendo che la riproposizione dovesse avvenire sì, in *limine litis* (quindi al tempo di un appello), ma all'interno di una qualsiasi memoria difensiva (quindi non al modo/forma di un appello). Si trattava di una soluzione di compromesso che, da un lato, salvaguardava l'equivalenza capo di sentenza = decisione di domanda; dall'altro soddisfaceva l'esigenza processuale di concentrazione e ragionevole durata che, attraverso un rigido sistema di preclusioni, sin dal primo grado imponeva alle parti un'immediata ed esaustiva articolazione delle proprie istanze.

Le resistenze dottrinali ad ammettere la riproponibilità, in atti d'appello, delle "eccezioni non accolte", sono condivise da chi scrive. L'adesione non si fonda tuttavia sui medesimi postulati teorici (ossia la ricostruzione dell'appello come *novum iudicium*); bensì su di una diversa interpretazione dell'art.346 c.p.c. (nella parte riferita alle eccezioni non accolte) che trova giustificazione all'interno di una rivisitazione sistematica del giudizio di seconde cure. Questi aspetti saranno perciò presto svelati in occasione di quella *revisio* ermeneutica (v. *infra*, par.2.2.3 e 2.2.4).

⁸⁶Le implicazioni dell'interpretazione tradizionale dell'art.346 c.p.c. sono limpidamente riconosciute da N.Rascio, *L'oggetto del giudizio di appello*, *op.cit.*, p.133.

troverso) fatto valere in primo grado. Un secondo primo grado di giudizio, quindi, mitigato solo dal temperamento degli automatismi devolutivi conseguente alla valorizzazione delle iniziative delle parti (artt.329.2, 342, 346 c.p.c.) nella fase introduttiva. Queste ultime erano punto fondamentali nello stabilire quali domande (tra le più, eventualmente, proposte) attendevano rinnovata decisione; e quali, tra le domande ed eccezioni non accolte, sarebbero state esaminate (o riesaminate)⁸⁷.

Le considerazioni sin qui svolte devono essere guardate dal punto di vista angolare che più interessa l'analisi: quello del vincitore, teorico soccombente in prime cure.

Come premesso⁸⁸, l'onere censorio delle parti è significativamente influenzato dalla struttura del giudizio di destinazione⁸⁹. Sono infatti le regole di quel giudizio ad indicare le dimensioni dei capi di sentenza ch'esse devono impugnare al fine di individuare il *quantum appellatum*⁹⁰. Nella prospettiva tradizionale-dogmatica delle seconde cure si trattava di capi di domanda: in questi ultimi era infatti ricompresa la decisione sulla lite che gli appellanti potevano destinare al riesame. L'impugnazione di quei capi, oltre a rianimare la controversia, assicurava altresì la devoluzione automatica di tutto il materiale cognitivo necessario alla sua rinnovata decisione.

E' di tutta evidenza l'incompatibilità di questa impostazione con la possibilità di un appello incidentale su questioni del vincitore pratico. Tale gravame, rivolgendosi a frazioni della sentenza inferiori al capo di domanda, sarebbe risultato carente d'idonea base obiettiva⁹¹. Ciò non toglie che, conformemente alla nuova natura temperatamente devolutiva dell'appello, anche al vincitore di merito fosse richiesto un impegno attivo. In particolare, làdove avesse voluto rianimare le eccezioni rigettate ("non accolte", secondo l'interpretazione

⁸⁷Cfr.G.Monteleone, *La funzione dei motivi ed i limiti dell'effetto devolutivo dell'appello civile secondo le S.U. della Corte di cassazione*, Giur.It., 1988, p.1822 per il quale "l'eventuale effetto devolutivo del gravame è strettamente subordinato ai motivi d'impugnazione, da un lato, ed alle domande ed eccezioni riproposte in appello, dall'altro".

⁸⁸V. *supra*, nel testo, ad *incipit* del par.2.2.

⁸⁹In questo Capitolo interessano particolarmente le ripercussioni della natura giuridica dell'appello sul profilo oggettivo dell'impugnazione. A quello soggettivo sarà infatti dedicata separata trattazione (v.Cap.II).

⁹⁰Come già ricordato, ed ivi ribadito, alle parti spetta il compito d'individuare concretamente, attraverso l'impugnazione dei capi di sentenza (artt.329.2 e 336.1 c.p.c.), l'oggetto del nuovo grado di giudizio. E' infatti il contenuto dei capi gravati a rappresentare il referente oggettivo della cognizione/decisione del giudice *ad quem*.

⁹¹Lo riconosce espressamente N.Rascio, *L'oggetto dell'appello civile, op.cit.*, p.133.

offerta all'art.346 c.p.c.⁹²), avrebbe dovuto riproporle⁹³. Sulle forme della riproposizione s'era acceso, come già anticipato, un vivo dibattito⁹⁴; nel quale, tuttavia, un sipario silezioso adombrava il tema del condizionamento esaminatorio.

Resta da comprendere se fosse quella sin qui descritta fosse la struttura del giudizio d'appello effettivamente voluta dal legislatore del nuovo codice.

Prima ancora degli esiti, ciò che dell'interpretazione tradizionale s'intende sottoporre a critica è il metodo d'analisi. Quest'ultimo assumeva quale postulato una costruzione dogmatica dell'appello mutuata da un tempo passato e trasferita a quello presente al modo di fedele devozione. Così ricostruito (potremmo dire, "astrattamente") lo sfondo di riferimento, l'interpretazione delle norme destinate ad offrirvi cornice⁹⁵ veniva accostata, con opportuni adattamenti, al significato più idoneo a consentirne l'innesto.

Ad avviso di chi scrive questo *modus procedendi* sconta una non convincente inversione d'ordine. L'interprete non deve infatti cercare in una strumentale (è questo il rischio) interpretazione delle norme la conferma delle proprie (pur, in ipotesi, corrette) convinzioni dogmatiche. Al contrario. Deve confrontarsi col dato positivo in modo imparziale, sottoponendolo ad un interrogatorio libero volto a svelarne le effettive *rationes*. E dalla declinazione di quelle *rationes* nel sistema, volta a consentire alle norme fedeli ed altresì ragionevoli applicazioni (qui il margine di discrezionalità e l'utilità dell'interpretazione), deve ricavare i propri dogmi.

Quello che si propone nel successivo paragrafo è perciò uno studio dell'appello guidato da un ribaltamento metodologico. Non perchè i risultati dell'inversione (dalle norme ai dogmi, invece che dai dogmi alle norme) debbano essere necessariamente differenti. Se si partisse da questo assunto si ricadrebbe nello stesso errore sin qui segnalato: ossia d'impostare l'indagine in modo strumentale alla comparsa di un esito prescelto. Esito i cui tratti, ancora sconosciuti, devono invece essere svelati proprio attraverso la ricerca.

⁹²V.nt.n.81.

⁹³Cfr.E.Allorio, *Gravame incidentale della parte totalmente vittoriosa?*, *op.cit.*, pp.541-542; E Ciaccio, *L'impugnazione incidentale condizionata per soccombenza teorica su una questione preliminare o pregiudiziale*, *op.cit.*, pp.900-902; F.Mosetto, *Soccombenza teorica*, *op.cit.*, pp.541-542; E. Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e parti*, *op.cit.*, pp.412-413 e 425-429.

⁹⁴V.nt.n.82.

⁹⁵V. soprattutto gli artt.342 (nt. n.53), 345 (nt.n.56) e 346 (nt.n.61) c.p.c..

Si condurrà perciò un'analisi libera da schemi concettuali, modellata sulle sole direttive ricavate dall'esegesi delle norme⁹⁶. Tra queste, particolare rilievo sarà riconosciuto all'art.342 c.p.c.⁹⁷. La carica innovativa, unita alla maggiore trasparenza dei contenuti, faranno di questa disposizione il baricentro strutturale delle seconde cure. Dell'importanza dell'art.342 c.p.c. s'era del resto avveduta anche la tradizionale dottrina, che, col passare del tempo, e sotto stimolo di un'incessante giurisprudenza⁹⁸, aveva condiviso la necessità appro-

⁹⁶Con questa scelta metodologica si spera di soddisfare attese interpretative da tempo invocate da autorevole dottrina, v.S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, op.cit., p.158.

⁹⁷Come già anticipato, la ricerca viene per il momento trattenuta lungo i binari dell'art.342 c.p.c. pre-riforma del 2012 (l.134/2012). La scelta non sconta alcun timore d'anacronismo. L'innovatività della disposizione, e la sua portata sistematica, erano già intessute nell'iniziale disposto letterale. L'esegesi dell'attuale testo dell'art.342 c.p.c. viene perciò rinviata ad uno stadio successivo della ricerca: quello in cui, svelate *ratio* ed implicazioni originarie della norma, si ravviserà nelle indicazioni del legislatore del 2012 una conferma delle soluzioni già accolte (v.par.2.2.4).

⁹⁸A differenza della dottrina, i giudici chiamati a dare applicazione al nuovo codice manifestarono presto insoddisfazione verso le interpretazioni secolari che confinavano il ruolo dei motivi all'esclusiva identificazione estensiva dei macro-capi di domanda. Le riflessioni, da questo punto di vista, si intarsiarono soprattutto attorno al requisito della "specificità". Forse a causa del confronto con una dottrina nettamente tradizionalista e conservatrice, le prime soluzioni giurisprudenziali peccarono di limpidezza concettuale nel ricostruire il significato di quella indicazione (si pensi ad esempio, a *Cass.*, 27/06/1981 n.4196 la quale, dopo aver affermato che "anche nel caso in cui il gravame investa la sentenza impugnata nella sua totalità (...) una motivazione delle relative doglianze sia pur sempre necessaria ai fini della determinazione dell'oggetto dell'impugnazione", poi mancò di precisare il contenuto concreto della specificità dei motivi laddove si limitò ad affermare che "L'indicazione dei motivi deve essere effettuata in modo che rimanga chiaramente precisato il contenuto delle doglianze". Non più chiarificatrice la spiegazione offerta da *Cass.*, 15/04/1988 n.3805 per la quale "non è sufficiente che l'appello individui le statuizioni concretamente impuginate, ma è necessario (...) che le ragioni sulle quali si fonda il gravame siano esposte con sufficiente grado di specificità".

Le incertezze giurisprudenziali, perpetratesi fino alla fine degli anni 80' (v.nt. n.96), sono evidenziate da C.Besso, *Note in tema di specificità dei motivi di appello*, Riv.dir.proc., 1989, p.615 e M.De Cristofaro, *La funzione dei motivi ed i limiti dell'effetto devolutivo*, op.cit., p.194 e 197. Gli Autori osservano come i giudici avessero affidato l'integrazione del requisito della specificità a parametri informali, indeterminabili a priori, fondati sul concreto svolgersi delle vicende ricomprese nella fase processuale precedente all'impugnazione (parlano infatti di "occasionalità ricostruttiva della giurisprudenza"). Sullo sfondo di questi rilievi vi erano tutte quelle sentenze (tra cui, ad esempio, *Cass.*, S.U., n.9628/1993) per le quali il grado di specificità dei motivi non poteva essere stabilito in modo assoluto e generale, ma doveva essere confrontato con il contenuto assunto, di volta in volta, dalla sentenza impugnata. Da questo punto di vista ai motivi era richiesto di opporre alle argomentazioni contenute in motivazione ragioni altre, capaci di incrinare il fondamento logico-giuridico (conformemente anche *Sezioni Unite*, *Cass.*, 6/06/1987 n.4991 la quale imponeva alle parti di esporre le ragioni delle proprie impugnative con un grado di specificità sufficiente a confrontarsi con quello della motivazione della sentenza appellata; più tardi, nello stesso senso, *Cass.S.U.16/2000*). Una sola certezza accomunava le soluzioni giurisprudenziali: l'onere di cui all'art.342 c.p.c. non era mai soddisfatto da richieste di riforma globale della sentenza, nemmeno se motivate *per relationem* con rinvio a deduzioni e conclusioni (non accolte) contenute negli scritti difensivi di prime cure (ad ulteriore conferma si veda l'ampia trattazione di taglio teorico/pratico di A.Converso, Consigliere della Corte d'Appello di Torino reperibile su www.csm.it, interamente dedicata al significato dei motivi ex art.342 c.p.c. ed ai loro rapporti con la natura del giudizio

fondire il significato della “specificità dei motivi” ex art.342 c.p.c.⁹⁹

d'appello).

Al di là delle soluzioni, ciò che preme sottolineare è la costante tensione giurisprudenziale ad una maggiore intensificazione degli oneri censori degli appellanti che giustificasse l'insistenza legislativa sul requisito della specificità. Tensione non certo appagabile dalla teoria che risolveva l'impegno motivazionale ex art.342 c.p.c. nella mera impugnazione di macro-capi di domanda.

⁹⁹Tra i vari scritti dedicati si ricordano quelli di A.Massari, *Genericità dei motivi e nullità dell'impugnazione*, Giur.it., 1952, p.603; G.Fici, *Ancora sulla specificità dei motivi*, op.cit., p.190; E.Caputo, *La specificità dei motivi*, op.cit., p.330; A.D'Alessio, *Specificazione dei motivi nell'atto di appello verso la sentenza emessa nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento*, Giur.di merito, 1977, p.273; G.Schiaffino, *Omessa specificazione dei motivi nell'atto di appello: nullità o irregolarità?*, Riv.dir.proc., 1983, p.150; G.Monteleone, *La funzione dei motivi ed i limiti dell'effetto devolutivo dell'appello civile secondo le S.U. della Corte di cassazione*, Giur.it., 1988, p.1820; S.Sotgiu, *La specificità dei motivi di appello: un problema che persiste*, Giust.civ., 1988, p.211; M.A. Gregorio, *Mera irregolarità dell'atto di appello per omessa specificazione dei motivi*, Giur.it., 1989, p.1234; C.Besso, *Note in tema di specificità dei motivi di appello*, op.cit., p.617 e spec.nt.19; N.Rascio, *Su acquiescenza parziale e motivi di appello*, Il Foro It., 1996, p.2146; IDEM *Ancora sui motivi di appello: il requisito della specificità e le conseguenze della violazione dell'art.342 c.p.c. nella giurisprudenza della S.C.*, Il Foro It., 2000, p.218; B.Sassani, *Le Sezioni Unite della cassazione e l'inammissibilità dell'atto di appello carente di motivi specifici*, Riv.dir.proc., 2000, p.511; M.De Cristofaro, *Le Sezioni Unite della cassazione e l'inammissibilità dell'atto di appello carente di motivi specifici*, Il Corriere Giuridico, 1997, p.191; IDEM *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*, Il Corriere Giuridico, 2000, p.750; G.Balena *Nuova pronuncia delle Sezioni Unite sulla specificità dei motivi di appello: punti fermi e dubbi residui*, Il Foro It., 2000, p.1607.

Gli Autori riconoscono al requisito della specificità la capacità di articolare ulteriormente il contenuto necessario dei motivi. Questi ultimi, oltre a tradurre la volontà censoria delle parti nell'identificazione dei capi di domanda appellati, dovevano altresì offrire all'impugnazione un supporto logico-descrittivo (così, espressamente, G.Fici, *Ancora sulla specificità*, op.cit., p.191). Analogamente alla sentenza impugnata, così anche l'appello si doveva comporre di due anime: una volitiva (chiamata ad esprimere la volontà censoria dei capi di domanda) ed una logica (chiamata ad argomentare quella volontà, cfr.R.Provinciali, *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962, p.212; A.D'Alessio, *Specificazione dei motivi nell'atto di appello verso la sentenza emessa nel giudizio di opposizione*, op.cit., p.275).

Chiamata ad offrire un contenuto concreto alla specificità dei motivi, la dottrina si mostrò favorevole ad accogliere gli insegnamenti giurisprudenziali. Il requisito della specificità era integrato dalla puntuazione, all'interno del capo di domanda impugnato, dei singoli temi (tecnicamente, delle questioni) di fatto e/o diritto ch'erano stati viziatamente risolti dal giudice a quo provocando l'erroneità (derivata, v.*supra*, nelle Premesse di studio) della sentenza (v. per tutte, *Cass.*, 30/05/1995, n.6066, per la quale i motivi devono individuare le questioni, di fatto e diritto, sottoposte all'attenzione del giudice *ad quem*; IDEM *Cass.*, 27/07/2000, n.9867).

Nelle soluzioni interpretative il monito circa l'individuazione specifica delle questioni erronee non implicava lo stanziamento, alla base degli appelli (*rectius*: motivi) delle parti, dei corrispondenti capiolutivi (i c.d. capi di questione). Il referente obiettivo dei motivi rimaneva pur sempre il capo di domanda; ed oggetto del giudizio d'appello il rapporto giuridico da quello individuato. La specificazione delle questioni non svolgeva alcuna funzione in ordine alla perimetrazione obiettiva del *quantum appellatum*: l'ambito del riesame, lungi dall'essere circoscritto ai temi di fatto e di diritto contenuti nelle questioni appellate, era sempre finalizzato a valutare l'impatto che una (eventuale) diversa soluzione delle questioni *de quibus* avrebbe avuto sulla decisione della lite (il rapporto tra motivi specifici ed oggetto del giudizio d'appello secondo la dottrina tradizionale è limpidamente riassunto da N.Rascio, *La riproposizione espressa dell'art.346 c.p.c., l'appellato contumace, l'effetto devolutivo e un ateso ripensamento della Suprema Corte*, Il Foro It., 2012, p.3333, laddove l'Autore rintraccia

nell'assenza di legami tra cognizione del giudice d'appello e motivi un dato caratterizzante la fisionomia delle seconde cure come gravame devolutivo).

L'indicazione delle questioni, seppur irrilevante al fine di determinare il *quid* dell'impugnazione, svolgeva diverse importanti funzioni ausiliarie al riesame. Da un lato quella di limitare l'oggetto (non della decisione, bensì) della cognizione del giudice *ad quem*. Quest'ultimo era sì chiamato ad una riforma sostitutiva della decisione sulla lite; tuttavia tanto la conferma, quanto la riforma, avrebbero potuto fondarsi solo sulla diversa soluzione offerta alle questioni oggetto di motivi effettivamente proposti (cfr. S. Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, *op.cit.*, p.161 e 173; IDEM *V. Appello*, *op.cit.*, pp.2,4,11; G. Tarzia, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, p.233; N. Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, *op.cit.*, p.132; C. Consolo, *Il processo ordinario*, *op.cit.*, p.293. Quest'ultimo precisa come il vincolo giudiziale alle questioni indicate dai motivi non fosse esteso, altresì, ai vizi imputati alle relative soluzioni. Da questo punto di vista il giudice avrebbe mantenuto una certa libertà, potendo considerare anche "sotto-profili diversi da quelli indicati nell'atto di appello (purché allegati in prime cure ed emergenti dagli atti del processo) e argomentazioni differenti da quelle svolte dall'impugnante"). In una prospettiva pubblicistica, la limitazione cognitiva alle questioni specificate avrebbe avuto il benefico effetto di un potenziale accorciamento dei tempi di giudizio. Le parti, al fine di assicurarsi la riforma della sentenza, avrebbero sempre curato di censurare questioni causali rispetto alla decisione finale. Vincolare il giudice all'esame di quelle sole questioni avrebbe perciò incrementato la possibilità di convincimenti immediatamente risolutivi in ordine alla fondatezza dell'impugnativa. Con ciò la specificazione delle questioni avrebbe incontrato anche l'interesse delle parti. Avrebbe punto avvalorato, dettagliandola, la consistenza e la condivisibilità delle istanze sollevate, potenziandone il margine di successo (così S. Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, *op.cit.*, pp.191-192 e C. Besso, *Note in tema di specificità*, *op.cit.*, p.610, la quale riconosce ai motivi la capacità di provare la serietà degli atti di appello).

Se la specificità dei motivi richiedeva la puntuazione delle questioni controverse, ciò che invece continuava a non risultare necessario, nelle interpretazioni dottrinali, era l'individuazione delle ragioni della censura: ossia delle motivazioni in fatto ed in diritto sottese all'istanza di riforma (cfr., ad esempio, M. De Cristofaro, *Motivi d'appello*, *op.cit.*, pp.194 e 195 e, soprattutto, 196 e 197). Le resistenze dottrinali erano retaggio di quelle posizioni tradizionali che, rintracciando nell'appello un *novum iudicium* semi-devolutivo a critica libera, coerentemente negavano la necessità delle parti di supportare i propri atti con dissertazioni critiche che, in ogni caso, non avrebbero influito sull'oggetto e sull'*iter* di accertamento (v. *supra*, nt.nn.72-76). Queste posizioni ancora conservatrici erano osteggiate dalla giurisprudenza. Quest'ultima tendeva punto ad includere, tra i requisiti della specificità (oltre all'indicazione delle questioni), altresì l'individuazione delle concrete argomentazioni fondanti l'appello (cfr. *Cass.*, 24/09/1999 n.10493, per la quale "l'onere della specificazione dei motivi d'appello ai sensi dell'art.342 c.p.c. ha la funzione (...) di consentire il puntuale esame delle critiche mosse alla sentenza impugnata, ed è assolto solo se l'atto d'appello contiene articolate ragioni di doglianza su punti specifici della sentenza di primo grado". Nello stesso senso *Cass.*, sez.lav. 21/01/2004, n.967 per la quale "con i motivi d'appello, la parte deve rivolgere alla sentenza impugnata censure puntuali e specifiche (...) essendo onere dell'appellante contrapporre le proprie argomentazioni a quelle svolte nella sentenza". Ancora, *Cass.*, 20/10/2005, n.20287, per la quale gli appellanti dovevano indicare puntualmente le prove documentali allegate a sostegno del gravame, avendo cura di specificare le ragioni, trascurate dal giudice *a quo*, per le quali il contenuto di quei documenti ne avrebbe giustificate le istanze riformanti; *Cass.*, 1/02/2007 n.2217 per la quale il requisito della specificità impone agli appellanti, oltre all'individuazione puntuale delle statuizioni gravate, e delle censure sollevate rispetto alla motivazione del precedente *decisum*, l'altresì argomentazione di ragioni confutative idonee ad incrinare il fondamento logico-giuridico della soluzione adottata dal giudice *a quo*).

Dopo i primi decenni di incertezze (v.nt.precedente) la giurisprudenza cominciò quindi a definire, sempre più scrupolosamente, il significato dei motivi d'appello. La ricchezza di dettaglio non poteva spingersi fino alla tipizzazione dei contenuti; a tal fine sarebbe occorso l'intervento legislativo. Tuttavia la direzione era quella di una sempre maggiore puntualità nell'articolazione critico-argomentativa delle censure.

Col tempo a questi orientamenti cominciarono ad accompagnarsi riflessioni di carattere più

e delle conseguenze della loro omissione¹⁰⁰.

generale che interessarono la natura stessa del giudizio d'appello. L'introduzione mediante motivi sempre più specifici (seppur non ancora tipici), ed il conseguente rafforzamento del rapporto tra iniziative delle parti ed oggetto dell'impugnazione, avvicinava punto le seconde cure alla struttura tipica delle impugnazioni revisionali. Sempre più frequentemente gli interpreti si mostrarono infatti disponibili ad inquadrare l'appello nella categoria dogmatica della *revisio prioris instantiae* (v., dapprima timidamente, *Cass.*, 30/05/1995, n.6066 e poi, dopo il vigoroso intervento delle *S.U.*, *Cass.* 6/06/1987 n.4991, le decisioni conformi di *Cass.*, 24/09/1999, n.10493 e *Cass.*, 27/07/2000 n.9867 ed, infine, *Cass. S.U.* 16/2000).

All'analisi di questo innovativo orientamento giurisprudenziale saranno dedicati i successivi paragrafi. L'indagine sarà volta ad approfondire l'influenza dell'art.342 c.p.c. (nella parte relativa ai motivi) sull'attuale natura e struttura del giudizio d'appello. Ciò consentirà altresì di ricavare l'effettiva intensità dell'impegno censorio richiesto agli appellanti (compreso, eventualmente, il vincitore).

Dopo aver verificato questi aspetti nel contesto normativo antecedente la riforma del 2012, i risultati raggiunti saranno nuovamente discussi nella prospettiva segnata dall'intervento. Ciò per appurare se le intuizioni maturate in *deficit* di chiare indicazioni positive siano state poi confermate dalle successive scelte legislative.

¹⁰⁰La *vezata quaestio* circa la sanzione applicabile agli atti d'appello privi di specifica motivazione (o dotati di motivazione insufficiente) è stata risolta dal legislatore della l.134/2012 con l'espressa previsione dell'inammissibilità. La scelta (a lungo invocata dalla dottrina, v. G.Fici, *Ancora sulla specificità*, *op.cit.*, p.193) non si limita a stemperare le note di un antico diverbio; offre, bensì, rilevanti indicazioni ordinali. Come si vedrà, essa rappresenta una delle recenti conferme legislative dell'importanza sistematica dell'art.342 c.p.c. nell'attuale configurazione del giudizio d'appello (su cui v. *infra*, par.2.2.4).

Vista la perdita di attualità del tema si ripercorrono solo sinteticamente le alternative sanzioni accordate al difetto dei motivi sotto l'egida dell'originario art.342 c.p.c.

Una prima opzione sosteneva che gli atti d'appello, seppur immotivati, fossero comunque validi o, al più, meramente irregolari (cfr., in dottrina, A.Cerino-Canova, *Le impugnazioni civili*, *op.cit.*, p.973, p.590; A.Attardi, *Note sull'effetto devolutivo*, *op.cit.*, p.; M.A. Gregorio, *Mera irregolarità dell'atto di appello*, *op.cit.*, 1989; C.Besso, *Note in tema di specificità dei motivi*, *op.cit.*, p.617 e spec.nt.19). La tesi dell'irregolarità si fondava sulla convinzione circa l'effetto devolutivo automatico dell'appello che residuava ai motivi un ruolo meramente identificativo. Una volta che i motivi avessero individuato il quid dell'impugnazione (attraverso il capo di domanda), qualsiasi altra e più specifica indicazione sarebbe risultata superflua. La mancanza non avrebbe invalidato l'appello, al più rendendolo semplicemente irregolare. Oltre a ciò, la tesi assumeva quale argomento di sostegno letterale il passato tenore dell'art.164 c.p.c., che prescriveva la nullità delle sole citazioni difettose dei requisiti di cui ai nn.1, 2, 3 dell'art.163 c.p.c.; omettendo invece ogni riferimento al n.4 (le ragioni della domanda). Sulla sua scorta si era sostenuto che, come le ragioni della domanda, così i motivi dell'appello non costituissero requisiti di validità degli atti introduttivi. La tesi è stata sconfessata dalla successiva inclusione (ad opera della l.353/90) del n.4 dell'art.163 c.p.c. tra le condizioni di validità delle citazioni.

Su un piano totalmente opposto coloro che, anticipando le intenzioni legislative, sanzionavano gli appelli immotivati con l'inammissibilità (tra i sostenitori si ricordano, per la dottrina, N.Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili*, Vol. I, *Sistema delle Impugnazioni*, Milano, 1952, p.151; ID. *Le impugnazioni civili*, Vol.II, *Procedimenti di impugnazione*, Milano, 1952, p.134-135; G.Monteleone, *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni*, *op.cit.*, p.736, nt.33; in giurisprudenza si ricorda, per tutte, *Cass.*, *S.U.*, n.16/2000). A supporto era invocata l'estensione analogica della disciplina prevista agli artt.366 e 368 c.p.c., i quali disponevano l'inammissibilità del ricorso per cassazione e della domanda di revocazione immotivate. Lo stesso argomento era tuttavia utilizzato dagli oppositori della tesi *de qua*: proprio la scelta legislativa di non riservare espressamente le sorti dell'inammissibilità anche all'appello immotivato era inteso come un segno inequivocabile di una volontà contraria (cfr.A.Cerino-Canova, *Le impugnazioni civili*, *op.cit.*, pp.222 e ss., specialmente nt.47, e 590 e ss.; G.Fici, *Ancora sulla specificità dei motivi*, *op.cit.*, p.191; G.Schiaffino, *Omessa specificazione dei motivi nell'atto*

2.2.3 I motivi ex art.342 c.p.c. e la natura del giudizio d'appello: tra profili dogmatici ed applicativi

Come anticipato ad esito del precedente paragrafo l'analisi che segue è volta a ricostruire oggetto, struttura e funzione del giudizio di appello. Lo studio trova giustificazione nella stretta connessione tra la fisionomia del gravame ed i poteri/oneri censori delle parti (tra cui il vincitore)¹⁰¹. Legame la cui evidenza è stata già dimostrata¹⁰² e di cui si ripercorrono, in breve, le ripercussioni d'interesse.

Al par.2.2.1 il riconoscimento, nel giudizio di Cassazione, di una *revisio prioris instantiae*, aveva portato a circoscriverne l'oggetto alle questioni di diritto erroneamente risolte dal giudice *a quo*. Queste ultime, per poter essere sottoposte al controllo del S.C., dovevano essere impugnate attraverso tassativi e tipici motivi di ricorso. Sulla base di queste premesse era stato giocoforza riconoscere l'idoneità obiettiva del ricorso incidentale del vincitore pratico. Quest'ultimo, in virtù della soccombenza teorica, avrebbe potuto impugnare soltanto capi di questione: in particolare, quelli contenenti il rigetto delle eccezioni processuali o di merito sollevate. Il suo ricorso soddisfaceva perciò senza remore la connotazione oggettivo-strutturale del giudizio di legittimità, nonché le sue regole introduttive.

L'invece identificazione, nel giudizio d'appello, di un *novum iudicium* sostitutivo sul rapporto giuridico controverso, aveva indotto gli interpreti a tutt'altre soluzioni. I motivi d'appello, cui era af-

di appello, op.cit., p.150; N.Rascio, *L'oggetto dell'appello civile, op.cit.*, p.236).

Infine, una terza corrente interpretativa sanzionava gli appelli privi di motivazione con la nullità. Da un lato la tesi era fondata sul sovraesposto richiamo dell'art.164 c.p.c. ai nn.3-4 dell'art.163 c.p.c. (ai quali venivano ricondotti i motivi d'appello) tra le condizioni di validità dell'atto introduttivo di giudizio (cfr., in dottrina, M.Vellani, *V. Appello (dir.proc.civ.)*, *op.cit.*, p.735; in giurisprudenza *Cass., S.U., n.4991/1987*). Dall'altro veniva sostenuta con il rinvio all'art.156.2 c.p.c.. Più precisamente, individuata la funzione dei motivi d'appello nell'identificazione dell'oggetto del giudizio, la carenza determinava l'assoluta inidoneità dell'atto d'appello a raggiungere il proprio scopo; pertanto, la nullità (cfr. M.De Cristofaro, *Motivi d'appello ed effetto devolutivo, op.cit.*, p.758; N.Rascio, *L'oggetto, op.cit.*, p.238).

La distinzione tra nullità ed inammissibilità era nient'affatto irrilevante: mentre la prima poteva essere ovviata attraverso meccanismi di sanatoria, la seconda paralizzava invece gli atti d'appello con sanzione irrimediabile (lo ricorda *Cass., S.U., n.4991/1987*, làdove afferma che "*La precisazione non è meramente terminologica, dal momento che per la nullità, con la costituzione del convenuto appellato, è prevista la sanatoria con la salvezza dei diritti anteriormente quesiti*"). Come anticipato, la diatriba ha perso ogni consistenza dopo l'intervento legislativo della l.134/2012; quest'ultimo ha punto modificato l'art.342 c.p.c. precisando che alla carenza di motivazione segue l'inammissibilità degli appelli.

¹⁰¹Ricostruire la natura del giudizio d'appello consentirà perciò di verificare gli spazi applicativi (possibili, se non addirittura necessari) dell'appello incidentale del vincitore in prime cure. Spazi a lungo negati dalla dottrina tradizionale ed oggi, come si vedrà, riconosciuti dalla giurisprudenza.

¹⁰²V.par.2.2.1. e 2.2.2 in riferimento, rispettivamente, ai giudizi di Cassazione ed appello.

fidato il compito d'identificare, attraverso l'impugnazione dei capi di sentenza (artt.329.2 e 342 c.p.c.), l'oggetto delle seconde cure¹⁰³, dovevano rivolgersi a frazioni del provvedimento idonee a rifletterne la decisione: quindi, a capi di domanda. Il carattere estensivo della funzione identificativa (esclusivamente rivolta ai macro-capi di sentenza) aveva portato inoltre ad escludere tra i requisiti motivazionali di cui all'art.342 c.p.c. l'indicazione degli errori/vizi compiuti dal giudice *a quo* nell'adozione del *decisum* impugnato (*rectius*: nella soluzione delle questioni pregiudiziali a quel *decisum*). La funzione critico-esplicativa non era punto considerata spettro di riflessione della specificità degli atti d'appello.

In un simil contesto era stato evidentemente impossibile riconoscere spazi applicativi all'appello incidentale del vincitore. Un simil gravame, rivolgendosi ai capi di questione inerenti le eccezioni respinte, non avrebbe soddisfatto i requisiti di cui all'art.342 c.p.c.. Se proposto, sarebbe stato paralizzato in *limine litis* da una valutazione d'inadeguatezza obiettiva.

Ma era davvero questa la fisionomia (e queste le implicazioni) dell'appello voluti dal legislatore del 1942?

La prima a dubitarne fu la giurisprudenza¹⁰⁴. Le opposizioni iniziali, ancor fedeli al riconoscimento dell'esclusiva funzione identificativa dei motivi, ne avevano suggerita una più rigorosa soluzione. L'idea era che i motivi d'impugnazione dovessero concentrarsi non tanto (o meglio, non solo) sull'individuazione del capo di domanda appellato; bensì sulle questioni, interne a quel capo, dalla cui erronea soluzione era dipesa quella del *decisum* gravato¹⁰⁵. L'intuizione, seppur acerba nelle argomentazioni¹⁰⁶, ebbe il merito di stimolare

¹⁰³In ossequio al principio temperatamente devolutivo (*tantum devolutum quantum appellatum*).

¹⁰⁴Le reazioni giurisprudenziali cominciarono a fiorire attorno agli anni 60', per assumere un indirizzo unificante ed uniformante nel 1987, con *Cass., S.U., n.4991/1987* commentata da G.Balena (sulla quale v.*infra*, nel paragrafo successivo) poi confermato da *Cass., S.U., n.16/2000* (anch'essa commentata da G.Balena, *Nuova pronuncia delle Sezioni Unite sulla specificità dei motivi di appello, op.cit.*, p.1606 nonché da C.M. Barone, *Omessa specificazione dei motivi e inammissibilità dell'appello: intervento chiarificatore delle sezioni unite*, *Giust.civ.*, 2000, p.673 e M.De Cristofaro, *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo, op.cit.*, p.29). Seguirono *Cass., 9/02/2001 n.1852*; *Cass., 7/05/2002 n.6542*.

¹⁰⁵V., oltre a quelle già citate in precedente nota, *Cass., 5/02/1987 n. 1115*.

¹⁰⁶Spesso dietro le righe delle prime pronunce giurisprudenziali si celava una diversa teoria sull'istituto di capo di sentenza ex art.329.2 c.p.c. (inteso come capo di questione e non di domanda). Quello che ancora mancava era una strutturazione ordinata del pensiero che assegnasse i giusti ruoli e riconoscesse le esatte connessioni tra la nozione del capo appellabile e la fisionomia del giudizio (l'appello) che ne avrebbe ospitato il riesame.

un'esame critico dei risultati cui, in tema di motivi e struttura del giudizio d'appello, era costantemente pervenuta la dottrina¹⁰⁷.

Le osservazioni qui svolte non siano fraintese.

Si è già dato merito della rilevanza che anche la tradizionale dottrina aveva riconosciuto ai motivi ex art.342 c.p.c.¹⁰⁸. Tuttavia, l'impostazione dogmatica dell'appello come *novum iudicium* aveva costretto gli interpreti a sacrificarne le funzionalità. La connotazione estensiva assegnata all'identificazione aveva punto impedito di ammetterne applicazioni ulteriori. In particolare, ciò che continuava ad escludersi era la funzione esplicativa dei motivi, dai cui compiti istituzionali era esclusa l'articolazione critica delle ragioni, di fatto e/o diritto, fondanti le censure. Questa rigida interpretazione aveva sottratto alla dottrina la possibilità di scorgere, tra le righe dell'art.342 c.p.c. (ed, in particolare, nei motivi d'appello), le istanze innovative che, dal punto di vista sistematico, la norma era in grado di esprimere. Istanze che furono invece accolte e valorizzate dalla giurisprudenza¹⁰⁹ al punto di intarsiarvi una diversa ricostruzione tanto dell'intensità degli oneri censori degli appellanti, quanto della stessa fisionomia delle seconde cure.

Viste le implicazioni, al tema dei motivi d'appello si dedica ora congruo approfondimento.

Dal punto di vista metodologico, l'indagine non affiderà la condisione dell'una o dell'altra tesi¹¹⁰ all'acritica accettazione dei rispettivi sfondi dogmatici. Una simile scelta sconterebbe un'indebita petizione di principio. Giustificerebbe punto con assunti indimostrati (una certa struttura del giudizio d'appello; una data latitudine della parte o capo di sentenza appellabile) tesi invece bisognose di riscontro letterale, supporto tecnico e verifica in punto di compatibilità sistematica.

Si ripartirà invece dal dato normativo ed, in particolare, dall'art.342

¹⁰⁷Le soluzioni giurisprudenziali presentavano carattere di forte innovatività ed erano destinate ad un impatto teorico destabilizzante. Le ragioni sono di comprensibile intuizione. Se i motivi d'appello dovevano identificare l'oggetto del giudizio impugnatorio, e se quei motivi dovevano appuntarsi (non solo, o forse, non più) su capi di domanda, bensì di questione, ne sarebbe derivata l'impossibilità di ritenere che dinnanzi al giudice d'appello fosse devoluto lo stesso rapporto giuridico già controverso in prime cure. Quest'ultimo era infatti deciso nei capi di domanda; mentre a quelli di questione era rimessa la soluzione di alcuni passaggi pregiudiziali della lite. La restrizione della funzione identificativa (ai capi di questione, invece che a quelli di domanda) induceva dunque a ripensare all'oggetto stesso del giudizio d'appello ed al tipo di giudizio ivi atteso. In altre parole, alla complessiva fisionomia delle seconde cure.

¹⁰⁸V. *supra*, nel testo del precedente paragrafo e poi in nt.n.96.

¹⁰⁹V. *supra*, nel testo del precedente paragrafo e soprattutto in nt. nn.95.

¹¹⁰Quella dottrinale o quella giurisprudenziale dei primi e dei successivi esordi.

c.p.c.¹¹¹. Sarà proprio questa norma, nella parte relativa ai motivi, a svelare la volontà legislativa (che, a partire dal 1942 e sino ai giorni nostri) ha caratterizzato la natura delle seconde cure e (conseguentemente o causalmente; in ogni caso, imprescindibilmente) degli oneri ivi attesi dagli appellanti.

Dalla funzione identificativa a quella esplicativa dei motivi ex art.342 c.p.c. Se si interroga l'art.342 c.p.c. (nella parte relativa ai motivi) senza pretesa di rintracciare, tra le righe, la conferma di prescelte soluzioni dogmatiche, si avverte la necessità di estenderne i confini ben oltre gli orizzonti, già noti, dell'identificazione estensiva del *quantum appellatum*.

A ben guardare, infatti, l'onere delle parti d'individuare, nei propri atti d'appello, il *quid* dell'impugnazione (nella forma dei capi di sentenza) trova già sedimento normativo nell'art.329.2 c.p.c.; senza che per ciò sia necessaria l'ulteriore prescrizione dei motivi ex art.342 c.p.c.¹¹². Al fondo di quella previsione deve perciò scorgersi una volontà legislativa diversa, proiettata alla maggiore intensificazione degli oneri delle parti in sede introduttiva¹¹³. In particolare, i motivi specifici impegnano le parti alla puntuale indicazione (più che del *quid*) del *quia* dell'impugnazione: ossia delle ragioni delle istanze di riforma sollevate, coincidenti con gli errori/vizi compiuti dal giudice *a quo*.

¹¹¹Come già anticipato, il criterio che guida la ricerca è dato dallo sguardo neutrale sulle norme. E' sull'interpretazione letterale, sistematica, secondo *ratio legis* del sistema positivo che possono (e perciò devono) erigersi le più convincenti costruzioni teoriche. Tale metodo sarà perciò seguito anche in tema di motivi e struttura del giudizio d'appello.

¹¹²Cfr. *Cass., S.U.*, 6/6/1987 n.4991.

Più specificatamente, il fondamento normativo dell'onere delle parti di individuare, nei propri atti introduttivi, il *quantum appellatum* (nella forma dei capi di sentenza) è individuato nel combinato disposto degli artt.329.2 e 342 c.p.c. (quest'ultimo considerato nella parte in cui fa rinvio al n.3 dell'art.163 c.p.c.). Ai sensi del richiamo operato dall'art.342 c.p.c. all'art.163 n.3 c.p.c. gli atti di appello devono indicare la "cosa oggetto della domanda". Il significato della "cosa oggetto della domanda" d'appello e, più in generale, di tutti gli atti impugnatori, è chiarito dall'art.329.2 c.p.c. (la norma è infatti collocata tra i principi generali in materia d'impugnazione). Si tratta dei capi di sentenza che le parti devono gravare per sottrarne i contenuti all'acquiescenza. Il rinvio al n.3 dell'art.163 c.p.c., contenuto nell'art.342 c.p.c., specifica quale sia, in appello, la sede destinata all'emersione di quei capi: si tratta della citazione (o comparsa) d'appello, tra i cui requisiti di validità affiora la "cosa oggetto della domanda".

Se il fondamento normativo della funzione identificativa degli appelli può rintracciarsi nel combinato disposto degli artt. 329.2, 163 n.3 c.p.c. e 342 c.p.c., è evidente come gli altri requisiti prescritti dal legislatore (ad esempio, i motivi) debbano riferirsi a diverse funzionalità.

¹¹³Ciò significa che per assolvere l'impegno motivazionale gli appellanti non possono limitarsi ad individuare i capi di sentenza sottoposti a riesame.

Ai sensi dell'art.342 c.p.c. la funzione principalmente affidata dal legislatore del 1942 ai motivi specifici d'appello è perciò proprio quella esplicativo/argomentativa tradizionalmente negata dalla dottrina.

Molti gli argomenti a supporto della tesi *de qua*. Alcuni furono oggetto di rilievi giurisprudenziali già a partire dalla fine degli anni 80¹¹⁴. Altri, invece, animarono riflessioni più ampie e meditate cui gli interpreti pervennero cominciando ad osservare il sistema positivo dell'appello in modo neutrale: ossia senza il condizionamento dei retaggi storico-culturali e delle conseguenti implicazioni dogmatiche¹¹⁵.

Al fine di apprezzarne le implicazioni sistematiche, occorre previamente ripercorrere gli argomenti favorevoli al riconoscimento della funzione esplicativa dei motivi. Per ragioni di chiarezza espositiva l'analisi assumerà quale linea guida il criterio interpretativo che ha fondato ciascuno di quegli argomenti.

Il primo dato a favore della funzione esplicativa dei motivi riposa nella lettera dell'art.342 c.p.c.. Come già anticipato la norma prevede che gli atti di appello debbano indicare (tra gli altri): la cosa oggetto della domanda¹¹⁶, le ragioni della domanda con le relative conclusioni¹¹⁷ ed i motivi specifici d'impugnazione. Quanto al primo requisito, i contenuti sono chiariti dall'art.329.2 c.p.c.: la "cosa oggetto della domanda d'appello" sono infatti le parti o capi di sentenza che gli appellanti devono gravare per sottrarne i contenuti all'acquiescenza. Se l'identificazione di quei capi spetta già in base al richiamato art.163 n.3 c.p.c., è evidente come il rinvio alle "ragioni della domanda" ex art.163 n.4 c.p.c.¹¹⁸ e l'ulteriore prescrizione dei motivi "specifici" debbano riferire di un diverso im-

¹¹⁴V. nt.nn.95, e 101-105.

La sentenza cui si deve l'inaugurazione dell'innovativo orientamento fu *Cass., S.U., 6/6/1987 n.4991* (le cui argomentazioni saranno riportate nel testo). Le pronunce degli anni successivi, salva qualche deriva (*Cass., 15/4/1988 n.2979; Cass.sez.lav., 11/11/1996 n.9821*), si allinearono per lo più a quell'indirizzo: v. *Cass., 26/1/1989 n.449; Cass., 25/2/1992 n.2303*; fino alle nuove *S.U. di Cass. 20/9/1993 n.9628*, seguite e confermate, tra le altre, da *Cass., 20/1/1999 n.498* e poi da *Cass., S.U. n.16/2000*.

¹¹⁵Tra i più accorati sostenitori di questo approccio ermeneutico-ricostruttivo si ricorda A.A.Romano, *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 2000, p.1205.

Ne accolsero favorevolmente gli insegnamenti A.Carrato e G.Canzio, *Relazione tematica per l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione, op.cit.*

¹¹⁶Per effetto del rinvio all'art.163 n.3 c.p.c..

¹¹⁷Per effetto del rinvio all'art.163 n.4 c.p.c..

¹¹⁸Sul significato specifico del rinvio al n.4 dell'art.163 c.p.c. si tornerà specificatamente *infra* in nt.n.147.

pegno critico¹¹⁹. In particolare l'abbinamento tra le due indicazioni suggerisce di ritenere che il legislatore volesse ordinare alle parti l'individuazione, oltre che del *petitum*, altresì della *causa petendi* dell'appello. Così interpretata, la specificità dei motivi si traduce in un onere di articolazione critica delle ragioni dell'impugnativa: ossia degli errori (di giudizio e/o procedura) che affliggono i capi di sentenza appellati¹²⁰.

Oltre al dato letterale, due riflessioni di natura ontologica convergono verso l'identico riconoscimento della funzione esplicativa dei motivi. La prima riguarda la natura dei mezzi impugnatori (tra cui, l'appello); la seconda l'essenza stessa dell'istituto dei motivi.

Dal primo punto di vista occorre ricordare la particolare posizione processuale che le parti assumono quando si affacciano ai giudizi d'impugnazione. Esse devono confrontare le proprie ambizioni processuali con un elemento ulteriore, inesistente in prime cure: la sentenza del giudice *a quo*. E' avverso quel provvedimento che gli impugnanti, intenzionati ad ottenere dal successivo *iter* di giudizio risultati più favorevoli, devono esprimere la propria insoddisfazione¹²¹. Lo strumento processuale a ciò deputato è l'impugnazione (nel caso specifico, l'appello). L'impugnazione è infatti il mezzo d'attacco offerto dall'ordinamento a coloro che intendano contrastare infausti o comunque insoddisfacenti esiti decisori. Coesistente ad ogni impugnazione è l'esposizione delle ragioni del dissenso: làdove non argomentata, l'insoddisfazione dichiarata dalle parti rischierebbe di apparire infondata (se non addirittura pretestuosa); in ogni caso inefficace¹²². Gli atti introduttivi di un giudizio

¹¹⁹La necessità di questa interpretazione è denunciata da Cass., *S.U.* 6 Giugno 1987 n.4991. In motivazione il S.C. evidenzia come, altrimenti, l'indicazione dei motivi debba essere degradata ad una mera e ripetitiva "*svista del legislatore*".

¹²⁰La giustificazione letterale alla funzione esplicativa dei motivi, dopo l'iniziale riconoscimento giurisprudenziale, incontrò l'avallo anche della dottrina (v. A.A.Romano, *Profili applicativi e dogmatici dei motivi*, *op.cit.*, p.1211).

¹²¹Lo ricordano (in dottrina) M.Pacilli, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione incidentale condizionata*, *op.cit.*, p.1260 e (in giurisprudenza) Cass., *S.U.*, 6/6/1987 n.4991 che riconoscono come, al termine del primo grado di giudizio, tra la realtà sostanziale e le posizioni delle parti e del giudice s'inserisca la sentenza che decide l'esistenza ed il modo d'essere giuridico di quella realtà. Le parti che intendano ottenerne una riforma favorevole devono denunciarne l'ingiustizia od erroneità avendo cura di sottolineare quali passaggi dell'*iter* logico-giuridico seguito dal giudice *a quo* siano risultati viziati, e per quali ragioni.

¹²²L'opinione trova autorevole conforto nelle parole di C.Consolo, *Il processo ordinario*, *op.cit.*, p.295, il quale precisa come "*la moderna funzione dell'appello*" consista nel rappresentare un "*congegno processuale a disposizione del soccombente per demolire l'impianto argomentativo della sentenza di primo grado e rendere così necessaria una nuova statuizione sul merito in sostituzione di quella impugnata*".

Conformemente nella giurisprudenza più recente, Cass., *S.U.*, n.7700/2016 nella quale

impugnatorio (tra cui anche l'appello) devono perciò denunciare gli errori di giudizio e/o procedura imputati al giudice *a quo* ed ovviabili, nelle attese, da quello successivo¹²³. Ai sensi dell'art.342 c.p.c. tale esposizione è affidata ai motivi d'appello: la specificità prescritta dal legislatore riflette perfettamente l'impegno argomentativo sotteso all'individuazione delle criticità che affliggono la sentenza.

Non è infrequente, peraltro, che il legislatore accompagni l'attribuzione di poteri impugnatori alla prescrizione di oneri motivazionali. Nello stesso senso dell'art.342 c.p.c. dispongono, ad esempio, gli artt. 360, 366, 398 c.p.c. riferiti, rispettivamente, al giudizio di legittimità e di revocazione. Ciò induce a ritenere che i motivi si inseriscano tra gli elementi costitutivi essenziali di ogni potestà impugnatoria¹²⁴; con la conseguente impossibilità di qualificare in senso tecnico come impugnazioni le istanze che non argomentino (*rectius*: motivino), con la denuncia degli errori contenuti in sentenza, le ragioni delle censure sollevate¹²⁵.

Che l'essenza tipica dei motivi coincida con l'articolazione critica dei vizi del precedente *decisum* è circostanza resa nota, peraltro, dalla stessa disciplina positiva. Diverse sono le occasioni normative in cui il legislatore ha infatti chiarito *modus operandi* e contenuti dei motivi d'impugnazione¹²⁶. Tanto nel giudizio di Cassazione quanto in quello di revocazione l'onere motivazionale si è tradotto nell'individuazione puntuale degli errori (di fatto, di giudizio o di procedura) compiuti dal giudice *a quo*. Non v'è ragione di escludere

leggesi "poichè al concetto di impugnazione in generale, cui l'appello (...) deve ascrivarsi, è coesistente la necessaria implicazione di mezzo con cui si rivolgono critiche (...) all'oggetto dell'impugnazione e, quindi, alla decisione, ne deriva che anche l'appello (...) deve risolversi in una critica alla decisione impugnata".

¹²³E' perciò insita al concetto stesso di impugnazione la denuncia delle ragioni critiche delle censure avanzate. In caso contrario l'impatto offensivo dell'impugnazione sarebbe neutralizzato. Cfr. A.A. Romano, *Profili dogmatici ed applicativi*, op.cit., p.1210 il quale, ripercorrendo la motivazione di *Cass.*, 6/6/1987 n.4991 sulla tesi esplicativa dei motivi, afferma "il concetto di impugnazione implica combattimento della sentenza; per ottenerne la riforma diventa necessario illustrare perchè la si ritiene ingiusta, mostrare dove il ragionamento che la sorregge è inaccettabile".

¹²⁴Lo riconosceva già *Cass.*, 4/02/1966 n. 377 per la quale un'impugnazione sprovvista di motivi non sarebbe "neppure concepibile". In dottrina tra i primi sostenitori della coesistenza dei motivi all'impugnazione si ricorda C.Besso, *Note in tema di specificità*, op.cit., p.610-611.

¹²⁵Cfr. R.Poli, *Il nuovo giudizio d'appello*, op.cit., p. 121 per il quale "l'allegazione del motivo condiziona l'efficacia dell'esercizio del potere d'impugnazione".

¹²⁶Il riferimento corre agli artt.360, 366, 398 c.p.c.. Si esclude l'art.342 c.p.c. nel cui testo (pre-riforma della l.134/2012) la disciplina dei motivi era invece estremamente laconica. Coincidenza da cui sono derivate differenti interpretazioni su contenuto e funzioni dei motivi d'appello, tra le quali si cerca ora la più convincente.

che un identico impegno gravi anche sugli appellanti. Le indicazioni emergenti dal sistema di legittimità e da quello revocazionale devono infatti essere valorizzate quale *ratio legis* generale estensibile, per analogia, ai riferimenti normativi difettosi di puntualizzazione¹²⁷. L'identità ontologica della motivazione non è inficiata in dubbio dal fatto che l'art. 342 c.p.c., a differenza (ad esempio) dell'art.360 c.p.c., non specifici tassativamente e vincolativamente il contenuto dei motivi. Ciò ha come unico effetto quello di qualificare (ancor oggi) il giudizio di appello come un gravame a critica libera, anziché vincolata¹²⁸.

Ad ulteriore conforto della tesi sulla funzione esplicativo-censoria dei motivi d'appello soccorrono altresì considerazioni di carattere sistematico sia generale¹²⁹ che particolare¹³⁰.

In una prospettiva sistematica generale occorre ricordare come l'intervento legislativo del 1990¹³¹ avesse voluto fare del primo grado di giudizio il baricentro cardinale del processo civile. A tal fine aveva introdotto un rigido sistema di progressive preclusioni che ancor oggi garantisce soltanto alla sentenza di prime un accertamento preceduto da ampi sviluppi allegatori e minuziosa istruttoria. In un simil contesto, ritenere che la sentenza *de qua* possa essere attaccata con generiche denunce di erroneità/ingiustizia¹³² e che, in caso di accoglimento, possa essere ridotta ad un *tamquam non esset*, non è certo conforme allo spirito della riforma. Ne risulterebbe punto svilita la ricercata valorizzazione dell'autorità ed affidabilità del provvedimento di prime cure.

Che l'art.342 c.p.c. (nella parte relativa ai motivi) impegni le parti ad una maggiore articolazione critica delle censure trova conferma anche all'interno del micro-sistema appellatorio. Come già visto, il legislatore del 1942 ha previsto due modalità di rivitalizzazione del materiale oggetto delle prime cure in appello: l'impugnazione ex art.342 c.p.c. e la riproposizione ex art.346 c.p.c.. Solo la prima è corredata dall'impegno motivazionale. Ciò importa che, al di là

¹²⁷Tra cui, appunto, l'art.342 c.p.c. nel testo pre-riforma del 2012.

¹²⁸Cfr. R.Poli, *I limiti oggettivi*, op.cit., p.432; A.Carrato e G.Canzio, *Relazione tematica per l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione*, op.cit., p.19.

¹²⁹L'espressione si riferisce alle analisi del complessivo sistema processuale, comprensivo di tutte le sue fasi e gradi.

¹³⁰Con ciò s'intende fare riferimento ad osservazioni interessanti il solo micro-sistema impugnatorio del giudizio d'appello.

¹³¹L.353/1990.

¹³²Senza, quindi, una concreta puntualizzazione degli errori/vizi inficianti la ricostruzione in fatto o in diritto del giudice di prime cure.

degli ulteriori aspetti differenziali¹³³, diverso e più intenso debba essere l'impegno argomentativo che, nel primo caso, l'ulteriore specificazione imprime.

Infine, la funzione esplicativo-censoria dei motivi ex art.342 c.p.c. trova giustificazione nell'evoluzione legislativa centenaria che il giudizio di appello ha conosciuto; nonché nella *ratio legis* che ha scortato quegli sviluppi.

Nel prendere il posto dell'art.486 del c.p.c. del 1865, l'art.342 c.p.c. non ne ha ripercorso il tenore letterale. L'art.486 si limitava punto ad affermare che le seconde cure fossero instaurate con citazione; nulla ordinando quanto all'articolazione di motivi. Pertanto, a meno di ritenere che la successiva indicazione legislativa¹³⁴ fosse priva di significato, occorre ammettere che l'onere censorio degli appellanti sia attualmente più intenso di quello ch'era nel 1865; e che non possa esaurirsi in una generica denuncia dell'erroneità od ingiustizia del provvedimento finale.

Le ragioni enunciate dimostrano come già nelle intenzioni del legislatore del 1942 (poi confermate da quello 1990 e, da ultimo, del 2012¹³⁵), la funzione qualificante¹³⁶ dei motivi d'appello fosse quella critico-esplicativa. I motivi devono chiarire il *quia* dell'impugnazione, ossia le ragioni che hanno indotto le parti ad impugnare la sentenza (*rectius*: suoi capi o parti)¹³⁷. A tal fine devono specificare gli errori (*in iudicando* e/o *in procedendo*) compiuti dal giudice nell'*iter* logico d'accertamento, avendo cura di evidenziarne il nesso causale rispetto al *decisum* impugnato¹³⁸.

Una volta riconosciuto il ruolo esplicativo dei motivi occorre riflettere sulle relative implicazioni sistematiche. I motivi non sono

¹³³Ossia la consistenza obiettiva del materiale di causa impugnabile ovvero riproponibile; l'ambito soggettivo di applicazione; la forma delle iniziative.

¹³⁴Con la quale è stato appunto introdotto uno specifico onere motivazionale.

¹³⁵Sul punto v.*infra*, nel successivo paragrafo n.2.2.4.

¹³⁶Quella, cioè, capace di esprimerne la *ratio*.

¹³⁷Cfr. A.Carrato e G.Canzio in *Relazione tematica, op.cit.*, p. 9 e R.Poli, *Il nuovo giudizio d'appello, op.cit.*, p. 121 ove leggesi "L'impugnazione, in sintesi, è l'affermazione della esistenza di un vizio che rende illegittima la sentenza impugnata".

¹³⁸Gli unici errori rilevanti, quali motivi d'appello, sono infatti quelli dotati di ripercussioni dirette sulla decisione finale. Solo la correzione di tali errori assicura, in caso di accoglimento, una riforma del *decisum* favorevole ai denunciati.

Il tema del nesso di causalità tra gli errori lamentati ed il *decisum* gravato, avendo strette rispercussioni sull'interesse ad impugnare delle parti, sarà oggetto di successiva trattazione (v.*infra*, Cap.II.). Una volta stabilita la componente obiettiva degli atti d'appello potrà (*rectius*: dovrà) infatti indagarsene l'ammissibilità subiettiva in punto d'interesse. Tema che si rivelerà particolarmente euristico proprio in relazione alla parte vittoriosa nel merito, protagonista della svolgenda trattazione.

infatti gli unici elementi costitutivi degli atti d'appello¹³⁹. Essi si affiancano ad altri requisiti legislativamente previsti, con i quali inteso sono relazioni di apprezzabile rilievo sistemico.

L'influenza dei motivi ex art.342 c.p.c. sulla struttura del giudizio di seconde cure

Natura revisionale dell'appello instaurato da motivi esplicativi I requisiti forma-contenuto degli atti d'appello¹⁴⁰ non si sviluppano in una dimensione di reciproca indifferenza. Al fine di ricostruire esattamente l'onere censorio degli appellanti occorre in particolar modo soffermarsi sul legame tra la funzione critica dei motivi¹⁴¹ e quella identificativa¹⁴² emergente dal rinvio dell'art. 342 c.p.c. all'art.163 n.3 c.p.c.¹⁴³ Questo legame può essere così riassunto e svelato: il riconoscimento del ruolo esplicativo dei motivi consente di tracciare senza imprecisioni l'effettiva estensione della funzione identificativa. Di sciogliere, quindi, ogni dubbio, in ordine al perimetro del capo o parte di sentenza autonomamente appellabile.

L'onere motivazionale di cui all'art.342 c.p.c. prescrive agli appellanti l'indicazione degli errori compiuti dal giudice *a quo* nel corso dell'accertamento. Tali errori non inficiano direttamente la decisione finale di causa¹⁴⁴; s'appuntano, bensì, sulle singole questioni di fatto e/o diritto che il giudice ha dovuto necessariamente affrontare e de-

¹³⁹Principali o incidentali.

¹⁴⁰Tra i quali si collocano, appunto, i motivi specifici.

¹⁴¹Consistente nell'individuazione delle ragioni dell'impugnativa, coincidenti con gli errori imputati al *decisum* gravato.

¹⁴²Consistente nella selezione delle parti di sentenza sottratte all'acquiescenza (e, così, del *quid* dell'impugnazione).

¹⁴³Da leggersi in combinato disposto con l'art.329.2 c.p.c.

¹⁴⁴Ossia la concreta volontà della legge individuata ed affermata dal giudice in relazione al rapporto giuridico sostanziale controverso.

cidere¹⁴⁵ per addivenire a quella soluzione¹⁴⁶. Al fine di consentire al giudice *ad quem* l'apprezzamento degli errori denunciati, le parti devono perciò evidenziare le frazioni del *decisum* che ospitano la soluzione (in tesi) viziata di questioni. Attraverso i motivi il legislatore ha perciò indirettamente, e tuttavia chiaramente, indicato le porzioni della sentenza che gli appellanti devono¹⁴⁷ ad impugnare. Si tratta dei capi di questione, coincidenti con la decisione (in tesi) erronea di singole questioni di fatto e/o diritto¹⁴⁸.

La funzione esplicativa dei motivi impone quindi di rileggere, in chiave restrittiva (invece che estensiva), il ruolo identificativo degli appelli. Ai sensi degli artt.329.2 e 342-163 n.3 c.p.c. le parti devono impugnare (non i capi di domanda, bensì) i capi di questione ove si annidano gli errori imputati al primo giudice¹⁴⁹. Se gli ap-

¹⁴⁵L'utilizzo del verbo "decidere" richiede una precisazione. Come anticipato tra le premesse di studio, le attività giudiziali si distinguono in accertamenti destinati all'autorità di cosa giudicata (tecnicamente: le decisioni) ed in accertamenti *incidenter tantum*, produttivi di soli effetti endoprocedurali. I primi interessano il rapporto giuridico controverso; i secondi le questioni che il giudice deve affrontare e risolvere per addivenirvi. Tecnicamente non è quindi corretto riferirsi alla soluzione di questioni in termini di "decisione". Ciononostante, l'utilizzo verbale effettuato nel testo deve apprezzarsi in chiave tecnica. Esso consente di distinguere le questioni "decise" (con ciò intendendo quelle sulle quali il giudice abbia espresso valutazioni di fondatezza e/o infondatezza) da quelle, invece, "assorbite" (ossia quelle semplicemente superate senza la maturazione di alcun convincimento giudiziale). Distinzione che occorre tener presente perché le modalità con cui il giudice risolve le questioni determinano l'adozione di meccanismi devolutivi diversificati per la rianimazione in appello (v. *infra*, par. successivo).

¹⁴⁶La quale, se viziata, tale è per derivazione.

¹⁴⁷Ai sensi degli artt.163 n.3, 329.2 e 342 c.p.c..

¹⁴⁸L'identità capo di sentenza appellabile = decisione di questione ha trovato nel tempo affermazione e conferma nel trittico della S.U.: *Cass., S.U., 6/6/1987 n.4991, Cass., S.U. 16/2000 e Cass., S.U., 23/12/2005, n. 28498* (sulle quali v. anche *infra*, par.2.2.4, spec. nn.192 e 203).

¹⁴⁹Quanto al grado di specificità con cui devono essere descritti quegli errori può ritenersi, condividendo gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, che sotto l'egida dell'art.342 c.p.c. pre-riforma del 2012 la declinazione dovesse avvenire secondo criteri flessibili. Una volta stabilito, come minimo comune denominatore, che i motivi dovessero contenere argomentazioni critiche sì articolate da inficiare la reggenza logica della motivazione della sentenza gravata (cfr. *Cass. S.U., 4991/1987* in seguito confermata da *Cass., 29/01/2000 n.16; Cass., 25/03/2010, n.7190; Cass., S.U., 9/11/2011 n.23299*), ulteriori gradi di specificità avrebbero dovuto rimettersi ad un apprezzamento concreto. Quest'ultimo avrebbe potuto assumere, quali parametri, il grado di complessità della causa ovvero la puntualità e la ricchezza argomentativa della motivazione di sentenza con cui gli appellanti si sarebbero dovuti adeguatamente confrontare (v., in giurisprudenza, *Cass. S.U., n.9628/1993* poi confermata a sezioni semplici da *Cass. n. 6066/1995, Cass., n.967/2004; Cass. n. 27727/2005*; in dottrina, per tutti, in dottrina, R.Poli *I Limiti delle impugnazioni ordinarie, op.cit.*, p.473 e ss.; IDEM *Il nuovo giudizio d'appello, op.cit.*, p.123 ove l'Autore offre una pregevole sintesi delle regole giurisprudenziali in materia di specificità dei motivi che si ritiene perciò doveroso riportare letteralmente. Dopo aver affermato che la specificità, consistente "nella esplicitazione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto di ogni singola censura" sia "strumentale alla esatta determinazione del motivo e dunque al raggiungimento dello scopo della indicazione del motivo" aggiunge che "il motivo è indicato con sufficiente specificità quando consente di individuare con precisione la violazione di legge del provvedimento denunciata, e a tale proposito

PELLI si rivolgersero a frazioni della sentenza più ampie di quei capi, la dispersione argomentativa impedirebbe l'assolvimento dell'onere motivazionale secondo il grado di specificità richiesto dall'art.342 c.p.c.. La puntualizzazione dell'errore è infatti direttamente proporzionale alla precisione selettiva del luogo (*rectius*: capo) che ne ospita l'emersione¹⁵⁰.

Ma non è tutto. Il grado di specificità richiesto agli appellanti determina conseguenze rilevanti anche in ordine alla cognizione (e, come si vedrà, alla decisione¹⁵¹) del giudice *ad quem*. Il tessuto cognitivo a questi affidato non si compone di tutte le questioni emerse in primo grado ed automaticamente riemerse in seconde cure¹⁵². Se così fosse, il significato dell'impegno motivazionale¹⁵³ perderebbe ogni rilievo¹⁵⁴. Il giudice d'appello è chiamato a riesaminare le sole questioni oggetto di argomentata impugnazione: ossia quelle cui

può dirsi raggiunto lo scopo quando l'argomentazione dedotta, se fondata, priverebbe di base logica la motivazione della parte di sentenza impugnata"

Anche da questo punto di vista risolutiva è stata la riforma dell'art.342 c.p.c. intervenuta nel 2012. Con essa il legislatore ha definito, dettagliatamente, il contenuto necessario dei motivi d'appello, eliminando ogni residua incertezza in ordine all'intensità dell'impegno censorio (v. *infra*, par. 2.2.4).

¹⁵⁰Cfr. R.Poli, *I limiti oggettivi*, *op.cit.*, p.439. All'Autore si deve la limpida scomposizione concettuale tra questioni oggetto di impugnazione, motivi della doglianza, ragioni d'impugnativa. Mentre la questione è rappresentata dalla verifica di punti di fatto o diritto incerti, i motivi identificano gli errori intercorsi nella soluzione della questione ed ineriscono alle modalità propositive del gravame. Ancora diverse le ragioni: esse consistono nelle argomentazioni logico-giuridico-fattuali addotte a sostegno della fondatezza dell'errore denunciato. Ai sensi dell'art.342 c.p.c. gli appellanti sono chiamati, oltre che ad individuare le questioni oggetto di riesame (artt.163.3-329.2 c.p.c.), a motivare altresì le proprie istanze attraverso gli errori intercorsi nella soluzione delle questioni *de quibus*. Poiché i motivi devono essere specifici, sono inoltre tenuti ad argomentare le ragioni dell'impugnativa. Da questo punto di vista il criterio cui devono ispirarsi è offerto dal rinvio formal-contenutistico dell'art.342 c.p.c. all'art.163.4 c.p.c.. Come ai fini dell'instaurazione del primo grado di giudizio, così in sede d'impugnazione le parti devono indicare *"l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda"*.

Grazie a questa fine scomposizione concettuale è possibile ricostruire ordinatamente e, così, valorizzare, il significato di ciascuna indicazione emergente dall'art.342 c.p.c.: quella relativa al rinvio al n.3 dell'art.163 c.p.c., quella relativa ai motivi ed, infine, quella relativa al n.4 dell'art.163 c.p.c..

¹⁵¹V. *infra*, nel testo dei successivi paragrafi.

¹⁵²Ciò che invece sosteneva la dottrina tradizionale quale effetto automatico dell'impugnazione estensiva del capo di domanda. Tutte le questioni ricomprese in quel capo sarebbero riemerse innanzi al giudice *ad quem* al fine di consentire il riesame dell'intero rapporto deciso in quel capo (effetto devolutivo, c.d. temperato, dell'appello). Eventuali rilievi delle parti su specifiche questioni interne avrebbero avuto il mero effetto di veicolare l'attenzione giudiziale all'esame dei passaggi controversi nei quali era riposta la maggior aspettativa risolutiva.

¹⁵³Che, così come ricostruito, onera le parti alla specificazione degli errori compiuti dal giudice *a quo* e quindi, indirettamente, alla selezione delle questioni affette da quei vizi.

¹⁵⁴Le indicazioni delle parti sarebbero infatti in ogni caso superate dagli automatismi devolutivi.

si riferiscono gli errori denunciati specificatamente dai motivi ex art.342 c.p.c.¹⁵⁵. Ad esse si aggiungono soltanto le questioni assorbite e riproposte ex art.346 c.p.c.¹⁵⁶; e quelle che, secondo i principi

¹⁵⁵Si tratta delle questioni affrontate e decise dal giudice *a quo* in senso sfavorevole all'impugnante. Nel primo grado di giudizio la decisione di tali questioni può indifferentemente conseguire ad un'iniziativa di parte (ad esempio tramite eccezione) ovvero ad un rilievo officioso. Il fatto che il giudice abbia poi espresso una valutazione di fondatezza o infondatezza su quelle questioni ne esclude invece la riesaminabilità officiosa in appello; ed impegna gli interessati ad evidenziare, ai sensi dell'art.342 c.p.c., i punti critici delle riflessioni preposte a quel convincimento.

¹⁵⁶L'espressione "non accolte" di cui all'art.346 c.p.c. dev'essere quindi tecnicamente riferita al fenomeno dell'assorbimento, ed identicamente rapportata agli istituti delle (ragioni di) domande e delle eccezioni. Ciò che diviene rilevante, al fine di determinare l'ambito di applicazione oggettivo dell'art.346 c.p.c., non è tanto il tipo di allegazione promossa dalla parte. Che si tratti di (ragioni di) domanda ovvero di eccezioni, ciò che conta è che il giudice abbia omesso di valutarne il contenuto-merito, avendo ritenuto di poterlo in ogni caso superare in virtù dell'accertamento di altre prevalenti (*rectius*: assorbenti) domande od eccezioni.

Definito l'ambito di applicazione oggettivo, resta da chiarire il profilo formale dell'art.346 c.p.c.. Ossia cosa si intenda con "riproposizione" e che significato debba attribuirsi alla mancata previsione di un onere motivazionale.

A tal fine occorre compiere un passo indietro. L'art.346 c.p.c. riguarda le (ragioni delle) domande e le eccezioni non decise perchè superate da una valutazione di assorbimento. Quella di assorbimento è una statuizione che potremmo definire "neutrale", perchè non esprime alcuna convinzione, nè positiva, nè negativa, sul contenuto delle questioni. Proprio in virtù di questa sua estraneità al merito, l'assorbimento non richiede al giudice alcuna motivazione. A giustificare l'adozione è sufficiente la deduzione dei rapporti di connessione riconosciuti tra la questione assorbita e quella, invece, accolta o rigettata.

Contro una "non decisione, non motivata" come quella di assorbimento non sarebbe neppure astrattamente concepibile un'impugnazione. Il gravame difetterebbe, anzitutto, del substrato minimo essenziale (una decisione supposta erronea) su cui poter intarsiare ragioni di insoddisfazione e motivi di critica (cfr., seppur indirettamente, E.F.Ricci, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, Riv.dir.proc., 1978, p.66 làdove, in relazione al fenomeno dell'assorbimento, afferma "il capo di sentenza omissa, proprio perchè omissa non esiste come oggetto di annullamento o riforma").

Per questo le (ragioni delle) domande e le eccezioni assorbite devono essere riproposte. La riproposizione, a differenza dell'impugnazione, non traduce un atteggiamento antagonista verso la sentenza. Non impegna le parti ad individuarne e colpirne punti dubbi con proprie ragioni di dissenso (lo conferma C.Consolo, *Il processo di cognizione*, op.cit., p.304 làdove, dopo aver affermato che "(...) la riproposizione non è un'impugnazione", poi prosegue sostenendo che "la parte di essa onerata non deve quindi essere un soccombente"). Richiede semplicemente che i soggetti interessati rianimino i temi d'interesse precedentemente (e legittimamente, v.*supra*, nt.n.81) trascurati perchè, appunto, assorbiti; esprimendo la volontà di vederli invece esaminati (cfr. G.Basilico, *Sulla riproposizione*, op.cit., p.123; R.Poli, *La devoluzione di domande e questioni*, op.cit., p.341 che definisce la riproposizione ex art.346 c.p.c. un'attività a carattere "non impugnatorio, perchè volta a sollecitare una prima pronuncia su (...) questioni già proposte in primo grado e non ancora decise"; in giurisprudenza una conferma deriva dalla recentissima Cass., S.U. n.7700/2016 per la quale "La mera riproposizione, sottintendendo solo la devoluzione al giudice d'appello dell'eccezione per come proposta nel primo grado (dato che "riproporre" significa "nuovamente proporre" "in funzione della nuova decisione (...) non è idonea a comprendere la necessaria attività di critica che il convenuto deve rivolgere all'opinione con cui il primo giudice ha disatteso l'eccezione"). Ecco perchè l'art.346 c.p.c. omette di prescrivere un impegno motivazionale. Nella riproposizione la motivazione è *in re ipsa* e coincide con la legittima (artt.112 e 277.1 c.p.c.) volontà di ottenere una pronuncia sulle questioni precedentemente sollevate.

Sia consentita un'ultima precisazione.

generali, siano ancora rilevabili d'ufficio (perchè mai rilevate, nè per iniziativa di parte, nè per ordine del giudice).

Il significato della devoluzione nell'appello promosso attraverso motivi esplicativi In conclusione, la tesi sulla funzione esplicativa dei motivi consente un soddisfacente riordino dei meccanismi devolutivi che trasferiscono il materiale di causa oggetto delle prime cure (in particolare, le questioni) nel successivo appello. In particolare, valorizzando la *ratio* sottesa all'art.342 c.p.c. (norma cardinale nella fisionomia delle seconde cure), essa risolve in termini sistematicamente apprezzabili due perplessità interpretative. La prima riguarda l'ambito di applicazione oggettivo dell'art.346 c.p.c.. Il nebuloso tenore letterale rende infatti la norma impenetrabile ai sensi dell'art.12, comma 1, delle preleggi. La seconda, consequenziale, riguarda il rapporto tra l'art.342 e l'art.346 c.p.c.: ossia i rispettivi ambiti funzionali.

Alla luce della funzione esplicativa dei motivi, la devoluzione delle questioni emerse in prime cure nel successivo appello è così ordinata. Essa percorre canali diversi a seconda del modo in cui le questioni

Si è dato atto della preferenza verso l'interpretazione che identifica le "domande" non accolte nelle "ragioni delle domande" non accolte (il cui merito storico si deve a S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale, op.cit.*, p.).

Ad informare questa scelta è il principio della parità di trattamento, nella particolare declinazione che assume in sede d'impugnazione. L'impegno richiesto alle parti che si affaccino al giudizio di appello deve assumere, con specifico (ed esclusivo) riferimento al confronto con la sentenza impugnata, identica intensità. Ciò significa che, a prescindere dal titolo (si tratti di riforma o riproposizione) dell'istanza avanzata, il referente obiettivo delle iniziative delle parti dev'essere sempre rappresentato dalle questioni respinte o assorbite dalla sentenza avvertata. Così, se entrambi gli appellanti (principali o incidentali) devono impugnare le questioni sfavorevolmente decise; se l'appellato è onerato della riproposizione delle questioni assorbite opposte all'accoglimento della domanda avversaria (ossia delle ragioni della propria domanda di accertamento negativo); lo stesso vale per l'appellante che deve, se vi ha interesse, riproporre le questioni che avevano animato le plurime ragioni (evidentemente, non individuate) della domanda assorbite. Non sarebbe punto congruo onerare le parti, insoddisfatte dalla decisione di una domanda, della specifica impugnazione delle questioni che l'hanno provocata, per poi ammettere che l'esame delle domande (in senso tecnico) assorbite possa avvenire sulla base della meno impegnativa riproposizione.

Il fenomeno della devoluzione delle domande assorbite deve perciò rintracciare altrove (e non nell'art.346 c.p.c.) il proprio fondamento normativo. Quest'ultimo è dato dall'art.336.1 c.p.c.: norma che, congruamente, omette ogni riferimento alle attività processuali delle parti. Ai sensi dell'art.336.1 c.p.c. la devoluzione in appello delle domande assorbite è infatti un'implicazione automatica dell'effetto espansivo esterno della riforma. Il giudice che accoglie un'impugnazione è infatti sempre tenuto, per dovere istituzionale, a coordinare la riforma della sentenza con la valutazione precedentemente offerta alle domande dipendenti da quella impugnata, a prescindere dalle indicazioni delle parti (quanto all'ambito decisorio del giudice *ad quem* ed al suo rapporto con le iniziative di parte *v.infra*, nel testo dei successivi paragrafi). Tra quelle domande si inseriscono anche quelle assorbite il cui neutrale superamento, legittimo in prime cure, potrebbe non risultarlo più a seguito dell'accoglimento dell'appello.

de quibus siano state affrontate dal giudice *a quo*. Se i loro contenuti, ossia il “merito” (l’espressione, così utilizzata, può essere estesa anche ai contenuti delle questioni pregiudiziali di rito), sono stati decisi in termini di fondatezza o infondatezza, tali decisioni integrano capi di questione ex art.329.2 c.p.c.. Làdove in quei capi le parti ravvisino degli errori, essi devono costituire oggetto di motivata denuncia ex art.342 c.p.c.. L’onere di motivata impugnazione ricorre anche quando le questioni non siano state decise nel merito per effetto di una illegittima valutazione di assorbimento del giudice *a quo*. Anche in questo caso, infatti, v’è un capo di sentenza (quello nel quale il giudice afferma di non dover decidere le questioni) affetto da un errore denunciabile esclusivamente nelle forme del gravame.

Sono così sottratte all’ambito di applicazione oggettivo dell’art.346 c.p.c. (ed, in particolare, dal novero delle questioni “non accolte”) le questioni respinte e quelle illegittimamente assorbite. Le decisioni di tali questioni (od il loro irrituale assorbimento) in quanto tali (ed in quanto capi di questione) devono essere impugnate con appello (art.342 c.p.c.).

Oggetto di riproposizione ex art.346 c.p.c. sono perciò, oltre alle domande (o, secondo l’opzione preferita, alle ragioni di domanda) assorbite, solo le eccezioni assorbite. Si tratta delle eccezioni non decise nel merito dal giudice *a quo* in virtù dell’accoglimento (rituale) di altre, assorbenti o più liquide, questioni¹⁵⁷. In questi casi, difettando un convincimento giudiziale verso cui dirigerla, alle parti non è richiesta l’articolazione di ragioni censorie. Al fine di vincere la preclusione da rinuncia ex art.346 c.p.c. è sufficiente un’inequivoca manifestazione della volontà di ottenere, dal giudice *ad quem*, l’esame (precedentemente omesso) delle questioni riproposte.

La fisionomia (ancora) rescissoria impressa dal sistema positivo alle seconde cure La ricostruzione suggerita sembrerebbe così as-

¹⁵⁷Conformemente, nella giurisprudenza più recente, *Cass.*, 10/05/2016, n.9543 e *Cass.*, 10/05/2016, n.9558; in dottrina C.Consolo, *Il cumulo condizionale*, *op.cit.*, p.756 e ss.; R.Poli, *La devoluzione di domande e questioni in appello nell’interesse della parte vittoriosa*, *op.cit.*, p.334, 340 e 346; G.Basilico, *Sulla riproposizione*, *op.cit.*, p.119-120 ed A.Tedoldi, *L’onere di appello incidentale*, *op.cit.*, pp.1302-1303. Quest’ultimo propone in realtà una nozione più lata di “assorbimento” atta a ricomprendere, oltre alle istanze nient’affatto esaminate, altresì quelle respinte senza tuttavia provocare alcun pregiudizio utilitaristico al promotore. Il concetto di assorbimento viene ad essere così declinato secondo il criterio dell’indifferenza utilitaristica. Quest’ultimo considera assorbite tutte le istanze superate da vantaggi altrimenti apportati alle parti mercè la sentenza.

similare la struttura del giudizio d'appello a quella, tipica, delle impugnazioni revisionali. Si tratterebbe infatti di un giudizio su questioni, attivato da puntuali e dettagliati (seppur non contenutisticamente vincolati) motivi di critica e deputato al controllo degli errori compiuti dal precedente giudicante. Ciò porterebbe ad identificare nell'appello una *revisio prioris instantiae* analoga alla Cassazione: ossia un giudizio incentrato sulla sentenza (e non sul rapporto giuridico controverso), finalizzato al relativo annullamento (e non alla sostituzione) in caso di accoglimento.

Una simile conclusione non gode di alcun riscontro ordinamentale ed è anzi confutata da dati normativi inconciliabili.

Come considerazione generale deve anzitutto ricordarsi che tutti i mezzi d'impugnazione c.d. rescindenti godono di un'espressa disciplina positiva che declina, puntualmente, i poteri e provvedimenti giudiziali, inquandrandoli nel normo-tipo revisionale. Questi ultimi sono normalmente riassunti nel rigetto dell'impugnativa (con conferma della sentenza impugnata) o nell'accoglimento (accompagnato dall'eliminazione della stessa). Ciò non si verifica nel caso dell'appello: il sistema positivo manca di articolare la *potestas iudicandi* nelle due alternative tipiche dei mezzi rescindenti¹⁵⁸.

Se difetta una disciplina specifica che attribuisca natura revisionale anche alle seconde cure non mancano invece disposizioni di segno opposto. Si pensi agli artt.353 e 354 c.p.c.. Le norme disciplinano tassativamente le ipotesi nelle quali il giudice *ad quem*, accogliendo l'appello, deve limitarsi ad annullare la sentenza gravata, rinviando la decisione sul merito ad altro giudice. L'annullamento con rinvio è quindi descritto come un *iter* eccezionale stagiato sullo sfondo di un giudizio di appello generalmente invece deputato all'immediata, rinnovata e sostitutiva decisione di lite.

Ancor più dirimente è, in tal senso, l'art.393 c.p.c.¹⁵⁹. La norma identifica nell'estinzione dell'intero processo l'effetto dell'estinzione del giudizio di rinvio. Un simile travolgimento non può che avere

¹⁵⁸Secondo alcuni Autori mancherebbe altresì la declinazione dei motivi/vizi tipici di annullamento tipica dei giudizi revisionali. Secondo Altri questo requisito è prescindibile ai fini della classificazione dell'impugnazione, rilevando soltanto in merito alla sua natura di strumento a critica libera o vincolata. In ogni caso sarebbe oggi soddisfatto dalla dettagliata articolazione dell'art.342 c.p.c. (nella parte relativa al contenuto dei motivi) optata dal legislatore del 2012 (su cui v. *infra*, par.2.2.4).

¹⁵⁹La norma, rubricata "Estinzione del processo", recita: "*Se la riassunzione non avviene entro il termine di cui all'articolo precedente, o si avvera successivamente ad essa una causa di estinzione del giudizio di rinvio, l'intero processo si estingue (...)*".

un unico significato: la natura sostitutiva della sentenza d'appello, ultimo ed unico provvedimento di merito del processo prima del giudizio di rinvio. Se così non fosse (ossia se il *decisum* di seconde cure non avesse sostituito, rendendola un *tamquam non esset*, la sentenza di primo grado) l'estinzione del giudizio di rinvio travolgerebbe sì il provvedimento (la sentenza d'appello) con il quale il giudice di quella fase è tenuto a confrontarsi¹⁶⁰; ma ciò non escluderebbe, eliminata la sentenza di seconde cure, la possibile riviscenza della decisione di primo grado. Che ciò non accada è dimostrazione palese del carattere sostitutivo del giudizio d'appello, e della relativa idoneità ad eliminare definitivamente tutto quanto stabilito dal primo giudice.

Come conciliare dunque questa natura sostitutiva (tipica dei gravami rescissori aventi ad oggetto lo stesso rapporto giuridico già precedentemente controverso) trapelante dal dato normativo con la ricostruzione interpretativa dell'appello sin qui sostenuta (ossia quella che vi attribuisce i caratteri tipici del giudizio rescindente incentrato su questioni e deputato al controllo degli errori della sentenza)?

Contrariamente alle apparenze le due soluzioni non sono incompatibili. Per comprenderne le interazioni occorre tuttavia abbandonare la pretesa di una meccanica sussunzione di tutti i mezzi impugnatori in predeterminate categorie sistematiche. Inquadramento cui normalmente consegue, quale effetto determinante, la conformazione del mezzo sussunto alla struttura tipica del modello prescelto.

Il punto di vista suggerito sia subito chiarito. Non s'intende certo negare alle elaborazioni classificatorie il merito d'aver individuato e descritto caratteri comuni a molte impugnazioni. Qualità che, rinnovandosi talvolta identiche in mezzi diversi, ne rendono opportuna e conveniente la categorizzazione. Ciò che s'intende negare è che l'inquadramento in un modello ai cui profili riconoscere piena corrispondenza sia l'unico modo per indagare la fisionomia dei mezzi impugnatori. Solo in alcuni casi questo *modus procedendi* garantisce la retta comprensione. Ciò si verifica quando nelle parole del legisla-

¹⁶⁰Il giudice di rinvio non gode di piena libertà nell'espressione dei propri poteri decisori. I suoi parametri sono rappresentati dalla sentenza di secondo grado, così come impugnata innanzi al S.C., e dagli insegnamenti del giudice di legittimità. Egli non può, anzitutto, conoscere delle questioni che non abbiano costituito oggetto di ricorso per Cassazione (i relativi capi passano punto in giudicato per acquiescenza presunta ex art.329.2 c.p.c.). Oltre a ciò, le questioni oggetto dei capi impugnati con motivi accolti devono essere risolte ossequiando le indicazioni (di diritto) promananti dal S.C..

tore vi sia già un'esauriente descrizione dei caratteri propri al singolo mezzo impugnatorio. In quel caso il compito dell'interprete è quello, interpretativo-ordinatorio, di collocare il mezzo *de quo* nella categoria sistematica cui quei caratteri corrispondono. Quando invece i tratti positivi dell'impugnazione siano incompleti e/o sfumati, la riconduzione ad uno schema rischia di trascurarne, con l'omologazione forzata, le caratteristiche effettive.

Questo il pericolo che l'interprete sconta con riferimento al giudizio d'appello. In questo caso le incertezze normative richiedono un'impegno analitico maggiore dell'individuazione e sussunzione. Occorre infatti una vera e propria ricostruzione delle caratteristiche che, più o meno limpidamente, il legislatore tratteggia. Ad essa deve seguire un'armonizzazione sistematica internamente efficace ed esternamente (ossia con riferimento all'intero processo) efficiente. In quest'operazione lo sguardo dev'essere libero da schemi. Una prospettiva vincolata rischierebbe punto di trascurare contenuti significativi solo per la difficoltà di conciliarli all'interno di un modello. Disattenzione ingiustificabile nell'analisi di quei giudizi in cui, come nell'appello, la mancanza di copertura costituzionale autorizza una maggiore (purché convincente) discrezionalità ricostruttiva.

La natura ibrida del giudizio d'appello: il tramonto di una *vera quaestio* La traduzione, in questa prospettiva, dei divergenti caratteri riconosciuti all'appello porta così ad affermarne l'attuale ibrida natura: in parte revisionale-rescindente, in parte sostitutivo-rescissoria. Le due anime convivono connotando diversi e cronologicamente successivi momenti dell'*iter* gravatorio. Nella fase introduttiva ed in quella cognitivo-istruttoria l'appello si atteggia a *revisio*. Gli appellanti devono impugnare (capi di) questione motivando specificatamente l'errore causale compiuto dal giudice *a quo* nel deciderle¹⁶¹. Alla cognizione del giudice *ad quem* sono devolute soltanto le questioni oggetto dei capi impugnati e quelle assorbite riproposte ex art.346 c.p.c.¹⁶². L'istruzione, salve ipotesi eccezionali

¹⁶¹Come già anticipato, sull'importanza del nesso di causalità tra il vizio denunciato e la decisione finale e sul relativo rapporto con l'interesse ad impugnare degli istanti ci si soffermerà in seguito, v. *infra*, Cap.II.

¹⁶²Cfr. *Cass., Sez.lav., 21/09/2015, n. 18542* la quale, dopo aver escluso che l'appello possa ancor oggi esser considerato un *novum iudicium*, quanto al suo oggetto afferma ch'esso sia rigorosamente circoscritto alle questioni specificatamente dedotte, secondo il regime della devoluzione (s'intende, non automatica né semi-automatica), con i motivi d'impugnazione principale o incidentale ovvero attraverso la riproposizione ex art.346 c.p.c.

(art.345 c.p.c.), non si apre all'ammissione di nuove prove, bensì si limita ad un controllo dei risultati raggiunti sulla base di quelle già assunte.

Ciò non significa, tuttavia, che oggetto delle seconde cure sia la sentenza e che la decisione giudiziale si limiti a verificarne la validità.

Il riconoscimento di una struttura cognitiva limitata alle questioni oggetto di motivata impugnazione ex art.342 c.p.c. (e di espressa riproposizione ex art.346 c.p.c.)¹⁶³ non è punto incompatibile con l'affermazione di una fase decisoria finalisticamente sostitutiva. Se è vero infatti che il giudice d'appello può riesaminare solo le questioni rianimate dalle indicazioni (impugnatorie o ripropositive) delle parti, ciò non significa che lo scopo della cognizione debba essere limitato all'apprezzamento del vizio afferente¹⁶⁴.

Occorre allora verificare quali siano, effettivamente, le implicazioni del confinamento della *cognitio* alle sole questioni impugnate (e riproposte). Talune, forse già intuibili, si riverberano sugli oneri censori delle parti; talaltre, invece, sull'oggetto dell'appello da quelle promosso¹⁶⁵.

Per svelare quelle implicazioni occorre volgere un passo indietro e riflettere sul significato dell'affermata appellabilità dei capi di questione¹⁶⁶.

Analizzando l'interpretazione offerta dalla dottrina tradizionale al requisito della specificità dei motivi¹⁶⁷ s'era visto come anche i sostenitori della funzione identificativo-estensiva¹⁶⁸ avessero infine ammesso la necessità di una puntuazione (seppur sempre all'interno del capo di domanda appellato) delle questioni erroneamente risolte. Tale previsione, lungi dall'inficiare la natura estensiva dell'identificazione, mirava solo a giustificare il richiamo legislativo alla "specificità" dei motivi. Gli appellanti dovevano continuare ad indicare, nei propri

Più precisamente l'ambito della cognizione affidata al giudice d'appello ricomprende tutto il materiale di causa inerente le questioni mal risolte utile alla verifica della presenza, o meno, dei vizi denunciati. Si tratta di tutte le allegazioni, contestazioni, documenti, risultanze istruttorie, ragionamenti in genere e qualificazioni giuridiche relativi alle questioni impugnate.

¹⁶³Cui si aggiungono, ovviamente, quelle ancora rilevabili d'ufficio.

¹⁶⁴Ed, eventualmente, all'annullamento della decisione che dipende dalla soluzione, erronea, di quelle questioni.

¹⁶⁵Ciò conferma, ancora una volta, l'esistenza di un indissolubile legame tra le attività degli impugnanti e la struttura del giudizio che ne ospita le iniziative.

¹⁶⁶In altre parole, sulla connotazione restrittiva assegnata alla funzione identificativa degli atti d'appello.

¹⁶⁷V.nt.n.96.

¹⁶⁸Tesi che, lo si ricorda, assegnava proprio ai motivi il compito di identificare i capi di domanda appellati.

atti introduttivi, il perimetro esterno ed il contenuto interno dei capi di domanda impugnati: ciò al fine di individuare il *quantum appellatum*. Dovevano poi accompagnare a quella indicazione una selezione dei passaggi critici più dirimenti: ciò al fine di veicolare il riesame nella direzione dell'accoglimento.

Diversa prospettiva quella suggerita dalla tesi (ivi accolta) circa la natura restrittiva della funzione identificativa; ossia circa l'appellabilità di capi di questione.

In questo caso le questioni passano dal rappresentare il referente obiettivo di una qualità (la specificità) dei motivi all'integrare i veri e propri capi di sentenza che, ai sensi degli artt.163 n.3, 329.2 e 342 c.p.c., gli appellanti devono gravare. Ciò significa che, dal punto di vista redazionale, gli appellanti non devono più indicare i capi di domanda, nè devono preoccuparsi di verificarne la coincidenza con il rapporto sostanziale di cui attendono riesame. L'impugnazione ha ad oggetto capi di questione ed è al contenuti di quei capi che si rivolgono le tensioni censorie delle parti. La struttura dell'atto di appello si compone perciò dell'indicazione delle questioni mal risolte¹⁶⁹; della specificazione dell'*error* che ne ha inficiata la soluzione¹⁷⁰; dell'articolazione delle ragioni di fatto e/o diritto che verificano quell'*error*¹⁷¹.

Oltre ad incidere sugli oneri censori delle parti, l'appellabilità delle questioni è gravida di conseguenze rilevanti anche in ordine all'oggetto del giudizio e della decisione d'appello.

Nell'interpretazione tradizionale la puntuazione delle questioni esprimeva un valore argomentativo. Quelle indicazioni avrebbero veicolato l'attenzione giudiziale su determinati passaggi critici, assicurando ad un'eventuale riforma della sentenza una motivazione fondata sulla diversa soluzione dei temi indicati. Nessuna inferenza era invece riconosciuta alla specificazione delle questioni sull'oggetto del giudizio. In un contesto interpretativo fortemente intriso da echi dogmatici quell'oggetto continuava a coincidere con l'intero rapporto giuridico controverso devoluto attraverso l'impugnazione del relativo capo di domanda.

Ammettendo invece che gli atti d'appello debbano rivolgersi a capi di questione si finisce per spostare il *focus* obiettivo delle seconde cure dalla *res* litigiosa alle questioni denunciate. Tanto le

¹⁶⁹Ciò per soddisfare il rinvio all'art.163 n.3 c.p.c. effettuato dall'art.342 c.p.c..

¹⁷⁰Ciò per soddisfare il requisito della specifica motivazione.

¹⁷¹Ciò per soddisfare il rinvio all'art.163 n.4 contenuto nell'art.342 c.p.c..

parti (negli atti introduttivi) quanto il giudice (in corso di accertamento) devono concentrare l'iniziale attenzione sui soli contenuti delle questioni *de quibus*. Solo dopo averne verificata l'erroneità ed individuata la corretta soluzione il giudice deve rivolgersi al rapporto controverso. Al fine di concludere il giudizio deve punto stabilire quali profili della lite subiscano gli effetti della riforma delle questioni anteposte; ed offrirvi armonica soluzione. Ciò significa che ad una prima cognizione revisionale (appuntata sulle questioni e diretta all'eliminazione dei vizi) segue poi una decisione rescissoria che investe la lite con proiezione sostitutiva.

Ciò che distingue questa ricostruzione da quella, tradizionale, dell'appello come *novum iudicium*, è l'identificazione dell'oggetto del giudizio. Anzitutto v'è una prima fase (introduttivo-cognitivo-istruttoria) in cui quell'oggetto è rappresentato dalle questioni impugnate e riproposte. V'è poi una seconda fase (decisorio-sostitutiva) nella quale l'oggetto torna ad essere la lite; tuttavia con una precisazione. Non si tratta necessariamente dell'intero rapporto giuridico controverso. L'oggetto della sentenza sostitutiva d'appello è infatti rappresentato da quella porzione della lite che viene strettamente incisa dalla soluzione delle questioni impugnate; e che attende d'essere riformata in caso di accoglimento delle relative censure¹⁷².

In sintesi, il giudizio d'appello descritto dal legislatore del 1942 si colloca a metà tra il gravame in senso proprio e l'impugnativa. Come l'impugnativa viene attivato dalla motivata denuncia degli errori/vizi che affliggono la sentenza di primo grado. L'effetto è quello di una cognizione limitata alle sole questioni colpite da specifici motivi di censura¹⁷³. Una volta stabiliti i confini della *cognitio*,

¹⁷²La cognizione del giudice *ad quem* è quindi sempre strumentale ad una fase decisoria incentrata sulla lite e destinata a rispondere all'ambizione degli appellanti alla sua rinnovata (e più favorevole) decisione.

Il fenomeno viene spiegato da alcuni Autori in termini di duplicità oggettiva del giudizio d'appello. Da un lato v'è l' "oggetto diretto", coincidente con la sentenza impugnata, di cui si chiede (in ogni caso) rimozione; dall'altro l' "oggetto indiretto", riconducibile alla situazione giuridica sostanziale, della quale si ambisce proporzionata, diversa (e più favorevole) soluzione rispetto a quella sancita dal provvedimento appellato (così, espressamente, M.De Cristofaro, *Motivi d'appello*, *op.cit.*, p.761 e ss. e R.Poli, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, *op.cit.*, p.448; A.Tedoldi, *Commentario al codice di procedura civile a cura di C.Consolo*, Milano, 2013, V,II, p.673).

Non mutuano le espressioni ma condividono, di fatto, la soluzione A.A.Romano, *Profili dogmatici ed applicativi*, *op.cit.*, p. e, più di recente, M.P.Gasperini, *La formulazione dei motivi d'appello nei nuovi artt.342 e 434 c.p.c.*, Riv.dir.proc., 2014, p.925.

¹⁷³Così R.Poli, *Il nuovo giudizio d'appello*, *op.cit.*, p. 123 làdove afferma la similitudine tra giudizio d'appello e Cassazione (ed, in generale, tutti i giudizi revisionali) "*con particolare riguardo alla fase introduttiva del giudizio ed alle modalità di determinazione del relativo*

l'accertamento demandato al giudice d'appello assume quale orizzonte la porzione della lite che dipende dalla decisione di quelle questioni. Come in ogni giudizio di gravame, quella frazione della *res* controversa dev'essere nuovamente decisa; la rinnovata soluzione, sia essa di conferma ovvero di riforma, è in ogni caso sostitutiva¹⁷⁴.

Considerazioni conclusive A conforto dell'appellabilità di capi di questione, e dell'ibrida fisionomia dell'appello che ne deriva, soccorrono, oltre ai dati positivi, principi di carattere generale.

Il primo è quello della disponibilità dell'oggetto del processo¹⁷⁵. Declinato in sede impugnatoria tale principio vuole siano le parti a determinare l'estensione obiettiva della *cognitio* e, conseguentemente, della decisione del giudice *ad quem*. Obiettivo, quest'ultimo, senz'altro assicurato dalla valorizzazione del ruolo degli impugnanti che si è ritenuto leggere tra le righe degli artt.342, 345, 346 c.p.c.. Il potere/onere di appellare porzioni più infinitesime del materiale di causa (le decisioni di questioni), oltre a responsabilizzare le parti, garantisce loro una perfetta corrispondenza tra i confini dell'accertamento giudiziale ed il contenuto dei rispettivi atti introduttivi¹⁷⁶.

Questa limitazione del materiale di causa oggetto di cognizione e decisione, oltre a soddisfare il principio dispositivo, favorisce anche quelli della ragionevole durata e dell'economia dei giudizi (art.111 Cost.)¹⁷⁷. L'onere delle parti di riferire sempre più puntualmente i contenuti obiettivi delle seconde cure determina una progressiva riduzione della lite. L'ambito della controversia viene infatti astretto alle sole porzioni del rapporto giuridico sostanziale che dipendono

oggetto". Conformemente G.Costantino, *Le modifiche del giudizio di appello*, www.treccani.it.

¹⁷⁴A sostegno di questa ricostruzione del giudizio d'appello anche le autorevoli opinioni di A.Ronco, *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito -come baluardo per la sopravvivenza della decisione di merito-*, *op.cit.*, p.13 ed A.Carrato e G.Canzio, *Relazione tematica per l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione Oggetto*, *op.cit.*, p.20. Per questi ultimi la peculiare struttura delle seconde cure è giustificata dalla mancanza di una netta cesura tra fase rescindente e rescissoria. L'assenza di questo limite importa che il giudice d'appello, una volta verificata la presenza dei vizi specificatamente denunciati (fase rescindente), debba in ogni caso emettere (salve le eccezioni di legge, artt.353 e 354 c.p.c.) una sentenza sostitutiva immune (fase rescissoria).

¹⁷⁵Principio che, tanto il legislatore (artt.2907 c.c., 112 e 329.2 c.p.c.), quanto gli interpreti (làdove hanno affermato l'operatività, in appello, del meccanismo "*tantum devolutum quantum appellatum*") hanno riconosciuto anche alle fasi impugnatorie.

¹⁷⁶L'opinione incontra l'avallo, autorevole, di A.A.Romano, *Profili dogmatici ed applicativi*, *op.cit.*, p.1216.

¹⁷⁷M.Pacilli, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione incidentale condizionata*, *op.cit.*, p.1261.

dalla soluzione delle questioni appellate. Il giudice dei gradi successivi al primo è così incaricato di un accertamento oggettivamente meno esteso che ha la possibilità di svolgere in tempi brevi e con l'impiego di un minor numero di risorse. Ciò al prezzo, non certo sconveniente ed, anzi apprezzabile in termini di autoresponsabilità processuale, di un maggiore impegno argomentativo delle parti nella redazione degli atti introduttivi.

La fisionomia ibrida dell'appello¹⁷⁸ risponde inoltre positivamente alle esigenze di efficienza sistematica tipicamente attese dai giudizi impugnatori. Le impugnazioni sono mezzi istituzionalmente deputati a garantire il progressivo affinamento della decisione giudiziale per bocca del secondo (o comunque successivo) organo adito¹⁷⁹. Ciò in forza del principio per cui il giudice dell'impugnazione, intervenendo su materiali di causa già sfoltiti ed elaborati, può apprezzare con maggior precisione aspetti sfuggiti al precedente e più ampio accertamento¹⁸⁰. Perché l'impugnazione possa garantire questo *quid pluris* è tuttavia necessario che l'attività compiuta dal giudice *a quo* sia tenuta in debita considerazione da quello *ad quem*. Se quest'ultimo dovesse ripartire *ex novo*, offrendo alla causa un riesame indifferente alle acquisizioni processuali pregresse, ne risulterebbe frustrato lo scopo stesso dell'intervento. La funzionalità dell'appello, in quanto mezzo d'impugnazione, è perciò meglio garantita da una struttura processuale nella quale all'attenzione del giudice sia rimessa, non l'intera ed impregiudicata lite; bensì la decisione a quella offerta, rianimata nei suoi critici passaggi interni. Solo un controllo giudiziale appuntato su specifici vizi può garantire quella puntualità riesaminatoria che è preludio di una decisione più giusta¹⁸¹. Da qui l'opportunità di ricostruire l'appello come un

¹⁷⁸Ossia la sua natura in parte revisionale ed in parte rescissoria.

¹⁷⁹M.Pacilli, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione incidentale condizionata*, *op.cit.*, p.1260.

¹⁸⁰Cfr.E.T.Liebman, *Il giudizio di appello e la Costituzione*, Riv.dir.proc., 1980, p.401; E.Allorio, *Sul doppio grado del processo civile*, Studi in onore di E.T.Liebman, Milano, 1979, p.1783; G.Tarzia, *Realtà e prospettive dell'appello civile*, Riv.dir.proc., 1978, p.86 e ss.; G.Tarzia ed A-C.Canova, *Realtà e prospettive dell'appello civile*, Riv.dir.proc., 1978, p.92 e ss.

¹⁸¹Questa l'opinione che emerge dalle ammalianti e filosofeggianti parole di A.Tedoldi, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la "iconoclastica" del 2012*, in Atti del convegno su "La riforma delle impugnazioni civili: esperienza tedesca e italiana a confronto", 22 Aprile 2013, Tribunale di Milano, p.3,. Espressioni che si ritiene doveroso riprodurre fedelmente, senza rielaborazioni interpretative: "Il metodo di confutazione e falsificazione dell'ipotesi fattuale, che s'attua attraverso i motivi specifici d'appello in guise non dissimili dal criterio epistemologico di matrice popperiana, contribuisce a depurare e mondare da impurità e vizii le statuizioni decisorie, nel loro faticoso cammino verso la verità (processuale, s'intende) e

giudizio revisionale, volto al controllo degli errori della sentenza in una prospettiva finale comunque sostitutiva. Sostenere invece che si tratti di un *novum iudicium* che si rapporta al giudizio precedente come fosse un *tamquam non esset* sarebbe un inconcepibile lusso, oltre che un atto di slealtà verso la sua stessa funzione impugnatoria.

Infine, la possibilità di appellare (come di ricorrere) capi di questione consente una riconciliazione armonica tra il micro-sistema delle impugnazioni non definitive e quello, generale, dei provvedimenti definitivi¹⁸². La decisione di una questione integra infatti gli estremi di un capo di sentenza autonomamente impugnabile (artt.329.2 e 336.1 c.p.c.) indipendentemente dall'occasione della sua inserzione nell'uno o nell'altro provvedimento¹⁸³. L'equivalente trattamento rende giustizia all'identità della decisione di una questione che, a prescindere dal momento e dal modo in cui si affaccia all'accertamento, pur sempre mantiene ferma la sua natura essenziale¹⁸⁴.

2.2.4 La riforma dell'art.342 c.p.c. nella l.134/2012. Conferme legislative alla possibilità obiettiva dell'appello incidentale del vincitore.

Nel 2012 il legislatore interviene sul sistema delle impugnazioni con una riforma¹⁸⁵ dichiaratamente finalizzata alla deflazione dell'imponente

verso la stabilità del giudicato (...)".

¹⁸²Come anticipato al par.1.1 l'impugnabilità (appellabilità) immediata delle sentenze non definitive (art.340 c.p.c.) sottintende l'equivalenza capo di sentenza autonomamente impugnabile = decisione di questione. Il contenuto di una sentenza non definitiva si esaurisce punto nella soluzione (in particolare, nel rigetto) di una questione. La previsione normativa espressa della sua autonoma (ossia indipendente da quella della sentenza definitiva) appellabilità offre perciò conferma della possibilità di ravvisare, nella decisione di questioni, capi di sentenza appellabili.

Tale considerazioni sono state tuttavia limitate da molti interpreti al micro-sistema gravatorio dei provvedimenti non definitivi. Come a dire che la decisione di questioni (pur sempre identica a sè stessa) possa costituire, o meno, un capo ex artt.329.2 e 336.1 c.p.c. a seconda della sua allocazione in una decisione definitiva o non definitiva.

¹⁸³All'interno di una sentenza definitiva la decisione di una questione rappresenta uno dei capi componenti (costituiti dalla decisione delle altre questioni) e concorre, insieme a quelli, a descriverne il contenuto. All'interno invece di una sentenza non definitiva la decisione di una questione, costituendone l'unico capo, ne esaurisce altresì il contenuto. In ogni caso integra gli estremi di un capo autonomamente impugnabile secondo E.Grasso, *Le impugnazioni incidentali*, op. cit., p.91 e 94; G.Monteleone, *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni*, op.cit., p.724; IDEM *La funzione dei motivi ed i limiti*, op.cit., p.1821; M.Curami, *Mera riproposizione ex art.346 o onere di impugnazione per l'appellato vincitore nel merito*, op.cit., p.648; N.Rascio, *L'oggetto dell'appello*, op.cit., pp.139, 227 e 248 ed infine R.Poli, *La devoluzione di domande e questioni*, op.cit., p.346.

¹⁸⁴Natura di passaggio dubbio, in fatto o in diritto, che il giudice deve necessariamente affrontare e risolvere in quanto antecedente logico-fattuale-giuridico del diritto controverso.

¹⁸⁵Si tratta del d.lgs.83/2012 (misure urgenti per la crescita del paese) poi convertito in l.134/2012.

carico giudiziario¹⁸⁶.

L'intervento ha rappresentato l'occasione per un chiarimento della posizione legislativa sulle iniziative censorie degli appellanti e, quindi, sulla fisionomia delle seconde cure.

Non è un caso, infatti, che tra le norme più incise dalla riforma vi siano state proprio quelle che, nel sistema positivo dell'appello, sono da sempre considerate le più contraddistintive¹⁸⁷. Tra queste

¹⁸⁶Tra i vari temi oggetto della riforma la presente ricerca seleziona solo quelli strettamente rilevanti ai fini di studio.

Non è questa, ad esempio, la sede in cui offrire una compiuta analisi dell'istituto del c.d. "filtro in appello" ex art.348 bis c.p.c.. Per quanto abbia costituito oggetto di uno dei più controversi interventi legislativi (come confermato dalla copiosa dottrina di commento, v., ad esempio, R.Caponi, *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, www.judicium.it.; IDEM, *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, Guida al diritto, 2012, p.12; G.Scarselli, *Sul nuovo filtro per proporre appello*, Il Foro it., 2012; G.Verde, *Processo civile: con un nuovo "filtro" in appello garanzie e tradizione giuridica segnano il passo*, Guida al diritto, 2012, p.6; C.Consolo, *Lusso o necessità nelle impugnazioni delle sentenze?*, www.judicium.it.; IDEM, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, Il Corriere Giuridico, 2012, p.1133; M.De Cristofaro, *Appello e Cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l.83/2012)*, www.judicium.it.; G.Impagnatiello, *Il "filtro" di ammissibilità dell'appello*, Il Foro it., 2012; I.Pagni, *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12) - Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, Il Foro it., 2012, p.299; A.Carratta, *Filtro in appello: prime applicazioni*, www.treccani.it; G.Costantino, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del filtro*, www.treccani.it; C.De Giovanni, *Impugnazioni e filtro in appello*, San Marino, 2013; M.Mocci, *Il giudice alle prese col filtro in appello*, Il giusto proc.civ., 2012, p.2012; A.Panzarola, *Le prime applicazioni del c.d. filtro in appello*, Riv.dir.proc., 2013, p.711; A.Briguglio, *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, Riv.dir.proc., 2013, p.573; G.Balena, *Le novità relative all'appello*, in Atti del convegno su "Le novità in materia di impugnazioni", 12 Aprile 2013, Firenze; A.Didone, *Note sull'appello inammissibile perché probabilmente infondato e il vizio di motivazione in Cassazione dopo il decreto legge c.d. "sviluppo"* -con il commento anticipato di Calamandrei-, Giur.it., 2013, p.229; M.Bove, *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli articoli 348 bis e 348 ter c.p.c.*, Riv.dir.proc., 2013, p.389; M.Di Marzio, *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013; G.Costantino, *La riforma dell'appello tra nomofilachia e "hybris"*, Il Foro it., 2014, p.1451; infine, più recentemente, lo studio monografico dal sapore comparativo di S.Dalla Bontà, *Contributo allo studio del filtro in appello*, Trento, 2015) il filtro in appello non sfiora, se non per profili limitatissimi, la figura del vincitore di merito. Se ne farà perciò solo incidentale riferimento laddove lo svolgimento dell'analisi vi ravvisi motivo d'interesse.

¹⁸⁷V. *supra*, par.2.2.2.

Di seguito si riporta il testo delle norme incise o introdotte *ex novo* dalla l.134/2012 che rappresenteranno, di qui in avanti, il sottofondo normativo dell'analisi.

Art.342 c.p.c., "Forma dell'appello": "L'appello si propone con citazione contenente le indicazioni prescritte nell'articolo 163. L'appello deve essere motivato. La motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità: 1) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; 2) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata (...);"

Art.345 c.p.c., "Domande ed eccezioni nuove": "(...) Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio";

spicca, ancora una volta, l'art.342 c.p.c.¹⁸⁸. Il legislatore ne ha modificati i requisiti forma-contenuto attraverso un significativo irrigidimento delle prescrizioni redazionali dei motivi¹⁸⁹; indicazioni ac-

Art.348 bis c.p.c., "Inammissibilità dell'appello": "Fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta. Il primo comma non si applica quando: a) l'appello è proposto relativamente a una delle cause di cui all'articolo 70, primo comma; b) l'appello è proposto a norma dell'articolo 702-quater";

Art.348 ter c.p.c., "Pronuncia sull'inammissibilità dell'appello": "All'udienza di cui all'articolo 350 il giudice, prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, dichiara inammissibile l'appello, a norma dell'articolo 348-bis, primo comma, con ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi. Il giudice provvede sulle spese a norma dell'articolo 91. L'ordinanza di inammissibilità è pronunciata solo quando sia per l'impugnazione principale che per quella incidentale di cui all'articolo 333 ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'articolo 348-bis. In mancanza, il giudice procede alla trattazione di tutte le impugnazioni comunque proposte contro la sentenza. Quando è pronunciata l'inammissibilità, contro il provvedimento di primo grado può essere proposto, a norma dell'articolo 360, ricorso per cassazione. In tal caso il termine per il ricorso per cassazione avverso il provvedimento di primo grado decorre dalla comunicazione o notificazione, se anteriore, dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilità. Si applica l'articolo 327, in quanto compatibile. Quando l'inammissibilità è fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata, il ricorso per cassazione di cui al comma precedente può essere proposto esclusivamente per i motivi di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) del primo comma dell'articolo 360. La disposizione di cui al quarto comma si applica, fuori dei casi di cui all'articolo 348-bis, secondo comma, lettera a), anche al ricorso per cassazione avverso la sentenza d'appello che conferma la decisione di primo grado".

¹⁸⁸La perdurante rilevanza sistematica dell'art.342 c.p.c. è confermata dal numero degli studi dedicativi anche a seguito della riforma, v. L.Pagni *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012* (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12) -, *op.cit.*, p.299; R.Caponi, *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012* (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12) - *La riforma dell'appello civile*, Il Foro It., 2012, p.292; G.Costantino, *La riforma dell'appello*, in Atti del XXI Congresso nazionale forense, 22 Novembre 2012, Bari (poi in Il giusto processo civile, 2013, pp.21 e ss.), 2012; M.Fabiani, *Oggetto e contenuto dell'appello civile*, Il Foro It., 2012, p.282; G.Balena, *Le novità relative all'appello*, *op.cit.*; A.Tedoldi, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la "iconoclastica" del 2012*, *op.cit.*; G.Scarselli, *Il nuovo contenuto dell'atto di appello ex artt. 342 e 434 c.p.c., ovvero della pretesa che gli avvocati scrivano progetti di sentenza*, Il giusto proc.civ., 2013, p.481; IDEM *Sulla incostituzionalità del nuovo art.342 c.p.c.*, www.judicium.it; M.Brunialti, *Il nuovo atto di appello*, Giust.civ., 2013, p. 179; R.Poli, *Il nuovo giudizio di appello*, *op.cit.*, p. 120; M.P.Gasperini, *La formulazione dei motivi d'appello nei nuovi artt.342 e 434 c.p.c.*, *op.cit.*, p.914; L.Bianchi, *Giudicato interno e motivi di appello. Un confronto tra il sistema italiano e quello tedesco (art.342 c.p.c. e §§520 e 529 ZPO)*, Riv.dir.proc., 2014, p.1436; M.Minardi, *L'art.342 c.p.c. e la violazione di legge*, www.lexform.it; IDEM *Ancora sul nuovo art.342 c.p.c. e sul contenuto dell'atto di appello*, www.lexform.it.

¹⁸⁹Pur senza spingersi fino alla tipizzazione dei motivi d'appello, il legislatore del 2012 ne ha tuttavia dettagliato molto più articolatamente il contenuto. Ai sensi dell'art.342 c.p.c. la motivazione degli atti d'appello deve oggi indicare:

-1) le parti della sentenza appellata. Si tratta di un requisito per lo più rafforzativo poiché il medesimo onere discende già, in realtà, dal perdurante rinvio dell'art.342.1 c.p.c. all'art.163 (che, al n.3, prevede appunto la determinazione della cosa oggetto della domanda; ossia, per l'appello, dei capi di sentenza impugnati, cfr. G.Costantino, *La riforma dell'appello*, *op.cit.*, p.7). A volerne riconoscere un significato autonomo rispetto a quello di cui al n.3 dell'art.163 c.p.c. potrebbe accogliersi il suggerimento di G.Balena, *Le novità relative all'appello*, *op.cit.*,

compagnate dalla sanzione espressa dell'inammissibilità per il caso di omessa o insufficiente motivazione¹⁹⁰. Entrambi gli aspetti rafforzano, con l'ulteriore sigillo legislativo, l'interpretazione suggerita quanto al giudizio di seconde cure ed agli oneri ivi attesi dagli appellanti¹⁹¹.

Nel nuovo testo dell'art.342 c.p.c. il legislatore ha previsto che tutte le doglianze debbano essere veicolate dalla prospettazione di una specifica violazione di legge da parte degli appellanti¹⁹². L'indicazione ha tradotto in veste formale¹⁹³ ciò che da tempo la giurisprudenza e (più timidamente) la dottrina predicavano in ordine alla funzionalità dei motivi d'appello. Le violazioni di legge altro non sono se non gli errori di giudizio e/o procedura compiuti dal giudice *a quo* nel risol-

p. 369 per il quale il n.1 dell'art.342 c.p.c. prescrive alle parti l'indicazione (non dei capi di sentenza, bensì) delle *rationes decidendi* espresse in motivazione che sorreggono i capi di sentenza appellati;

-2) le modifiche richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado. Questa indicazione è stata aspramente criticata dagli interpreti perchè ritenuta artefice di una indebita sovrapposizione di ruoli tra giudice ed avvocati. Ai sensi del n.2 dell'art.342 c.p.c. i difensori sarebbero onerati della predisposizione di un "progetto alternativo" di sentenza secondo G.Scarselli, *Il nuovo contenuto dell'atto di appello ex artt. 342 e 434 c.p.c., ovvero della pretesa che gli avvocati scrivano progetti di sentenza, op.cit.*, p.482);

-3) le circostanze da cui deriva la violazione di legge;

-4) la rilevanza che le circostanze di cui al punto -3) rivestono ai fini della decisione impugnata (che, se rilevanza non vi fosse, basterebbe correggere la motivazione, tenendo fermo il dispositivo). Quest'ultimo requisito, attinendo al nesso di causalità tra le violazioni denunciate e la decisione finale, si inserisce nel tema dell'ammissibilità subiettiva, in punto d'interesse, dell'appello. Sarà perciò oggetto di successivo approfondimento (Cap.II).

Come si vedrà (*infra*, nel testo) l'interpretazione coordinata di questi requisiti consente, oltre che di chiarirne i contenuti, soprattutto di ricavare deduzioni confortanti le conclusioni tratte quanto agli oneri degli appellanti ed alla fisionomia dell'appello (par.2.2.3).

¹⁹⁰L'art.342 c.p.c., nella sua nuova formulazione, è stato definito come "*un ulteriore dispositivo di filtro che ha come parametro il rispetto dei requisiti di forma-contenuto ivi previsti*" da R.Caponi, *La riforma, op.cit.*, p.11. Conformemente anche L.Conti, *La riforma delle impugnazioni civili*, in in Atti del convegno su "La riforma delle impugnazioni civili: esperienza tedesca e italiana a confronto", 22 Aprile 2013, Tribunale di Milano, p.1; L.Bianchi, *Giudicato interno e motivi di appello. Un confronto tra il sistema italiano e quello tedesco, op.cit.*, p.1436.

¹⁹¹L'opinione è confortata dall'autorevole avallo di A.Tedoldi, *I motivi specifici e le nuove prove in appello, op.cit.*, p.7 ed R.Poli, *Il nuovo giudizio di appello, op.cit.*, pp.120 e 132. Quest'ultimo afferma esplicitamente come la modifica dell'art.342 c.p.c. sospinga l'appello sempre più verso la struttura dell'impugnazione in senso stretto sia dal punto di vista della fase introduttiva, sia da quello dell'oggetto del giudizio.

¹⁹²Ciò vale anche per le censure alla ricostruzione della vicenda fattuale (art.342 n.1 c.p.c.) secondo M.P.Gasperini, *La formulazione dei motivi d'appello, op.cit.*, p.917. Nonostante il riferimento alla violazione di legge sia contenuto nel solo punto 2 dell'art.342 c.p.c. (e sia taciuto invece al punto 1) l'onere di specificazione deve ritenersi equivalente in entrambe le indicazioni. Se così non fosse, ossia se non fosse necessario allegare anche gli elementi che rendono erronea la ricostruzione fattuale, l'onere motivazionale (quanto al punto 1) sarebbe addirittura attenuato rispetto al regime precedente; in netta contraddizione con lo spirito della riforma.

¹⁹³O meglio, nella veste di un requisito forma-contenuto esplicito.

vere i profili fattuali o giuridici delle questioni che compongono la lite. Il nuovo testo dell'art.342 c.p.c. conferma perciò l'attribuzione, ai motivi d'appello, della funzione critico-esplicativo¹⁹⁴.

L'avallo legislativo circa la funzione esplicativa dei motivi investe anche le implicazioni dogmatico-applicative che ne derivano.

Per attendere all'onere motivazionale gli appellanti devono curarsi di impugnare porzioni della sentenza idonee, per estensione e contenuto, a rivelare la fondatezza degli errori denunciati.

Quindi, capi di questione¹⁹⁵.

¹⁹⁴Come già emerso nel corso del par.2.2.3, in giurisprudenza l'orientamento sulla funzione esplicativa dei motivi fu inaugurato da *Cass., S.U., 6/6/1987 n.4991* poi confermata (oltre che da numerose sezioni semplici) da *Cass., S.U., 16/2000*.

In dottrina tra i sostenitori della tesi sulla funzione esplicativa dei motivi si ricordano A.A.Romano, *Profili dogmatici ed applicativi, op.cit.*, p.1210; A.Tedoldi, *I motivi specifici e le nuove prove in appello, op.cit.*, p.7; G.Costantino, *La riforma dell'appello, op.cit.*, p.8; IDEM, *Le modifiche del giudizio di appello*, www.treccani.it; M.P.Gasperini, *La formulazione dei motivi d'appello, op.cit.*, p.918. Quest'ultima precisa che le "violazioni di legge" siano integrate dall'individuazione delle norme di legge sostanziale e processuale che il giudice *a quo* abbia erroneamente indicato, interpretato o applicato. Individuazione che dev'essere ovviamente accompagnata dalla spiegazione delle ragioni che rivelano l'errore compiuto dal giudice nella soluzione di una *quaestio facti* o di una *quaestio iuris*. Con quest'ultima precisazione l'Autrice anticipa un'osservazione che la presente analisi si appronta a sostenere (v.immediatamente *infra*, nel testo). Ossia che i nuovi requisiti forma-contenuto dell'art.342 c.p.c. ordinino agli appellanti l'impugnazione di questioni, così confermando l'equivalenza tra le decisioni di questioni ed il capo di sentenza appellabile ex art.329.2 c.p.c..

¹⁹⁵V. *supra*, par.2.2.3 nel testo ed in nt.n. 145 e ss..

Con il riconoscimento positivo della funzione esplicativa il legislatore mostra di aderire ad una concezione restrittiva del ruolo identificativo degli appelli. Il nuovo art.342 c.p.c. accoglie e rafforza l'idea dell'appellabilità dei capi di questione. Assegna quindi all'istituto di cui all'art.329.2 c.p.c. un'identità univoca lungo tutto l'arco processuale. Tanto nella prospettiva dell'appello, quanto in quella di legittimità, la porzione della sentenza con cui gli impugnanti devono confrontarsi, e che devono porre ad oggetto delle proprie istanze censorie, è data dalla soluzione delle questioni costellanti l'accertamento giudiziale (cfr.L.Conti, *La riforma delle impugnazioni civili*, in in Atti del convegno su "La riforma delle impugnazioni civili: esperienza tedesca e italiana a confronto", 22 Aprile 2013, Tribunale di Milano, p.2 per il quale con la nuova declinazione dei motivi ex art.342 c.p.c. il legislatore va "nella direzione di un atto di appello che assomiglia, sempre di più, ad un ricorso per Cassazione").

L'intervento legislativo rafforzò l'orientamento che, quanto alla nozione di capo di sentenza appellabile, la giurisprudenza affermava sin dalla fine degli anni 80' (v. *supra*, nt.n.145). Non di rado nelle pronunce giurisprudenziali l'appellabilità delle questioni rappresentava il postulato teorico, quasi scontato, di riflessioni ulteriori e diverse. Spesso si trattava di approfondimenti sulla disciplina processuale della *quaestio* di giurisdizione (ed, in particolare, della deducibilità, quale motivo d'appello, dell'erronea decisione -esplicita, ma anche implicita- sulla *iurisdictio* da parte dell'appellato ma, soprattutto, dell'appellante, v.*infra*, Cap.II e, soprattutto, Cap.III). In quei casi i giudici, ammettendo l'appellabilità della decisione sulla giurisdizione, affermavano, implicitamente, l'appellabilità del capo di questione ospitante quella decisione (v., ad esempio, *Cass., S.U., 29/03/2011 n.7097*; *Cass., S.U. 27/07/2011 n. 16391*; *Cass., S.U. 28/05/2014 n.11916*. Più di recente *Cass., S.U., 29/02/2016 n.3916* la quale, sul tema del trattamento processuale della giurisdizione nelle fasi dinamiche del giudizio, evidenzia il netto contrasto esistente tra i supremi vertici della Cassazione e del Consiglio di Stato, v.*infra*, Cap.III).

In altre pronunce l'appellabilità delle questioni si emancipa dallo specifico riferimento alla giurisdizione per estendersi a tutte le questioni pregiudiziali e preliminari delle quali si afferma

L'appellabilità dei capi di questione, oltre a trovare conferma nel rapporto tra la funzione esplicativa dei motivi e la (conseguente) funzione identificativo-restrittiva degli atti d'appello¹⁹⁶, è avvalorata anche dalla lettera dell'art.342 c.p.c.. Oltre alle violazioni di legge, essa impone alle parti l'indicazione di altri elementi estremamente particolareggiati e specifici: i punti di fatto di cui non è condivisa la ricostruzione (art.342 n.1 c.p.c.) e le circostanze dubbie su cui riposano le violazioni di legge (art.342 n.2 c.p.c.). I punti e le circostanze di cui all'art.342 c.p.c. altro non sono se non le questioni, di fatto e diritto, che il giudice ha risolto per determinarsi a giudizio. Sono quelle questioni ad ospitare le violazioni di legge denunciate dagli appellanti; sono quelle questioni a rappresentare i referenti obiettivi degli atti d'appello¹⁹⁷.

Infine, la riforma dell'art.342 c.p.c. rafforza anche quella fisionomia del giudizio d'appello che si è ritenuto ricavare dalla funzione esplicativa e dal relativo corollario circa l'appellabilità di capi di questione¹⁹⁸. L'appello è un giudizio strutturalmente ibrido: revisionale nell'introduzione e nell'istruttoria, rescissorio nelle proiezioni decisorie finali¹⁹⁹. A tacer d'altro, la convivenza di queste duplici anime è rivelata anche dalla sanzione prevista per l'omessa (o insufficiente) motivazione: l'inammissibilità. Sanzione che normalmente²⁰⁰ punisce gli atti introduttivi di impugnazioni revision-

l'impugnabilità al fine di evitare la formazione del giudicato (cfr. *Cass. 07/04/2011 n.12315* e più recentemente, *Cass.n.15448/2014* e *Cass.n.21967/2014*).

¹⁹⁶Rapporto che si mantiene identico anche nel nuovo testo normativo nonostante l'indicazione delle parti della sentenza appellate ricada oggi tra i requisiti motivazionali. Come già chiarito (v.nt.n.186), si tratta di un richiamo rafforzativo dell'impegno identificativo già affermato dal rinvio dell'art.342.1 c.p.c. all'art.163 n.3 c.p.c..

¹⁹⁷L'appello, principale ed incidentale, ha quindi ad oggetto capi di questione (cfr. M.Fabiani, *Oggetto e contenuto dell'appello civile, op.cit.*, p.282).

¹⁹⁸V. par.2.2.3.

¹⁹⁹Ciò, secondo A.Tedoldi, *I motivi specifici e le nuove prove in appello, op.cit.*, p.7, sarebbe confermato anche dall'indicazione di cui al n.1) dell'art.342 c.p.c. La norma prevede che gli impugnanti debbano indicare le "modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado": il che, secondo l'Autore, significa predisporre un progetto di sentenza sostitutiva. Questo requisito sarebbe stato indicato proprio per consentire al giudice d'appello di concentrarsi sugli errori/vizi della sentenza, senza doversi preoccupare di svolgere un accertamento finalizzato alla ricostruzione fattuale della vicenda.

Contra L.Bianchi, *Giudicato interno e motivi di appello, op.cit.*, p.1438 per il quale nessuna delle indicazioni prescritte dall'art.342 c.p.c. è in grado di limitare l'ambito decisorio del giudizio d'appello, nè di influire sulla struttura del giudizio. L'Autore nega la portata sistematica della disposizione *de qua* riconoscendovi, quale unico effetto, un irrigidimento dei moniti formali rivolti all'appellante. L'Autore sostiene infatti che se davvero il legislatore avesse voluto cambiare il volto del giudizio d'appello avrebbe dovuto imporre al giudice un espresso vincolo agli accertamenti compiuti in prime cure.

²⁰⁰V. artt.360.1 e 398.2 c.p.c..

ali che manchino di specificare gli errori/vizi²⁰¹ su cui deve appuntarsi il controllo giudiziale. L'identità della sanzione prescelta, oltre a corroborare l'identità della funzione affidata ai motivi (quella esplicativo-critica), conferma altresì l'opportunità di riconoscere anche all'appello natura di giudizio (altresì) revisionale²⁰².

Le indicazioni di respiro sistematico offerte dall'art.342 c.p.c. trovano poi conferma nelle altre disposizioni incise dal legislatore della l.134/2012²⁰³: in particolare nell'art.345 c.p.c.²⁰⁴. La norma

²⁰¹In quei casi oltre che specifici, anche tipici (artt.360 e 395-397 c.p.c.).

²⁰²Nella stessa direzione si muove anche l'introduzione *ex novo* dell'art.348 bis c.p.c.. La norma prevede uno sbarramento all'ingresso (anche in questo caso attraverso la sanzione dell'inammissibilità) di tutti gli appelli sprovvisti di ragionevole probabilità di accoglimento. Così come l'irrigimento dei requisiti redazionali di cui all'art.342 c.p.c., anche il filtro di cui all'art.348 bis c.p.c. riflette l'immagine di un appello sempre meno ampio ed aperto (come confermato, peraltro, anche dall'art.345 c.p.c., su cui v. *infra*, nel testo). L'accesso alle seconde cure è oggi selettivo, puntuale, mirato. L'atteggiamento di chiusura denotato dal legislatore allontana sempre più le seconde cure dall'idea di un esteso *novum iudicium* devolutivo; per avvicinarle a quella di un processo revisionale a cognizione limitata da specifici motivi di critica, cfr. F.Buono, *Il processo civile italiano. L'esperienza delle Corti d'Appello*, in Atti del convegno su "La riforma delle impugnazioni civili: esperienza tedesca e italiana a confronto", 22 Aprile 2013, Tribunale di Milano, p.1.

²⁰³Non ci si riferisce all'art.346 c.p.c.: la disposizione è rimasta invariata a seguito della riforma. Il suo ambito oggettivo di applicazione continua perciò a ritagliarsi in funzione di quello assegnato all'art.342 c.p.c.; norma alla quale l'art.346 c.p.c. offre esaustivo completamento. L'art.346 c.p.c. chiude infatti il cerchio delle attività processuali richieste alle parti nella determinazione del *quantum appellatum*. In particolare, mentre l'art.342 c.p.c. prescrive l'impugnazione delle questioni respinte, l'art.346 c.p.c. stabilisce la riproposizione di quelle assorbite (in giurisprudenza una conferma della correttezza di questo inquadramento deriva dalla recentissima *Cass., S.U. n.7700/2016*).

Per quel che concerne gli aspetti formali, è oggi opinione prevalente quella per cui gli artt.342 e 346 c.p.c. non tanto si differenzino sotto il profilo temporale. Per ragioni di concentrazione e celerità dei giudizi si ritiene infatti che entrambe le parti debbano esporre le proprie istanze in *limine litis* (ossia negli atti introduttivi) in maniera completa, sia che si tratti di richieste di riforma (art.342 c.p.c.) che di primo esame (art.346 c.p.c.). Ciò perchè, come correttamente ricordato da G.Basilico, *Sulla riproposizione, op.cit.*, p.131, il sistema di rigide preclusioni reintrodotta dal legislatore del 1990 non consente la diluizione delle attività difensive fino alla precisazione delle conclusioni: nè in primo grado, nè in appello. Quel che invece continua a differenziare l'applicazione delle due disposizioni è l'aspetto squisitamente formale o, che si voglia, redazionale. Per la rivitalizzazione delle questioni respinte (o illegittimamente assorbite) l'art.342 c.p.c. richiede un atto di appello (principale o incidentale) motivato, a pena d'inammissibilità, secondo il rigoroso dettame legislativo. Ciò non accade invece per le questioni ritualmente assorbite. La riproposizione non postula la redazione di un vero e proprio atto d'appello; è bensì sufficiente una manifestazione di volontà che può trovar luogo in qualsiasi atto difensivo di parte, cfr. A Tedoldi, *L'onere di appello incidentale, op.cit.*, p.1305. L'intenzione ripropositiva deve inoltre manifestarsi espressamente (ossia chiaramente) ma non dev'essere supportata da argomentazioni di tenore pari a quelle dell'art.342 c.p.c., nè da formule sacramentali (v.*supra*, par.2.2.3 nt.n.82), cfr. N.Rascio, *In tema di oneri incombenti sull'appellato: due sentenze e recenti tendenze della giurisprudenza di legittimità*, Giur.it., 2012, p.383. Condivide l'indirizzo M.P.Gasperini, *La formulazione dei motivi d'appello, op.cit.*, p.925; in giurisprudenza si veda per tutte la già più volte citata e recentissima *Cass., S.U. n.7700/2016*.

²⁰⁴Gli artt.348 bis e 348 ter c.p.c. di nuova introduzione riguardano più che altro la posizione dell'appellante incidentale. Ad essi sarà perciò dedicata attenzione nel proseguo di trattazione.

prescrive un ulteriore irrigidimento dell'istruttoria in appello escludendo dal novero delle nuove prove ammissibili quelle indispensabili. La direzione sempre più rigida optata dal legislatore non fa altro che confermare tendenze che già prima della riforma trasparivano dall'art.345 c.p.c.. Il giudizio d'appello non ripercorre, come un *novum iudicium* farebbe, i binari delle prime cure: nè dal punto di vista cognitivo-decisorio, nè da quello istruttorio. E' un grado processuale chiuso all'ingresso dei *nova* ed incentrato sul solo materiale di causa oggetto delle iniziative devolutive delle parti. E', da questo specifico punto di vista²⁰⁵, un'impugnativa di stampo revisionale²⁰⁶.

²⁰⁵Ossia dal punto di vista della fase istruttoria.

²⁰⁶Cfr. R.Poli, *Il nuovo giudizio di appello*, op.cit., p.132.

La natura (almeno in parte) revisionale del giudizio d'appello, oggi testimoniata dalle parole del legislatore, è affermata dalla giurisprudenza da tempi ben più risalenti.

Essa rappresenta infatti l'inevitabile precipitato dei presupposti teorici, giurisprudenzialmente accolti, circa la funzione esplicativa dei motivi e l'appellabilità di capi di questione. Volendo proporre una schematizzazione per fasi storiche dell'indirizzo può dirsi che le prime due sentenze ad inaugurare il nuovo corso furono le note *Cass. S.U., n.4991 del 1987* e *Cass., S.U., 16/2000*. In quella sede le Sezioni Unite della S.C. rintracciarono nel requisito della specificità dei motivi ex art.342 c.p.c. una conferma della direzione sempre più revisionale e sempre meno rescissoria che il giudizio d'appello andava assumendo (v. par.2.2.3 nel testo ed in nt.n.145).

Le stesse conclusioni furono accolte anche da *Cass., S.U., n.28498/2005* (recentemente confermata da *Cass., S.U., n.3033/2013*). Attraverso argomentazioni in quel caso legate, non alla fase introduttiva, bensì a quella istruttoria, la pronuncia segnò la terza tappa del percorso ermeneutico dell'appello da *novum iudicium* a *revisio*. Le S.U. del 2008 si occuparono del riparto dell'onere probatorio (art.2697 c.c.) tra appellante ed appellato. In quella sede la Cassazione, partendo dal presupposto che in un contesto normativo caratterizzato (dall'allora) art.342 c.p.c. l'appello non potesse essere configurato come "*il mezzo per passare da uno all'altro esame della causa*", affermarono una peculiare regola di distribuzione del rischio. Gli appellanti dovevano provare la fondatezza di tutte le censure sollevate con gli atti di appello indipendentemente dalla posizione (di attore o convenuto) assunta nelle precedenti cure rispetto alle questioni implicate. Il fatto stesso d'essersi resi autori di una richiesta riesaminatoria li impegnava alla dimostrazione, sul piano probatorio, della relativa fondatezza. *Nulla quaestio* se a quell'impegno non fosse corrisposto, in prime cure, un identico onere probatorio in relazione alle questioni sottoposte a riesame. Una volta promosso appello, rispetto a quest'ultimo (e non, *sic et simpliciter*, alle pregresse posizioni processuali delle parti in confronto della lite) doveva essere modulata la regola di cui all'art.2697 c.c.. Secondo *Cass., S.U., n.28498/2005* il riparto dell'onere della prova in appello percorreva perciò gli stessi binari previsti per tutti i mezzi revisionali.

Il corso giurisprudenziale inaugurato da *Cass., S.U., n.28498/2005* non incontrò il plauso della dottrina. Un commento quartettistico di autorevoli autori (G.Balena, R.Oriani, A.Proto Pisani e N.Rascio, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle Sezioni Unite*, op.cit., p.1433) imputò alla conclusione delle S.U. (nella parte in cui onerava gli appellanti della prova contraria dei fatti accertati o di quella diretta dei fatti negati dalla sentenza di primo grado) l'indebita presupposizione del valore di presunzione legale (seppur relativa) del provvedimento *de quo*. Valore incompatibile con l'idea (accolta da quegli Autori) di un giudizio d'appello devolutivo-sostitutivo nel quale la causa sarebbe trasmigrata impregiudicata in attesa di essere nuovamente decisa; e nel quale la sentenza impugnata doveva ridursi ad un *tamquam non esset*. In un simil contesto, ove il giudice era onerato di un esame *ex novo* della lite, l'onere probatorio delle parti non poteva che ripetere quello di prime cure ove la decisione della *res* litigiosa era avvenuta per la prima

Il legislatore del 2012 ha quindi offerto alle interpretazioni giurisprudenziali ed, in parte, dottrinali, sulla natura ibrida dell'appello²⁰⁷ ciò che fino a quel momento ancora mancava: un sostrato positivo certo ed affidabile²⁰⁸. Il baricentro normativo dell'intero sistema è ancora una volta rintracciato nell'art.342 c.p.c.; in particolare, nella funzione (oggi, indubitabilmente) esplicativa dei motivi. La disposizione ha un impatto diretto sull'onere censorio delle parti in occasione della redazione degli atti introduttivi: scioglie punto ogni dubbio in ordine alla nozione di capo di sentenza appellabile ed all'intensità dell'impegno argomentativo richiesto. Ha poi un impatto indiretto di elevata caratura sistematica làdove mostra di presupporre, al fondo delle indicazioni redazionali, una certa struttura del giudizio d'appello. Quello attivato dall'art.342 c.p.c. ed istruito dall'art.345 c.p.c. è senz'altro un giudizio di tipo revisionale²⁰⁹ che si completa con una fase rescissoria e sostitutiva positivamente testimoniata dagli artt.353, 354 e 393 c.p.c.²¹⁰ .

volta.

Contra, C.Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, p.183 il quale offre una lettura più moderata delle S.U. n.28498/2005. L'Autore vi rintraccia l'affermazione dell'onere dell'appellante di motivare, sul mero piano logico-argomentativo (e non, anche probatorio), l'errore commesso dal giudice di prima istanza (conformemente A.Tedoldi, *I motivi specifici e le nuove prove*, *op.cit.*, p.9 che parla di un onere confutatorio e demolitivo ma non dimostrativo dell'appellante).

²⁰⁷In giurisprudenza, oltre a quelle già citate, si ricorda anche *Cass.*, 27/02/1996 n.1535. In dottrina, tra gli altri, A.A.Romano, *Profili dogmatici ed applicativi*, *op.cit.*, p.; R.Poli, *La devoluzione di domande e questioni*, *op.cit.*, p.344; IDEM, *Il nuovo giudizio d'appello*, *op.cit.*, p. 123.

²⁰⁸Ridimensiona, seppur confermandolo, l'impatto sistematico della l.134/2012 M.P.Gasperini, *La formulazione dei motivi d'appello*, *op.cit.*, p.919 e ss.. Secondo l'Autrice la riforma del 2012 non ha introdotto grosse novità di natura teorico-sistematica rispetto agli oneri degli appellanti ed alla struttura del giudizio d'appello. Ha però confermato e precisato, sciogliendo ogni residuo dubbio, l'indirizzo innovativo che la giurisprudenza e, più mestamente, la dottrina, predicavano ormai da tempo. Ad avviso dell'Autrice le novità legislative hanno toccato più che altro le tecniche redazionali degli atti d'appello ed il rigore con cui i giudici sono chiamati a sanzionare, mediante l'inammissibilità, il mancato rispetto dei requisiti di legge.

²⁰⁹Cfr., da ultimo, *Cass.*, *Sez.lav.*, 21/09/2015, n. 18542 e *Cass.*, *S.U.*, n.7700/2016 la quale afferma apoditticamente come l'appello abbia assunto, a partire dalla l.353/1990, la marcata struttura di una *revisio prioris instantiae*.

²¹⁰Si è sin qui affermata, e si continua a sostenere, la finalità generalmente sostitutiva dell'appello (seppur nei limiti delineati al par.2.2.3). Va rilevato, tuttavia, come gli interventi riformatori, oltre a proiettare la struttura delle seconde cure in una dimensione rescindente, abbiano altresì parzialmente incrinato la sua tradizionale configurazione sostitutiva.

Si pensi all'art.348 ter. 3 c.p.c.. La norma prevede la ricorribilità della sentenza di primo grado quando l'appello sia falcidiato dal filtro d'inammissibilità ex art.348 bis c.p.c.. Ciò significa che (quantomeno) gli appelli non dotati di una ragionevole probabilità di accoglimento siano sprovvisti di effetto sostitutivo. La ricorribilità della sentenza di primo grado che consegue alla dichiarazione di inammissibilità ha infatti l'indubitabile sapore di una riviviscenza. Significa, in sintesi, che quella sentenza non è stata ridotta ad un *tamquam non esset* dalla

La posizione del vincitore, soccombente teorico, prima e dopo la l.134/2012. L'analisi sin qui condotta dev'essere ora riletta nella prospettiva di maggiore interesse: quella dell'appellato, vincitore nel merito in prime cure e tuttavia soccombente teorico su questioni.

All'interno di un giudizio d'appello inteso come *novum iudicium* sostitutivo sull'intero merito la potestà censoria del vincitore non trovava spazi applicativi. Corollario della ricostruzione era infatti quell'appellabilità di capi di domanda che avrebbe impedito alla parte virtualmente soccombente di soddisfare i requisiti minimi d'idoneità obiettiva del gravame²¹¹.

Tutt'altra prospettiva quella suggerita dall'affermazione dell'appello come giudizio d'instaurazione revisionale e di sviluppo rescissorio.

In questo caso l'attività individuativa cui gli appellanti (tanto principali quanto incidentali) sono tenuti in sede redazionale ricalca quella, tipica, dei giudizi revisionali. Ai sensi dell'art.342 c.p.c.²¹² essi devono impugnare motivatamente²¹³ i capi che contengono la soluzione viziata e sfavorevole delle questioni sollevate (o rilevate.) Tale prescrizione risolve *in limine* l'ostacolo tradizionalmente opposto dalla dottrina alla possibilità dell'appello incidentale del vincitore di merito: l'inidoneità obiettiva. Così come accade negli altri giudizi ad accesso revisionale²¹⁴, anche l'appello incidentale su questioni del vincitore incarnerebbe i requisiti forma-contenuto imposti dalla struttura cognitiva limitata del giudizio di destinazione.

La tesi qui sostenuta è che la potestà censoria del vincitore potesse riconoscersi sin dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile perchè sottesa alle disposizioni ivi chiamate a disciplinare l'appello. Se, tuttavia, l'incerto e talvolta nebuloso tenore letterale poteva allora giustificare resistenze ed oscillazioni interpretative, non residuano invece dubbi sui significati che quelle stesse norme²¹⁵ esprimono alla luce della recente riforma (l.134/2012).

Le attuali seconde cure presentano una struttura ibrida che im-

decisione (l'ordinanza ex art.348 ter.1 c.p.c.) d'appello.

²¹¹In virtù della peculiare forma di soccombenza maturata il vincitore avrebbe potuto infatti appellare solo capi di questione (quelli contenenti il rigetto delle eccezioni sollevate).

²¹²Sia nel testo antecedente che, a maggior ragione, in quello successivo alla riforma della l.134/2012.

²¹³La motivazione si colora oggi dei dettagliati, seppur non tipici, contenuti dell'art.342 c.p.c. *post* riforma del 2012.

²¹⁴Il riferimento corre al giudizio di Cassazione (v.*supra*, par.n.2.1) nel quale, però, salva l'ipotesi di cui all'art.384.2 c.p.c., la natura revisionale connota l'intera fase processuale, compresa quella finale decisoria.

²¹⁵Primo fra tutti l'art.342; poi l'art.345 e, di conseguenza, l'art.346 c.p.c..

pone agli appellanti di predisporre atti introduttivi idonei all'instaurazione ed all'istruzione di un giudizio revisionale²¹⁶. Il giudice d'appello, dopo aver controllato gli errori denunciati dalle parti quanto alla soluzione di singole questioni, proietta il convincimento così maturato nella prospettiva del rapporto giuridico controverso. Con una pronuncia a natura rescissoria e finalità sostitutiva conclude il giudizio coordinando l'(eventuale) fondatezza dei vizi riscontrati ai profili della lite che ne risultino incisi.

Ai sensi dell'art.342 c.p.c. l'atto di appello che attiva questo giudizio (e quindi anche l'appello incidentale che vi si inserisse) deve rivolgersi a capi di questione. Nessun dubbio, quindi, che il soccombente teorico possa (*rectius*: debba²¹⁷) proporre appello incidentale (e non riproposizione ex art.346 c.p.c.) se intenda rianimare le eccezioni sollevate in prime cure ed ivi, nonostante la vittoria, rigettate²¹⁸.

²¹⁶Cfr. R.Poli, *Il nuovo giudizio d'appello*, op.cit., p. 123.

²¹⁷V.Cap.successivo

²¹⁸Invocavano già da tempo (ossia prima della l.134/2012) l'appellabilità delle questioni respinte da parte del vincitore pratico e soccombente teorico M.Curami, *Mera riproposizione ex art.346 o onere di impugnazione per l'appellato vincitore nel merito*, op.cit., p.648 e ss.; N.Rascio, *L'oggetto dell'appello*, op.cit., pp.78, 243 e 249-250; A.Ronco, *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito*, op.cit., p.9; R.Poli, *La devoluzione di domande e questioni in appello*, op.cit., p.339, 344 e 346-347; IDEM, *I limiti oggettivi*, op.cit., p.518; C.Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, op.cit., p.142 e ss.; IDEM *Il processo ordinario*, op.cit., p.p.305-306; A.A. Romano, *Profili dogmatici ed applicativi*, op.cit., p.1222, nt.38 e 1235 e ss..

Contra E.Ciaccio, *Oneri della parte totalmente vittoriosa in primo grado e limiti al potere/dovere di riesame del giudice d'appello*, Giust.civ., 1962, p.722; G.Basilico, *Sulla riproposizione*, op.cit., p.125; A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, op.cit., p.1304, 1305 e 1308; M.Pacilli, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione incidentale condizionata della parte vittoriosa nel merito*, op.cit., p.1257.

Va tuttavia sottolineato come l'opinione sfavorevole fosse spesso fondata, più che su argomentazioni oggettive legate alla nozione di capo di sentenza, su considerazioni soggettive connesse all'indifferenza utilitaristica che l'impugnazione di questioni rivestirebbe per il vincitore. Ciò è rivelato, ad esempio, dalle conclusioni di A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, op.cit.. L'Autore, dopo aver inizialmente escluso la possibilità del vincitore di impugnare le questioni, nel proseguo della trattazione, e dopo averne analizzata più approfonditamente la posizione, modera le iniziali conclusioni nel modo che segue: *"l'appellato è tenuto a proporre appello incidentale solo allorchè miri al conseguimento di un'utilità maggiore di quella accordatagli dalla sentenza di primo grado; in ogni altro caso in cui l'appellato ambisca ad ottenere un'utilità minore o equivalente a quella conseguita nel precedente grado è sufficiente riproporre, ai sensi dell'art.346 c.p.c., la domanda o l'eccezione non accolta (nel duplice senso di non esaminata o respinta)"*, pp.1310 e 1313 e ss.. L'autore ulteriormente ribadisce e chiarisce *"il giudice di secondo grado, per verificare quando occorre un gravame incidentale, deve porsi nell'ottica del pregiudizio pratico arrecabile ad una parte in conseguenza della riforma proposta da altra parte (diversa dal primo impugnante) avverso una pronuncia contenuta nella sentenza impugnata"*.

Una *ratio* simile, seppur oggetto di meno limpida esposizione, si rinviene in *Cass., n.2792/1971* per la quale il discrimine tra l'applicazione dell'art.342 o 346 c.p.c. all'appellato vincitore di merito era dato dall'ambizione sottesa alla rianimazione delle questioni. Il vinci-

tore proteso ad una conferma della sentenza favorevole doveva riproporre le questioni ex art.346 c.p.c.. Quello interessato (come l'avversario) alla riforma della sentenza doveva invece formulare un vero e proprio appello incidentale (conformemente anche la recentissima *Cass., S.U., n.7700/2016* sulla quale v.*infra*, in questa stessa nota).

La piana comprensione ed, eventualmente, la confutazione di questo indirizzo richiedono una più meditata riflessione sul rapporto tra soccombenza teorica, interesse ad impugnare ed ammissibilità dell'impugnativa che sarà svolta nel capitolo immediatamente successivo (Cap.II), cui si rinvia.

A seguito invece della riforma accolgono l'indirizzo favorevole all'appello incidentale su questioni del vincitore M.Brunialti, *Soccombenza (teorica) su questioni, tra riproposizione dell'eccezione ed appello incidentale*, Il giusto processo civile, 2010, p.851; N.Rascio, *In tema di oneri incombenti sull'appellato: due sentenze e recenti tendenze della giurisprudenza di legittimità*, Giur.it., 2012, p.378 e 384; IDEM, *La riproposizione espressa dell'art.346 c.p.c., op.cit.*, p.334; R.Poli, *Il nuovo giudizio d'appello, op.cit.*, p. 123 e 132; S.Cartuso, *"Filtro" di ammissibilità dell'appello e impugnazioni incidentali*, Il giusto processo civile, 2014, p.1178; G.Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2014, V.II, p.363 e ss.; M.P.Gasperini, *La formulazione dei motivi d'appello, op.cit.*, p.925.

Ancor oggi contrario a questi avvisi S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, Riv.dir.proc., 2016, p.997. L'Autore riconosce al vincitore pratico l'onere di ricorrere incidentalmente in Cassazione verso le eccezioni respinte; nega, tuttavia, l'analogo impegno censorio in appello. Al vincitore di prime cure l'Autore prescrive punto la riproposizione, ex art.346 c.p.c., delle questioni respinte ed assorbite in prima istanza.

In giurisprudenza, nonostante l'idea dell'appello come *revisio* e dell'appellabilità di questioni già albeggiasse dalla fine degli anni '80 (in particolare dal 1987 con le S.U. n.4991, v.*supra* nt.nn.145, 192 e 203), la specifica posizione del vincitore continuò a lungo ad animare oscillazioni interpretative. In numerose pronunce i giudici oneravano il soccombente teorico della mera riproposizione, financo nelle conclusioni, delle questioni respinte (v. *Cass. n.2365/1961; Cass., 2724 del 1977; Cass., 30/11/1988 n.6497; Cass., 12/06/2001 n.7879; Cass., 13/07/2001 n.9523; Cass., 19/04/2002 n.5721; Cass., 23/09/2004 n. 19126; Cass., 19/07/2005 n. 15223; seppur implicitamente Cass., 10/03/2011 n.5735 e, da ultimo, Cass., 12/06/2014 n.13411 con nota di G.Galli, (In tema di appello incidentale), Il Foro It., 2015 p.1753 poi seguita da Cass., 24/07/2015, n. 15605; Cass., 30/07/2015, n. 16171 e Cass., 02/02/2016, n. 1992 nonché Cass., 20/06/2016 n. 14085). Il denominatore comune a queste decisioni può essere sintetizzato nella massima di *Cass., S.U., 26/11/2010 n.24021* per la quale *"La parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, difettando di interesse al riguardo, non ha l'onere di proporre, in ipotesi di gravame formulato dal soccombente, appello incidentale per richiamare in discussione le "eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, da intendersi come quelle che risultino superate o non esaminate perché assorbite o anche quelle esplicitamente respinte, qualora l'eccezione avesse mirato a paralizzare una domanda comunque respinta per altre ragioni, ma è soltanto tenuta a riproporre espressamente nel giudizio di appello in modo tale da manifestare la sua volontà di chiederne il riesame, al fine di evitare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omisivo, ai sensi dell'art.346 c.p.c."* (nella specie la S.C. aveva escluso la necessità di appello incidentale da parte del convenuto vincitore che aveva subito il rigetto dell'eccezione di decadenza per tardività della domanda attorea comunque respinta per altre ragioni). Nello stesso senso anche *Cass., n.2051/2014* per la quale *"(...)la parte vittoriosa non ha motivo di dolersi dell'impugnata sentenza nè dispone di elementi sui quali fondare le proprie censure. Non può pertanto che limitarsi, per superare la presunzione di rinuncia, a riproporre (...)"* e *Cass., Sez.lav., 21/09/2015, n. 18542* per la quale la parte vittoriosa non può impugnare (bensì deve riproporre) le eccezioni disattese per *"carezza di interesse sul punto"*.*

A queste pronunce se ne contrapponevano altre nelle quali al vincitore che intendesse rianimare le questioni respinte veniva invece prescritto l'appello incidentale (*Cass., S.U., 6/09/1990 n.9197* commentata da M.Curami, *Mera riproposizione ex art.346 o onere di impugnazione per l'appellato vincitore nel merito, op.cit.*, p.643; *Cass., 1/07/2004, n.12005 e Cass., 23/09/2004 nn.19126 e 19145; Cass. 10/03/2005 n.5207; Cass., 24/01/2007 n.1545; Cass., S.U., 16/10/2008 n.25246 con nota di A.Ronco, *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito -come baluardo per la sopravvivenza della decisione di mer-**

Quello della possibilità obiettiva non è stato, tuttavia, l'unico aspetto dibattuto dei poteri censori del vincitore. Come accennato²¹⁹ tra gli stessi interpreti favorevoli all'appellabilità di questioni maturarono reticenze ad annoverare, tra i legittimati, la parte vittoriosa. Non era infatti immediata, nè dal punto di vista logico nè da quello tecnico-giuridico, la conciliabilità della soccombenza teorica con i requisiti di ammissibilità subiettiva delle impugnazioni.

Alla verifica di quella compatibilità è dedicato il Capitolo seguente. In esso il riconoscimento dell'ammissibilità (oltre che oggettiva, anche) soggettiva dell'impugnazione del vincitore consentirà di superare definitivamente ogni contestazione opposta alla sua ritualità.

ito-, Giur.it., 2009, p.2001; Cass., 23/03/2010 n. 6965; Cass., 27/04/2011 n.12315; Cass., 30/08/2013 n.19995 ed infine, più recentemente, Cass.n.15448/2014; Cass.n.21967/2014 ed, infine, Cass., 10/05/2016, n.9558).

Il perdurante contrasto interpretativo sugli artt.342 e 346 c.p.c. in relazione al vincitore fu all'origine della recentissima ordinanza interlocutoria n.04058/2016 del 01/03/2016 della Seconda Sezione civile della Cassazione. In essa, dopo aver ripercorso i termini del dibattito, ed averne sottolineata l'importanza sistematica, la Seconda Sezione, rivolgendosi al Primo Presidente, chiese che a pronunciarsi in maniera dirimente ed uniformante sulla contrapposizione tra impegno ripropositivo ed onere appellatorio *incidenter* fossero le Sezioni Unite della S.C. (art.374.2 c.p.c.). Si giunse così a Cass., S.U. 19/04/2016 n.7700 (commentata da C.Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, *op.cit.*, p.968). In essa le S.U. assumono quale discrimine tra l'art.342 e 346 il tipo di pronuncia emessa dal giudice *a quo* sulle istanze che il vincitore intenda rianimare. Se si tratta di una vera e propria decisione, nella quale sia riconoscibile un vizio censurabile mediante un'impugnazione, occorre appello incidentale; se, viceversa, sulle questioni è mancata la decisione allora è sufficiente la riproposizione (cfr. *"ancorchè l'art.346 c.p.c.parli di eccezioni "non accolte" con formulazione che potrebbe comprendere pure le eccezioni rigettate (...) si deve ritenere che l'espressione non possa ricomprenderle ma debba essere riferita alla sola ipotesi in cui l'eccezione non sia stata esaminata dal giudice"*). Condivide la soluzione delle S.U. C.Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, Il Corriere Giuridico, 2016, p.976.

Come può scorgersi dalla massima di Cass., S.U., 26/11/2010 n.24021 e dallo stralcio di motivazione di Cass.n.2051/2014 sovente, nelle motivazioni del giudice di vertice, l'esclusione dell'appello incidentale era fondata, più che su riflessioni sull'appellabilità di capi di questione, sul difetto di soccombenza (formale) o interesse del vincitore all'impugnazione della sentenza favorevole. Lo conferma anche la ricostruzione storica dello stato dell'arte della giurisprudenza sul tema contenuto nella qui solo accennata Cass., S.U., 19/04/2016 n. 7700 (sulla quale v. *infra*, par.3.1.2).

Come già anticipato nel corso di questa stessa nota a questo profilo, riassumibile nell'ammissibilità soggettiva dell'impugnazione, sarà dedicato l'intero Capitolo seguente.

²¹⁹V.nota precedente n.215.

Capitolo II

Ammissibilità subiettiva ed applicazioni dell'impugnazione incidentale del vincitore

Premesse di studio: la nuova sistematica delle condizioni di ammissibilità soggettiva delle impugnazioni

Come accennato in conclusione al precedente Capitolo, l'analisi che segue è volta a completare la verifica dei requisiti di ammissibilità dell'impugnazione incidentale del vincitore al fine di cristallizzarne la legittimazione sistematica.

Superata, tanto con riferimento all'appello²²⁰ quanto alla Cassazione²²¹, la *vexata quaestio* circa la possibilità obiettiva, resta da indagare il profilo dell'ammissibilità subiettiva²²². Da questo punto

²²⁰V, par.2.2.

²²¹V, par. n.2.1.

²²²Non è un caso che l'analisi sull'ammissibilità soggettiva del gravame del vincitore sia posposta a quella della possibilità obiettiva. Tale sequenza è ordinata tanto dal rigore logico quanto da quello tecnico-processuale cui la ricerca ambisce. Non avrebbe punto senso interrogarsi sull'interesse (che, come sarà dimostrato al successivo paragrafo, rappresenta la condizione di ammissibilità subiettiva dei gravami) a proporre un'impugnazione di cui non si sia ancora stabilita l'esistenza oggettiva. La valutazione, oltre a rivelarsi inutile, difetterebbe di logicità. L'interesse è una condizione di ammissibilità delle impugnazioni che diviene rilevante valutare solo laddove un gravame vi sia. Sul presupposto, quindi, che la parte interessata (o meno; è ciò che occorre verificare) all'impugnazione possa (*rectius*: debba) proporre quella doglianza. Necessità e possibilità che, con riferimento al vincitore, sono state positivamente affermate attraverso il riconoscimento, nel rigetto delle questioni (*rectius*: eccezioni) sollevate, di altrettanti capi di sentenza ex art.329.2 c.p.c..

La scelta dell'ordine di analisi è condivisa da M.Di Marzio, *L'appello civile dopo la riforma*, *op.cit.*, p.193. L'Autore sottolinea come il potere/onere di appello incidentale dipenda dalla definizione dei plurimi e non univoci concetti di "parte" o "capo" di sentenza ex art.329.2 c.p.c., di "domande ed eccezioni non accolte" ex art.346 c.p.c. ed, infine, di "soccumbenza" (o, più precisamente, interesse ad impugnare). Ancor più limpido e consistente il sostegno di S.Rinaldi, *Sulla ammissibilità dell'appello incidentale condizionato*, www.judicium.it. L'Autrice esordisce infatti affermando che lo studio della figura dell'appello incidentale del vincitore presuppone la soluzione dei quesiti relativi alla nozione di "parte di sentenza" ex art. 329.2 c.p.c., all'ambito applicativo dell'art. 346 c.p.c. (in relazione agli artt.329.2 e 343 c.p.c.) ed alla nozione di soccombenza. Dopo aver risolto il primo quesito nell'equazione capo di sentenza appellabile = decisione di questione, e dopo aver quindi confinato l'ambito di applicazione dell'art.346 c.p.c. nella riproposizione delle domande ed eccezioni ritualmente assorbiti, l'Autrice passa ad analizzare il profilo dell'ammissibilità subiettiva dell'appello del vincitore. Il superamento delle obiezioni inerenti la possibilità obiettiva, ricorda l'Autrice, non può punto tacere anche quelle che riguardano l'idoneità della soccombenza teorica a dimostrare la ritualità soggettiva dell'impugnazione.

Così, dopo aver affermato la possibilità obiettiva dei poteri censori del vincitore (*v.supra*, par.2.2.3 e 2.2.4), ci si può (*rectius*: deve) soffermare sugli aspetti soggettivi. Ciò per rispondere alle obiezioni, da più parte sollevate (*v.supra* nt. n.215 ed *infra*, nel testo), circa la

di vista si attende una comprensibile obiezione. Quale apprezzabile²²³ interesse può avere la parte totalmente vittoriosa nel merito a censurare il provvedimento favorevole? E' sufficiente il suo *status* di soccombente teorico o virtuale a giustificare la reazione critica verso la sentenza che ne abbia soddisfatte le attese?

Le osservazioni dubitative impongono alla ricerca un chiarimento preliminare di natura concettuale²²⁴.

Per lungo tempo si è sostenuto che al fondo di ogni doglianza soggettivamente ammissibile dovesse rintracciarsi uno *status*, c.d., di soccombenza, in capo agli impugnanti²²⁵. Questi ultimi dovevano

riconoscibilità, in suo capo, del c.d. "interesse ad impugnare".

²²³Dal punto di vista della meritevolezza della tutela giurisdizionale.

²²⁴Si è infatti riferito della soccombenza e dell'interesse ad impugnare come di due concetti interscambiabili. Si tratta invece di istituti distinti anche se strettamente connessi (v. *infra*, nel testo e specialmente in nt.nn.222 e ss.).

Quella tra soccombenza ed interesse ad impugnare è una distinzione oggi pienamente riconosciuta dagli interpreti. Tuttavia, tra le (rare) voci ancora contrarie si ricorda quella di S.Rusciano, *Il ricorso per Cassazione della parte vittoriosa nel merito è sempre (anche quando ha oggetto una questione di giurisdizione?) condizionato de iure. Un silenzioso revirement o una "deviazione temporanea"?*, Il Corriere Giuridico, 2008, p.1110 per la quale "soccombenza ed interesse all'impugnazione (...) non sono altro che due facce della stessa medaglia".

²²⁵L'istituto della soccombenza non gode di riferimenti normativi che esplicitamente la qualificano come requisito di ammissibilità subiettiva delle impugnazioni. Trascurando qui l'opzione favorevole a rintracciare, seppur con opportuni adattamenti, la matrice positiva della soccombenza nell'art.100 c.p.c. (v., ad es., M.Pacilli, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione incidentale condizionata*, *op.cit.*, per il quale l'art.100 c.p.c. evidenzia la necessità che tutte le iniziative processuali siano filtrate da meccanismi selettivi atti ad assicurare al giudizio uno sviluppo economico e ragionevole; filtro che, nel caso delle impugnazioni, è rappresentato dalla soccombenza), va comunque osservato come numerose norme presuppongano, pur senza definirla, una situazione di soccombenza in capo agli impugnanti (arg. ex artt.326.2, 361.1, 395 n.2 c.p.c.).

Il compito di ricostruire l'identità dell'istituto è perciò spettato agli interpreti. Se da un punto di vista semantico il significato della soccombenza è facilmente intuibile (rimandando all'idea del pregiudizio sofferto dalla parte a cagione della sentenza) il suo impiego processuale richiede invece una maggiore puntualità definitoria. All'interno del processo la soccombenza è infatti il filtro attraverso cui il giudice *ad quem* saggia la consistenza del bisogno di tutela vantato dall'impugnante. L'effetto travolgente di un *deficit* di soccombenza è perciò la paralisi immediata ed irrimediabile delle doglianze che non si rivelino strumentalmente utili a soddisfarlo (palpabile, in questa definizione, l'autorità di L.P.Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Padova, 1982, Vol.I, p.129).

Nelle prime interpretazioni la soccombenza era ricostruita facendo affidamento al dogma, di chiovendiana memoria, sulla funzione del processo. A quest'ultimo spetta il compito di dirimere le liti individuando quella volontà concreta della legge che affida agli aventi diritto i beni della vita loro spettanti. Laddove la sentenza del giudice neghi, anziché attribuirli, quei beni (ciò che si verifica con il rigetto della domanda attorea o con il suo accoglimento in confronto del convenuto) sorge in capo agli istanti una situazione pregiudizievole qualificabile come soccombenza formale (v. in dottrina, N.Giudiceandrea, *Le impugnazioni*, *op.cit.*, p.167 e P.Sandulli, *In tema di interesse all'impugnazione*, Giust. civ., 1978, p.1839, i quali identificano il soccombente formale nello sconfitto in lite; in giurisprudenza si ricorda, per tutte, *Cass. 3/2/1975 n.392* laddove asserisce "la soccombenza (...) si ha solo allorchè una domanda o un capo di domanda non viene accolto (...) pertanto "non vi è soccombenza (...) allorchè il bene della vita sia stato ottenuto per intero").

avere subito, per effetto della sentenza gravata, un pregiudizio rimediabile con l'impugnazione. Mentre non v'era alcuna difficoltà a riconoscere il carattere pregiudizievole dei provvedimenti che avessero siglato situazioni di soccombenza formale o materiale, meno evidente

La soccombenza formale era così ricavata da un mero confronto tra due parametri squisitamente processuali: la domanda giudiziale (o, più precisamente, le conclusioni) e la sentenza. Làdove alle ambizioni raffigurate dalla prima non fossero corrisposte le determinazioni della seconda (o fossero corrisposte, nella prospettiva del convenuto) la parte avrebbe subito un pregiudizio qualificato come soccombenza, appunto, pratica o formale. Pregiudizio apprezzabile quale risultato matematico della differenza (per l'attore) o coincidenza (per il convenuto) tra sentenza e domanda (conclusioni) cfr. F.Lancellotti, *Premesse alla definizione della soccombenza come requisito di legittimazione alle impugnative di parte*, Riv.trim.dir. e proc. civ., 1978, p.1554 e ss.; IDEM *La soccombenza requisito di legittimazione alle impugnazioni*, Milano, 1998, p.3 e ss..

Il tallone d'Achille di questa ricostruzione era dato dal rigido ancoraggio a rigidi dati processuali (la domanda o, meglio, le conclusioni; la sentenza). Ciò impediva alla soccombenza formale di spiegare fenomeni impugnatori che pur godevano del plauso normativo (si pensi al regime d'impugnabilità delle sentenze non definitive su questioni le quali, pur non esprimendo un *decisum* confrontabile con la domanda, sono tuttavia gravabili). Ciò indusse gli interpreti ad allargare le maglie della soccombenza (formale) per ricomprendervi palpabili interessi d'impugnativa che non affondassero le radici nel tessuto processuale.

Nacque così l'istituto della soccombenza materiale o sostanziale. Come intuibile dalla definizione, tale forma di soccombenza ammetteva all'impugnazione tutti coloro che avessero subito, per effetto della sentenza, un pregiudizio in danno alla sfera giuridica dei propri diritti sostanziali (anche di quelli non puntualmente rappresentati in atti), cfr. *Cass., S.U. 8/3/1986 n.1558*. Pregiudizio identificato nella *deminutio* subita dalla sfera di quei diritti a cagione del processo; e d'intensità misurabile, ai fini della soccombenza, attraverso la possibilità d'ottenere, in sede impugnatoria, un *quid pluris* (ossia un'utilità maggiore) ovvero anche solo una riduzione della *deminutio* subita. Questa l'opinione, ad esempio, di C.Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2014, p.420. L'Autore misura l'intensità del pregiudizio sotteso alla soccombenza materiale nel "differenziale" di utilità tra la decisione pronunciata e quella che potrebbe esserlo in sede di gravame. Del resto è senz'altro innegabile che se la prospettiva impugnatoria annuncia alla parte margini di miglioramento, ciò significa che la situazione pregressa, incastonata nelle maglie della sentenza impugnata, patisce un nocimento di cui deve ammettersi rimovibilità.

Lo scenario delle condizioni di ammissibilità soggettiva dei gravami venne infine completandosi con la soccombenza teorica o virtuale; anche detta soccombenza su questioni (le espressioni sono comuni a E.Grasso, *Le impugnazioni incidentali*, *op. cit.*, pp.50-51; M.Cappelletti, *Ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali*, Giust.civ., 1960, p.870-880; A.Falcone, *Ricorso incidentale condizionato e questioni pregiudiziali e preliminari*, Riv.dir.civ., p.626; A.Attardi, *Sulla legittimazione a proporre regolamento di competenza*, Giur.it., 1975, p.1357; IDEM *Sentenze di rito e soccombenza del convenuto*, Giur.it., 1976, p.491; S.Chiarloni, V.*Appello (dir.proc.civ.)*, *op.cit.*, par.6.2, p.3; IDEM, *Il ricorso incidentale del resistente vittorioso: profili sistematici e rapporti con il c.d. ordine logico della pregiudizialità*, *op.cit.*, p.506; N.Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, *op.cit.*, p.78). L'istituto nacque per inquadrare, nella prospettiva impugnatoria, la posizione della parte vittoriosa nel merito che avesse tuttavia subito lo sfavorevole rigetto delle eccezioni sollevate. La soccombenza del vincitore fu definita "teorica" o "virtuale" proprio per sottolineare la mancanza, in suo capo, di quella sconfitta sul merito che rappresentava nucleo essenziale della contrapposta soccombenza "pratica" o "formale". Il carattere virtuale era dato dal fatto che il pregiudizio subito dal vincitore non fosse immediatamente apprezzabile nei risvolti negativi della lite (che, al contrario, era stata decisa in suo favore). Riposava invece in quei limitati profili della sentenza che ne avevano disattese le difese rigettandone le eccezioni. Solo quelle determinazioni ospitavano contenuti sfavorevoli al vincitore. Da qui il riconoscimento, in suo capo, di quella particolare posizione processuale definita soccombenza "su questioni".

era il sacrificio subito dalla parte che (nonostante il rigetto delle eccezioni sollevate) fosse risultata, infine, totalmente vittoriosa nel merito. Per tali ragioni si era dubitato dell'ammissibilità soggettiva dei gravami del vincitore²²⁶.

Tuttavia, la progressiva emersione di palpabili e meritevoli esigenze censorie, totalmente indipendenti dal pregiudizio sofferto dalle parti²²⁷, indusse la dottrina a riflettere sull'opportunità di estendere

²²⁶Nel caso della soccombenza formale il pregiudizio assumeva una spiccata connotazione processuale. Si trattava infatti della *deminutio* patita dalla sola situazione giuridica rappresentata in atti (a prescindere dai tratti, ulteriori o diversi, che quella stessa situazione avesse sul piano sostanziale). *Deminutio*, come già evidenziato (v.nt.precedente), rappresentata dalla mancata corrispondenza (o dalla corrispondenza, per il convenuto) tra le conclusioni e la sentenza. Documento riconducibile quindi al provvedimento, anch'esso squisitamente processuale, conclusivo del giudizio.

Nel caso della soccombenza materiale il pregiudizio affondava invece le radici sul piano extraprocessuale identificandosi nella *"lesione sostanziale del proprio patrimonio giuridico, economico o morale, determinata dal riconoscimento, attraverso il provvedimento sfavorevole, di una posizione giuridica altrui incompatibile con l'esistenza o col pieno esercizio del proprio diritto"* (cfr. E. Grasso, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1967, p.55).

Meno immediato la *status* pregiudizievole subito dal soccombente teorico. Quest'ultimo non poteva essere apprezzato nella sentenza che, complessivamente (salvo, ovviamente, il rigetto delle eccezioni), disponeva in suo favore. Doveva essere ricercato nella prospettiva impugnatoria in cui il vincitore fosse stato, suo malgrado, coinvolto. La carica negativa del rigetto delle eccezioni sollevate, prima neutralizzata dalla vittoria di merito, sarebbe infatti rivissuta nella prospettiva di ribaltamento decisorio minacciata dall'impugnazione (su questi aspetti v.ampiamente *infra*, par.3). Da qui la connotazione "teorica" o "virtuale" della soccombenza su questioni. Condizione che, più che "teorica", dovrebbe definirsi "astratta", "eventuale" ed, in ogni caso, "inattuale" e "successiva" secondo C.Consolo, *Il cumulo condizionale*, *op.cit.*, p.542. Ciò perché nella prospettiva del vincitore il rigetto delle questioni si rivelerebbe pregiudizievole solo nell'ipotesi in cui il giudizio volgesse a favore della controparte in fase impugnatoria.

Furono proprio questi aspetti ad accendere il dibattito tra gli interpreti favorevoli e quelli contrari all'inclusione della soccombenza teorica tra le condizioni di ammissibilità subiettiva delle impugnazioni. Tra gli oppositori era proprio il *deficit* di concretezza ed attualità del pregiudizio sotteso a quella forma di soccombenza a rivelare l'inammissibilità soggettiva della doglianza del vincitore. Dal punto di vista soggettivo l'accesso alla tutela impugnatoria doveva infatti consentirsi a quelle sole parti che avessero a domandare la rimozione di un danno effettivo, e non meramente ipotetico, cagionato dal precedente *decisum*.

Oltre a violare i presupposti soggettivi, la doglianza del vincitore avrebbe altresì tradito le finalità tipiche dei mezzi d'impugnazione. Questi ultimi tendono infatti alla riforma della sentenza gravata. Esito certamente escluso dalle mire del vincitore che, più che alla riforma, avrebbe ambito alla conferma della sentenza gravata secondo L.Bianchi D'Espinosa, *Impugnazioni incidentali condizionate su questioni pregiudiziali*, Giust.civ., 1961, p.1384; E.Allorio, *Gravame incidentale della parte totalmente vittoriosa?*, *op.cit.*, p.542; E.Fazzalari, *Il giudizio civile*, *op.cit.*, p.44; IDEM *Sui ricorsi incidentali condizionati*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 1961, p.107.

²²⁷Si pensi al caso di estinzione anticipata del giudizio. Il provvedimento estintivo ha un significato neutrale per entrambe le parti: nessuna può infatti dirsi pregiudicata (né sul piano processuale né su quello sostanziale) dal contenuto di quell'ordine. Ciò nondimeno non potrebbe negarsi al convenuto, che intendesse avversare l'estinzione al fine di ottenere, auspicabilmente, un rigetto di merito, la possibilità di farlo. Una simile iniziativa sarebbe nient'affatto pretestuosa od inutile. La sentenza di rigetto, a differenza dell'estinzione, salvaguarderebbe il convenuto dalla spada di Damocle della potenziale riproposizione della domanda. Quella di impugnare il provvedimento estintivo sarebbe dunque pretesa legittima; e tuttavia non accompagnata da alcuna forma di pregiudizio in capo all'istante, cfr. A.Attardi, *Sentenze di*

le maglie delle condizioni di ammissibilità soggettiva dei gravami oltre i confini della soccombenza.

Fu così elaborata una diversa sistematica dei requisiti subiettivi di ammissibilità incentrata sulla nozione (diversa e più ampia rispetto a quella di soccombenza) di interesse ad impugnare²²⁸. Interesse identificato nel “vantaggio marginale che l’impugnante può acquisire attraverso l’esperimento del mezzo di gravame”²²⁹.

Il parametro dell’interesse, a differenza della soccombenza, riesce a tradurre tutte le istanze censorie meritevoli di tutela delle parti²³⁰. Il suo nucleo essenziale si sgancia infatti dall’idea del pregiudizio per esprimersi in termini positivi. In altre parole v’è interesse ad impugnare quando l’accoglimento del gravame possa guadagnare al proponente un delta differenziale di utilità maggiore rispetto a

rito, *op.cit.*, p.491.

Lo stesso varrebbe in presenza di una sentenza inesistente perché gravemente viziata (ad esempio perché acefala). Un provvedimento inesistente è inidoneo alla produzione di effetti, favorevoli o pregiudizievoli che siano. Ciò nondimeno le parti potrebbero avere ragione di impugnarlo proprio per ottenere gli effetti che quel provvedimento, se esistente, avrebbe prodotto, cfr. L.Salvaneschi, *L’interesse*, *op.cit.*, p.576.

²²⁸Tra le riflessioni dedicate al rapporto tra soccombenza ed interesse ad impugnare si ricordano i contributi di E.Allorio, *Gravame incidentale della parte totalmente vittoriosa?*, *op.cit.*, p.541; F.Mosetto, *Soccombenza teorica su questioni pregiudiziali*, *op.cit.*, p.541; F.Lancellotti, *Variazioni dell’implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia, al giudicato*, Riv.dir.proc., 1980, p.477; S.Menchini, *Interesse ad impugnare ed impugnazione proposta dal convenuto contro la sentenza di assoluzione dal giudizio emessa in accoglimento di eccezione di rito da questi sollevata*, Giust.civ., 1985, p.2810; E.Ciaccio, *L’impugnazione incidentale condizionata per soccombenza teorica su una questione preliminare o pregiudiziale*, *op.cit.*; A.Attardi, *Regolamento di competenza del convenuto vittorioso nel merito?*, Giur.it., 1986, p.1081; IDEM, *Considerazioni in tema di interesse ad impugnare*, Scritti in onore di Elio Fazzalari, 1993, p.269; S.Evangelista, *Soccombenza teorica e ricorso incidentale condizionato per Cassazione*, Gazzetta giuridica, 1998, p.3; S.Rinaldi, *Considerazioni in tema di ammissibilità del ricorso incidentale condizionato, parte di sentenza ed interesse ad impugnare*, Giust.civ., 2002, p.723; A.Motto, *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed “accertamento in prosecuzione” nei giudizi di impugnazione di atti di esercizi di poteri sostanziali*, Il giusto processo civile, 2013, p.151.

Il tributo più importante nello studio dei requisiti di ammissibilità subiettiva dei gravami deve tuttavia riconoscersi all’impegno monografico di L.Salvaneschi, *L’interesse ad impugnare*, Milano, 1990 (preceduto da *Soccombenza materiale e soccombenza processuale: spunto per una riflessione intorno all’interesse ad impugnare*, Riv.dir.proc., 1983, p.570). All’Autrice si deve infatti tanto la sostituzione dell’interesse ad impugnare alla soccombenza nella sistematica delle condizioni di ritualità soggettiva dei gravami, quanto la limpida individuazione dei rapporti tra le nozioni *de quibus*.

²²⁹Cfr. L.Salvaneschi, *L’interesse*, *op.cit.*, p.404.

²³⁰Si pensi alle ipotesi di estinzione del giudizio o di sentenza inesistente di cui alla precedente nota n. 224. Nonostante l’assenza di qualsivoglia pregiudizio in danno, le parti destinatarie di provvedimenti estintivi o inesistenti potrebbero trarre, dalla relativa impugnazione, un beneficio. Nel primo caso sconfesserebbero definitivamente il rischio della riproposizione della domanda; nel secondo caso otterrebbero gli effetti favorevoli che il provvedimento inesistente (se valido) avrebbe prodotto. Seppur non soccombenti, tali parti sono quindi dotate di interesse ad impugnare. Ciò basta ad avallare l’ammissibilità subiettiva delle rispettive doglianze.

quanto ottenuto col precedente *decisum*. Incremento utilitaristico apprezzabile in termini di miglioramento; indipendentemente dal riscontro, nella condizione di partenza, di un pregiudizio in danno.

I parametri della valutazione utilitaristica dell'interesse sono ricavati, ancora una volta, dalla dimensione processuale²³¹. I margini di miglioramento devono punto emergere dal confronto tra la sentenza impugnata e quella ottenibile dal giudice *ad quem*. Provvedimento, quest'ultimo, i cui contenuti sono anticipati dalla domanda introduttiva del giudizio d'impugnazione²³².

Occorre a questo punto una precisazione. Riconoscere nell'interesse la condizione di ammissibilità soggettiva dei gravami non significa ridurre ad un *nullius* il significato della soccombenza. Al contrario. I rapporti tra soccombenza ed interesse devono essere ricostruiti in termini sintomatici. Da questo punto di vista la soccombenza può, ma non necessariamente deve, rivelare l'interesse dell'impugnante al gravame²³³; il difetto di soccombenza può, ma non necessariamente deve, rivelare la mancanza di quell'interesse²³⁴.

²³¹Lo stesso accadeva con riferimento alla soccombenza formale (v.nt.n.222.). I parametri che verificano l'interesse sono tuttavia diversi da quelli delle conclusioni e dalla sentenza che misuravano la nozione *de qua*.

²³²Anche l'interesse, come la soccombenza (v. nt. n. 222), assume il ruolo di filtro selettivo delle istanze immeritevoli di tutela gravatoria. A differenza della soccombenza, tuttavia, l'interesse non paralizza le iniziative incapaci di rivelare la tensione alla rimozione di un pregiudizio. Filtra invece quelle che non siano in grado di evidenziare, nel confronto tra la sentenza impugnata e quella prognosticamente attesa dal giudice *ad quem*, un margine di vantaggio incrementale.

Così, se il bilancio tra il fine perseguito (la maggiore utilità) ed il mezzo adoperato per raggiungerlo (l'impugnazione) si chiude in positivo, l'istanza gravatoria supera le verifiche preliminari di ammissibilità in punto d'interesse e si avvia a quelle successive di merito.

²³³Vi sono punto casi nei quali l'esclusivo affidamento al requisito della soccombenza porterebbe ad ammettere censure tutt'altro che meritevoli. Si pensi all'ipotesi dell'attore di un cumulo alternativo di domande delle quali l'una sia stata accolta e l'altra rigettata. La pronuncia di rigetto identifica senz'altro una situazione di soccombenza (formale). Tuttavia l'attore soccombente sulla domanda alternativamente proposta non può essere ammesso ad impugnare la statuizione parziale di rigetto. Ciò perché, alla luce dei nessi di condizionalità sussistenti tra le domande, l'accoglimento di quella doglianza, quand'anche rimosse la statuizione a lui sfavorevole, giammai potrebbe guadagnargli utilità maggiori. Ciò dimostra che la soccombenza non solo non esaurisce il contenuto minimo essenziale delle ragioni d'impugnativa; ma nemmeno garantisce, con la propria presenza, l'ammissibilità soggettiva del gravame del soccombente, cfr. L.Salvaneschi, *L'interesse, op.cit.*, p.383.

²³⁴Si pensi all'ipotesi del convenuto che si sia difeso chiedendo il rigetto della domanda attorea nel merito ed abbia ottenuto una vittoria in rito. In questo caso non potrebbe riconoscersi in suo capo alcuna soccombenza intesa come accoglimento (trattandosi del convenuto) della domanda avversaria.

Ciò nondimeno non potrebbe negarsi al convenuto vincitore la possibilità di impugnare la sentenza di rigetto in rito per ottenerne una, di equal segno, ma di merito. Quella sul processo è infatti una vittoria di Pirro che non assicura il vincitore contro eventuali riproposizioni della domanda. Trasformando la vittoria sul rito in vittoria di merito l'impugnante si sottrarrebbe invece a quell'area di rischio. L'impugnazione che accordasse tutela a questa ambizione è

Alla luce di questo riordino sistematico delle condizioni di ammissibilità soggettiva delle impugnazioni²³⁵ la posizione del vincitore dev'essere riguardata assumendo, quale criterio guida, non tanto la sua qualificazione come parte, o meno, soccombente²³⁶. Quel che conta è verificare la presenza, in suo capo, di un apprezzabile interesse all'impugnativa²³⁷. Condizione che dev'essere integrata dal

perciò sicuramente qualificata (*rectius*: ammissibile) in punto d'interesse.

²³⁵Va da sè: tanto principali quanto incidentali.

²³⁶Cfr. G.Fransoni e P.Russo, *Onere di proposizione dell'appello incidentale ed onere di riproposizione delle questioni ed eccezioni non accolte dal giudice di primo grado. Individuazione dei rispettivi ambiti di operatività*, Fisco, 2001, p.1909; A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, *op.cit.*, p.1316.

²³⁷Sulla base di questa premessa possono dirsi in realtà già superate alcune obiezioni poste all'ammissibilità soggettiva del gravame del vincitore

Come anticipato (v. *supra*, nel testo ed in nt.n.223) la posizione del soccombente teorico era spesso considerata *ex se* incompatibile con quella dell'impugnante. Ciò perchè, si diceva, difettesse in suo capo quell'attuale e concreto pregiudizio in danno che fonda e, quindi, giustifica (dal punto di vista dell'ammissibilità soggettiva) l'impugnazione.

Tali critiche erano evidentemente permeate dal dogma della soccombenza formale. Fintanto che quest'ultima fosse stata rintracciata nella mancata corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, sarebbe stato gioco-forza individuare nel vincitore una parte totalmente impregiudicata dagli esiti del giudizio. In questo senso, esplicitamente, E.Allorio, *Gravame incidentale della parte totalmente vittoriosa?*, *op.cit.*, p.542; E.Fazzalari, *Il giudizio civile*, *op.cit.*, p.131 il quale, con riferimento all'iniziativa del vincitore, parla di una "difficoltà (per non dire impossibilità manifesta) di inserire nel sistema una impugnazione che, contro i principi, non sarebbe coordinata al rigetto della domanda (cioè alla vera e propria soccombenza)". Dello stesso avviso F.Mosetto, *Soccombenza teorica su questioni pregiudiziali*, *op.cit.*, p.541, E.F.Ricci, *Il giudizio civile di rinvio*, *op.cit.*, p.139 e M.Pacilli, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione incidentale*, *op.cit.*, p.1256 per i quali la titolarità del potere gravatorio spetta solo alla parte praticamente soccombente: ossia a quella pregiudicata dal rigetto, totale o parziale, della/e domanda/e oggetto di giudizio. In precedenza, sotto l'egida del codice precursore, G.Pavanini, *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio*, *op.cit.*, p.145 e T.Segrè, *Cassazione parziale e limiti del giudizio di rinvio*, *Riv.dir.proc.civ.*, 1935, p.11 che egualmente votavano l'impugnazione del vincitore al fallimento per inammissibilità soggettiva da difetto di soccombenza.

Da un certo punto di vista le critiche sono anche condivisibili. Non è punto dubbio che al soccombente teorico sia preclusa la possibilità di instaurare *sua sponte* (ossia *principaliter*) un giudizio di impugnazione. Prima ancora che ragioni giuridiche sono evidenze logiche ad escludere che la parte soddisfatta dal processo possa criticarne gli esiti. A riconoscerlo furono, tra gli altri, gli stessi sostenitori della legittimità dei poteri censori (evidentemente, non principali) del vincitore, v. A.Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, *op.cit.*, p.290; S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, *op.cit.*, p.72-73; G.Sbaraglio, *Un passo indietro nei nuovi orientamenti interpretativi in materia di ricorso incidentale "condizionato"*, *Il Foro It.*, 1997, p.2934.

La condivisibilità si arresta tuttavia all'esclusione dell'impugnazione principale. Quanto alla possibile reazione incidentale del vincitore le valutazioni devono differenziarsi e collocarsi nel contesto censorio in cui quest'ultimo sia stato, suo malgrado, coinvolto. L'impugnazione avversaria minaccia infatti di ribaltare l'assetto di interessi definito dalla precedente sentenza. In questa prospettiva l'assenza di soccombenza formale non è in grado di rispecchiare le esigenze di tutela del vincitore. Egli rischia di perdere la vittoria ottenuta. Tale pericolo, per quanto non accompagnando da uno stato attualmente pregiudizievole, è senz'altro idoneo a suscitare la tensione difensiva.

Ciò che preme verificare è se, al di là dell'assenza di soccombenza formale, la posizione del vincitore convenuto in giudizio di gravame sia scortata da un apprezzabile interesse ad im-

marginale di utilità differenziale (e, naturalmente, maggiore) che il vincitore, nonostante la soddisfazione già riportata, potrebbe ulteriormente ottenere dall'accoglimento della doglianza *incidenter*²³⁸.

pugnare (incidentalmente). Pur senza dettagliarne i contenuti, molti Autori si sono mostrati favorevoli a riconoscerlo. A titolo esemplificativo si ricorda la tesi di A.Ronco, *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito*, *op.cit.*, pp-8-9. L'Autore sottolinea la differenza di posizioni intercorrente tra l'appellante principale e quello incidentale. Il primo ha dietro di sé solo la sentenza di primo grado e davanti a sé solo le *chances* di accoglimento delle proprie censure. Alle spalle dell'impugnante incidentale, oltre alla sentenza di primo grado, c'è anche l'impugnazione altrui. Nel suo orizzonte finale, oltre alle *chances* di accoglimento delle proprie censure si colloca perciò anche l'accoglimento di quelle altrui. Questa diversità di posizioni determina una differenza di prospettive. E' infatti la presenza dell'impugnazione principale a rendere ammissibile, sotto il profilo dell'interesse, la reazione incidentale di colui che, in via principale, non avrebbe potuto lamentare l'esito del giudizio. Dello stesso avviso R.Poli, *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, *op.cit.*, p. 347 per il quale l'interesse dell'appellato ad impugnare incidentalmente dipende dal provvedimento richiesto dall'avversario e si qualifica come interesse nuovo, del tutto diverso da quello che supporta l'appello principale. Conformemente anche A.Falcone, *Ricorso incidentale condizionato e questioni pregiudiziali e preliminari*, *op.cit.*, p.625-626; S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, *op.cit.*, spec.pp.21 e 22 e 72; E.Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e ricorso incidentale*, *op.cit.*, p.291 e N.Rascio, *L'oggetto*, *op.cit.*, p.85; G.Sbaraglio, *Un passo indietro nei nuovi orientamenti interpretativi in materia di ricorso incidentale "condizionato"*, *op.cit.*, p.2934. Gli Autori, dopo aver confermato l'incompatibilità della posizione del vincitore con quella dell'impugnante principale, aggiungono che, làdove l'iniziativa avversaria prospetti il rischio di una riforma sfavorevole della sentenza, non possa negarsi al soccombente virtuale il potere di controattaccare in via incidentale. Conclusione avallata altresì da A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, *op.cit.*, nonostante le numerose restrizioni apposte dall'Autore all'operatività dell'appello incidentale condizionato, p.1315.

²³⁸Se in astratto non può negarsi al vincitore, convenuto in impugnazione, il potere di controattaccare incidentalmente la sentenza (v.nt.precedente), occorre verificare quando, in concreto, egli abbia interesse a farlo. Quando, in altre parole, la sua impugnazione incidentale sia effettivamente animata da ambizioni censorie che ne comprovino l'ammissibilità soggettiva.

Il superamento dell'indispensabilità della soccombenza (pratica) non offre garanzie granitiche in tal senso. Per quanto non sia richiesto uno stato pregiudizievole di partenza, l'interesse ad impugnare (incidentalmente) del vincitore, deve essere misurato attraverso l'utilità incrementale che la doglianza potrebbe guadagnarli. Beneficio posto a confronto con una situazione iniziale già di massima (quindi, per definizione, non implementabile) soddisfazione.

E' stato punto obiettato che tale utilità non sia configurabile. La riforma o l'annullamento della sentenza conseguenti all'accoglimento dell'impugnazione incidentale sottrarrebbero al proponente la vittoria ottenuta. Da questo punto di vista potrebbe addirittura sostenersi che, non solo il vincitore non abbia alcun interesse ad impugnare il provvedimento favorevole; ma che ne abbia, addirittura, uno contrario (come afferma, ad esempio, S.Rusciano, *Il ricorso per Cassazione della parte vittoriosa nel merito è sempre (anche quando ha oggetto una questione di giurisdizione?) condizionato de iure*, *op.cit.*, p.1110).

Tali considerazioni impongono d'indagare se vi siano, e quali siano, i margini di vantaggio ulteriore che il vincitore potrebbe ottenere dall'accoglimento del proprio gravame. La ricerca sarà svolta declinando l'interesse ad impugnare del soccombente teorico nel contesto impugnatorio di riferimento (appello; Cassazione). All'interno di quei giudizi si avrà cura di evidenziare le sfaccettature che l'interesse *de quo* assume in relazione ai poteri giudiziari ed alla struttura di ciascun grado/fase.

La verifica (lo si anticipa, positiva) circa l'interesse ad impugnare del vincitore consentirà un'ulteriore espansione dell'analisi. Sarà proprio l'approfondimento dei margini di utilità ottenibili dall'impugnante vincitore a tracciare l'ambito funzionale del relativo gravame. Ad

3 L'interesse ad impugnare quale criterio per l'individuazione delle applicazioni della doglianza del vincitore nella dinamica delle impugnazioni

“L'interesse all'impugnazione incidentale, che sorge dall'impugnazione altrui, non è necessariamente volto a capovolgere il risultato della sentenza impugnata ai danni dell'impugnante principale; ciò può anche avvenire data l'autonomia del potere concesso all'impugnato, ma non è un effetto necessario. Vi è anche un effetto minore, tradizionalmente individuato nel riequilibrio, che può sortire in varie ipotesi e che è caratteristico dell'impugnazione che abbia quale presupposto remoto la soccombenza virtuale”.

Con queste lungimiranti parole fu E.Grasso²³⁹ tra i primi interpreti ad individuare ed esprimere l'essenza dell'interesse ad impugnare del soccombente virtuale. In risposta a coloro che affermavano l'incapacità del gravame del vincitore di rispettare, oltre al contenuto²⁴⁰, altresì i presupposti soggettivi ed il fine tipico delle impugnazioni²⁴¹, l'Autore suggerì una ricostruzione dell'interesse libera da meccanicismi ed attenta alle reali esigenze di tutela che animano il vincitore.

E' innegabile che l'ambizione censoria del soccombente teorico non sia data dalla riforma della sentenza a sè favorevole; da questo punto di vista nessun meritevole interesse all'impugnazione gli sarebbe ascrivibile. Quella riforma può essere utilmente domandata soltanto della parte formalmente soccombente mediante l'impugnazione principale.

Se ciò accade, tuttavia, gli equilibri di vittoria-sconfitta segnati dalla sentenza gravata sono incrinati e rischiano di ribaltarsi. Di fronte a questo scenario non vi sono dubbi che il soccombente virtuale abbia interesse a difendere i risultati di favore già ottenuti; o quantomeno a limitare l'impatto pregiudizievole che deriverebbe dall'accoglimento della sola impugnazione avversaria. In ciò si traduce quell' *“effetto minore”* di *“riequilibrio”* individuato da E.Grasso.

Come l'Autore correttamente afferma, il riequilibrio a cui tende l'interesse ad impugnare del vincitore *“può sortire in varie ipotesi”*.

individuare, in sintesi, le applicazioni necessarie.

²³⁹ *Le impugnazioni incidentali, op.cit.*, pp. 80-81 e 95-96.

²⁴⁰ Il problema della possibilità obiettiva dell'impugnazione su questioni del vincitore è stato ampiamente discusso e risolto nel precedente Capitolo n.I.

²⁴¹ V. *supra*, nt.n.223.

Queste ultime, che altro non sono se non le possibili applicazioni della sua doglianza incidentale²⁴², devono essere verificate attraverso un'analisi contestualizzata delle ambizioni censorie del vincitore nel gravame di riferimento. L'interesse riequilibrativo sorge infatti in presenza di un pericolo concreto di alterazione dello *status quo ante* e si modula a seconda dell'intensità di quel pericolo. Questi fattori dipendono dalle prospettive finali del giudizio, a loro volta condizionate dai poteri istituzionalmente affidati ai giudici dell'impugnazione. La declinazione dell'interesse ad impugnare del vincitore²⁴³ non può quindi prescindere dallo sfondo processuale di riferimento²⁴⁴.

Si avvia così un'analisi dipartita delle ipotesi applicative nelle quali deve senz'altro riconoscersi l'interesse del vincitore ad appellare, prima, ed a ricorrere, poi, verso la sentenza che ne abbia respinte le eccezioni (in primo grado, nel caso dell'appello; in seconde cure nella prospettiva del ricorso). La scelta di anteporre lo studio dell'ammissibilità subiettiva e delle applicazioni dell'appello incidentale del vincitore a quelle dell'analogo ricorso per Cassazione²⁴⁵ non è casuale. In virtù del regime di progressive preclusioni che scandisce il processo civile (compresi i suoi passaggi gravatori) i poteri censori del vincitore-resistente dipendono da quelli che la stessa parte abbia, o meno, esercitato, làdove precedentemente convenuta in appello²⁴⁶.

3.1 Utilità e funzioni dell'appello incidentale delle questioni respinte: un'indagine sull'interesse ad impugnare dell'appellato vincitore

Ai sensi del combinato disposto degli artt.163, 329.2 e 342 c.p.c. il vincitore appellato, làdove intenda ottenere il riesame delle questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito respinte in prime

²⁴²Come anticipato in conclusione al precedente Cap.I, declinare l'interesse ad impugnare del vincitore significa individuarne le ipotesi applicative.

²⁴³Interesse che, con formula che riteniamo di condividere, definiamo "riequilibrativo".

²⁴⁴Sussiste quindi un nesso imprescindibile tra interesse ad impugnare, spazi applicativi dell'impugnazione incidentale del vincitore, poteri del giudice *ad quem* e struttura del relativo giudizio. Saranno questi i temi di sfondo alla ricerca del presente Capitolo II.

²⁴⁵Ordine invertito rispetto a quello optato nel precedente Capitolo I in sede di verifica della possibilità obiettiva del gravame.

²⁴⁶Occorre perciò un esame diacronico coordinato che fotografi i poteri del vincitore lungo tutto l'arco processuale; ed individui le applicazioni del relativo gravame nei passaggi concatenati dall'uno all'altro grado (o fase) di giudizio.

cure, deve impugnare i relativi capi con appello incidentale²⁴⁷. La doglianza, oltre ad avere un oggetto possibile²⁴⁸, dev'essere altresì scortata da un'interesse che la renda soggettivamente ammissibile²⁴⁹.

In termini generali²⁵⁰ l'interesse ad impugnare del vincitore si giustifica con l'ambizione a vincere le preclusioni che scandiscono la progressione del giudizio dalle prime alle seconde cure. Si tratta di quel giudicato parziale da acquiescenza (oggettiva o presunta) che, ai sensi dell'art.329.2 c.p.c., rende incontrovertibili tutti i capi di questione non appellati ai sensi degli artt.163 e 342 c.p.c.. Evitare quel giudicato significa, per il vincitore, accedere ad un trittico di *chances* difensive.

Anzitutto l'impugnazione dei capi di questione consente al vincitore di ottenerne il riesame (negli auspici, favorevole) da parte del giudice *ad quem*; di evitare, quindi, che l'ultima parola sulle eccezioni sollevate sia quella, negativa, del giudice *a quo*²⁵¹. Là-dove poi anche il convincimento del giudice d'appello dovesse disattendere le attese dell'impugnante incidentale, le stesse questioni (*rectius*: capi) sottratte, mediante l'appello, al giudicato parziale, potranno essere nuovamente rianimate innanzi al giudice di legittimità²⁵². A tal fine occorrerà naturalmente un apposito ricorso. Ricorso reso possibile, tuttavia, proprio dal precedente appello incidentale del vincitore sulle questioni respinte. In sua assenza le questioni *de quibus* sarebbero divenute incontrovertibili al termine del primo grado di giudizio. Rispetto a quella definitività nulla avrebbe

²⁴⁷L'inidoneità, *ergo* l'insufficienza, della riproposizione ex art.346 c.p.c. è già stata oggetto di ampia dimostrazione (v.Cap.I).

²⁴⁸Profilo risolto mediante l'equazione parte o capo di sentenza appellabile = decisione di questioni (v.Cap.1).

²⁴⁹Il profilo dell'ammissibilità soggettiva impone di indagare l'incremento di utilità che l'impugnazione, se accolta, guadagnerebbe all'appellante incidentale.

²⁵⁰Ossia con riferimento alla generalità delle questioni (pregiudiziali o preliminari) respinte, indipendentemente dai contenuti.

²⁵¹Da questo punto di vista l'appello incidentale si rende necessario per consentire al vincitore di partecipare alla determinazione dell'oggetto del giudizio di seconde cure. Come già dimostrato (v.*supra*, par.2.2.3 e 2.2.4) la sua attuale struttura cognitiva si compone di tutte e solo le questioni rianimate dalle parti attraverso l'appello principale ed incidentale (oltre che di quelle ancora rilevabili d'ufficio). E' perciò indispensabile che il vincitore impugni incidentalmente le questioni su cui è rimasto soccombente se vuole assicurarsi che vadano a comporre la *cognitio* del giudice *ad quem* e siano quindi riesaminate. In caso contrario l'acquiescenza tacita ex art.329.2 c.p.c. determina il passaggio in giudicato della soluzione delle questioni *de quibus* e la definitiva preclusione ad un loro rinnovato scrutinio in seconde cure.

²⁵²L'obiettivo del vincitore in questo caso è quello di ottenere una favorevole riforma delle questioni direttamente da parte della Cassazione o, se necessario, dal giudice di rinvio (su questi aspetti v. *infra*, par.3.2).

potuto il successivo ricorso incidentale del vincitore²⁵³.

V'è poi una terza possibilità difensiva che l'appello incidentale su questioni del vincitore ha assunto a partire dalla legge di riforma n.134/2012. Per comprenderne il significato occorre analizzare, dapprima con riferimento all'appellante principale, per poi estendere le considerazioni a quello incidentale, il contenuto dei novellati artt.348 bis e 348.2 e .3 ter c.p.c..

L'art.348.3 ter c.p.c. prevede oggi la ricorribilità della sentenza di primo grado nell'ipotesi che l'appello sia dichiarato inammissibile ai sensi dell'art.348 bis c.p.c. (ossia perchè non dotato di ragionevoli probabilità di accoglimento). Nella formulazione letterale è caduto l'inciso inizialmente previsto dall'art.54 del d.l.83/2012 che confinava la ricorribilità della sentenza di prime cure ai soli "*motivi specifici esposti con l'atto di appello*". E' sorta così tra gli interpreti l'esigenza di verificare se ed in che misura l'appello proposto ai sensi dell'art.342 c.p.c., e giudicato inammissibile in base all'art.348 bis c.p.c., incida sull'ampiezza del ricorso successivamente formulato verso la sentenza di primo grado. La rinuncia legislativa al vincolo dei "*motivi specifici esposti con l'atto di appello*" sembrerebbe infatti allentare quel legame. Ciononostante occorre ricordare che la disciplina di cui agli artt. 348 bis e 348 ter c.p.c. si colloca nella materia dei giudizi d'impugnazione, della quale deve rispettare i principi regolatori²⁵⁴. Tra questi spiccano, in particolare, i meccanismi di progressiva formazione della stabilità determinati, rispettivamente, dal giudicato parziale da acquiescenza presunta ex art.329.2 c.p.c. e dalla consumazione dei motivi d'impugnazione²⁵⁵. Sono agevolmente comprensibili le ripercussioni dei meccanismi *de quibus* sul rapporto tra appello inammissibile ex art.348 bis c.p.c. e ricorso verso la stessa sentenza di primo grado precedentemente appellata. Quel ricorso, come ogni altro, giunge al termine di un *iter* principiato con un primo grado di giudizio, proseguito in seconde cure

²⁵³Alla luce di queste prime osservazioni può dirsi che l'interesse del vincitore ad appellare incidentalmente sia dato dalla perpetrazione delle *chances* difensive che consegue all'impugnazione dei capi di questione. *Chances* apprezzabili tanto nella prospettiva di un immediato (e favorevole) riesame di quei capi da parte del giudice di seconde cure; quanto in quella di un successivo (ed eventuale) controllo ad opera del S.C..

²⁵⁴Come efficacemente rilevato da R.Poli, *Il nuovo giudizio d'appello, op.cit.*, p.137; IDEM *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità?*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 2016, p.51.

²⁵⁵Meccanismi nei quali il fine della progressiva certezza trova giustificazione nel mezzo preposto al suo raggiungimento. Mezzo consistente, in entrambi i casi, nella valorizzazione del principio di autoresponsabilità.

ed ivi tuttavia arretastosi *in limine litis*²⁵⁶. Le possibilità difensive del ricorrente devono perciò misurarsi al netto di quanto intercorso nelle fasi pregresse. Va da sè che tutte le questioni risolte dalla sentenza di primo grado, non specificatamente appellate ex art.342 c.p.c.²⁵⁷, acquistino definitività nel passaggio dal primo al secondo grado di giudizio; e non possano quindi più accedere al controllo di legittimità²⁵⁸. Titolare questo impedimento come “incontrovertibilità da giudicato parziale ex art.329.2 c.p.c.” ovvero come “consumazione dei poteri impugnatori non tempestivamente esercitati” dipende solo dalla convinzione accolta, a monte, sull’identità della nozione di capo di sentenza. Se quest’ultimo è inteso, con opinione condivisa da chi scrive, come capo di questione, il meccanismo che spiega l’impossibilità di ricorrere ex art.348.3 ter c.p.c. verso le questioni decise dal provvedimento di prime cure e successivamente non appellate, è quello della cosa giudicata parziale²⁵⁹. Làdove invece non si riconosca alla decisione di questione la dignità di capo di sentenza appellabile è giocoforza spiegare la preclusione subita del ricorrente in termini di perdita (*rectius*: consumazione) dei poteri censori irresponsabilmente non esercitati²⁶⁰.

Ciò vale, come anticipato, per l’appellante principale²⁶¹. Ai sensi del combinato disposto degli artt.348 bis e 348.2 ter i medesimi effetti devono tuttavia estendersi anche al vincitore appellante incidentale²⁶². Costui deve impugnare i capi di questione sui quali

²⁵⁶Per effetto del controllo preliminare del filtro ex art.348 bis c.p.c.

²⁵⁷Ossia non identificate secondo i nuovi parametri motivazionali prescritti dall’art.342 c.p.c..

²⁵⁸Cfr. *Cass.*, 15 Maggio, 2014 n. 10722 per la quale, làdove a fronte della pronuncia d’inammissibilità ex art.348 bis c.p.c. divenga ricorribile la sentenza di prime cure, “oggetto del ricorso per cassazione ex art.348 ter c.p.c. non possono essere questioni che siano già precluse al momento della proposizione dell’appello dichiarato inammissibile ex art.348 bis c.p.c.”.

²⁵⁹I capi di questione non appellati ex art.342 c.p.c. diverrebbero punto incontrovertibili all’interno della sentenza di primo grado al momento della scadenza dei termini perentori ex art. 325 c.p.c.. Il ricorso per Cassazione successivamente proposto avverso quel provvedimento non potrebbe perciò inficiarne i contenuti ormai internamente stabilizzatisi. Sostiene e conforta questo avviso G.Balena, *Le novità relative all’appello*, *op.cit.*, p.16.

²⁶⁰Ci si potrebbe allora chiedere quale significato abbia la caducazione legislativa del vincolo ai “*motivi specifici esposti con l’atto di appello*”. Da questo punto di vista si condivide l’opinione di coloro che, come G.Costantino, *Le modifiche del giudizio di appello*, *op.cit.*, spiegano la caduta del vincolo con la libertà di dedurre, in Cassazione, motivi di ricorso diversi (dal punto di vista degli *errores in procedendo* od *in iudicando* denunciati) da quelli oggetto dei motivi d’appello (inammissibile). Ciò a condizione, ovviamente, che gli errori *de quibus* sempre profilino l’illegittimità della soluzione assegnata agli stessi capi precedentemente appellati.

²⁶¹Il quale, dopo aver subito l’ordinanza d’inammissibilità ex art.348 bis c.p.c., decida di ricorrere in via principale verso la sentenza di prime cure.

²⁶²L’estensione si giustifica nei termini seguenti.

sia rimasto teoricamente soccombente non solo per guadagnarsi la *chance* di vederli riesaminare dal giudice d'appello (o, eventualmente, da quello di Cassazione cui il giudizio dovesse pervenire a seguito dell'appello ordinariamente svolto)²⁶³. Il suo appello incidentale si rende egualmente necessario per assicurargli la possibilità di rianimare le eccezioni difensive respinte dalla sentenza di prime cure làdove ad essere ricorsa per Cassazione sia proprio quest'ultima (ai sensi dell'art.348.3 ter c.p.c.) e non, invece, la sentenza del giudice d'appello²⁶⁴.

Alla luce di quanto esposto risulta evidente l'utilità che l'appello incidentale riveste per il soccombente teorico. Si tratta della possibilità di sfruttare il potenziale difensivo delle eccezioni infruttuosamente sollevate in primo grado nel successivo corso del giudizio²⁶⁵,

L'art.348.3 ter c.p.c., nel sancire la ricorribilità per Cassazione della sentenza di prime cure, si riferisce neutralmente all'ipotesi d'inammissibilità dell' "appello". Non compie pertanto né una scelta di genere (non specifica, in altre parole, se si tratti dell'appello principale ovvero di quello incidentale) né di numero (non precisa cioè cosa accada nell'ipotesi in cui ad essere proposto verso lo stesso provvedimento sia più di un appello). A chiarire l'ambito di applicazione della norma soccorre tuttavia il comma precedente della stessa disposizione. L'art.348.2 ter c.p.c. prevede infatti che l'ordinanza-filtro di cui all'art.348 bis c.p.c. possa pronunciarsi solo quando i presupposti di non ragionevole probabilità di accoglimento ricorrano per tutti gli appelli promossi verso la medesima sentenza: principali o incidentali ex art.333 c.p.c. (per il trattamento delle incidentali tardive ex art.334 c.p.c. si rinvia al par.3.1.1.). In caso contrario (ossia se ad essere filtrabile sia il solo appello principale) il giudizio prosegue ordinariamente in seconde cure nei confronti di tutte le doglianze. Nessuna eccezionale ricorribilità della sentenza di primo grado viene, in questo caso, in rilievo. Ciò significa che l'ipotesi disciplinata dall'art.348.3 ter c.p.c. (ossia l'eccezionale ricorribilità della sentenza di primo grado) si verifica solo quando ad essere inammissibili ex art.348 bis c.p.c. siano tanto l'appello principale del soccombente (formale) quanto quello incidentale del vincitore eventualmente proposto.

Ai fini d'interesse ciò significa che l'art.348.3 ter c.p.c. trova applicazione tanto con riferimento all'appellante principale quanto al vincitore controappellante incidentale; estendendosi così all'ipotesi di giudizio d'impugnazione promosso da ambedue le censure. Pertanto, le considerazioni svolte nel testo in ordine alle ripercussioni della doglianza principale sulla successiva ricorribilità ex art.348.3 ter c.p.c. della sentenza di primo grado, valgono egualmente per il vincitore appellante incidentale (v. *infra*, nel testo ed in nt.n.260-261).

²⁶³L'ipotesi supposta nel testo è quella in cui il vincitore di prime cure, convenuto in appello, abbia impugnato incidentalmente la sentenza favorevole ed abbia visto confermare dal giudice *ad quem* tanto la vittoria di merito quanto il rigetto delle eccezioni ri-sollevate. In questo caso a ricorrere in via principale verso la sentenza, naturalmente di seconde cure, sarà la controparte nuovamente sconfitta nel merito. All'appellato, ormai resistente vincitore, non resta che ricorrere in via incidentale verso quegli stessi capi di questione che, sempre incidentalmente, aveva precedentemente appellato così sottraendoli al giudicato.

²⁶⁴Nella prospettiva che possa divenire ricorribile la sentenza di prime cure (prospettiva che, si ricorda, presuppone che entrambi gli appelli siano filtrati dall'art.348 bis c.p.c., v.nt.n.259) il vincitore appellato deve premurarsi di gravare incidentalmente tutte le questioni al cui potenziale difensivo non intende rinunciare. In questo modo si assicura di poter nuovamente ricorrere (figurativamente e letteramente) alle questioni *de quibus* làdove costretto dalla controparte che, di fronte all'arresto ex art.348 bis c.p.c., decida di proseguire il giudizio innanzi al S.C..

²⁶⁵Direttamente in appello; nel giudizio di Cassazione cui dovesse giungersi dopo l'appello ordinario; nel giudizio di Cassazione eccezionalmente instaurato ai sensi dell'art.348.3 ter

vincendo le preclusioni che ne scandiscono i passaggi gradualmente²⁶⁶.

Tuttavia ciò non è ancora sufficiente a dimostrare l'interesse del vincitore all'appello incidentale; dunque, l'ammissibilità subiettiva del gravame *de quo*. A tal fine occorre declinare quella generica utilità nello specifico vantaggio incrementale che il soccombente virtuale otterrebbe dall'accoglimento della propria doglianza.

L'operazione richiede l'adozione di due piani d'analisi diversificati. Il maggior beneficio assicurato dall'appello incidentale al vincitore dev'essere verificato in relazione al tipo di questione di volta in volta censurata. A seconda che si tratti di questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito diversi sono infatti gli orizzonti utilitaristici accessibili alla parte virtualmente soccombente.

3.1.1 L'appello incidentale del vincitore su questioni pregiudiziali di rito

Per sfuggire ai meccanismi dell'acquiescenza presunta ex art.329.2 c.p.c. l'appellato vincitore deve impugnare tutte le questioni pregiudiziali di rito rigettate dal giudice di primo grado o a fronte di eccezione ovvero a seguito di rilevazione officiosa²⁶⁷.

In sede d'appello il riesame delle questioni processuali impuginate incidentalmente può sfociare in due distinti esiti decisori²⁶⁸: la riforma della sentenza²⁶⁹ oppure il suo annullamento con rinvio nel caso la pregiudiziale di rito sollevata rientri nell'elenco tassativo degli artt.353 e 354 c.p.c.²⁷⁰. Nella prospettiva del soccombente teorico

c.p.c.; nell'eventuale giudizio di rinvio ex art.383 c.p.c..

²⁶⁶Cfr.S.Rinaldi, *Sull'ammissibilità dell'appello incidentale condizionato, op.cit.*. Poiché l'art.329.2 c.p.c. attribuisce alle decisioni di questioni l'attitudine al passaggio in giudicato (dunque a divenire vincolanti per i giudizi dell'impugnazione), la finalità (*rectius*: l'utilità) che l'appello incidentale del vincitore persegue consiste nella rimozione di questo vincolo endoprocessuale.

²⁶⁷La decisione della questione dà corpo ad un capo di sentenza autonomamente appellabile a prescindere dalla fonte dell'*imput* decisorio (sia essa la parte, mediante eccezione; il giudice, mediante spontaneo rilievo).

²⁶⁸Si considerano ovviamente solo gli esiti derivanti dall'accoglimento dell'appello incidentale del vincitore su questioni processuali. In caso di rigetto è chiaro che gli effetti dell'impugnazione di questioni pregiudiziali di rito sarebbero nulli e l'esito del giudizio si giocherebbe tutto sulla valutazione dell'impugnazione principale sul merito.

²⁶⁹A seguito dell'accoglimento dell'appello incidentale su questione pregiudiziale di rito la vittoria sul merito verrebbe riformata in una vittoria sul processo.

²⁷⁰Da questo punto di vista occorre svolgere una precisazione. Non tutte le questioni disciplinate dagli artt.353 e 354 c.p.c. (erronea declaratoria del difetto di giurisdizione del giudice civile o di quello italiano; nullità non sanata della notifica della citazione introduttiva in primo grado; pretermissione del litisconsorte necessario; illegittima estromissione; difetto di sottoscrizione della sentenza; erronea declaratoria di estinzione del giudizio) si prestano ad essere appellate dal vincitore. L'incompatibilità risulta evidente allorché si esaminino contenuto e

dinamica processuale di ciascuna delle questioni enunciate.

L'art.353.1 c.p.c. stabilisce che il giudice d'appello che affermi la giurisdizione ordinaria o italiana negata dal primo giudice debba rinviare a quest'ultimo la decisione della causa. Ciò deve fare per non sottrarre alle parti un intero grado di giudizio. Il presupposto sulla base del quale si giunge a questa pronuncia è che sia impugnata in appello la declinatoria sulla giurisdizione compiuta dal giudice *a quo*. In altre parole, che sia appellata la sentenza di rigetto in rito con cui il primo giudice abbia concluso il giudizio innanzi a lui instaurato. Non c'è dunque alcuna decisione sulla lite rispetto alla quale poter spartire le situazioni di soccombenza/vittoria formale che costituiscono lo sfondo oggettivo della presente analisi. La declinatoria della giurisdizione ordinaria o italiana non può dunque mai rappresentare una capo di questione appellabile dalla parte vittoriosa nel merito.

Eguualmente nell'ipotesi di erronea estinzione del giudizio ex art.354.2 c.p.c.. La decisione estintiva, così come la declinatoria di giurisdizione, non affronta il merito della lite. Non distribuisce, quindi, situazioni di sconfitta e vittoria pratiche. Quello è, semmai, il risultato cui tende la parte interessata ad una conclusione di merito favorevole che impugni l'ordinanza estintiva.

Per quel che riguarda invece le ipotesi di nullità della notificazione della citazione introduttiva del primo grado, pretermissione del litisconsorte necessario e sentenza acefala, occorre anzitutto sottolinearne un dato comune. Si tratta di questioni che, costituendo oggetto di controllo officioso, sono frequentemente rilevate direttamente dal giudice *ad quem* pur adito sulla base di motivi diversi. Ciò non toglie, tuttavia, che alla sua attenzione possano pervenire anche mediante motivi d'appello a ciò specificatamente dedicati. Si tratta allora di verificare se quei motivi possano essere sollevati in via incidentale dal vincitore.

L'ipotesi di nullità non sanata della notifica della citazione introduttiva sottintende la perdurante contumacia del convenuto non costituitosi nel termine di cui all'art.293 c.p.c. (l'udienza di p.c.). Il carattere perentorio di quel termine sembrerebbe escludere la possibilità del convenuto di prendere parte attiva al giudizio dopo quell'udienza (quindi, ad esempio, appellandone incidentalmente la sentenza conclusiva). Circostanza confermata, a tacer d'altro, dall'art.294 c.p.c.. La norma disciplina il fenomeno dell'eccezionale rimessioni in termini per lo svolgimento di attività ormai precluse al contumace costituitosi tardivamente. All'ultimo comma specifica che la rimessione possa financo ritardare la rimessione al collegio di una causa già matura per la decisione nei confronti delle altre parti costituite. Sottintesa a questa previsione v'è la convinzione che l'ultimo momento utile per la difesa attiva del contumace (eventualmente con le estensioni consentite da un'eccezionale rimessione in termini) sia quello antecedente la rimessione della causa in decisione.

Tuttavia l'art 327.2 c.p.c. deroga a questa regola generale ammettendo il contumace mai costituitosi all'impugnazione (anche tardiva) della sentenza conclusiva. Ciò è consentito laddove il contumace possa dimostrare di non avere avuta contezza del processo a causa della nullità della notificazione della citazione introduttiva, degli atti di cui all'art.292 c.p.c. o della nullità della citazione stessa. Solo nel primo caso il giudice d'appello, accogliendo la doglianza del contumace, deve rinviare la causa al primo giudice ex art.354 c.p.c.; nelle altre ipotesi chiude il giudizio dichiarando la nullità derivata della sentenza di primo grado.

Un caso d'interesse ai fini di studio potrebbe quindi essere quello in cui il processo contumaciale si sia concluso con sentenza di rigetto in merito appellata *principaliter* dall'attore soccombente regolarmente costituito. Il convenuto vincitore contumace che fino a quel momento (ammesso che l'avesse conosciuta) aveva con ogni ragione prestato acquiescenza alla sentenza favorevole, potrebbe a quel punto decidere di appellarla incidentalmente (e financo tardivamente) denunciando la mancata conoscenza del processo di primo grado per effetto della nullità della notifica della citazione introduttiva. In questo caso l'effetto dell'accoglimento del gravame *incidenter* sarebbe quello del rinvio ex art.354 c.p.c.

Analogamente potrebbe verificarsi in caso di sentenza acefala o pronunciata in assenza di un litisconsorte necessario. In entrambe le ipotesi potrebbe trattarsi di una decisione di merito che profila situazioni nette di soccombenza e vittoria pratiche. Laddove tale sentenza sia impugnata, per motivi di merito, dalla parte sconfitta, è plausibile che il vincitore possa difendersi denunciandone la nullità radicale per difetto di sottoscrizione o violazione del contraddittorio. In entrambi i casi l'accoglimento dell'appello incidentale avrebbe quale effetto (non la riforma della sentenza, bensì) il rinvio della causa al giudice autore dell'errore.

si tratterebbe, in entrambi i casi, di una degradazione della vittoria sul merito in vittoria sul processo dalle sfavorevoli implicazioni. Nella prima ipotesi²⁷¹ alla sentenza di rigetto in rito del giudice *ad quem* potrebbe seguire la riproposizione della domanda attorea in un nuovo processo²⁷². Nella seconda ipotesi, invece, il giudizio ricomincerebbe *ex novo* davanti allo stesso giudice della sentenza annullata²⁷³.

Se si declinano questi esiti secondo il parametro dell'interesse²⁷⁴ si perviene al risultato di escludere l'ammissibilità soggettiva dell'impugnazione incidentale del vincitore su questioni di rito. L'accoglimento non solo non guadagnerebbe al proponente alcuna utilità giuridicamente apprezzabile; ma gli procurerebbe, addirittura, un nocumento. L'impugnante perderebbe infatti la vittoria di merito e si esporrebbe al rischio di un nuovo o rinnovato processo dagli esiti incerti.

Tuttavia anche l'omessa impugnazione riserva delle insidie al soccombente virtuale. Ai sensi degli artt.329.2 e 342 c.p.c. l'omissione determina la definitiva impossibilità di avvalersi delle eccezioni difensive (sollevate in prime cure ed ivi respinte) nei successivi sviluppi processuali cui il vincitore fosse, suo malgrado, costretto: il giudizio di seconde cure ed, eventualmente, di legittimità e rinvio ex art.383 c.p.c.²⁷⁵. L'esito del giudizio verrebbe così totalmente affidato all'impugnazione

Infine, l'ipotesi di irrituale estromissione. In questo caso, per configurare una situazione rilevante ai fini di studio, dobbiamo immaginare un primo grado di giudizio conclusosi con una sentenza di merito emessa a fronte dell'estromissione di una parte. A seguito dell'impugnazione principale del soccombente (parte non estromessa) potrebbe essere lo stesso estromesso (che subisce in ogni caso gli effetti della sentenza), se coincidente con il vincitore, a denunciare incidentalmente l'illegittima esclusione. Ad impugnare incidentalmente potrebbe tuttavia essere anche un'altra parte, pur sempre vittoriosa, che abbia interesse a far valere l'irritualità dell'estromissione altrui per ottenere il rinvio ex art.354 c.p.c..

L'interesse che anima il vincitore alla denuncia delle questioni processuali di cui (secondo quanto ricostruito, al solo) art.354 c.p.c. (con esclusione dell'illegittima estinzione del giudizio) assume caratteristiche peculiari che incidono significativamente sul *modus operandi* dell'impugnativa. Quelle dinamiche, essendo comuni ad ogni ipotesi di appello incidentale su questioni pregiudiziali di rito (quindi anche a quelle che non occasionano il rinvio), saranno approfondite in unica trattazione (*v. infra*, al presente paragrafo).

²⁷¹Ossia quella in cui ad essere appellata incidentalmente sia una questione pregiudiziale di rito diversa da quelle che determinano un rinvio ex art.354 c.p.c..

²⁷²Il rigetto in rito, a differenza di quello in merito, non impedisce la riformulazione della domanda allorché sia sanato il vizio processuale precedentemente riscontrato. Ciò significa che il convenuto vincitore (sul processo) potrebbe trovarsi esposto ad un nuovo giudizio sulla stessa lite e così subire il rischio di una vera e propria sconfitta pratica.

²⁷³L'annullamento con rinvio ha un effetto caducativo-sostitutivo della sentenza di primo grado. Per questo il processo ricomincia innanzi al giudice del rinvio totalmente impregiudicato. Ciò, nella prospettiva del convenuto (precedentemente) vincitore, significa che il nuovo *iter* potrebbe confermare ma anche negare l'esito favorevole annullato.

²⁷⁴Così come ricostruito al precedente paragrafo.

²⁷⁵Cfr.S.Chiarloni, *Una storia infinita che rischia di finir male:il formalismo delle Sezioni*

principale avversaria che, provenendo dalla parte formalmente soccombente, mira ad un ribaltamento delle posizioni di vittoria-sconfitta.

Descritto in questi termini il sistema sembra collassare in un corto circuito. Da un lato v'è l'esigenza di tutelare il vincitore dalle preclusioni che scandiscono il giudizio garantendogli la più ampia difesa possibile; dall'altro v'è la necessità, contrapposta, di garantire il rispetto dei principi generali del processo e, soprattutto, della materia impugnatoria. Principi che non possono essere disattesi assumendo quale giustificazione la peculiare posizione processuale (senz'altro) rivestita dal soccombente virtuale.

La soluzione dev'essere rintracciata nell'istituto del condizionamento esaminatorio. Il soccombente virtuale che intenda rianimare le questioni pregiudiziali di rito infruttuosamente sollevate può (*rectius*: deve) proporre appello incidentale; il gravame dev'essere tuttavia esaminato in subordine al previo accoglimento dell'iniziativa principale sul merito²⁷⁶. Quest'ordine assicura che l'analisi dei contenuti dell'appello incidentale sia sempre preceduta da una positiva verifica circa la sua ammissibilità soggettiva in punto d'interesse. Il previo accoglimento dell'appello principale rende punto concreta l'utilità ottenibile dal vincitore attraverso l'impugnazione delle questioni processuali²⁷⁷. Utilità traducibile nelle rinnovate *chances* di vittoria che l'accoglimento delle eccezioni di rito opporrebbe all'invece irrimediabile sconfitta pratica presagita dalla fondatezza del gravame principale²⁷⁸. Il differenziale di utilità tra le due prospettive giusti-

Unite contro il ricorso incidentale condizionato, op.cit., p.1582.

L'Autore si riferiva in realtà all'ipotesi di omessa proposizione, da parte del resistente vincitore, del ricorso incidentale su questioni processuali. Le considerazioni valgono egualmente per l'appellato, posto il riconoscimento, nel rigetto di questioni, di capi di sentenza sia ricorribili che appellabili ex art.329.2 c.p.c. (v.Cap.I, par.2.2).

²⁷⁶In altre parole il giudice di seconde cure deve esaminare le questioni processuali rianimate incidentalmente solo dopo ed a condizione di aver appurato la fondatezza della doglianza principale sulla lite.

²⁷⁷Con l'accoglimento della doglianza avversaria il successo nel merito del vincitore sfuma definitivamente. Nei suoi riguardi risultano a quel punto più favorevoli gli sviluppi processuali che seguirebbero l'eventuale accoglimento dell'impugnazione incidentale su pregiudiziali di rito. Tanto l'instaurazione di un nuovo giudizio sulla stessa lite (nell'ipotesi di riproposizione della domanda), quanto la regressione di quello pendente (a seguito di rinvio ex art.354 c.p.c.), avvirebbero *iter* processuali neutrali ed impregiudicati per entrambe le parti. Scenari i cui esiti potrebbero (come in ogni giudizio) mostrarsi infine favorevoli a ciascun contendente. Il che, nei riguardi dell' (ormai, non più) vincitore, è senz'altro più "utile" della sconfitta pratica invece assicurata dall'annunciato accoglimento del gravame avversario. Ecco perchè quell'accoglimento rende concreto, attuale ed evidente il vantaggio derivante dall'impugnazione incidentale su questioni di rito; giustificandone così l'ammissibilità soggettiva in punto d'interesse.

²⁷⁸Come emerso nella nota precedente si tratta di *chances* apprezzabili nell'eventuale nuovo giudizio sulla stessa lite ovvero in quello di rinvio ex art.354 c.p.c..

fica senz'altro l'ammissibilità soggettiva in punto d'interesse dell'appello incidentale del vincitore; imponendone, quanto al *modus operandi*, un esame condizionato al previo accoglimento della censura avver-
saria.

L'istituto del condizionamento esaminatorio non è nuovo al panorama interpretativo. Già a partire dagli anni 50', e nel silenzio legisla-
tivo, erano state dottrina e giurisprudenza a rintracciarvi (non senza
fatica) uno strumento di armoniosa conciliazione tra le esigenze di
tutela della parte totalmente vittoriosa nel merito ed i principi gen-
erali del sistema impugnatorio²⁷⁹.

In quell'occasione le riflessioni si erano tuttavia limitate all'orizzonte
del giudizio di legittimità. Al suo interno l'istituto del condiziona-
mento era stato insignito del compito di offrire legittimazione sis-
tematica al ricorso incidentale del resistente vincitore, soccombente
teorico su questioni. Di superare, in particolare, le obiezioni opposte
alla sua ammissibilità soggettiva in punto d'interesse con soluzione
apprezzabile tanto sul piano giuridico-processuale quanto su quello
dell'*equitas*²⁸⁰.

²⁷⁹Con particolare riferimento al profilo dell'ammissibilità subiettiva in punto d'interesse dei
gravami.

²⁸⁰Le ragioni del diverso approfondimento (in seconde cure; in Cassazione) sono già note. A
differenza dell'appello, il ricorso incidentale su questioni del vincitore era stato ammesso dagli
interpreti già all'inizio della seconda metà del secolo XX; favorito, con ogni probabilità, dal
più semplice inserimento nella struttura evidentemente revisionale del giudizio di legittimità.
In quelle occasioni ne erano stati analizzati e risolti tutti i profili critici di legittimazione. Sia
quello inerente la possibilità obiettiva di un ricorso incidentale su questioni (le uniche frazioni
della sentenza ricorribili in Cassazione ex art.329.2 c.p.c., v.*supra*, par.2.1); sia quello inerente
l'ammissibilità soggettiva in punto d'interesse, superato proprio attraverso l'istituto del c.d.
"condizionamento esaminatorio" (sul quale v. più specificatamente *infra*, nel testo).

Tra i numerosi contributi dedicati al tema si ricordano quelli di P.D'Onofrio, *Osser-
vazioni intorno al c.d. "ricorso condizionato" in Cassazione*, Riv.dir.proc., 1930, p.334;
F.Carnelutti, *Ricorso incidentale condizionato?*, Riv.dir.proc., 1946, p.43; IDEM, *A proposi-
to di ricorso incidentale subordinato*, Riv.dir.proc., 1956, p.103; A.Falcone, *Ricorso inciden-
tale condizionato e questioni*, op.cit., p.624; V.Andrioli, *A proposito di ricorso incidentale
condizionato*, Riv.dir.proc.,1960, p.288; M.Cappelletti, *Ricorso incidentale condizionato su
questioni pregiudiziali*, op.cit., p.879; E.Fazzalari, *Sui ricorsi incidentali condizionati*, op.cit.,
p.99; E.Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e ricorso incidentale*, op.cit., p.291;
S.Chiarloni, *Il ricorso incidentale del resistente vittorioso: profili sistematici e rapporti con
il c.d. ordine logico della pregiudizialità*, op.cit., p.497; A.Finocchiaro, *Ricorso incidentale
e questioni pregiudiziali o preliminari*, Giust.civ., 1973, p.515; C.Agrati Miglio, *A proposito
della subordinazione necessaria del ricorso incidentale del vincitore*, Riv.dir.proc., 1974, p.161;
D.Spiazzi, *Sull'inammissibilità del ricorso incidentale condizionato proposto dalla parte vitto-
riosa e sulla possibilità di riproporre in sede di rinvio le questioni non esaminate dal giudice
d'appello*, Giur.it., 1976, p.1983; C.Fiori, *Controricorso e ricorso incidentale*, Giust.civ., 1986,
p.1915; V.Tutinelli, *Brevi osservazioni in tema di ricorso incidentale su questioni pregiudiziali
o preliminari*, Giur.it., 1991, p.655; A.Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali condiziona-
te*, op.cit., p.289; S.Chiarloni, *Una storia infinita che rischia di finir male:il formalismo
delle Sezioni Unite contro il ricorso incidentale condizionato in Cassazione*, op.cit., p.1581;

D.Volpino, *Osservazioni in tema di condizionamento del ricorso incidentale per cassazione*, La Nuova Giurisprudenza Civile commentata, 2002, p.111; N.Andreoni, *Il (nuovo) impianto teorico del ricorso incidentale condizionato*, Il Foro It., 2002, 493; C.M.Barone, *(in tema di ricorso incidentale condizionato)*, Il Foro It., 2007, p.2959; C.Consolo, *Travagli "costituzionalmente orientati" delle Sezioni Unite sull'art.37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questione di merito)*, Riv.dir.proc., 2009, p.1141; S.Rusciano, *La parte totalmente vittoriosa nel merito e le questioni «non accolte» in cassazione*, Giur.it., 2006, p.12; IDEM, *Il ricorso per Cassazione della parte vittoriosa nel merito è sempre (anche quando ha oggetto una questione di giurisdizione?) condizionato de iure. Un silenzioso revirement o una "deviazione temporanea"?*, op.cit., p.1106; IDEM *Il ricorso incidentale della parte vittoriosa nel merito è condizionato de iure*, Il Foro It., 2009, p.3051; L.Baccaglioni, *Ricorso incidentale subordinato e questioni pregiudiziali di rito: una decisione non pienamente condivisibile*, Il Corriere Giuridico, 2009, p. 1077; S.Izzo, *Sui limiti del ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali di rito*, Giur.it., 2009, p.2731; A.Panzarola, *Sul condizionamento de jure del ricorso incidentale per cassazione del vincitore nel merito*, Riv.dir.proc., 2010, p.191; M.Negri, *Le Sezioni Unite sul ricorso incidentale condizionato consolidano la svolta*, Il Corriere Giuridico, 2011, p.1473.

Gli interventi dottrinali si sono intrecciati (talvolta in termini di causa, talaltra d'effetto) ad un andamento oscillante della giurisprudenza sul tema dell'ammissibilità soggettiva (e su quello, strettamente connesso, del condizionamento) del ricorso incidentale del vincitore. Orientamento sì scostante da ordinare la vita dell'istituto secondo alternative "stagioni" di fortuna e sfortuna (l'espressione è di L.Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, op.cit., p.120).

Volendone riassumere sinteticamente i termini può dirsi che ad una prima stagione contraria al condizionamento (e, per suo tramite, all'ammissibilità soggettiva in punto d'interesse) del ricorso incidentale del resistente vincitore (perpetratasi nel quinquennio 1955-1960 a fronte della sentenza inaugurale *Cass., 24 Maggio 1955, n.1541*), seguirono invece anni di favore, incoraggiati dall'inversione di *Cass., 11 Aprile 1960, n.826*. Per l'autorevolezza della fonte e per la chiarezza dei contenuti si ricordano *Cass., S.U., 20 Maggio 1961, n.1280*; *Cass., 2 Febbraio 1963, n.183*; *Cass., 20 Maggio 1966, n.1307*; *Cass., 7 Luglio 1972 n.2254*; *Cass., 2 Marzo 1988, n.188*. Un trentennio di uniformi vedute non bastò tuttavia a consolidare l'orientamento giurisprudenziale favorevole al condizionamento del ricorso incidentale del vincitore. Con un improvviso *revirement* fu infatti *Cass., S.U., 11 Dicembre 1990, n.11795* a sentenziare, sotto il titolo dell'inammissibilità soggettiva, l'espulsione dal sistema del ricorso incidentale del resistente. La rinnovata opposizione, occasionata da un ricorso incidentale condizionato su questione di giurisdizione, suscitò numerose critiche tra gli interpreti che, nel trentennio precedente, avevano invece condiviso le soluzioni giurisprudenziali favorevoli (tra gli altri, C.M.Barone, in nota di commento a *Cass., S.U., 11 Dicembre 1990, n.11795*, Il Foro It., 1991, p.53; S.Chiarloni, *Contro l'abrogazione per via giurisprudenziale del ricorso incidentale "condizionato" dal resistente vittorioso*, Giur.it., 1994, p.455; G.Sbaraglio, *Un passo indietro nei nuovi orientamenti interpretativi in materia di ricorso incidentale "condizionato"*, Il Foro It., 1997, p.2935; M.Negri, *Le Sezioni Unite sul ricorso incidentale condizionato*, op.cit.,p.1473). Questa la ragione per cui, probabilmente, la successiva giurisprudenza confinò l'esclusione del condizionamento alla sola ipotesi del ricorso incidentale su *quaestio* di giurisdizione; ammettendolo invece per tutte le altre pregiudiziali di rito (*Cass., S.U., 6 Giugno 1997, n.5050*; *cass., 19 Aprile 1997, n.3382*; *Cass., 10 Giugno 2008, n.15362*). Le ragioni di questa retrocessione si fondarono sul riconoscimento di un *quid pluris* in capo alla giurisdizione. Essa era intesa quale presupposto processuale primo e cardinale, in assenza del quale non avrebbe avuto alcun senso discutere di nessun'altra questione (nemmeno delle altre pregiudiziali di rito). Ad occuparsene, in quel caso, sarebbe punto stato un giudice istituzionalmente sprovvisto del potere di farlo. Fu proprio questa vitale importanza riconosciuta alla giurisdizione tra tutti i presupposti processuali ad escludere l'esame subordinato della relativa impugnazione incidentale. La questione di giurisdizione doveva essere vagliata con priorità in qualunque sede processuale. Financo in quella gravatoria, ove il relativo gravame doveva perciò precedere quello di ogni altro.

Accanto a queste più circoscritte posizioni non mancarono, tuttavia, pronunce più invasive; le quali seguitarono ad escludere il condizionamento per tutte le questioni pregiudiziali di rito,

Occorre pertanto ripercorrere, per sommi capi, l'*iter* interpretativo che aveva (seppur faticosamente) condotto all'ammissione del condizionamento del ricorso incidentale del vincitore. Ciò, a maggior ragione, se si intenda estendere la medesima soluzione al vincitore di prime cure, appellante incidentale.

Il condizionamento delle impugnazioni incidentali del vincitore. Profili (ormai risolti) di compatibilità sistematica Come anticipato al precedente paragrafo, il meccanismo del condizionamento è stato focolaio di accese contestazioni. La principale ha riguardato la presunta inversione dell'ordine esaminatorio delle questioni ch'esso imporrebbe. Ordine positivamente fondato (arg. ex art.276.2 c.p.c.) e, pertanto, insuscettibile di modifica in una prospettiva *de iure condendo*.

Per comprendere le ragioni del dibattito, e quelle del suo finale superamento, occorre ricordare quanto previsto dall'art.276.2 c.p.c..

La norma ordina al giudice di prime cure di verificare, con priorità su ogni altra, la sussistenza dei presupposti processuali (delle condizioni dell'azione; dei requisiti di validità degli atti) preposti alla rituale instaurazione del giudizio. Egli deve quindi anteporre ad ogni altro esame quello delle questioni processuali rilevabili d'ufficio ed eccepite dalle parti. Solo dopo aver positivamente superato il vaglio di questi passaggi pregiudiziali può affrontare le questioni preliminari di merito ed il merito della causa. Questa scansione esaminato-

livellandone il trattamento processuale (*Cass., S.U., 23 Maggio 2001, n.212*).

Il rinnovato corso negativo non segnò tuttavia una battuta d'arresto. L'evoluzione positiva e di diritto vivente che, tanto sul piano sostanziale, quanto (e conseguentemente) su quello processuale, la giurisdizione aveva *medio tempore* conosciuto (a partire dagli anni '90 e con straordinaria intensità nel biennio 2007-2008) portò gli interpreti a riscriverne il trattamento anche sotto il profilo del condizionamento esaminatorio. Fu *Cass., S.U., 6 Marzo 2009, n.5456* a stabilire che il ricorso incidentale del vincitore su questioni pregiudiziali di rito (ivi compresa la giurisdizione) e preliminari di merito avesse sempre natura condizionata. Una sola esclusione fu mantenuta: quella del ricorso *incidenter* con cui il resistente avesse impugnato questioni pregiudiziali o preliminari ancora rilevabili d'ufficio perchè non decise nè esplicitamente, nè (aggiunte la S.C.) implicitamente. In questo caso, poichè il giudice dell'impugnazione avrebbe potuto, *sua sponte*, rilevare (evidentemente, in *limine litis*) le questioni *de quibus*, non si sarebbe potuto consentire all'intervento della parte di alterarne la scansione decisoria.

Il tema dell'impugnazione incidentale (non solo del ricorso, bensì anche dell'appello) della *quaestio* di giurisdizione sarà oggetto di successivo approfondimento. Oltre ad attrarre le più recenti attenzioni legislative ed interpretative, esso ha aperto una squarcio prospettico su quella che oggi rappresenta l'ultima ed inesplorata frontiera dell'impugnazione incidentale condizionata del vincitore: l'impugnabilità dei capi **impliciti** sulla questione di giurisdizione ed, eventualmente, sulle altre pregiudiziali di rito.

L'intuibile consistenza e gravosità dei temi implicati suggeriscono di riservare l'approfondimento di questo tema al terzo ed ultimo Capitolo della presente trattazione.

ria (tecnicamente riferita come “ordine logico della pregiudizialità”) è volta ad assicurare l’idoneità strutturale e funzionale del processo “contenente” a rendere una decisione giusta ed affidabile sulla lite in esso contenuta²⁸¹.

Quando l’ordine logico della pregiudizialità ex art.276.2 c.p.c., espressamente previsto per il primo grado di giudizio, viene trasferito in sede impugnatoria, si arricchisce di ulteriori elementi di fondamentale importanza ai fini d’analisi. Nelle fasi di gravame quell’ordine impone al giudice il compimento di due distinte e successive attività. Dapprima gli richiede di verificare la rituale instaurazione del giudizio appurando la sussistenza dei presupposti processuali generali e degli specifici requisiti di ammissibilità dell’impugnativa. Superato positivamente questo vaglio, consente al giudice di accedere al contenuto del gravame (o dei gravami, se più, proposti): ossia al *thema decidendum* impugnatorio. Anche in questo caso egli deve rispettare un preciso criterio d’ordine. Deve infatti offrire precedenza alle denunce relative alla (ir)ritualità della fase pregressa rispetto a quelle sull’ingiustizia/illegittimità della decisione di merito.

Da qui le perplessità sollevate rispetto all’esame subordinato del gravame incidentale del vincitore su questioni pregiudiziali di rito rispetto a quello della doglianza principale sul merito. Quella scansione (merito-rito) sembrerebbe realizzare un ordine esattamente inverso da quello (rito-merito) previsto dalla regola della pregiudizialità.

Se e come sia possibile superare questa *empasse* è stato chiarito dalla dottrina e dalla giurisprudenza che, per più di mezzo secolo, se ne sono occupate in riferimento al ricorso incidentale (condizionato) del resistente, soccombente teorico su questioni processuali²⁸².

E’ stato punto dimostrato come l’esame prioritario del gravame principale sul merito non violi l’ordine logico della pregiudizialità; bensì lo rispetti ed attui in uno dei suoi profili essenziali. Quello, in particolare, che antepone il controllo di ritualità (in questo caso di ammissibilità soggettiva in punto d’interesse) del gravame all’esame dei suoi contenuti.

²⁸¹Cfr. C.Natoli, *Eccezioni e questioni di merito, preliminari di merito e pregiudiziali di rito*, Riv.trim.dir. e proc. civ., 1978, p.424; F.P.Luiso, *Dir.proc.civ.*, V.II, Milano, 2009, p.62; S.Izzo, *Sui limiti del ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali, op.cit.*, p.2734.

Ulteriori approfondimenti sul tema saranno compiuti al successivo Cap.III.

²⁸²Per i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici si rinvia alla precedente nt.n.277.

Ciò accade perchè in sede d'impugnazione quell'ordine si arricchisce di un elemento ulteriore, sconosciuto alle prime cure, legato alla distribuzione della soccombenza ed alla particolare natura dell'interesse ad impugnare che ne deriva. In particolare, l'interesse della parte solo teoricamente soccombente non si fonda sulla sola sentenza contenente capi di rigetto; nè si giustifica alla luce della mera proposizione del gravame avversario. Esso presuppone il verificarsi di una condizione ulteriore che rappresenta un passaggio indispensabile nella valutazione di ammissibilità soggettiva del gravame.

Quella condizione è data dall'accoglimento dell'impugnativa avversaria. Solo quell'accoglimento, incrinando definitivamente la vittoria di merito, fa sorgere in capo al vincitore l'interesse a difendersi mediante le eccezioni processuali precedentemente disattese. Queste ultime gli restituirebbero delle *chances* di vittoria, è pur vero, incerte (perchè legate alla conclusione dei giudizi che seguirebbero l'accoglimento di quelle eccezioni); tuttavia più favorevoli dell'ormai annunciata sconfitta pratica²⁸³.

Una prima corrente interpretativa spiegava la dipendenza tra l'accoglimento del ricorso principale e l'interesse a proporre quello incidentale su questioni di rito attraverso l'immagine del pregiudizio concreto. Soltanto l'accoglimento del gravame avversario avrebbe reso punto palpabile (*rectius*: concreto) il pregiudizio in danno subito dal vincitore per effetto del rigetto delle proprie eccezioni processuali; giustificandone (in punto d'interesse) la reazione censoria. Per quanto intuitivamente ammirevole, tale opzione annoverava tra le condizioni di ammissibilità soggettiva dei gravami un elemento (il pregiudizio in danno attuale e concreto) non richiesto dal legislatore e non rispondente alla natura dell'interesse siccome ricostruito (ossia come utilità incrementale ottenibile a prescindere dalla soggiacenza ad una situazione pregiudizievole)²⁸⁴.

²⁸³Cfr., ad esempio, E.Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e ricorso*, op. cit., p.292; V.Tutinelli, *Brevi osservazioni in tema di ricorso incidentale su questioni pregiudiziali o preliminari*, op.cit., p.660; G.Sbaraglio, *Un passo indietro nei nuovi orientamenti interpretativi in materia di ricorso incidentale "condizionato"*, op.cit., p.2934).

²⁸⁴La tesi è di E.Grasso, *L'interesse ad impugnare*, op.cit., p.54. L'Autore annoverava tra i requisiti di ammissibilità soggettiva dei gravami, oltre all'interesse (individuato, in relazione al soccombente teorico, nella mera eventualità di accoglimento della doglianza avversaria), altresì il pregiudizio concreto ed attuale subito dall'impugnante (nel caso del vincitore si trattava della perdita della vittoria conseguente all'effettivo accoglimento dell'iniziativa principale).

Critici, per le ragioni esposte nel testo, rispetto alla tesi di E.Grasso sono C.Fiori, *Controricorso e ricorso incidentale*, op.cit., p.1919 (il quale definisce la teoria del Grasso un "*castello di carte*" destinato a crollare) e D.Turroni, *La sentenza civile sul processo*, Torino, 2006, p.144.

Più convincente la tesi di coloro che hanno attribuito all'interesse ad impugnare il ruolo di condizione esclusiva d'ammissibilità soggettiva dei gravami; ed hanno spiegato i rapporti tra la condizione *de qua* e l'accoglimento previo della doglianza principale indagandone la fattispecie costitutiva. Nel caso del resistente vincitore, soccombente teorico su questioni di rito, la fattispecie costitutiva dell'interesse si comporrebbe di tre elementi. Non soltanto la soccombenza teorica e la mera proposizione del ricorso principale sul merito: bensì, anche, il suo accoglimento. L'interesse del resistente ad impugnare incidentalmente questioni processuali presupporrebbe perciò la contestuale integrazione di questi triplici fattori.

Questa ricostruzione, unita alle regole della pregiudizialità vigente in sede impugnatoria (che, lo si ricorda, antepongono la verifica di ritualità dei gravami all'analisi dei relativi contenuti), spiegava le ragioni del condizionamento esaminatorio del ricorso incidentale su questioni pregiudiziali di rito all'accoglimento di quello principale sul merito. Ragioni ancor oggi riassumibili in un limpido sillogismo. L'esame dei contenuti della doglianza incidentale del vincitore presuppone che quest'ultima sia ammissibile in punto d'interesse; l'interesse del vincitore presenta una fattispecie costitutiva complessa che ricomprende, oltre alla soccombenza teorica ed alla proposizione dell'impugnazione avversaria, altresì il relativo accoglimento; pertanto, prima ed al fine di accedere al contenuto dell'impugnazione (ricorso) incidentale, occorre accogliere quella principale. Ossia verificare l'integrazione del terzo elemento da cui dipende l'ammissibilità soggettiva del gravame *incidenter*²⁸⁵.

L'esame del ricorso incidentale del vincitore su questioni processuali è perciò necessariamente condizionato al previo accoglimento della doglianza principale sul merito. Ciò, a prescindere da volontà dispositive del proponente, dipende dalla configurazione intrinseca della fattispecie del suo interesse ad impugnare. Quello di cui in tesi è perciò un condizionamento *ex necesse*, imposto dall'ossequio al c.d. ordine logico della pregiudizialità rito-merito che vuole che il contenuto delle impugnazioni sia verificato solo dopo averne appurata l'ammissibilità²⁸⁶.

²⁸⁵La soluzione si deve a S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, *op.cit.*, p.123 e ss.; IDEM *Contro l'abrogazione per via giurisprudenziale del ricorso incidentale "condizionato" dal resistente vittorioso*, *op.cit.*, p. 456; IDEM *Una storia infinita che rischia di finir male: il formalismo delle Sezioni Unite contro il ricorso incidentale condizionato in Cassazione*, *op.cit.*, p.1581.

²⁸⁶Così C.Agrati-Miglio, *A proposito della subordinazione necessaria del ricorso inciden-*

L'estensione del condizionamento all'appello incidentale del vincitore (soccumbente su questioni processuali) Non v'è ragione di escludere che la soluzione del condizionamento, storicamente ideata ed infine accolta dagli interpreti in relazione al ricorso incidentale del resistente vincitore²⁸⁷, possa giustificare altresì l'ammissibilità subiettiva del gravame *incidenter* dell'appellato, soccombente su questioni pregiudiziali di rito²⁸⁸. Ciò, a maggior ragione, se si ritenga (come si ritiene) che le analogie strutturali tra le seconde cure ed il giudizio di legittimità siano maggiori di quelle tradizionalmente

tale del vincitore, op.cit., p.165; S.Rinaldi, Considerazioni in tema di ammissibilità del ricorso incidentale condizionato, parte di sentenza ed interesse ad impugnare, op.cit., p.729; S.Rusciano, Il ricorso per Cassazione della parte vittoriosa nel merito è sempre (anche quando ha oggetto una questione di giurisdizione?) condizionato de iure. Un silenzioso revirement o una "deviazione temporanea"?, op.cit., p. 1111; IDEM Il ricorso incidentale della parte vittoriosa nel merito è condizionato de iure, op.cit., p.3052; A.Panzarola, La Cassazione civile giudice del merito, Torino, 2005, p.567; IDEM Sul condizionamento de jure del ricorso incidentale per cassazione del vincitore nel merito, op.cit., p.198; M.Negri, Le Sezioni Unite sul ricorso incidentale condizionato consolidano la svolta, op.cit., p.1473.

²⁸⁷Parte della dottrina aveva addirittura sostenuto che proprio dinnanzi a giudizi, come quello di legittimità, a carattere rescindente-annullatorio, non fossero giustificabili reticenze all'operatività del condizionamento. Il riferimento corre, in particolare, a F.Carnelutti, *A proposito del ricorso, op.cit., p.103*. Secondo l'Autore la diversa natura (rescindente ovvero rescissoria) dei giudizi di impugnazione incide significativamente sull'ordine esaminatorio cui il giudice è tenuto. Se lo scopo dell'impugnazione è quello (rescissorio-sostitutivo) di definire il merito della lite, non può prescindersi da quella scansione rito-merito che assicura che la decisione sul bene conteso sia offerta all'interno di un giudizio ritualmente instaurato e condotto. Se invece il fine ultimo dell'impugnazione è quello (rescindente) di annullare la sentenza viziata, non v'è ragione di ritenere che il giudice debba rispettare un determinato ordine d'esame. Rispetto all'identico risultato di annullamento tutti i titoli caducatori si equivalgono. Perciò le questioni processuali oggetto del ricorso incidentale del vincitore possono essere esaminate dopo quelle di merito oggetto del ricorso principale. Nel giudizio revisionale di legittimità il ricorso incidentale del vincitore è infatti proposto *"sub condicione della rescissione e non della riforma della sentenza impugnata; in altre parole, dell'accoglimento del ricorso, non dell'accoglimento della domanda di merito proposta dalla controparte"*, cfr. F.Carnelutti, *A proposito del ricorso, op.cit., p.104*.

L'opinione, pur autorevole, non è tuttavia condivisa. Come già dimostrato (v. *supra*, nel testo) la *ratio* del condizionamento non dev'essere ricercata nella possibilità di alterare l'ordine logico della pregiudizialità. Al contrario. E' proprio l'operatività *sub condicione* a garantire che anche l'esame dell'impugnativa della parte solo virtualmente soccombente su questioni processuali sia compiuto nel rispetto di quell'ordine.

²⁸⁸L'opinione è stata a lungo avversata. Pur tra coloro che riconoscevano il condizionamento del ricorso incidentale del resistente vincitore, dubbi persistevano in ordine alla subordinazione dell'analogo appello (si veda, per tutti, A.Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate, op.cit., p.291-292*). Ciò era legato a quella concezione tradizionale delle seconde cure come *novum iudicium* sostitutivo sulla lite che, se non escludeva addirittura l'onere di impugnazione ex art.342 c.p.c. rispetto ai capi di questione, in ogni caso negava che l'appello incidentale su pregiudiziali di rito potesse essere esaminato *sub condicione*. Ciò perchè, si diceva, in un giudizio, quale l'appello, che si svolge nuovamente e direttamente sul merito della lite, il giudice *ad quem* deve rapportarsi alla domanda nelle stesse condizioni e con gli stessi poteri del primo giudicante. Così come al giudice di prime cure non è consentita la deviazione dall'ordine esaminatorio rito-merito, così non può essere nei confronti di quello chiamato a ripeterne l'accertamento.

riconosciute²⁸⁹.

L'appello incidentale del vincitore su questioni processuali²⁹⁰ è perciò sostenuto, dal punto di vista dell'ammissibilità soggettiva, da meritevole interesse ad impugnare. Quell'interesse, in virtù della particolare posizione processuale del proponente²⁹¹, nasce sotto condizione di una ben individuata circostanza: l'increspatura della vittoria determinata dall'accoglimento dell'appello principale.

L'appello incidentale del vincitore, soccombente su questioni pregiudiziali di rito, è perciò un gravame ad ammissibilità soggettiva *ex necesse* subordinata. Il suo esame non solo può, bensì deve²⁹² essere compiuto solo dopo che il giudice adito abbia positivamente verificato l'evento dedotto in condizione. Abbia, cioè, accolto l'impugnazione principale avversaria²⁹³.

²⁸⁹Ossia se si ritenga che il giudizio d'appello rivesta oggi i tratti tipici dell'impugnazione (anche, in parte) revisionale (v. *supra*, Cap.I, par., 2.2.3).

A conforto di questa opinione si vedano M.Curami, *Mera riproposizione ex art.346 o onere di impugnazione per l'appellato vincitore nel merito*, *op.cit.*, p.652 e spec.nt.n.16; S.Rinaldi, *Sull'ammissibilità dell'appello incidentale condizionato*, *op.cit.*, spec. in calce alla nt.n.14; R.Poli, *Il nuovo giudizio di appello*, *op.cit.*, p.137; S.Cartuso, *"Filtro" di ammissibilità dell'appello e impugnazioni incidentali*, *Il giusto processo civile*, 2014, p.1197. Più cauta la posizione di A.Ronco, *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito*, *op.cit.*, p.13 che, dopo aver amesso l'operatività del condizionamento del ricorso incidentale del vincitore, dubita dell'estensibilità della soluzione all'appello incidentale. Ciò perchè, ad avviso dell'Autore, "benchè il secondo grado di giudizio si vada avvicinando (...) ad una configurazione tipologica di revisio prioris instantiae e perda simmetricamente alcuni connotati del novum iudicium, certo è che la sentenza di secondo grado è destinata a sostituirsi a quella del primo giudice come decisione che sia pure nei limiti della devoluzione (...) - incide direttamente sulla res litigiosa ed afferma se il diritto fatto valere in giudizio esista o meno". Il timore è condiviso e, tuttavia, infondato. Come già visto (v. *supra*, nel testo) nemmeno la giustificazione al condizionamento del ricorso incidentale è stata rintracciata nella struttura revisionale del giudizio di Cassazione e nella convinzione che in esso non occorra rispettare alcun ordine esaminatorio. Al contrario, si è ritenuto che quel *modus operandi* sia necessario proprio per rispettare l'ordine della pregiudizialità rito-merito in uno dei suoi profili più pregnanti. Per questa ragione l'istituto del condizionamento ben si presta ad accompagnare tanto il ricorso incidentale quanto l'appello incidentale del vincitore, soccombente teorico su questioni processuali.

²⁹⁰Si tratti di questioni il cui accoglimento occasiona, ai sensi dell'art.354 c.p.c., un rinvio al primo giudice; ovvero la riforma della vittoria di merito in rito direttamente nelle seconde cure.

²⁹¹La soccombenza virtuale o teorica su questioni di rito.

²⁹²A prescindere, cioè, dalla richiesta di condizionamento espressa dall'appellante.

²⁹³Cfr.C.Consolo, *Il cumulo condizionale*, *op.cit.*, p.542 il quale parla del condizionamento in termini di *condicio iuris*, escludendo così che si tratti di scelta disponibile e spontanea dell'impugnante incidentale. Nello stesso senso si era espresso S.Chiarloni, *L'impugnazione incidentale*, *op.cit.*, p.123 e ss.; IDEM *Contro l'abrogazione per via giurisprudenziale del ricorso incidentale "condizionato"*, *op.cit.*, 456; IDEM *Una storia infinita che rischia di finire male: il formalismo delle Sezioni Unite contro il ricorso incidentale condizionato*, *op.cit.*, p.1581. In seguito A.Panzarola, *La cassazione civile*, *op.cit.*, p. 567; IDEM *Sul condizionamento de iure del ricorso incidentale*, *op.cit.*, p. 198, nonchè gli altri autorevoli Autori citati in calce alla precedente nt.n. 281. In giurisprudenza si ricordano invece *Cass.*, 23/7/2008, n.20364; *Cass.*, S.U., 6/3/2009, n. 5456; *Cass.*, 23/7/2010, n.17284; *Cass.*, 16/3/2011,

L'evento condizionante l'esame dell'appello incidentale del vincitore. Tra accoglimento dell'appello principale, deliberazione di fondatezza ed inoperatività del filtro ex art.348 bis c.p.c. Fin'ora si è riferito il condizionamento dell'appello incidentale su questioni pregiudiziali al previo accoglimento dell'iniziativa principale sul merito. Occorre tuttavia svolgere una precisazione, ancora una volta mutuata dagli studi sul ricorso incidentale del resistente e trasferita in appello con i dovuti adattamenti²⁹⁴.

Condizionare l'esame dell'appello *incidenter* all'accoglimento vero e proprio di quello principale significa ammettere l'astratta possibilità del seguente *iter*. Il giudice *ad quem*, accogliendo l'istanza principale, riformerebbe la decisione sulla *res* individuando un'altra (e più giusta) volontà concreta di legge atta ad offrirvi disciplina sul piano sostanziale. In altre parole, sostituirebbe alla precedente sentenza di merito un'altra decisione sullo stesso oggetto ma di diverso contenuto. Tale riforma sarebbe tuttavia posta nel nulla dal successivo esame ed eventuale accoglimento dell'appello incidentale su questioni processuali. Quest'ultimo determinerebbe o un rinvio ex art.354 c.p.c.²⁹⁵; oppure una sostituzione della sentenza di merito già riformata con una nuova sentenza a contenuto esclusivamente processuale ed effetto caducatorio.

Una simile dinamica è inaccettabile. Oltre a costringere il giudice d'appello all'emissione di pronunce contraddittorie²⁹⁶, essa costringe

n.6252; Cass., 20/04/2012, n.6600; Cass., S.U., n.7381/2013. Da ultimo, a conferma della stabilità ormai acquisita dall'orientamento, *Cass., 1/03/2016, n.4047.*

Tutti gli interpreti si riferivano al condizionamento necessario del ricorso incidentale del resistente vincitore. Sono già state chiarite le ragioni per cui si ritiene che le medesime considerazioni possano (ed anzi debbano, alla luce dei meccanismi preclusivi ex art.329.2 c.p.c.) estendersi anche all'appello incidentale del soccombente solo su questioni.

²⁹⁴Per l'innovatività e l'importanza sistematica che assunse in materia si ricorda l'elaborato di A.Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali, op.cit.*, p.294. Ad esso sarà dedicata opportuno approfondimento nello studio delle funzioni del ricorso incidentale del resistente vincitore (v. in seguito, par.3.2).

²⁹⁵Il processo ricomincerebbe a quel punto dinnanzi al giudice di rinvio e la precedente sentenza di riforma del giudice d'appello sarebbe ridotta ad un *tamquam non esset*.

²⁹⁶Come rilevato da A.Squazzoni, *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale su questioni di rito*, Dir.proc.amm., 2016, p.235. Con un nitido esempio l'Autore dimostra come il condizionamento esaminatorio all'accoglimento dell'appello principale violi, prima ancora che la regola giuridica della pregiudizialità, soprattutto la logica intrinseca all'art.276.2 c.p.c. (ed, in generale, ad ogni attività di accertamento). Stride punto con la logica immaginare una sentenza del giudice d'appello che dapprima dichiari l'appellante creditore e condanni l'appellato a pagare (in accoglimento della doglianza principale); e, nel contempo, declini la propria giurisdizione in ordine a quella domanda o comunque denunci il difetto di un presupposto processuale necessario a deciderla (in accoglimento dell'appello incidentale). Questa soluzione, secondo l'Autore, *“non può essere accolta perchè concluderebbe una violazione della regola della priorità del rito sul merito, se si vuole, nella sua dimensione più*

ad un utilizzo antieconomico delle risorse processuali²⁹⁷.

La soluzione potrebbe essere rintracciata, ancora una volta, nei meccanismi applicati al ricorso incidentale del resistente vincitore: in particolare nella subordinazione (come del ricorso) anche dell'appello incidentale alla mera delibazione di fondatezza (anzichè al vero e proprio accoglimento) della doglianza principale²⁹⁸. La delibazione di fondatezza traduce una valutazione meno impegnativa per il giudice d'appello. Egli deve apprezzare, con ragionevole prognosi, la condivisibilità delle ragioni fatte valere *principaliter*, senza tuttavia accertarle, istruirle e motivarle con la dovizia ed accuratezza richieste da un vero e proprio accoglimento.

Due i vantaggi di questa soluzione. Da un lato essa eviterebbe quel corto circuito logico dato dalla contraddittorietà decisoria cui la decisione vera e propria di accoglimento condurrebbe²⁹⁹. Dall'altro metterebbe a tacere eventuali accuse (che, si immagina, verrebbero sollevate) circa il dispendio di energie e risorse processuali che il più impegnativo (rispetto alla mera delibazione) accoglimento dell'appello principale, poi reso inefficace da quello dell'iniziativa incidentale, importerebbe³⁰⁰.

pregnante. Ovvero in una dimensione che ha davvero a che vedere con una pregiudizialità di tipo logico".

²⁹⁷Il giudice dell'impugnazione sarebbe punto impegnato in un accertamento (quello sull'appello principale) oneroso in termini di tempi, energie, strumenti processuali. Sacrificio inutilmente speso se poi i suoi esiti (la riforma del merito) sono posti nel nulla dal successivo accoglimento dell'appello sul rito.

²⁹⁸L'intuizione, come anticipato, è di A. Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali, op.cit.*. Le ragioni per cui essa si presta a spiegare l'operatività del condizionamento in sede di legittimità saranno chiarite nei paragrafi a ciò dedicati (v. *infra*, par.3.2.1 nt. e 3.2.2).

²⁹⁹Contraddittorietà che può esprimersi in due direzioni.

Nella prospettiva interna alla decisione del solo giudice d'appello potrebbe tradursi nell'incoerenza tra (ad esempio) l'affermazione dell'esistenza di una valida obbligazione pecuniaria e la contestuale declinatoria di *potestas iudicandi*, competenza, il riconoscimento della litispendenza, della violazione del *ne bis in idem*, della carenza d'interesse ad agire o legittimazione attiva attorea e così via (v. anche nt.n.293). Nella prospettiva di un rinvio ex art.354 c.p.c. il rischio potrebbe riguardare anche il merito della lite. Non è da escludersi, infatti, che all'accoglimento del giudice d'appello possa seguire una contraria valutazione d'infondatezza delle ragioni poste alla base dell'appello principale da parte del giudice di rinvio.

Il condizionamento alla delibazione di fondatezza (in luogo del vero e proprio accoglimento) eviterebbe questi rischi. La delibazione di fondatezza è infatti un apprezzamento di prima prognosi ancora sfornito delle solide basi dell'accertamento. Si tratta di una valutazione provvisoria e, pertanto, controvertibile sia dallo stesso giudice che l'ha pronunciata, sia da quello che dovesse accoglierne il rinvio.

³⁰⁰La delibazione di fondatezza, a differenza del vero e proprio accoglimento, traduce un'attività meno dispendiosa per il giudice. Egli non è tenuto ad ossequiare le regole tecniche che garantiscono la certezza e l'affidabilità dell'accertamento. La valutazione cui è tenuto in sede delibativa non soggiace a regole formali; bensì di ragionevolezza. Ciò che si attende dal giudice è che l'apprezzamento sia condotto con il livello di attenzione minimo necessario ad affermare ragionevolmente che il vincitore abbia interesse all'esame dell'appello incidentale.

Questa soluzione avrebbe potuto dirsi soddisfacente sino all'entrata in vigore della l.134/2012. L'introduzione del nuovo filtro di ammissibilità di cui all'art.348 bis c.p.c., e le sue interazioni col sistema delle impugnazioni incidentali ex art.348 ter c.p.c.³⁰¹, hanno indotto a ripensare allo scenario in cui opera il condizionamento; a rivederne, soprattutto, l'evento presupposto.

Quel che può verificarsi, alla luce delle nuove disposizioni, è che un giudizio d'appello inammissibile (ai sensi dell'art.348 bis c.p.c.) sulla base dei motivi d'impugnazione principale sia tenuto in vita (ai sensi dell'art.348 ter c.p.c.) dalla ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello incidentale, financo del soccombente teorico³⁰². L'iniquità di tale soluzione si svela sotto ogni evidenza. Il vincitore non ha alcun interesse proprio allo svolgimento del giudizio d'appello; tanto è vero che, spontaneamente³⁰³, non può nemmeno instaurarlo. La sua reazione incidentale svolge un ruolo, per così dire, precauzionale, che diviene d'effettivo interesse solo nel momento in cui la prospettiva di doversi difendere in appello sia resa ormai certa dalla fondatezza dell'iniziativa avversaria. Se quest'ultima è, prima ancora che infondata, sprovvista di qualsivoglia ragionevole probabilità di accoglimento³⁰⁴, il soccombente teorico non ha certo

Contra V.Tutinelli, *Brevi osservazioni in tema di ricorso incidentale*, *op.cit.*, p.660, per il quale non è sufficiente, a determinare l'insorgenza dell'interesse ad impugnare *incidenter*, la delibazione di fondatezza della doglianza principale. In quella circostanza l'impugnante principale potrebbe infatti ancora decidere di rinunciare alla propria censura; rinuncia cui seguirebbe l'inammissibilità del gravame incidentale per carenza d'interesse. Ragion per cui l'esame dell'impugnazione incidentale deve attendere non la mera delibazione di fondatezza, bensì il vero e proprio accoglimento dell'impugnazione principale (che esclude la possibilità di rinuncia).

³⁰¹Considerato nella parte in cui afferma "L'ordinanza di inammissibilità" -ex art.348 bis c.p.c.- "è pronunciata solo quando sia per l'impugnazione principale che per quella incidentale di cui all'art.333 ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'art.348 bis c.p.c.".

³⁰²Come osserva efficacemente R.Poli, *Il nuovo giudizio d'appello*, *op.cit.*, p.143. Quanto più l'appello incidentale risulti (*prima facie*) fondato, tanto minori sono le possibilità di assistere alla dichiarazione d'inammissibilità ex art.348 bis c.p.c.. Ciò potrebbe verificarsi anche quando l'appello principale appaia invece manifestamente infondato.

³⁰³Tecnicamente: in via principale.

³⁰⁴Per dare un senso alla differenziazione delle ipotesi occorre immaginare che la valutazione giudiziale sull'appello principale possa assumere una triplice intensità.

Procedendo con gradazione incrementale, il giudice d'appello è anzitutto tenuto ad un apprezzamento *prima facie*, svolto in *limine litis* sulla base degli atti (e, come precisato nella legge di riforma, sentite le parti), finalizzato a verificare la manifesta irragionevolezza (ex art.348 bis c.p.c.) dell'impugnazione proposta. Superato positivamente questo vaglio, il giudice deve dedicare ai motivi d'appello principale un'attenzione maggiore allo scopo di apprezzarne la fondatezza. Fondatezza della quale non deve ancora convincersi con la certezza richiesta ai fini di un accoglimento; bensì con il grado di approfondimento necessario (secondo il suo prudente apprezzamento) a ritenere incrinata la vittoria di merito ed integrato, dunque, l'interesse del vincitore all'esame delle eccezioni processuali impuginate (delibazione

interesse a che l'appello si svolga (a quel punto, esclusivamente) per accoglierne le eccezioni processuali e degradarne la vittoria. Se questo fosse l'esito imposto dall'art.348 ter c.p.c., il vincitore sarebbe nuovamente costretto ad un *aut aut*. O confida in una prognosi d'inammissibilità³⁰⁵ dell'appello principale ed omette di reagire incidentalmente³⁰⁶; oppure propone appello incidentale, correndo tuttavia il pericolo che (proprio per questo) il giudizio prosegua secondo l'*iter* ordinario³⁰⁷.

L'*empasse* può essere superata attraverso un ripensamento degli elementi costitutivi dell'interesse ad impugnare del vincitore. Oltre alla soccombenza virtuale ed alla proposizione dell'appello principale, quell'interesse richiede che il giudice *ad quem* abbia valutato l'appello principale (prima ancora che fondato) ammissibile ex art.348 bis c.p.c.. A seguito della riforma della l.134/2012 l'esame

di fondatezza). Làdove poi la doglianza incidentale sia respinta, l'attività che il giudice deve compiere rispetto all'appello principale assume la dignità di vero e proprio accertamento. Come tale, soggiace a tutte le regole specificatamente previste dal c.p.c. al fine di assicurare giustizia, stabilità ed affidabilità del *decisum*.

Va da sé che questa triplice distinzione di attività ha senso purchè si ritenga che l'art.348 bis c.p.c. abbia introdotto un filtro per gli appelli manifestamente infondati e, pertanto, palesemente inaccoglibili. Secondo questa impostazione ad essere filtrate sono le impugnative macroscopicamente prive di ogni ragionevole probabilità di accoglimento sulla base di quanto rivelato, *prima facie*, dagli atti. Solo confinando in questi termini l'operatività della selezione ex art.348 bis c.p.c. può apprezzarsi quel margine di accuratezza valutativa ulteriore che connota invece la delibazione di fondatezza.

Se invece l'intensità dello schermo prismatico ex art.348 bis c.p.c. viene estesa sino a ricomprendere (non solo valutazioni di lampante irragionevolezza, bensì) apprezzamenti già prodromici ad un eventuale (seppur non certo) accoglimento, è chiaro che il confine tra l'ammissibilità ex art.348 bis c.p.c. e la delibazione di fondatezza sfuma del tutto. A quel punto, per render merito dell'intervento legislativo, occorre semplicemente riportare le considerazioni svolte in ordine al ruolo condizionante della delibazione di fondatezza alla valutazione di ammissibilità ex art.348 bis c.p.c..

Prediligere l'una o l'altra opzione è, in assoluto, impossibile. Quella della "non ragionevole probabilità di accoglimento" ex art.348 bis c.p.c. è una formula eterea che, astrattamente, si presta a rivestire plurimi e tra loro diversi contenuti. Non è un caso, infatti, che le applicazioni abbiano visto numerosi uffici giudiziari dotarsi di veri e propri criteri interni, mercè i quali valutare le condizioni poste dalla norma *de qua* (si pensi, ad esempio, alle *Linee guida "sperimentali" sul filtro in appello* della Corte d'Appello di Milano, reperibili in www.corteappellomilano.it). La possibilità di tracciare quindi un significativo ed utile confine tra l'inammissibilità ex art.348 bis c.p.c. e la delibazione di fondatezza dipende dalla configurazione che ciascun ufficio assegna all'impatto selettivo del filtro.

³⁰⁵ Ai sensi dell'art.348 bis c.p.c..

³⁰⁶ Assumendosi ovviamente il rischio di non poter più esercitare alcun potere censorio-difensivo làdove la prognosi si riveli errata.

³⁰⁷ Cfr. S.Cartuso, "*Filtro*" di ammissibilità dell'appello e impugnazioni incidentali, *op.cit.*, p.1182. L'Autrice sottolinea come il gioco d'azzardo cui sarebbe costretto il soccombente virtuale, oltre a trascurare la reale configurazione del suo interesse ad impugnare, tradisca altresì la *ratio* stessa del filtro. Poichè quest'ultimo è stato introdotto allo scopo di deflazionare i giudizi, appare incongruo accostarne l'operatività a meccanismi che invece ne riabilitano lo svolgimento ordinario (p.1196).

dell'appello incidentale su questioni di rito deve perciò ritenersi *ex necesse* condizionato all'inoperatività del filtro ex art.348 bis c.p.c. sul gravame principale³⁰⁸.

³⁰⁸Cfr. S.Cartuso, "Filtro" di ammissibilità dell'appello e impugnazioni incidentali, *op.cit.*, p.1196.

La soluzione che individua il referente del condizionamento (prima ancora che nella deliberazione di fondatezza) nell'ammissibilità dell'appello principale ex art.348 bis c.p.c. consente di risolvere anche un'altra *verata quaestio* posta dalla riforma del 2012.

Come spesso accade essa trova origine in un dato normativo non cristallino. Ci si riferisce alla parte dell'art.348 ter c.p.c. che richiede, ai fini della pronuncia d'inammissibilità ex art.348 bis c.p.c., la non ragionevole probabilità di accoglimento, tanto dell'appello principale, quanto di quello incidentale "di cui all'art.333 c.p.c.". Letteralmente ciò sembra escludere che un appello incidentale tardivo ex art.334 c.p.c. (norma infatti non richiamata), laddove ragionevolmente accoglibile, possa tenere singolarmente in vita il giudizio di seconde cure. Come a dire: in virtù della dipendenza genetica dall'appello principale, l'effettività dell'appello tardivo è travolta dall'inammissibilità ex art.348 bis c.p.c. (come da ogni altra ipotesi di inammissibilità, arg.ex art.334.2 c.p.c.) dell'iniziativa da cui ha tratto origine. La conclusione sembra trovare conforto anche nella Relazione illustrativa del d.d.l.n.5312/XVI/C (poi sfociato nella legge di conversione 134/2012) nella parte in cui prevedeva che "l'ordinanza di inammissibilità potrà essere pronunciata solo quando tutte le impugnazioni, principali o incidentali non tardive, non hanno ragionevole probabilità di essere accolte". In dottrina, a sostegno di questa tesi, si ricordano le posizioni di G.Impagnatiello, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione*, Il giusto processo civile, 2012, p.752; G.Balena, *Le novità relative all'appello*, *op.cit.*, p.343; R.Caponi, *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione*, *op.cit.*; M.Bove, *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli articoli 348 bis e 348 ter c.p.c.*, *op.cit.*, p.401).

L'interpretazione può condividersi a patto di ritenere che quella ex art.348 bis c.p.c. sia un'ipotesi vera e propria d'inammissibilità in senso tecnico (cfr.R.Poli, *Il nuovo giudizio di appello*, *op.cit.*, p.137). Ossia, una valutazione preliminare circa l'originaria assenza del potere di impugnare in capo alla parte (determinata dalla mancanza dei presupposti o delle condizioni dell'impugnazione); ovvero un'attestazione di vizi formali specificatamente sanzionati dalla legge (com'è oggi, in appello, il difetto dei requisiti forma-contenuto di cui al nuovo art.342 c.p.c.). Valutazione in ogni caso inerente aspetti rituali; non, invece, il merito dell'impugnativa.

Non è questa la sede in cui approfondire contenuto e significato della (certo non inequivocabile) formula della "non ragionevole probabilità di accoglimento" ex art.348 bis c.p.c. (per approfondimenti si rinvia a R.Poli, *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità?*, *op.cit.*, p.49 e ss.). A quanto già detto (v.nt.n.301) si aggiunge qui soltanto che molti interpreti hanno dubitato della riconducibilità dell'ordinanza-filtro ex art.348 bis c.p.c. ad una *absolutio ab instantia* in rito; ritenendo che sotto le mentite spoglie dell'inammissibilità si celi in realtà una vera e propria valutazione (seppur *prima facie*) di merito. Se così fosse, se cioè l' "inammissibilità" di cui all'art.348 bis c.p.c. riflettesse solo la forma e non anche la sostanza della sanzione inflitta dal filtro, è chiaro che l'analogia con l'art.334.2 c.p.c. sfumerebbe del tutto. Pertanto, l'inammissibilità (*rectius*: infondatezza) dell'appello principale ex art.348 bis c.p.c., non potrebbe provocare l'inefficacia dell'appello incidentale tardivo ex art.334 c.p.c.. Quest'ultimo, se dotato di ragionevole probabilità di accoglimento, consentirebbe (*rectius*: imporrebbe) alle seconde cure di svolgersi secondo l'*iter* ordinario (così per G.Scarselli, *Sul nuovo filtro per proporre appello*, Il Foro It., 2012, p.290; G.Monteleone, *Il processo civile in mano al governo dei tecnici*, www.judicium.it; G.Costantino, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del filtro*, *op.cit.*).

E di nuovo si perverrebbe ad una soluzione difficilmente condivisibile sul piano dell'*equitas*.

Ad impugnare tardivamente, come noto, è la parte che avrebbe prestato acquiescenza alla sentenza (anche solo parzialmente satisfattiva); e che si sia infine determinata all'iniziativa critica perchè a ciò costretta dalla perpetrata litigiosità avversaria. Ancora una volta si è di fronte ad un gravame al quale l'impugnante incidentale non ha un proprio interesse (tanto è

3.1.2 L'appello incidentale del vincitore su questioni preliminari di merito

Non meno complessa è l'indagine sulle funzioni e, quindi, sull'interesse del vincitore a proporre appello incidentale verso i capi di rigetto di questioni preliminari di merito. Per comprenderne le sfaccettature occorre calarsi nuovamente nella struttura delle attuali seconde cure e nel panorama dei poteri decisorii consentiti al giudice d'appello³⁰⁹.

I capi di questione (preliminare di merito) gravabili dal vincitore possono astrattamente ricomprendere due tipologie di eccezioni. Può trattarsi di eccezioni dai contenuti equipollenti ovvero più favorevoli delle ragioni di merito che motivano la sentenza impug-

vero che ha lasciato scadere i termini per la doglianza principale che avrebbe anche potuto proporre). Pertanto, se la tenuta di quel gravame cede a fronte dell'inammissibilità ex art.348 bis c.p.c. dell'appello principale, è illogico ritenere che debba essere rivitalizzato dall'appello incidentale tardivo proposto solo a scopo di contrasto difensivo.

Anche in questo caso l'incongruenza potrebbe essere risolta subordinando l'esame dell'appello incidentale tardivo al superamento del filtro ex art.348 bis c.p.c. da parte di quello principale. In questo caso anche il soccombente parziale, che avrebbe preferito prestare acquiescenza alla sentenza di primo grado, può appellarla incidentalmente e tardivamente confidando nel fatto che, se l'appello principale dovesse risultare inammissibile, il giudizio si arresterebbe in ogni caso (soluzione caldeggiata, ad esempio, da A.Panzarola, *Tra "filtro" in appello e "doppia conforme": alcune considerazioni a margine della l. n.134 del 2012*, Il Giusto processo civile, 2013, p.100).

Non si nasconde come l'operazione suggerita implichi l'estensione di un meccanismo (quello del condizionamento) tradizionalmente pensato per la parte solo teoricamente soccombente a quella soccombente parziale in via pratica. L'estensione non rappresenta tuttavia un mero espediente per lo stemperamento di incertezze ermeneutiche. Si tratta di un'applicazione analogica di un principio previsto per un'ipotesi certa (tale potendosi ormai ritenere quella del vincitore, appellante incidentale) ad una, invece, incerta. L'analogia che giustifica l'operazione riposa in due variabili. Da un lato nell'identità del concreto ed effettivo atteggiarsi dell'interesse ad impugnare delle parti (soccombente teorico; soccombente pratico parziale ammesso all'impugnazione incidentale tardiva). Esse sono costrette, loro malgrado, a difendersi in un gravame che non avrebbero (nemmeno potuto; ovvero semplicemente voluto) instaurare. Dall'altro nella comune *ratio* del filtro. Che si tratti di appello promosso attraverso impugnazioni principali e incidentali tempestive oppure tardive, lo scopo dell'ordinanza ex art.348 bis c.p.c. è pur sempre il medesimo: deflazionare tutti i giudizi sprovvisti di ragionevole probabilità di accoglimento (a maggior ragione se viene meno l'interesse delle stesse parti impugnanti allo svolgimento).

Un conforto a tale opinione sembra essere offerto da S.Cartuso, *"Filtro" di ammissibilità dell'appello e impugnazioni incidentali*, *op.cit.*, p.1197. L'Autrice riconosce al meccanismo del condizionamento all'inoperatività del filtro il duplice vantaggio di assecondare, da un lato, le reali ambizioni della parte che non ha un proprio interesse all'impugnativa. Dall'altro quello di consentire l'operatività del filtro ogni qual volta sia sprovvisto di ragionevole probabilità di accoglimento l'appello principale; e quello incidentale (pur fondato) sia ad esso legato da un forte nesso di dipendenza genetica. Nello stesso senso, seppur non esplicitamente, R.Poli, *Il nuovo giudizio di appello*, *op.cit.*, p.138: l'Autore riconosce all'istituto del condizionamento la capacità di reprimere qualsiasi conflitto applicativo tra i nuovi artt.348 bis e ter c.p.c..

³⁰⁹Il punto di vista che interessa è quello dei provvedimenti che il giudice d'appello adotterebbe accogliendo l'impugnazione incidentale del soccombente su questioni preliminari di merito.

nata³¹⁰. La differenza concerne gli effetti che l'accoglimento delle une o delle altre produrrebbe nei confronti dell'appellante incidentale; effetti che devono misurarsi con quelli derivanti dalla sentenza impugnata, così come pronunciata³¹¹.

³¹⁰Eccezioni in ogni caso esaminate e respinte dal giudice *a quo*. Se le eccezioni non fossero state esaminate e respinte, bensì assorbite, la devoluzione sarebbe dovuta avvenire nelle forme della riproposizione ex art.346 c.p.c. (così, espressamente, *Cass., S.U., n.770/2016*, commentata (adesivamente) da C.Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, *Il Corriere Giuridico*, 2016, p.975, sulla quale v. anche la precedente nt. n.215 e la successiva nt. n.317).

³¹¹Con l'espressione "effetti" ci si riferisce, genericamente, all'intensità della tutela che l'accoglimento dell'appello sull'una o sull'altra eccezione offrirebbe al vincitore sul piano logico-giuridico sostanziale.

Sono tra loro equipollenti le eccezioni che normalmente il convenuto fa valere in prime cure senza indicazioni preferenziali, ossia in via alternativa. Ciò perché, dal punto di vista dei suoi interessi, è indifferente che il rigetto della domanda avvenga sulla base dell'una o dell'altra eccezione. Egualmente, in sede d'appello, il convenuto che impugna il rigetto di un'eccezione equipollente (*rectius*: il relativo capo di rigetto) non ricava alcun beneficio incrementale dall'accoglimento della doglianza. Ottiene semplicemente una conferma della vittoria precedentemente riportata d'intensità soddisfacente equivalente. Ad esempio, il convenuto non ricava alcuna utilità maggiore (né in prime cure, né in appello) dal fatto che la domanda di condanna all'adempimento di una prestazione obbligatoria a fonte contrattuale sia respinta a titolo di nullità (art.1418 c.c.) o annullabilità (art.1425 e ss. c.c.) del contratto. Allo stesso modo la sua tutela è identica se il giudice accoglie un'eccezione d'inadempimento (art.1460 c.c.) o di remissione del debito (art.1236 c.c.). In tutti questi casi il convenuto è liberato dall'obbligo di adempiere alla prestazione contrattuale; senza che a tale libertà corrisponda alcun sacrificio della sua posizione giuridico-sostanziale.

Diverso il caso in cui il giudice dovesse invece pronunciare il rigetto della domanda accogliendo l'eccezione di compensazione (artt. 1241 e ss. c.c. e 35 c.p.c.) o prescrizione (art.2934 e ss. c.c.) sollevata dal convenuto (come confermato da C.Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, *Il Corriere Giuridico*, 2016, p.976).

Nel primo caso il prezzo della vittoria sarebbe dato dalla consumazione (per intero o *pro parte*) del diritto di credito speso dall'eccezione in compensazione. L'effetto consumativo è desumibile dall'art.35 c.p.c.. La norma prevede che, qualora venga eccepito in compensazione un controcredito (contestato) che eccede, per valore, la competenza del giudice adito, quest'ultimo possa decidere sulla domanda (se il titolo non è controverso o è comunque facilmente accertabile), rimettendo le parti al giudice superiore per la decisione relativa all'eccezione (ormai causa) di compensazione. La modifica alla competenza prevista, per ragioni di connessione, dall'art.35 c.p.c., è la prova più evidente della volontà legislativa di ottenere, anche sul controcredito contestato, una decisione idonea al passaggio in giudicato ex art.2909 c.c.. Ossia alla produzione di effetti incontrovertibili (in questo caso consumativo-estintivi) sul piano giuridico-sostanziale. Tale decisione può essere pronunciata solo dal suo giudice naturale: l'unico abilitato ad accertare l'esistenza del controcredito eccepito in compensazione ed a consumarlo, in toto o per la parte corrispondente, al fine di estinguere l'obbligazione richiesta dall'avversario.

Nel secondo caso (eccezione di prescrizione) la vittoria sconterebbe, anzitutto, un differente e deteriore significato sociale (non essendo da questo punto di vista equiparabile l'eco dell'inesistenza del debito a quella della sua estinzione per prescrizione). Oltre a ciò impedirebbe al convenuto, che avesse comunque adempiuto al debito prescritto, la possibilità di ripetere l'indebito (art.2940 c.c.).

Ancora: senz'altro meno favorevole di una sentenza di rigetto della domanda attorea per nullità della fonte contrattuale (art.1418 c.c.) sarebbe quella che accertasse il mancato avveramento di una condizione sospensiva (art.1353 c.c.). Mentre nel primo caso il passaggio in giudicato della sentenza di nullità assicurerebbe il convenuto da qualsiasi ulteriore rivendi-

Il giudice che accogliesse l'appello incidentale incentrato su tali questioni riformerebbe la sentenza gravata sostituendovi un'altra decisione di merito. In entrambi i casi confermerebbe, nei contenuti dispositivi, la volontà del primo giudicante in ordine all'esistenza/modalità di esistenza del rapporto giuridico controverso³¹²; tuttavia sostituirebbe alla motivazione del primo *decisum* un'altra *ratio decidendi*, formulata in accoglimento dell'eccezione impugnata incidentalmente dal vincitore. A seconda che si tratti di eccezione ad effetti equipollenti o più favorevoli, l'esito finale sarà quello di una (pur sempre) vittoria in merito del soccombente teorico, identicamente soddisfattiva ovvero ancor più vantaggiosa (dal punto di vista dell'intensità della tutela) di quella precedentemente ottenuta³¹³.

Ragionando in termini obiettivi non si ha timore di affermare che entrambe le categorie di eccezioni preliminari di merito respinte, costituendo altrettanti capi sfavorevoli della sentenza (art.329.2 c.p.c.), debbano essere appellate incidentalmente dal vincitore³¹⁴. Se tuttavia si passa dal piano oggettivo a quello soggettivo dell'ammissibilità, un'obiezione è facilmente attendibile. Quale interesse avrebbe il vincitore a censurare il rigetto di questioni equipollenti che, se an-

cazione fondata su quel titolo, nel secondo caso nulla potrebbe sottrarlo alla riproposizione dell'azione di condanna a seguito del verificarsi della condizione (artt.1359 e 1360 c.c.). In tutte queste ipotesi l'accoglimento dell'una o dell'altra eccezione non è indifferente al convenuto; verosimilmente, in prime cure egli avrà domandato al giudice *a quo* di esaminare la questione preliminare di merito meno favorevole solo dopo aver accertato l'infondatezza di quella (più vantaggiosa) fatta valere in via principale (S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, *op.cit.*, p.986, per il quale il convenuto ha non solo la possibilità, bensì l'onere di far valere in via condizionata l'eccezione di compensazione, se intende posporre l'esame. Non esiste, in assenza di una chiara volontà di parte, un vincolo automatico del giudice a subordinare l'esame delle questioni onerose a quelle soddisfattive per il convenuto).

Il criterio discrezionale tra le eccezioni equipollenti e quelle più favorevoli è perciò dato dal maggior o minor interesse del convenuto al relativo accoglimento. Deve trattarsi, ovviamente, di un interesse giuridicamente rilevante (come ricorda S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, *op.cit.*, p.982 e 985). La rilevanza giuridica si misura attraverso l'utilità che l'eccepiente otterrebbe dal vincolo precettivo emesso in accoglimento delle questioni sollevate. Quanto più la tutela di quel vincolo è intensa (dal punto di vista della maggiore preclusività dell'accoglimento di una questione rispetto all'eventuale riproposizione della stessa domanda o di una domanda inerente diritti connessi a quello oggetto di lite), tanto più rilevante (giuridicamente) è l'interesse del convenuto ad ottenerla (cfr.S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, *op.cit.*, p.972-973).

Sulle ripercussioni in appello di questa differenziazione *v.infra*, nel testo del presente paragrafo.

³¹²Il che, dal punto di vista del soccombente teorico, importerebbe la conferma della vittoria di merito precedentemente ottenuta.

³¹³Per degli esempi pratici *v.supra*, nt. n.308.

³¹⁴Ciò allo scopo, già più volte sottolineato, di vincere la preclusione da acquiescenza parziale che altrimenti stabilizzerebbe quei capi e le relative eccezioni.

che fossero accolte, non gli consegnerebbero alcuna utilità incrementale³¹⁵?

Le perplessità sono state effettivamente rilevate dagli interpreti con argomentazioni³¹⁶ e soluzioni³¹⁷ che si ritiene, in entrambi i casi,

³¹⁵Il problema non sembrerebbe porsi con riferimento alle questioni il cui accoglimento guadagnerebbe al soccombente teorico una vittoria dalla motivazione più favorevole di quella già riportata. In questo caso il delta differenziale di utilità che dà corpo all'interesse ad impugnare (pur sempre, lo si ricorda, in via incidentale) sarebbe insito ai maggiori vantaggi che, sul piano etico-giuridico-economico (v. nota n.308), l'accoglimento dell'eccezione produrrebbe.

Tali affermazioni richiedono una precisazione.

Il riconoscimento, in capo al vincitore, di un interesse giuridicamente apprezzabile (al punto da potervi fondare un'impugnazione) ad una vittoria dalle argomentazioni più favorevoli, presuppone, sul piano teorico, il riconoscimento dell'efficacia extraprocessuale della motivazione della sentenza (come ricordato da S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, op.cit., p.981). Efficacia che in termini giuridici si traduce nella portata pregiudicante e, così, vincolante, degli snodi motivazionali del primo *decisum* sui giudici di eventuali successivi processi. Legame che esclude che la medesima domanda possa essere ammissibilmente riproposta fintanto che non siano occorsi fatti nuovi incidenti sui motivi che fondano la prima decisione.

Nella prospettiva del vincitore la portata pregiudicante dei motivi assume un preciso significato. Ottenere una vittoria fondata sulla base di fatti più o meno suscettibili di modificazione (si pensi, ad esempio, alla maggior forza resistente di un rigetto pronunciato per nullità radicale del contratto rispetto a quello che si limita ad attestare il mancato avveramento di una condizione sospensiva) non è affatto indifferente. A quella maggiore o minore modificabilità corrisponde infatti il maggior o minor rischio di essere esposti ad un nuovo processo sulla stessa domanda dagli esiti possibilmente infausti (cfr. S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, op.cit., p.981, per il quale "(...) sono il principio del giudicato sulla base del motivo portante e le sue applicazioni che costituiscono la materia sulla quale deve essere saggato il parametro della maggiore utilità ritraibile dal processo". Utilità che, per gli aspetti qui d'interesse, si traduce nell'interesse ad impugnare).

Quello dell'efficacia extraprocessuale dei motivi (più frequentemente riferito come "giudicato sui motivi") rappresenta uno dei più controversi profili dei c.d. limiti oggettivi del giudicato. Istituito dalla caratura sistematica sì rilevante da meritare, esso stesso, in ogni sua diramazione, un'analisi esclusiva. Affrontarlo in questa sede significherebbe esporre la ricerca ad un pericoloso fuoricampo tematico. Ci si limita quindi a segnalare la connessione tra i due istituti dell'interesse ad impugnare del vincitore e del giudicato sui motivi (per ulteriori approfondimenti rinviando a L.Salvaneschi, *L'interesse*, op.cit., p. 290). Connessione che associa al riconoscimento della portata pregiudicante dei motivi un proporzionale ampliamento delle condizioni di ammissibilità subiettiva dell'impugnazione incidentale del soccombente su questioni preliminari di merito. Ciò detto, come prospettiva d'indagine ci si limita ad assumere quella (non del giudicato esterno sui motivi, bensì) dell'interesse ad impugnare snodi motivazionali della sentenza. Da questo punto di vista ciò che preme verificare sono le ripercussioni che l'(eventuale) vantaggio consegnato alla sfera degli interessi sostanziali del vincitore da una sentenza motivata in modo più favorevole produrrebbe sull'articolazione dei rispettivi poteri censori.

³¹⁶La principale obiezione era basata sull'inesistenza di un beneficio acquisibile dal vincitore attraverso l'accoglimento dell'impugnazione su eccezione equipollente. Questa la tesi, ad esempio, di A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, op.cit., per il quale l'onere impugnatorio incidentale sorge solo laddove il vincitore "*miri al conseguimento di un'utilità maggiore di quella accordatagli dalla sentenza di primo grado*" (pp.1310 e 1313) e si prospetti ai suoi occhi "*un vantaggio acquisibile dalle seconde cure*" (p.1316). *Surplus* di utilità escluso dalla prospettiva di una vittoria equivalente.

³¹⁷E' sempre A.Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, op.cit., p.1315-1316 a sostenere che il vincitore, lungi dal formulare appello incidentale ex art.343 c.p.c., dovrebbe limitarsi a riproporre le questioni preliminari equipollenti respinte ai sensi dell'art.346 c.p.c. ("*in ogni altro*

di non condividere.

Esse scontano, anzitutto, una petizione di principio. A non convincere è, in particolare, la pretesa di ricavare la linea di confine tra l'onere di impugnazione incidentale ex art.343 c.p.c. e la riproposizione ex art.346 c.p.c. sulla base dell'interesse del vincitore³¹⁸. Perchè possa utilmente discorrersi d'interesse all'impugnazione occorre infatti che un'impugnazione vi sia e debba esservi. Ciò che a sua volta dipende dall'identificabilità, nelle frazioni della sentenza che la parte intende rianimare, di capi autonomi ex art.329.2 c.p.c.. Il discrimine tra gli artt.343 e 346 c.p.c. è perciò dato dalla rinvenibilità, nella decisione di questioni, di capi di sentenza singolarmente appellabili. Identità che, sulla base di quanto precedentemente affermato (v. Cap.I, par.2.2.3 e 2.2.4.), deve senz'altro accogliersi.

Ciò porta a ritenere che la parte soccombente su questioni preliminari di merito³¹⁹, se intenda riattivare quelle difese, debba pro-

caso in cui l'appellato ambisca ad ottenere un'utilità minore o equivalente a quella conseguita nel precedente grado è sufficiente riproporre, ai sensi dell'art.346 c.p.c., la domanda o l'eccezione non accolta -nel duplice senso di non esaminata o respinta-").

Confermano tale orientamento, in dottrina, A.Panzarola, *La cassazione civile giudice del merito, op.cit.*; in giurisprudenza *Cass.*, n.2792/1971 per la quale *"Il principio, secondo cui la parte vittoriosa può richiamare in appello le domande ed eccezioni prospettate in primo grado, e che risultino assorbite o respinte, senza onere di appello incidentale, è applicabile limitatamente a quelle domande od eccezioni con le quali l'appellato tenda a mantenere ferma la decisione a lui favorevole"*.

³¹⁸La tendenza riferita nel testo (ossia quella che traccia il confine tra gli artt.343 e 346 c.p.c. mediante il criterio soggettivo dell'interesse) ricorre frequentemente anche nelle pronunce giurisprudenziali. Si segnalano, a tal fine, *Cass.*, n.8973/2000 e, più recentemente, *Cass.*, n.2051/2014. Le pronunce non si riferiscono direttamente alla nozione di "interesse"; bensì a quella tradizionale di "soccombenza". In ogni caso, interrogate quanto ai confini dell'onere impugnatorio del convenuto-appellato, rispondono che, in assenza di soccombenza formale (noi diremmo: d'interesse ad impugnare), egli non abbia motivo di dolersi della precedente decisione con appello incidentale. In quei casi potrebbe limitarsi a riproporre le istanze disattese làdove intenda vincere la presunzione di rinuncia ex art.346 c.p.c..

Le sentenze riportate assumono quale discrimine tra l'onere appellatorio e quello ripropositivo la circostanza, peraltro puramente eventuale, della formale soccombenza occorsa rispetto alle statuizioni censurate. Come se l'ammissibilità soggettiva in punto d'interesse (o soccombenza, secondo quanto affermato dal S.C.) potesse essa stessa giustificare tanto la proposizione quanto l'idoneità obiettiva del gravame.

L'interpretazione pecca di coerenza logica e sistematica. Quello dell'ammissibilità subiettiva è un profilo accessorio (per quanto indispensabile) che guarda alle impugnazioni dallo specifico punto di vista del proponente. Da quella prospettiva si preoccupa di impedire l'accesso in giudizio a doglianze, pur oggettivamente (contenutisticamente) possibili, e tuttavia incapaci di offrire al promotore un'apprezzabile tutela giurisdizionale. Quella di ammissibilità soggettiva è quindi una valutazione di meritevolezza che attiene ad aspetti intrinseci di un'iniziativa censoria della quale deve, quantomeno, essersi già accolta l'esistenza. Logicamente preliminare alla valutazione di ammissibilità è quindi quella circa la possibilità oggettiva delle impugnazioni. Profilo solubile, come già dimostrato (Cap.I), attraverso l'individuazione del capo o parte di sentenza autonomamente impugnabile (art.329.2 c.p.c.).

³¹⁹Equipollenti ovvero più favorevoli.

porre appello incidentale; e che sia invece fuoricampo l'applicazione dell'art.346 c.p.c.³²⁰.

³²⁰Condivide l'opinione C.Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale, op.cit.*, p.484-485; IDEM C.Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, Il Corriere Giuridico, 2016, p.976. L'Autore valorizza il ruolo dell'appello come imprescindibile strumento di critica argomentativa volto alla denuncia dei vizi affliggenti la sentenza impugnata. Sulla base di questa premessa imputa al vincitore, intenzionato a far valere l'errore compiuto dal giudice *a quo* nello statuire l'inefficacia di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo, l'onere di proporre appello incidentale. Ciò a prescindere dal contenuto e dall'intensità della tutela (equivalente; più favorevole) che i fatti *de quibus*, se accertati, offrano ai suoi interessi.

In giurisprudenza, conformemente, *Cass., S.U., n.7700/2016*, adita dall'ordinanza di rimessione ex art.374.2 c.p.c. *n.04058/2016 del 01/03/2016* della Seconda Sezione Civile proprio per dirimere, una volta per tutte, il perdurante contrasto interpretativo tra gli artt.342-343 e 346 c.p.c. in relazione al vincitore (su cui v. anche le precedenti note 215 e 307).

In essa le S.U. ribadiscono, anzitutto, l'equivalenza tra la natura (impugnatoria) e le funzioni (di censura critica verso decisioni giudiziali) dell'appello principale ed incidentale (entrambi soggetti, quanto a struttura e contenuti, alle disposizioni dell'art.342 c.p.c.). Ciò chiarito, le S.U. così proseguono: *“E' tenendo conto della coincidenza fra i profili funzionale e contenutistici dell'appello incidentale con quelli dell'appello principale, che si deve procedere all'individuazione del discrimine del diverso istituto della c.d. riproposizione regolato dall'art.346 c.p.c., di modo che l'interprete, nell'individuare la linea di demarcazione fra i due istituti e nell'individuare il profilo funzionale e di contenuto del secondo deve farlo assestando al concetto di “riproposizione” un significato che deve necessariamente essere diverso e, dunque, residuale, rispetto a quello dell'appello incidentale”*. *“Riproporre”* eccezioni, ad avviso delle S.U., significa *“propor(1)e nuovamente”* ai fini della decisione e negli stessi termini in cui erano state già evidenziate in prime cure. Il che esclude che nel mentre quelle eccezioni potessero essere state risolte con decisione motivata e, quindi, censurabile. In quel caso infatti la devoluzione assumerebbe un contenuto diverso, critico e maggiormente articolato: si svolgerebbe quindi al modo di una impugnazione. Prosegue infatti il S.C. affermando che *“(…) al concetto della riproposizione deve ritenersi estraneo ogni profilo di deduzione di una critica alla decisione impugnata (...) ciò perchè tutte queste ipotesi avrebbero richiesto l'argomentazione di una critica (...) e, dunque, di un appello incidentale”*. Esclude, quindi, in generale, la Cassazione che nel campo di applicazione dell'art.346 c.p.c. possano rientrare le eccezioni respinte, cioè su cui il giudice di prime cure abbia espresso una decisione o sia incorso in un *error in procedendo*.

Premesse queste convinzioni teoriche, il S.C. ne declina i contenuti in relazione alla figura dell'appellato vittorioso, autore di più eccezioni (alcune delle quali accolte, altre respinte) in prime cure. Afferma il S.C. che non importi l'ordine esaminatorio (alternativo; subordinato) con il quale il convenuto avesse sollevato eccezioni difensive in prima istanza. Làdove talune di queste siano state respinte (pur nel contestuale accoglimento di altre, equivalenti ovvero subordinate) si assiste all'emissione di una decisione giudiziale i cui contenuti sono contrastabili solo mediante impugnazione (appello incidentale). L'art.346 c.p.c. trova allora applicazione quando il convenuto abbia sollevato eccezioni equipollenti, talune delle quali accolte ed altre assorbite (cioè non esaminate, nemmeno implicitamente). In questo caso le eccezioni assorbite devono essere nuovamente proposte (*rectius*: riproposte) per accedere alla *cognitio* del giudice *ad quem*. Va da sè che se l'assorbimento avesse riguardato eccezioni che il giudice *a quo* avrebbe dovuto considerare in prim'ordine (alla luce del nesso di subordinazione con cui il convenuto le aveva formulate) occorrerebbe invece appello incidentale. In questo caso, pur non evidenziandosi una decisione, v'è comunque un errore giudiziale denunciabile mediante critica gravatoria. A tal proposito aggiunge infine la Cassazione che l'appello incidentale sarebbe altrettanto necessario làdove il provvedimento impugnato avesse preso posizione sul nesso di condizionalità negandolo (si suppone, erroneamente) *expressis verbis*.

A siffatte conclusioni le S.U. sono indotte *“dal necessario coordinamento fra la previsione dell'appello incidentale e quella della riproposizione nei termini che si sono in precedenza indicati: se l'appello incidentale sottende, come s'è visto, una critica alla decisione impugnata,*

Al più ci si può interrogare sull'ammissibilità soggettiva, in punto d'interesse, di un appello (come quello su questioni equipollenti) apparentemente inidoneo a consegnare al promotore benefici ulteriori. Anche da questo punto di vista le tesi contrarie si fondano su postulati di partenza indivisi. Quando si afferma che l'appello *de quo* non guadagnerebbe al vincitore utilità maggiori ci si limita a considerarne gli effetti al momento della proposizione. Come se l'ammissibilità e, di seguito, la fondatezza del gravame incidentale dovessero essere necessariamente valutati in quel preciso momento.

Questa non è, tuttavia, la prospettiva nella quale valutare l'interesse del vincitore. E' pur vero, infatti, che l'immediato accoglimento del suo appello incidentale condurrebbe ad una riforma dagli effetti sostanzialmente analoghi a quelli della sentenza sostituita. Occorre tuttavia considerare il momento in cui il recupero dell'eccezione, per così dire, "di riserva"³²¹, è chiamato a spiegare tale potenziale difensivo. Ciò accadrebbe a seguito della valutazione di ammissibilità ex art.348 bis c.p.c. dell'appello principale³²²; quindi a seguito del concretarsi di una prospettiva di riforma della vittoria³²³ in sconfitta di merito. In quel momento l'accoglimento dell'appello incidentale restituirebbe al soccombente teorico, esposto al pericolo di una soccombenza pratica, un'ulteriore *chance* di vittoria. Risultato non più favorevole di quello precedentemente ottenuto; ma senza dubbio più favorevole di una sconfitta di merito.

E' questo differenziale d'utilità³²⁴ a giustificare l'ammissibilità soggettiva, in punto d'interesse, dell'appello incidentale su eccezioni preliminari di merito equipollenti. Superato il vaglio di ritualità subiettiva anch'esso, come l'appello incidentale su preliminari più vantaggiose, si presta ad essere esaminato nel merito.

V'è tuttavia una differenza, tra le due impugnative, che attiene al momento genetico dell'interesse e si ripercuote sulla sua fattispecie

con riferimento all'eccezione disattesa..." (non importa se equipollente o più favorevole) "...la critica esige l'impugnazione incidentale".

Una recente posizione ancora contraria è quella di S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, *op.cit.*, p.996. L'Autore continua ad affermare che, in appello, le questioni respinte dal giudice di prime cure debbano essere devolute nella forma della riproposizione.

³²¹La preliminare di merito equivalente appellata incidentalmente.

³²²E, làdove s'intenda distinguerle, a fronte della sua delibazione di fondatezza (v.*supra*, par.3.1.1).

³²³Fondata sull'altra, equipollente, eccezione.

³²⁴Dato dal confronto tra (il pericolo concreto della) sconfitta pratica e la (auspicata) conferma della vittoria derivante dall'accoglimento di un'eccezione equipollente.

costitutiva.

L'interesse del vincitore a vedere accolte le eccezioni preliminari più vantaggiose (quelle, cioè, fatte valere in prime cure in via principale) appellate incidentalmente si manifesta in *limine litis*³²⁵. L'accoglimento gli consegnerebbe infatti una vittoria dalla motivazione più favorevole³²⁶ alla quale, si ritiene, egli possa apprezzabilmente ambire indipendentemente dalle sorti dell'impugnazione avversaria. L'appello incidentale su tali questioni non è perciò condizionato alla previa e positiva valutazione di quello principale³²⁷. L'ordine esaminatorio, in questo caso, sarà scandito dai contenuti delle impugnative³²⁸; ovvero dal primato della ragione più liquida³²⁹.

³²⁵Ossia al momento stesso della proposizione dell'appello incidentale ed indipendentemente dalle sorti di quello principale.

³²⁶V. *supra*, nt.nn.308 e 312.

³²⁷Come a dire: nella fattispecie costitutiva dell'interesse ad impugnare questioni preliminari di merito più favorevoli riposano la soccombenza teorica e la proposizione mera della doglianza principale.

Peculiare, da questo punto di vista, la posizione di S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, *op.cit.*, p.986. L'Autore si riferisce in realtà al ricorso incidentale del vincitore su questioni più vantaggiose, perchè parte dal presupposto che la devoluzione in appello delle eccezioni respinte avvenga mediante riproposizione (art.346 c.p.c.). Propone tuttavia una soluzione che, se accolta, dovrebbe essere estesa da chi scrive anche all'analogo appello incidentale.

Egli afferma che l'interesse del vincitore ad ottenere una sentenza favorevole fondata sull'eccezione più vantaggiosa sia così rilevante da giustificarne non solo l'impugnazione incidentale incondizionata; bensì, addirittura, quella principale. Il vincitore che avesse espressamente chiesto (la manifestazione di volontà è una condizione indispensabile, v.nt.308) il rigetto della domanda attorea sulla base di una data e preferibile eccezione, e che l'abbia vista trascurare in favore di un'altra, più onerosa, eccezione, ha senz'altro interesse ad ottenere quel margine di utilità incrementale che l'accoglimento della prima eccezione produrrebbe. Si tratta tuttavia (ed è questa l'originalità della soluzione) di un interesse autonomo, che prescinde dalla proposizione dell'impugnativa avversaria e che legittima il vincitore a dolersi in via principale della sentenza favorevole.

Si ritiene che la valorizzazione dell'(indubbio) interesse del vincitore ad ottenere la vittoria fondata sull'eccezione più soddisfattiva sia eccessivamente generosa. Quell'interesse è senz'altro meritevole e giustifica, infatti, la reazione impugnatoria incidentale del soccombente virtuale. Si tratta, tuttavia e pur sempre, della parte praticamente vittoriosa. Esigenze di economia processuale, legate alla contrazione delle cause pendenti, suggeriscono di escludere che sia anche sufficiente a consentirle l'instaurazione autonoma (*rectius*: principale) di giudizi gravatori.

³²⁸In questo caso l'appello incidentale dovrebbe essere esaminato con precedenza rispetto a quello principale. Ciò perchè esso ha ad oggetto questioni preliminari rispetto a quelle di merito che compongono la doglianza avversaria.

³²⁹Al fine di imprimere al processo uno svolgimento "giusto", sotto il profilo della ragionevole durata (arg. ex artt. 24 e 111.2 Cost.), i giudici di seconde cure potrebbero decidere di esaminare con precedenza le questioni di più semplice accertamento e di maggiore efficacia definitiva. Ciò indipendentemente dalla natura (principale; incidentale) dell'impugnativa ospitante.

Il criterio della ragione più liquida, oltre a coerenza con le indicazioni del legislatore costituzionale ed ordinario, soddisfa altresì (o comunque non sacrifica) l'interesse dell'appellante (lo ricorda S.Menchini nel Suo *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, *op.cit.*). E' pur vero, infatti, che l'accoglimento dell'eccezione da lui sollevata condurrebbe ad una vittoria dalla motivazione più favorevole. E' anche vero, tuttavia, che il

Al contrario, l'interesse del vincitore ad impugnare questioni preliminari equipollenti sorge solo a fronte della necessità di contrastare esiti infausti ormai annunciati. A seguito, dunque, di quella positiva valutazione sull'appello principale che rende palpabile il pericolo di una trasformazione della vittoria pratica in sconfitta. Per tali ragioni nella fattispecie costitutiva dell'interesse ad impugnare incidentalmente eccezioni equipollenti si colloca (oltre alla soccombenza teorica ed alla proposizione dell'appello principale) altresì la positiva valutazione³³⁰ dell'iniziativa avversaria. Pertanto, l'esame dell'appello incidentale del vincitore su questioni preliminari di merito equipollenti è *de iure* condizionato al verificarsi della triplicità degli eventi-presupposto che ne integrano l'interesse³³¹.

rigetto dell'iniziativa avversaria più liquida, (seppur confermando la vittoria "meno favorevole"), consegnerebbe al vincitore il bene, nient'affatto trascurabile, di una giustizia celere.

Seppur in contesti parzialmente diversi rispetto a quello in esame si sono recentemente mostrate favorevoli all'applicazione del criterio della ragione più liquida nell'ordine di esame *Cass., S.U., 8/5/2014, n.9936* e *Cass., S.U. 19/04/2016 n. 7700*. Le sentenze rammentano come il principio *de quo* concorra al raggiungimento degli obiettivi ordinamentali dell'effettività e celerità della giustizia. Ambizioni di matrice europea, (art.6 CEDU), a presidio costituzionale (artt. 24 e 111.2 Cost.), ed oggetto delle perduranti attenzioni del legislatore nazionale in relazione all'intero svolgimento del processo (v., da ultimo il recentissimo *d.l. 31 Agosto 2016 n.168* recante misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa; decreto approvato col titolo *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 agosto 2016 n. 168, recante misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa*).

Si anticipa fin da subito che il tema dell'ordine esaminatorio sarà oggetto di ulteriore approfondimento nel successivo Cap.III. In quella sede la sua proiezione all'interno del complesso panorama dei limiti obiettivi del giudicato consentirà di apprezzarne riflessioni ulteriori, rispetto a quelle sin qui evidenziate, sui poteri censori del vincitore.

³³⁰In termini di ammissibilità ex art.348 bis c.p.c. e/o deliberazione di fondatezza.

³³¹Cfr., in dottrina, C.Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, Il Corriere Giuridico, 2016, p.975; in giurisprudenza *Cass., 1/03/2016, n.4047* (la quale richiama gli orientamenti conformi di *Cass., S.U., n. 5456/2009* e *Cass., S.U., n.7381/2013*). Ad onore del vero la Cassazione non distingue (non essendovi tenuta in base alle circostanze concrete del caso) tra questioni preliminari di merito equipollenti o più favorevoli. Si limita a dettare una regola generale valida per tutte impugnazioni incidentali aventi ad oggetto preliminari di merito, prescrivendone l'esame *ex necesse* condizionato indipendentemente dalle indicazioni di parte.

Avrebbe forse accolto la tesi suggerita nel testo A.Attardi, làdove si fosse occupato del condizionamento delle impugnazioni incidentali su questioni preliminari di merito equipollenti anche in riferimento all'appello. L'Autore, nel suo *Le impugnazioni incidentali condizionate (op.cit.)* evidenzia infatti il rischio sotteso ad un ordine esaminatorio che non condizionasse l'esame dell'impugnativa (nel caso si trattava di ricorso) incidentale del vincitore su preliminari di merito equivalenti a quella del gravame principale. In questo caso, se anche quest'ultimo dovesse risultare infondato, il giudizio proseguirebbe per la definizione dell'appello incidentale. Il paradosso, che in tali casi potrebbe verificarsi, sarebbe il seguente. Il giudice *ad quem* potrebbe respingere la doglianza principale confermando l'inesistenza originaria (statuita dal giudice *a quo*) del rapporto obbligatorio controverso; salvo poi accogliere la censura *incidenter* e dichiarare che l'obbligazione, inesistente, si sia estinta (ad esempio) per adempimento.

Lo stesso pericolo d'incoerenza decisoria non si corre invece in presenza di un appello inci-

L'accoglimento dell'appello incidentale su questioni preliminari di merito. Punti di contatto e discontinuità con il *ius corrigendi* ed il potere della Cassazione di decidere il merito ex art.384 c.p.c. (rinvio)
Sia consentita un'ultima considerazione.

Tra le obiezioni che l'appello incidentale del vincitore su questioni preliminari di merito può scontare³³² vi è anche quella circa l'incompatibilità con i principi e la *ratio* del sistema impugnatorio. Il gravame potrebbe essere accusato di tendere non alla riforma, bensì alla conferma, seppur corretta, della sentenza³³³. Ciò in netta dissonanza con la natura della categoria (i mezzi d'impugnazione) cui appartiene, la quale ricomprende strumenti atti a criticare, contrastare e distruggere il provvedimento aggredito³³⁴.

Una simile obiezione non pare condivisibile.

L'obiettivo cui l'appello incidentale del vincitore tende non è la conferma della sentenza corretta nella motivazione; bensì la sua contestuale sostituzione e rettifica con una decisione o identicamente fa-

dentale su questioni preliminari di merito più favorevoli. Se il giudice (come sopra ritenuto, v.nt.n.326) in ossequio al primato della ragione più liquida dovesse esaminare con precedenza l'appello *de quo*, non giungerebbe nemmeno ad interrogarsi sui contenuti dell'appello principale. Concluderebbe il giudizio con una sentenza di merito sostitutiva la quale confermerebbe la vittoria motivandola con il mero accoglimento dell'eccezione oggetto della doglianza *incidenter* (ed assorbendo quella principale).

³³²Oltre a quelle effettivamente oggetto di rilievo interpretativo, v.*supra* nt. n. 313.

³³³Il dispositivo rimarrebbe punto identico; muterebbe solo la porzione della sentenza che si fonda sulla diversa ragione di merito che in prime cure ha motivato la vittoria. Quella frazione motivazionale verrebbe sostituita con l'accoglimento dell'eccezione preliminare appellata incidentalmente ed elevata a nuova *ratio decidendi* della lite.

³³⁴La medesima perplessità furono sollevate con riferimento al ricorso incidentale su preliminari di merito del resistente vincitore. Si è punto evidenziato che tale ricorso tenderebbe, contro i principi e la *ratio* del sistema impugnatorio, ad ottenere una conferma della sentenza in luogo del suo annullamento o riforma (cfr. A. Cerino-Canova, *Le impugnazioni civili*, op.cit., p.633; L.Bianchi d'Espinosa, *Impugnazioni incidentali condizionate*, op.cit., p.1384; E.Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e parti*, op.cit., p.419; M.Bove, *Considerazioni sul ricorso incidentale condizionato e la correzione della motivazione*, Giust.civ., 1985, p. 1758; A.Panzarola, *La Cassazione civile*, op.cit., p.642 ed, infine, C.Consolo, *Sul "processo di cassazione in funzione di una decisione tendenzialmente sostitutiva pur se non nomofilattica"*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 2007, p.309).

Questi aspetti saranno approfonditi durante l'analisi delle funzioni del ricorso incidentale del resistente vincitore nella prospettiva del giudizio di legittimità (v.*infra*, par.3.2). In questa sede preme rilevare come tali obiezioni siano mancate, rispetto all'appello incidentale, solo a cagione del più faticoso ed osteggiato ingresso dell'istituto. Si immagina, tuttavia, che la sua legittimazione si scontrerebbe con equivalenti critiche, posto che l'obiettivo del vincitore ricorre identico in entrambi i casi. Censurando la soluzione di questioni preliminari di merito ciò a cui aspira egli è una vittoria dall'identico dispositivo ma dalla differente motivazione. Finalità che, al cospetto dei poteri consentiti al S.C. investito dell'esame di questioni preliminari di merito (verrebbero in tal caso in rilievo il *ius corrigendi* ovvero l'eccezionale potere di decidere il merito ex art.384 c.p.c.), era stata accusata di esaurirsi in una conferma della sentenza non perseguibile mediante strumenti censori. La stessa sorte, si suppone, sarebbe riservata all'analogo appello incidentale in seconde cure.

vorevole, ovvero più propizia ed aderente alle iniziali conclusioni³³⁵. L'effetto del gravame è perciò quello tipico dell'annullamento con riforma sostitutiva nel merito che normalmente³³⁶ compete al giudice d'appello.

Ad analoghe conclusioni si era giunti in riferimento al ricorso incidentale del resistente che avesse inteso rianimare, innanzi al S.C., questioni preliminari di merito. In quella sede, vista la maggiore articolazione dei poteri attribuiti al S.C., ed i suoi limiti istituzionali, prima ancora che il problema dell'ammissibilità del ricorso del vincitore, si era posto quello della legittimità del potere ch'esso avrebbe stimolato³³⁷. In particolare, a seguito della riforma dell'art.384 c.p.c. effettuata nel 1990, gli interpreti si erano interrogati circa la sussumibilità di quel potere nel *ius corrigendi* ovvero nella cassazione sostitutiva sul merito³³⁸.

³³⁵Conclusioni che vedevano l'eccezione respinta in prime cure essere svolta, con buona ragione, in via principale (cfr. C.Consolo, *Spiegazioni, op.cit.*, p.484).

³³⁶Ad eccezione delle ipotesi previste dagli artt.353 e 354 c.p.c..

³³⁷Mentre il primo profilo è rinviato a successiva trattazione (par.3.2.1), il primo viene anticipato in questa sede per le analogie che lo legano al giudizio d'appello.

³³⁸Nel 1990 il legislatore ha modificato l'art.384 c.p.c. inserendo, accanto al *ius corrigendi* consacrato dall'entrata in vigore del nuovo codice, l'altresi eccezionale potere del S.C. di decidere il merito della lite quando non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto. Al fine di comprendere le osservazioni che seguono occorre illustrare brevemente l'essenza di questi due poteri.

Il potere di correggere la motivazione è stato introdotto per salvaguardare l'economia ed assicurare la ragionevole durata dei giudizi. Esso vuole evitare che decisioni conformi a diritto nei contenuti dispositivi siano annullate dal S.C. solo perchè erroneamente motivate (cfr. R.Poli, *I limiti oggettivi, op.cit.*, p.550 e spec.nt.n.82). In quel caso le conclusioni sulla lite devono essere tenute ferme ed alla Cassazione spetta solo il compito di correggere l'errore d'individuazione, interpretazione ed applicazione del diritto (art.360 n.3 c.p.c.) che inficia la parte motiva.

Al fine di esercitare il *ius corrigendi* la S.C. deve verificare la causalità della *quaestio iuris* denunciata dal ricorrente (ed inficiante la soluzione della *quaestio facti* impugnata) rispetto alla decisione finale sulla lite. Solo in assenza di quel vincolo trova infatti applicazione l'art.384.4 c.p.c.. In caso contrario il S.C. deve annullare la sentenza ed eventualmente rinviare la lite per una nuova decisione sul merito.

L'errore è causale soltanto se la *ratio decidendi* (erroneamente) individuata dal giudice *a quo* non può essere sostituita da altre *rationes decidendi* senza che ciò importi un mutamento del dispositivo. Se invece sussistono altre ragioni idonee a sostenere l'identica determinazione finale significa che l'errore (pur sussistente) non è tuttavia determinante. Ed allora il S.C. deve rigettare il ricorso, confermare il dispositivo accompagnandolo ad una nuova motivazione correttamente articolata in diritto.

Nel vaglio di causalità la Cassazione deve sempre attenersi alla questione impugnata dal ricorrente. Al suo interno può espandere i confini della *quaestio iuris* denunciata per verificare s'essa ricomprenda altri profili giuridici (diversi da quelli censurati) che, rettamente intesi secondo il diritto, siano in grado di sostenere comunque il dispositivo (cfr. G.Chiovenda, *Principii, op.cit.*, pp.1025-1026; E.Fazzalari, *Il giudizio civile di Cassazione*, 1960, p.19 e ss.; IDEM *Il processo ordinario di cognizione, op.cit.*, p.267. A quest'ultimo si deve uno dei più approfonditi studi sulla natura e sull'estensione del potere correttivo, nonchè sulle sue applicazioni giurisprudenziali).

Làdove la Corte esuli dai confini della questione oggetto del ricorso principale e rintracci,

Quando il giudice di legittimità estende la correzione oltre la rettificazione del ragionamento motivazionale compiuto dal giudice *a quo* nel risolvere la questione di merito deferita con ricorso principale; e fa salvo il dispositivo diversamente resolvendo un'altra questione (preliminare di merito), anch'essa erroneamente decisa dal giudice inferiore, decide il merito della causa. La sua attività non si limita infatti a saggiare il nesso di causalità tra l'errore intercorso nella decisione della questione impugnata *principaliter* e la soluzione finale della lite. Si traduce, bensì, in un riesame *in iure* più ampio della causa, finalizzato a verificare l'esistenza di motivi concorrenti albergati in altre questioni mal risolte dal giudice *a quo*. Lo scrutinio, làdove positivo, condurrebbe il S.C. all'annullamento del provvedimento impugnato ed alla sua sostituzione con una decisione di merito di identico dispositivo e diversa motivazione. Decisione oggi consentita al S.C. purchè non importi nuovi accertamenti di fatto (art.384.2 c.p.c.)³³⁹.

Analogamente il giudice di seconde cure che accogliesse l'appello incidentale su questioni preliminari di merito, diverse da quelle oggetto d'impugnazione principale, ma come quelle idonee a sorreggere il

nella diversa soluzione di diritto offerta a questioni diverse da quella denunciata dal ricorrente (sia nelle componenti fattuali che giuridiche) una motivazione alternativa a quella viziata, quello esercitato non è più un mero potere nomofilattico-correctivo. Sostituire al primo motivo un motivo, c.d., "di ricambio", fondato sulla riforma della *quaestio iuris* inerente una *quaestio facti* diversa da quella che aveva motivato la prima decisione, significa infatti sostituire alla prima definizione della lite una nuova volontà decisoria. La differenza è sottolineata, ad esempio, da P.Calamandrei e C.Furno, v. *Cassazione civile*, Novissimo Digesto Italiano, 1958, p.1064 ed E.Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e parti*, *op.cit.*, p. 417. Ad avviso di quest'ultimo altro è correggere l'errore di diritto che inficia una sentenza enunciando il diverso principio di diritto applicabile alla stessa fattispecie concreta; altro applicare senz'altro quel principio a fatti costitutivi, impediti, modificativi oggetto di questioni diverse, sostituendo alla precedente pronuncia di rigetto una di accoglimento. Nel primo caso il potere esercitato rispetta i confini dell'intervento correctivo di legittimità. Nel secondo caso, ossia quello in cui la S.C., nella ricerca di un motivo concorrente a quello viziato atto a sorreggere lo stesso dispositivo, estenda la propria *cognitio* a questioni diverse da quella oggetto di ricorso principale, quello esercitato è allora un vero e proprio potere di merito. Una riforma sostitutiva (o meglio una "cassazione sostitutiva" secondo il suggerimento di S.Satta, *Commentario del codice di procedura civile*, Milano, 1962, V.II, p.283) della prima decisione sulla lite. Intervento a cui il S.C. è oggi ammesso, purchè esso non richieda il compimento di ulteriori accertamenti di fatto (arg. ex art.384.4 c.p.c. per il quale la Cassazione è eccezionalmente giudice del merito; non giudice del fatto).

Sulla distinzione tra il *ius corrigendi* ex art. 384.4 c.p.c. ed il potere della Cassazione di decidere il merito ex art.384.2 c.p.c. si vedano altresì A.Panzarola, *La Cassazione civile*, *op.cit.*, p.638 e ss.; R.Poli, *I limiti delle impugnazioni*, *op.cit.*, p.548 e ss.; nonché, per un'opinione critica sulla differenziazione, C.Consolo, *Sul "processo di cassazione in funzione di una decisione tendenzialmente sostitutiva*, *op.cit.*, p.307.

³³⁹Resta da verificare se al riesame *in iure* la S.C. sia ammessa in via officiosa; ovvero se sia necessario un ricorso di parte per devolvere alla sua *cognitio* le altre questioni rilevanti. Al tema sarà dedicato il successivo par.n.3.2.1.

dispositivo, non si limiterebbe a confermare la sentenza correggendo la motivazione. In quel caso egli riformerebbe il provvedimento impugnato sostituendovi un altro *decisum* identico nelle statuizioni finali ma fondato sull'accoglimento di una questione (la preliminare di merito) diversa da quella che lo aveva precedentemente sostenuto. Questione che, in base alla struttura delle seconde cure ed all'assenza di meccanismi devolutivi automatici, per giungere alla *cognitio* del giudice *ad quem* dev'essere necessariamente (arg.ex art.329.2 c.p.c.) appellata dal vincitore. L'interesse che rende ammissibile tale impugnativa è dato dall'ambizione alla salvezza del dispositivo, riprodotto in una nuova e sostitutiva decisione dalla differente motivazione³⁴⁰.

Lo studio correlato dell'interesse ad impugnare e delle funzioni possibili (ed, altresì, necessarie) dell'appello incidentale del vincitore³⁴¹ conclude, con un bilancio positivo, la legittimazione sistematica del gravame. Quest'ultimo è, non solo oggettivamente possibile (Cap.I, par.2.2.2., 2.2.3 e 2.2.4); bensì anche soggettivamente ammissibile (Cap.II, par.3.1.1. e 3.1.2). Il giudice d'appello, dopo aver verificato il concreto ricorrere dei requisiti da cui questi aspetti dipendono, può esaminare il merito delle censure del vincitore³⁴².

Al fine di completare l'indagine sui poteri censori del vincitore occorre abbandonare il piano delle seconde cure e rivolgersi a quello di legittimità. In esso è la figura del resistente vincitore, soccombente teorico su questioni, a doversi misurare con i principi generale della

³⁴⁰Oltre alle analogie vi sono anche delle differenze tra la riforma che il giudice di seconde cure realizza accogliendo un'eccezione preliminare di merito e la cassazione sostitutiva disposta, nelle medesime condizioni, dal S.C..

La prima riguarda gli errori afferenti la questione preliminare esaminabili e rettificabili dai due giudici. Mentre il giudice d'appello può indagare vizi di qualsiasi tipo (anche ai sensi del nuovo art.342 c.p.c. quello di seconde cure è un infatti un gravame a critica libera), quello di legittimità può riscontrare solo errori di diritto. La seconda differenza riguarda invece il tipo di attività che i due giudici possono compiere per determinarsi all'annullamento con riforma sostitutiva del precedente *decisum*. Entrambi possono (alla luce della riforma del 1990 sull'art.348 c.p.c.) compiere quella sussunzione di un fatto (quello impeditivo, modificativo, estintivo oggetto della questione preliminare) nella norma giuridica riformulata a seguito della verifica dell'*error iuris*. Operazione che traduce l'esercizio di un potere di merito. Tuttavia, mentre il giudice d'appello, oltre a decidere il merito, può anche istruire (nei limiti dell'art.345 c.p.c.) ed accertare i fatti, la stessa indagine è preclusa alla Cassazione anche dal nuovo art.384.2 c.p.c.. Se l'accoglimento dell'eccezione preliminare richiede un accertamento dei fatti, il S.C. deve limitarsi ad annullare la sentenza rinviando la decisione di merito al giudice competente (art.383 c.p.c.).

³⁴¹Soccombente teorico su questioni pregiudiziali di rito (par.3.1.1.); ovvero preliminari di merito (par.3.1.2.).

³⁴²Ossia verificare la fondatezza o l'infondatezza degli errori denunciati quanto alle questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito impuginate.

materia impugnatoria³⁴³.

Nessun dubbio in ordine alla possibilità obiettiva di un ricorso incidentale del vincitore su capi di questione³⁴⁴. Ciò che occorre invece verificare sono i connessi profili dell'ammissibilità subiettiva e delle funzioni possibili (ed, altresì, necessarie) dell'impugnativa. Oltre a proiettarsi nell'orizzonte del potere decisorio di merito del S.C. (arg.ex art.384.2 c.p.c.)³⁴⁵, essa si presta astrattamente a rivestire altre importanti funzioni. Il loro atteggiarsi concreto dev'essere indagato nella prospettiva del giudizio di legittimità ed in confronto alla policromia dei poteri decisorii consentiti (o preclusi) al S.C..

A ciò è dedicato l'ultima parte del presente Capitolo nel quale, oltre alle funzioni, sarà altresì esaurita l'indagine (e, lo si anticipa, la legittimazione) circa l'ammissibilità soggettiva, in punto d'interesse, (come dell'appello, altresì) del ricorso incidentale del vincitore.

3.2 Utilità e funzioni del ricorso incidentale verso le questioni respinte: completamento dell'indagine circa l'interesse ad impugnare del vincitore

Come anticipato in calce al precedente paragrafo, l'analisi della posizione del vincitore dev'essere completata individuando i poteri censori esercitabili in sede di legittimità. Si tratta quindi di verificare se ed in quali casi la parte, totalmente vittoriosa in seconde cure³⁴⁶, convenuta innanzi alla Cassazione dal ricorso principale avversario, possa replicarvi con un'impugnativa incidentale (art.371 c.p.c.).

Anche in questo caso l'indagine deve svolgersi in modo contestualizzato. Una declinazione puntuale delle funzioni del ricorso incidentale del resistente non può infatti prescindere dal confronto con la struttura del giudizio di legittimità ed i poteri censori del S.C..

Prima ancora delle applicazioni specifiche occorre tuttavia ricordare la funzione generale che, senza dubbio, il ricorso incidentale del vincitore è chiamato a svolgere.

Essa riguarda la perimetrazione oggettiva della fase di legittim-

³⁴³Il richiamo alla posizione del "resistente" svela già una delle caratteristiche tipiche dei relativi poteri censori: la natura esclusivamente incidentale. Del resto, come già più volte sottolineato, quella incidentale è l'unica potestà impugnatoria ascrivibile alla parte totalmente vittoriosa nel merito.

³⁴⁴V. *supra*, par.2.1.

³⁴⁵Funzione, come si vedrà (par.3.2.1.), non pacificamente riconosciuta.

³⁴⁶Ed, ancora una volta, teoricamente soccombente su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito esaminate e respinte.

ità. Si è già avuto modo³⁴⁷ di osservare come le caratteristiche tradizionalmente (e pacificamente) accordate alla Cassazione³⁴⁸ avessero portato ad individuarne l'oggetto nelle questioni affrontate dalla sentenza impugnata e motivatamente (art.360 c.p.c.) censurate³⁴⁹. Ad identificare, quindi, nelle soluzioni di quelle questioni altrettanti capi di sentenza autonomamente ricorribili (artt.329.2 c.p.c.; 336.1 c.p.c.). Ciò significa che se il resistente, soccombente virtuale, intende devolvere alla Cassazione il controllo delle questioni respinte, deve ricorrere incidentalmente verso i corrispondenti capi. In caso contrario i principi generali della materia impugnatoria sanzionerebbero la sua inerzia con il giudicato parziale per acquiescenza su tutte le parti del provvedimento intoccate.

Il ricorso incidentale ex art.371 c.p.c. del resistente vincitore svolge quindi il fondamentale e generale ruolo di estendere la cognizione e la decisione del giudice di ultima istanza alle questioni sulle quali sia risultato soccombente³⁵⁰. Che ciò debba avvenire necessari-

³⁴⁷V. Cap.I, par.2.1.

³⁴⁸Quello di legittimità è, lo si ricorda, un giudizio a struttura revisionale, ad oggetto circoscritto dai motivi-titoli di annullamento tipici e tassativi, istituzionalmente deputato ad un controllo di legalità con finalità (generalmente) cassatoria ed (eccezionalmente) rescissoria.

³⁴⁹Cui si aggiungono soltanto le questioni ancora rilevabili d'ufficio per la cui deduzione non occorre alcuna impugnativa.

³⁵⁰Quanto all'oggetto della cognizione e della decisione affidate al giudice di legittimità occorre una precisazione.

In termini generali si condivide la descrizione sistematico-ordinatoria che identifica la funzione prevalente e caratterizzante della Cassazione nell'annullamento del provvedimento gravato; e conseguentemente circoscrive la conoscenza e la decisione del S.C. alle sole questioni impugnate con motivi di ricorso tipici e tassativi.

Se tuttavia si passa dal piano della sistematica astratta a quello della concreta realtà processuale, non può non rilevarsi come il ruolo del giudice di vertice sia mutato rispetto all'entrata in vigore del c.p.c.. Quel ruolo vede oggi la S.C. partecipare con sempre maggiore attivismo alla definizione del merito della controversia.

Il cambiamento è testimoniato da numerosi fattori.

Dapprima v'è l'inserzione, realizzata dal legislatore del nuovo codice, del giudizio di Cassazione tra i mezzi ordinari d'impugnazione. Tra gli strumenti, quindi, che precedono la formazione della cosa giudicata. Ciò avvalorava l'idea del ricorso per Cassazione (ed, eventualmente, del successivo rinvio), come di due fasi finalizzate a consentire (non l'annullamento della sentenza, bensì) la formazione di una decisione definitiva sulla *res* controversa (cfr., B. Gambineri, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p.56). La sempre maggiore partecipazione della Cassazione alla definizione del merito di lite è poi testimoniata dal c.d. "principio di diritto" ex art.384.1 c.p.c.. Principio che, a partire dal 2006, la S.C. esprime non solo accogliendo il ricorso promosso ai sensi dell'art.360 n.3 c.p.c.; bensì risolvendo tutte le questioni di diritto di particolare rilevanza. Il principio di diritto consiste in un ammaestramento della norma giuridica, interpretata ed adattata al caso concreto dalla S.C.. A differenza delle pronunce tipicamente negative (perchè finalizzate all'annullamento) e strumentali (perchè destinate a rinviare ad una successiva fase di merito) del S.C., il principio di diritto traduce una valutazione positiva. La *regula iuris* del caso concreto rappresenta infatti il primo e vincolante tassello dell'*iter* proteso all'accertamento del diritto controverso (cfr.P.Calamandrei-C.Furno, *Cassazione civile, op.cit.*, p.1099; B.Gambineri, *Giudizio di rin-*

amente mediante impugnazione incidentale trova conferma in due considerazioni. La prima riguarda l'assenza, nella disciplina positiva della Cassazione, di una norma affine all'art.346 c.p.c., della quale possano discutersi confini e conflitti applicativi con l'art.371 c.p.c.. La seconda riguarda la tipologia di attività che il resistente compie quando risolveva questioni respinte innanzi al S.C.. Dovendosi confrontare con una decisione sfavorevole, egli deve necessariamente svolgere delle argomentazioni critiche. Lo strumento istituzionalmente deputato a veicolare in giudizio è, appunto, l'impugnazione: nella specie, il ricorso incidentale.

Ci si potrebbe (e ci si deve) chiedere quale interesse abbia il resistente vincitore ad estendere il giudizio di Cassazione alle questioni oggetto di ricorso. La risposta deve rintracciarsi nella varietà degli epiloghi decisorii che attendono la conclusione del giudizio di legittimità³⁵¹. Di quegli epiloghi devono misurarsi l'utilità, per

vio, op.cit., p.53).

Infine, l'art.384.2 c.p.c.. La norma attribuisce alla Cassazione un ruolo non più solo partecipativo, bensì esclusivo ed autonomo, nella definizione incontrovertibile della lite. Ai sensi dell'art.384.2 c.p.c. il S.C. viene ad occuparsi del diritto non più solo in astratto: bensì in concreto, in relazione agli interessi dei privati che chiedono giustizia. Ciò alla sola condizione di poter mantenere fermi i fatti già accertati dai giudici *a quo*.

Emerge quindi con ogni evidenza come la Cassazione sia oggi immersa nel flusso integrale del giudizio. Con gradazioni di diversa intensità il giudice di vertice partecipa alla definizione del merito per suo inquadramento istituzionale (arg. ex art.324 c.p.c.); offrendovi la corretta cornice *iuris* (arg.ex art.384.1 c.p.c.); statuendo direttamente in ordine all'esistenza, all'inesistenza o modalità di esistenza del rapporto giuridico controverso (arg. ex art.384.2 c.p.c.).

Ciò non significa che debba rivedersi il secolare inquadramento della Cassazione come impugnazione rescindente avente ad oggetto i capi di questione impugnati. Come già suggerito nel corso dell'analisi sulla natura, struttura ed oggetto dell'appello, occorre semplicemente abbandonare la pretesa di sussumere le impugnazioni in rigide categorie sistematiche dai confini impermeabili.

Quello di legittimità è un giudizio tipicamente revisionale incentrato sulla sentenza. A questa struttura devono uniformarsi le attività introduttive delle parti. Esse devono impugnare i capi (di questione) identificandone puntualmente gli errori sotto i titoli di cui all'art.360 c.p.c.. La decisione di accoglimento di quelle istanze potrà risolversi in una pronuncia meramente rescindente ovvero rescissoria. In entrambi i casi il convincimento giudiziale dipartirà dai vizi denunciati in ordine a singole questioni; e si riverbererà su quella porzione del merito di lite che ne risulti incisa perchè dipendente dalla soluzione delle questioni impuginate.

³⁵¹Questi ultimi possono assumere contenuti diversi in base al tipo di questioni (pregiudicali di rito; preliminari di merito) denunciate ed alla complessità dei fatti sottesi. Astrattamente le decisioni adottabili dal S.C. in accoglimento del ricorso incidentale del vincitore possono così riassumersi:

- cassazione del provvedimento impugnato con statuizione sulla competenza (art.382.2 c.p.c.);
- cassazione senza rinvio (in caso di difetto assoluto di giurisdizione, interesse ad agire o legittimazione attiva, art.382. 3 c.p.c.)
- annullamento del provvedimento impugnato e contestuale sostituzione con una nuova decisione di merito laddove non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto, (art.384.2

il soccombente teorico, e la necessaria (o meno) dipendenza dalla proposizione della sua doglianza. Il positivo incrocio di queste variabili consentirà, da un lato, di legittimare l'ammissibilità subiettiva del ricorso incidentale; dall'altro di tracciarne l'ambito funzionale.

3.2.1 Funzioni del ricorso incidentale del vincitore nella prospettiva interna al giudizio di legittimità

Come noto, il giudizio di Cassazione può esaurirsi nella fase di legittimità o proseguire in quella di rinvio. Il paragrafo presente (3.2.1.) indaga le funzioni del ricorso incidentale nella prima prospettiva.

Ricorso incidentale (condizionato) e cassazione senza rinvio (art.382 c.p.c.) Ai sensi dell'art.382 c.p.c. la S.C. annulla la sentenza senza rinvio quando accoglie questioni pregiudiziali di rito relative al difetto assoluto di giurisdizione, interesse ad agire o legittimazione attiva. Ci si chiede quindi se possa essere il resistente vincitore a far valere tali questioni con proprio ricorso incidentale³⁵².

Per affermare l'ammissibilità soggettiva della doglianza occorre riconoscerne l'utilità. Utilità che sembrerebbe, ad un primo sguardo, doversi negare. La cassazione senza rinvio chiuderebbe infatti il giudizio senza alcuna determinazione sull'esistenza o sul modo d'essere della *res litigiosa*. Quella che il resistente otterrebbe è una vittoria sul processo, incapace di salvaguardarlo dall'eventuale riproposizione della domanda³⁵³. Una vittoria dimidiata, dunque, dal merito al

c.p.c.);

- cassazione con rinvio laddove sia necessario accertare ed istruire ulteriormente i fatti (art.383 c.p.c.). Quest'ultimo è il rinvio c.d. "prosecutorio o proprio" cui si giunge in accoglimento del ricorso promosso ex art.360 n.3 o 5 c.p.c.. Il giudice di rinvio è chiamato ad offrire nuova decisione alla lite uniformandosi al principio di diritto offerto dalla S.C.; ovvero esaminando anche i fatti decisivi precedentemente omessi. V'è poi un altro tipo di rinvio c.d. "improprio o restitutorio". Ad esso si accede in accoglimento di un ricorso promosso ex art.360 n.4 c.p.c.: ossia a seguito della verifica di una nullità della sentenza o del procedimento. Il giudice *ad quem* è in tal caso investito del compito di riprendere il processo dal punto in cui si era interrotto a causa della nullità verificata dal S.C..
- cassazione con rinvio al giudice di prima istanza laddove la C.S. riscontri un vizio in presenza del quale lo stesso giudice di seconde cure avrebbe dovuto rimettere la causa al primo organo adito (artt.353, 354 e 383.3 c.p.c.).

³⁵²Il presupposto perchè si possa discutere dell'onere impugnatorio del resistente è che le questioni di cui all'art.382 c.p.c. siano state decise (e respinte) dai giudici precedenti. Solo in questo caso si saranno formati dei capi di sentenza ricorribili.

³⁵³La riproposizione potrebbe aversi laddove fossero integrate le condizioni da cui dipendono interesse ad agire e legittimazione attiva.

rito. Non più utile ed, anzi, meno utile del risultato precedente la proposizione del ricorso³⁵⁴.

Occorre tuttavia ricordare quanto già sottolineato in relazione all'appello incidentale del vincitore su questioni pregiudiziali di rito³⁵⁵.

L'interesse che rende ammissibili le impugnazioni della parte soccombente virtuale su questioni processuali presenta una fattispecie costitutiva complessa. In essa, oltre alla soccombenza teorica ed alla proposizione del ricorso principale, figura anche la sua delibazione di fondatezza. L'utilità del ricorso incidentale su questioni di rito deve perciò attendere quella delibazione; e misurarsi nella prospettiva di effettivo incrinamento della vittoria pratica ch'essa preannuncia. Non vi sono dubbi che rispetto ad una sconfitta definitiva nel merito sia più favorevole una cassazione senza rinvio. Quest'ultima, è vero, non salvaguarda dalla riproposizione della domanda. Importa tuttavia il duplice vantaggio di impedire l'immediata sconfitta pratica e di rimettere la decisione sulla lite ad un eventuale, futuro ed impregiudicato processo.

Il resistente vincitore ha perciò tutto l'interesse a denunciare le questioni di cui all'art.382 c.p.c.. Semplicemente, poichè quell'interesse presuppone la delibazione di fondatezza dell'impugnazione principale, si tratterà di un ricorso ad esame *ex lege* condizionato³⁵⁶.

³⁵⁴Ciò porterebbe ad escludere l'interesse del vincitore ad impugnare le questioni di cui all'art.382 c.p.c.. Quell'interesse presuppone infatti che dal confronto tra la sentenza impugnata e quella attesa dal giudice dell'impugnazione emerga il vantaggio incrementale consentito dal ricorso.

³⁵⁵In realtà le osservazioni richiamate erano state elaborate dagli interpreti proprio con riferimento al ricorso incidentale del vincitore. In via d'interpretazione analogica era stato il presente studio ad estenderle all'appello (v.par.3.1.1.).

³⁵⁶La giurisprudenza in tema di condizionamento necessario del ricorso incidentale del vincitore su questioni processuali è ormai uniforme. A titolo esemplificativo e non limitativo si ricordano *Cass.*, 23/7/2008, n.20364; *Cass.*, S.U., 6/3/2009, n. 5456; *Cass.*, 23/7/2010, n.17284; *Cass.*, 16/3/2011, n.6252; *Cass.*, 20/04/2012, n.6600; *Cass.*, S.U., n.7381/2013. Più di recente, *Cass.*, 1/03/2016, n.4047.

Il tema merita tuttavia una precisazione.

Il condizionamento del ricorso è stato fin'ora riferito alla delibazione di fondatezza senza ulteriori specificazioni. Va tuttavia osservato come l'individuazione di questo evento presupposto non sia stata pacifica tra gli interpreti. Inizialmente esso era rintracciato nell'accoglimento vero e proprio del ricorso principale sul merito. Soluzione, quest'ultima, aspramente criticata (si vedano, a tal proposito, le posizioni di L.Bianchi D'Espinosa, *Impugnazioni incidentali condizionate*, *op.cit.*, p.1386 ed E.Fazzalari, *Sui ricorsi*, *op.cit.*, p.104). Ciò che risultava inaccettabile era il fatto che il S.C. potesse essere costretto ad una decisione vera e propria di accoglimento del ricorso principale (magari corredata da un principio di diritto) poi posta nel nulla dalla cassazione senza rinvio disposta in accoglimento del ricorso incidentale. Questo perchè, anzitutto, l'ordinamento non prevede decisioni ad efficacia, per così dire, provvisoria del S.C.; in secondo luogo perchè quell'auto-caducazione interna avrebbe reso l'accertamento sul ricorso principale un *tamquam non esset* inutilmente dispendioso, in violazione del principio di economia processuale.

La soluzione fu rintracciata nella sostituzione, all'accoglimento vero e proprio, di una delibazione di fondatezza del ricorso principale. La delibazione avrebbe onerato il S.C. di un impegno esaminatorio inferiore, d'intensità proporzionata allo scopo perseguito. Il fine non era quello di accertare la fondatezza del ricorso principale; bensì di misurare l'ammissibilità di quello incidentale. Le attività a tal fine richieste al S.C. dovevano consentire, ma non eccedere, i confini di quella verifica (cfr. A.Attardi, *Sulle impugnazioni*, *op.cit.*, pp.294-297 per il quale, più che di ricorso incidentale su questioni processuali, dovrebbe parlarsi di "ricorso incidentale tra le cui condizioni di ammissibilità vi è la fondatezza del ricorso principale". Sul punto v. anche le osservazioni di cui al par.3.1.1 nel testo ed in nt.nn.295 e ss.).

Il ricorso incidentale del vincitore su questioni processuali è perciò *de iure* condizionato alla delibazione di fondatezza del ricorso principale.

Occorre, tuttavia, un'ulteriore precisazione. Essa è suggerita, per ragioni di simmetria, dalle riflessioni che hanno accompagnato l'individuazione dell'evento condizionante l'appello incidentale del vincitore (soccumbente nel rito). A fronte dell'introduzione del filtro ex art.348 bis c.p.c. si era infatti affermato che quell'evento dov'esse rintracciarsi (prima ancora che nella delibazione di fondatezza) nell' "ammissibilità", ex art.348 bis c.p.c., dell'appello principale. In altre parole, nel positivo superamento del filtro ex art.348 bis c.p.c. da parte dell'impugnazione avversaria.

Ciò si era affermato per riequilibrare la posizione del vincitore, soccombente sul rito. Ai sensi dell'art.348 ter.2 c.p.c. il suo appello incidentale, risultando ammissibile ex art.348 bis c.p.c., avrebbe potuto tenere autonomamente in vita un giudizio che, sulla base del solo appello principale, si sarebbe invece concluso con un'ordinanza d'inammissibilità per non ragionevole probabilità di accoglimento. La soluzione, oltre a tradire la *ratio* deflattiva del filtro (v.nt.n.304), avrebbe disatteso l'interesse del vincitore all'impugnazione. Quest'ultimo, quando censura questioni processuali, non ha interesse all'accoglimento (ed alla conseguente degradazione della vittoria sul rito) fintanto che non appaia concreta la prospettiva di una sconfitta pratica. Orizzonte che presuppone, quanto meno, una valutazione di ragionevole probabilità di accoglimento ex art.348 bis c.p.c. sull'appello principale. L'esame dell'appello incidentale del vincitore, soccombente sul rito, si era quindi condizionato (prima ancora che alla delibazione di fondatezza) al positivo superamento del filtro ex art.348 bis c.p.c. da parte della doglianza avversaria.

Un'esigenza analoga non si avverte in sede di legittimità, nonostante anche l'accesso a quel giudizio sia filtrato da un meccanismo deflattivo. Si tratta dell'art.360 bis c.p.c., rubricato "Inammissibilità del ricorso", per il quale "*Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo*".

A differenza di quanto previsto dall'art.348 ter.2 c.p.c., nè l'art.360 bis c.p.c., nè le norme successive, subordinano l'operatività del filtro all'inammissibilità di entrambi i ricorsi (principale; incidentale) eventualmente proposti. La sua applicazione deve allora regolarsi secondo i principi generali.

Da questo punto di vista si ricorda come il ricorso incidentale della parte totalmente vittoriosa sia legato a quello principale da un nesso genetico ancor più intenso, se si vuole, di quello descritto dall'art.334 c.p.c. per le incidentali tardive. In assenza dell'impugnazione avversaria, infatti, il vincitore non solo non può impugnare tardivamente, o vincendo l'acquiescenza. *Sua sponte* (ossia *principaliter*) non può dolersi affatto della sentenza pienamente favorevole. La sua reazione incidentale è perciò costretta, ed altresì esclusivamente giustificata, dall'esistenza e dalla validità di quella avversaria. Venuta meno quest'ultima (perchè inammissibile ex art.360 bis c.p.c.), verrebbe meno, quindi, anche l'interesse del vincitore a difendersi in via incidentale. Ciò non tanto perchè, in caso di accoglimento del suo ricorso su questioni processuali, il rischio sarebbe quello della degradazione della vittoria (dal merito al rito). Bensì, ancor prima, per quella sopravvenuta inefficacia che colpisce tutte le impugnazioni incidentali tardive a fronte della dichiarata inammissibilità di quelle principali che le hanno originate (art.334.2 c.p.c). Sanzione che investe, a maggior ragione, il vincitore pratico, che a differenza delle parti di cui all'art.334.1 c.p.c., in assenza dell'iniziativa avversaria non avrebbe nemmeno potuto insorgere verso la sentenza.

Ricorso incidentale (condizionato; non condizionato) e cassazione nel merito (art.384.2 c.p.c.) Come anticipato al par.3.1.2³⁵⁷ la decisione con cui la Corte Suprema conferma il dispositivo della sentenza impugnata e ne modifica la motivazione in accoglimento di questioni preliminari di merito diverse da quelle oggetto di ricorso principale, non è una mera correzione. Si tratta, bensì, di una nuova e definitiva decisione sulla lite ex art.384.2 c.p.c.³⁵⁸.

Ciò che in questa sede preme verificare è se a quella decisione la Cassazione possa pervenire attraverso il ricorso incidentale del vincitore su questioni preliminari (equipollenti o più favorevoli)³⁵⁹. Questioni il cui accoglimento consentirebbe di mantenere fermo il dispositivo (ossia, nella prospettiva del resistente, la vittoria) offrendovi un motivo, c.d., “di ricambio”.

Numerose le obiezioni sollevate prima dell’entrata in vigore dell’art.384.2 c.p.c.. Nel contesto pre-riforma del 1990³⁶⁰ si trattava di perplessità comprensibili che non tanto riguardavano i poteri censori del vincitore, bensì quelli del giudice di vertice. Gli interpreti rilevavano infatti come il potere esercitato dalla S.C. nel definire la lite in accoglimento delle questioni preliminari oggetto del ricorso incidentale eccedesse i confini del *ius corrigendi*³⁶¹; e, soprattutto, i limiti istituzionali di un giudice di (allora) sola legittimità³⁶².

Se il ricorso principale è dichiarato inammissibile ex art.360 bis c.p.c., quello incidentale del vincitore diviene quindi inefficace (arg. ex art.334.2 c.p.c.). Non v’è alcuna necessità di condizionarne l’esame all’inoperatività del filtro ex art.360 bis c.p.c. con riguardo all’impugnazione avversaria. La sua inammissibilità travolge in ogni caso il ricorso incidentale e conclude il giudizio nel segno di una *absolutio ab instantia*.

³⁵⁷Specialmente in nt.n.335.

³⁵⁸La Corte può decidere sul merito ai sensi dell’art.384.2 .p.c. purchè non sia necessario accertare nuovamente i fatti oggetto delle preliminari. In quel caso deve rinviare la causa ad un nuovo giudice di merito.

³⁵⁹Per il significato di queste espressioni si rinvia al par.3.1.2., nt. n.308.

³⁶⁰Ossia in assenza di un’espressa previsione che accordasse alla Cassazione il potere di decidere il merito.

³⁶¹La Cassazione non si sarebbe infatti limitata a confermare la stessa sentenza rettificando i profili giuridici della *quaestio iuris* denunciata col ricorso principale. Avrebbe, bensì, esaminato questioni di fatto e giuridiche diverse, alla ricerca di una nuova *ratio decidendi*. Il provvedimento che ne fosse derivato avrebbe anche potuto ripetere il dispositivo di quello impugnato. Tuttavia, si sarebbe trattato di una decisione nuova e diversa (non, quindi, confermata e rettificata) perchè fondata su un diverso apparato argomentativo (l’accoglimento di una questione totalmente diversa, non solo nei profili giuridici).

³⁶²La definizione della lite fondata sull’accoglimento di una questione preliminare avrebbe tradotto una decisione di merito. L’operazione presupposta era infatti quella sussunzione, tipica dei giudizi sulla *res*, di un fatto in una norma giuridica. Potere a cui oggi la S.C. è espressamente autorizzata dall’art.384.2 c.p.c. (purchè, oltre alla sussunzione, non debba anche accertare i fatti). Ma che, prima del 1990, era considerato uno straripamento del S.C. dai suoi limiti istituzionali di giudice della legittimità. Esondazione non riparabile attraverso un’estensione del *ius corrigendi* che comprendesse, oltre alla rettifica dei profili giuridici della

Tali opposizioni persero consistenza con l'entrata in vigore dell'art.384.2 c.p.c.. La norma evitò la necessità di forzare i confini applicativi del *ius corrigendi*, tacendo ogni dubbio in ordine alla legittimità dei poteri decisorii di merito esercitati (eccezionalmente) dal S.C.. L'unica residua incertezza riguardava la possibilità di un loro svolgimento officioso³⁶³. L'art.384.2 c.p.c. legittimava punto la Cassazione a decidere il merito della lite. Non ne estendeva, tuttavia, i limiti tecnici di attività in pretesa valorizzazione del principio *iura novit curia*. Il giudice di vertice non poteva quindi conoscere e riformare, *sua sponte*, questioni preliminari di merito diverse da quelle oggetto di ricorso principale. A quell'intervento doveva (e deve) essere legittimato dalle disposizioni delle parti interessate.

Tra queste si colloca senz'altro il resistente vincitore. L'utilità, nella prospettiva dell'art.384.2 c.p.c., di un suo ricorso incidentale su preliminari è indubbia. In particolare, se si tratta di questioni più favorevoli³⁶⁴, l'esito del giudizio sarà quello di una vittoria dagli effetti socio-giuridico-economici più soddisfacenti e confacenti alle iniziali richieste³⁶⁵. Vantaggio evidente già in *limine litis*, al punto da rendere tale ricorso immediatamente esaminabile, a prescindere dagli sviluppi di quello principale. Se invece il resistente impugna preliminari equipollenti, l'esame del suo ricorso dovrà attendere la deliberazione di fondatezza di quello avversario. La differenza è subito spiegata. Il ricorso incidentale su questioni equipollenti tende ad una vittoria dagli effetti identici; e poichè l'ordinamento non tutela il diritto ad una doppia conforme, potrebbe sembrare inammissibile in punto d'interesse. Tuttavia occorre valutare quell'interesse nella diversa prospettiva del resistente già esposto ad un rischio concreto di sconfitta pratica. Orizzonte nel quale egli si verrebbe a trovare a seguito della deliberazione di fondatezza del ricorso principale. In quel caso è indubbio che il resistente abbia interesse ad ottenere, in luogo della sconfitta di merito, un esito (non più favorevole di quello precedente ma, comunque,) vittorioso.

motivazione, la sua sostituzione con un'altra, diversa, ma conducente ad identica soluzione.

Sul tema, oltre agli Autori già citati in nt. n.335, si rinvia all'opinione autorevole di L.Montesano, *Ricondurre la Cassazione al "giudizio di legittimità"?*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 1966, pp.622-623.

³⁶³Si dubitava, cioè, della possibilità del S.C. di indagare *ex officio* le questioni preliminari idonee ad offrire una diversa *ratio decidendi* allo stesso *decisum*.

³⁶⁴Rispetto a quelle, accolte, che avevano motivato la sentenza impugnata.

³⁶⁵Ovviamente valgono in questa sede le osservazioni svolte al par. 3.1.2 (in nt.n.312) in tema di giudicato sui motivi ed interesse ad impugnare parti della motivazione.

Nella fattispecie costitutiva dell'interesse a ricorrere incidentalmente verso preliminari equipollenti si colloca quindi la delibazione di fondatezza del gravame principale. Il ricorso del resistente è perciò ammissibile, ma il suo esame è condizionato al verificarsi del presupposto deliberativo.

3.2.2 Funzioni del ricorso incidentale del vincitore nella prospettiva del giudizio di rinvio

Nel paragrafo precedente sono state evidenziate le funzioni del ricorso incidentale del vincitore nella prospettiva interna al giudizio di legittimità. Resta da verificare se e quali vantaggiose applicazioni esso possa avere nell'eventuale sede di rinvio ex art.383 c.p.c..

A tal fine occorre ricostruire natura ed oggetto dell'attuale giudizio di rinvio. L'analisi deve tenere conto, da un lato, delle indicazioni positive; dall'altro dell'evoluzione storica che il rinvio ha conosciuto, in parallelo ed in conseguenza a quella della Corte di Cassazione.

L'irrelevanza del ricorso incidentale nel giudizio di rinvio del c.p.c. del 1865 Nel vigore del codice precursore il rinvio era considerato un nuovo processo di merito a tutti gli effetti equiparabile e sovrapponibile all'appello. Il suo scopo era quello di riesaminare la causa erroneamente decisa dall'ultimo giudice di merito (quello di seconde cure, la cui sentenza era stata cassata), ripetendone i poteri.

La ricostruzione trovava conferma nella natura e nella funzione allora spettanti alla Cassazione. Quest'ultima, cristallizzata nella sua esclusiva funzione di giudice della legittimità, si limitava all'emissione di provvedimenti negativi³⁶⁶ e strumentali³⁶⁷, privi di qualsivoglia effetto vincolante³⁶⁸. Nemmeno l'eventuale principio di diritto che

³⁶⁶Perchè finalizzati all'annullamento dei provvedimenti viziati in diritto.

³⁶⁷Ossia finalizzati a rimettere la decisione della causa, se necessaria, ad un nuovo giudice di merito.

³⁶⁸Il giudice di rinvio poteva riesaminare i fatti in modo libero ed impregiudicato, avvalendosi degli stessi poteri consentiti al giudice del provvedimento cassato, cfr.P.Calamandrei, *La Cassazione civile*, V.II., Milano, 1920, pp.307-308; R.Provvisori, *Il giudizio di rinvio*, Padova, 1936, pp.3-8. Questa convinzione si basava sull'assunto che la cassazione avrebbe reso il provvedimento impugnato (la sentenza di seconde cure) un *tamquam non esset*; conseguentemente riportando il giudizio alla fase precedente alla sua emanazione, nella quale le valutazioni dell'organo inferiore erano idealmente sconosciute. Per questo motivo l'accertamento compiuto in rinvio non subiva limitazioni. In esso sarebbe riemerso tutto il materiale di causa devoluto in appello: ossia quello inerente i capi di sentenza (allora intesi come capi di domanda) appellati e quelli dipendenti.

avesse avuto occasione di esprimere avrebbe vincolato il giudice di primo rinvio³⁶⁹.

Quest'ultimo, oltre a poter accertare i fatti con gli stessi poteri del giudice d'appello, era perciò libero di fissare la regola generale ed astratta attraverso cui interpretarli e dirimerli. Il rinvio era perciò un giudizio autonomo e diverso rispetto a quello di Cassazione. Il suo oggetto ripercorreva quello delle seconde cure³⁷⁰ senza alcuna limitazione legata all'intermedio svolgimento di legittimità³⁷¹.

L'autonomia dei rapporti tra i due giudizi (Cassazione e rinvio) impediva di riconoscere al ricorso incidentale del vincitore un ruolo apprezzabile nell'orizzonte di un eventuale rinvio. In un contesto nel quale il S.C. si limitava a concedere o negare il provvedimento cassatorio, senza in alcun modo incidere sulla latitudine obiettiva del successivo giudizio, lo scopo del ricorso si esauriva nell'individuazione di un titolo per l'annullamento. L'eco di quella iniziativa in nessun modo si sarebbe avvertita nella successiva sede di rinvio.

Il ruolo difensivo del ricorso incidentale nell'orizzonte dell'attuale giudizio di rinvio Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile questi equilibri mutarono drasticamente.

Spartiacque fu l'art.393 c.p.c.³⁷². La norma sancì l'effetto sostitu-

³⁶⁹Cfr. A Panzarola, *La Cassazione civile, op.cit.*, p.465. Si fa riferimento al giudice di primo rinvio perchè, nella vigenza del c.p.c. del 1865, solo a quest'ultimo era consentito di discostarsi dalla regola *iuris* sancita dal S.C.. Làdove lo avesse fatto, e la sua sentenza fosse stata (per tale ragione) impugnata, il contrasto sarebbe stato risolto dalle S.U.. Il giudice destinatario del secondo rinvio avrebbe dovuto a quel punto rispettare il principio di diritto delle S.U..

³⁷⁰Che, nel vigore del c.p.c. del 1865, investiva l'intera lite oggetto della domanda giudiziale (v. Cap.I., par.2.2.1).

³⁷¹Questa l'opinione di G. Pavanini, *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio, op.cit.*, p.195 e P.D'Onofrio, *Osservazioni intorno al c.d. "ricorso condizionato", op.cit.*, p. 335. Secondo questi Autori la cassazione della sentenza d'appello avrebbe consentito l'automatica devoluzione, alla cognizione del giudice di rinvio, di tutte le questioni sottese ai capi (di domanda, cfr.P.D'Onofrio, *Osservazioni intorno al c.d. "ricorso condizionato", op.cit.*, p.333) impugnati. A fronte dell'annullamento il provvedimento di merito avrebbe mantenuto soltanto la rilevanza giuridica "estriore" di pronuncia emessa; perdendo invece quella "interiore" o, per così dire, contenutistica.

³⁷²A tenore del quale "*Se la riassunzione non avviene entro il termine di cui all'articolo precedente, o si avvera successivamente ad essa una causa di estinzione del giudizio di rinvio, l'intero processo si estingue; ma la sentenza della Corte di cassazione conserva il suo effetto vincolante anche nel nuovo processo che sia instaurato con la riproposizione della domanda*".

L'estinzione dell'intero processo, conseguente a quella del rinvio, e la non reviviscenza della sentenza di primo grado, sono testimonianza inequivocabile dell'effetto sostitutivo dell'appello (cfr. E.F.Ricci, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, p.106, al quale si deve uno dei più autorevoli approfondimenti sulla struttura, sulla natura e sull'oggetto del giudizio di rinvio).

tivo dell'appello; privando così di fondamento le tesi che rintracciavano nel rinvio una sua rinnovazione. La sentenza di primo grado, dalla cui impugnazione l'appello aveva tratto origine, era stata infatti sostituita e rimossa. Le condizioni sulle quali l'appello s'era fondato non esistevano più; non erano, pertanto, più ripetibili.

Cominciò così a serpeggiare l'idea che il rinvio, lungi dal rappresentare una mera ripetizione dell'appello, fosse dotato di propria caratterizzazione³⁷³. Fisionomia sulla quale molto ebbe da dire l'evoluzione *medio tempore* conosciuta dalla Cassazione, sempre più partecipe al flusso integrale del giudizio, contro la sua tradizionale configurazione di giudice della legittimità³⁷⁴.

Sulla scorta di queste evoluzioni gli interpreti abbandonarono l'idea che Cassazione e rinvio fossero due giudizi autonomi. Essi componevano due distinte fasi (una delle quali, il rinvio, a svolgimento eventuale) di un giudizio unitario, univocamente proteso alla definizione del merito. Conclusione alla quale, in via d'eccezione, poteva giungere direttamente la S.C. (art.384.2 c.p.c.); ma che più spesso vedeva il S.C. offrire la premessa giuridica vincolante³⁷⁵ di un giudizio affidato, quanto ai profili di merito, all'organo di rinvio.

Il rinvio veniva così ad incarnare l'eventuale fase rescissoria di un *iter* unitario principiato innanzi alla Cassazione³⁷⁶. Questa ricostruzione importava il riconoscimento di uno stretto legame tra le due fasi, non limitato al rispetto della *regula iuris* impartita dal S.C.. Il vincolo riguardava anche l'oggetto della cognizione del giudice *ad quem*. E su questi aspetti un ruolo fondamentale era giocato dalle iniziative censorie delle parti, compreso il vincitore.

Per comprendere il significato di queste affermazioni occorre ragionare per gradi. Si è detto che l'attuale giudizio di rinvio non abbia uno svolgimento autonomo ed indifferente alle fasi pregresse. E che sia intimamente legato agli ordini impartiti dal S.C.. Tra questi si è fin'ora visto il principio di diritto ex art.384.1 c.p.c.. Vi sono tuttavia vincoli ulteriori che gravano sul giudice di rinvio e

³⁷³L'intuizione può ben cogliersi, ad esempio, in E.Fazzalari, *Il giudizio civile di cassazione*, op.cit., p.197; IDEM *Il processo ordinario di cognizione V.II - Impugnazioni*, op.cit., p.354.

³⁷⁴V. *supra*, par.3.2., nt. n.347.

³⁷⁵Come ricordato al par.3.2., n.t n.347, il nuovo codice aveva introdotto l'immediata vincolatività sul giudice di primo rinvio del principio di diritto emesso dal S.C. (art.384.1 c.p.c.).

³⁷⁶Cfr.C.Mandrioli, *Diritto Processuale civile V. II-Il processo di cognizione*, op.cit., p.615 per il quale il rinvio rappresenta una "fase rescissoria rispetto al giudizio della Cassazione nel quadro della formazione progressiva del giudicato". Conformemente B.Gambineri, *Giudizio di rinvio e preclusione*, op.cit., pp.60-61.

trovano giustificazione nell'organizzazione sistematica del processo. Questi ultimi assumono diversi contenuti a seconda che la prospettiva da cui origina il rinvio sia quella del rigetto o dell'accoglimento del ricorso (principale; incidentale) da parte del S.C..

Nel primo caso al giudice *ad quem* è precluso l'esame delle questioni (processuali; di merito) oggetto di ricorsi respinti. La decisione negativa del S.C. conferma la soluzione offerta alle questioni *de quibus* dal giudice *a quo*: tale valutazione dev'essere rispettata dal giudice di rinvio in virtù della sua sottordinazione gerarchica alla Cassazione.

Nel secondo caso, invece, il vincolo che subisce il rinvio si cela nelle maglie del principio di diritto. Quest'ultimo, è pur vero, offre istruzioni di puro diritto. E' anche vero, tuttavia, che il suo effettivo ossequio coinvolge anche le attività di accertamento demandate, in fatto, al giudice *ad quem*. Quest'ultimo non può infatti rinnovare l'accertamento sui fatti che fondano il *dictum* della Cassazione³⁷⁷. Al fine di decidere il merito deve invece rivalutare il materiale di causa emerso nei primi due gradi di giudizio (oltre a quello fissato dalla Cassazione) al netto della nuova *regula iuris*. Sulla base di ciò deve formare un proprio convincimento sulle questioni oggetto dei ricorsi accolti dalle quali dipende la conformazione giuridico-sostanziale della *res litigiosa*³⁷⁸.

Può quindi affermarsi che, dal punto di vista oggettivo, la cog-

³⁷⁷Cfr.C.Mandrioli, *Diritto processuale civile, op.cit.*, p.613; B.Gambineri, *Giudizio di rinvio, op.cit.*, p.11.

Il giudice di rinvio può compiere solo le attività rese necessarie dal principio di diritto e precluse alla Corte di Cassazione in virtù dei suoi limiti istituzionali. Da questo punto di vista non può, ad esempio, istruire liberamente e diversamente accertare i fatti posti alla base del principio di diritto. Se ciò facesse, quello risulterebbe inapplicabile (perchè tarato su fatti specifici assunti dalla Cassazione a fondamento della massima); con pregiudizio al prestigio ed al decoro della giustizia.

Conformemente A.Panzarola, *La Cassazione civile, op.cit.*, p. 561 che vieta al giudice di rinvio di riesaminare, attraverso nuovi accertamenti di fatto, i presupposti di applicabilità del principio di diritto.

³⁷⁸L'ipotesi presupposta nel testo è quella dell'accoglimento del ricorso promosso ex art.360 n.3. Resta inteso come i vincoli gravanti sul giudice di rinvio varino in dipendenza dei motivi-titoli di ricorso accolto (come sottolineato da A.Panzarola, *La Cassazione civile, op.cit.*, p.484). Si pensi, esemplificativamente, all'accoglimento di un ricorso promosso ex art.360 n.4 c.p.c.. In questo caso il giudice di rinvio è vincolato a quanto statuito dal S.C. circa il retto (o meno) funzionamento delle norme procedurali. Se il S.C. ha riscontrato un vizio in ordine ad alcune attività compiute dal giudice di merito, l'organo di rinvio è tenuto a rinnovarle secondo le indicazioni del S.C.; ovvero ad adottare conformi sanatorie.

In nessun caso, quindi, il giudice di rinvio può compiere interventi elusivi dei criteri *in iudicando* ed *in procedendo* fissati dal principio di diritto ex art.384.1 c.p.c., cfr. L.Malagù, *Sulla riproponibilità in sede di rinvio di questioni ritenute assorbite o non esaminate dal giudice d'appello*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 1978, p.1347.

nizione del giudice di rinvio sia delimitata dal principio della “preclusione da rigetto del mezzo di impugnazione”³⁷⁹. Il vincolo che condiziona la latitudine oggettiva di quel giudizio riposa quindi nel passaggio dalla fase di legittimità rescindente a quella rescissoria di rinvio; e si riassume nell’autorità dei *dicta* a vario titolo pronunciati dal giudice di vertice.

Se questo è vero, com’è vero, occorre tuttavia fare un’ulteriore passo indietro e riconoscere come, prima ancora dei vincoli imposti dal S.C., a determinare la consistenza obiettiva del rinvio siano le attività delle parti. Attività alle quali già la Cassazione doveva attenersi. Si è infatti evidenziato come il rinvio insista sulle sole questioni oggetto di ricorsi accolti. Ciò presuppone che quei ricorsi siano stati proposti, evitando ai corrispondenti capi di questione il passaggio in giudicato. Il primo vero filtro alle questioni riproponibili nell’eventuale rinvio si colloca perciò nel passaggio dall’appello alla Cassazione; e si riassume nell’iniziativa censoria (il ricorso) promossa dalle parti in sfregio all’art.329.2 c.p.c.. Le questioni oggetto dei capi non impugnati acquistano una stabilità che le sottrae, anzitutto, al controllo di legalità del S.C.. A maggior ragione sono quindi precluse al giudice di rinvio³⁸⁰. A quest’ultimo perverrebbero soltanto se, dopo essere state impugnate con ricorso, fossero state anche accolte dalla Cassazione³⁸¹.

In sintesi si può quindi affermare che l’oggetto del giudizio di rinvio sia dominato da un duplice principio preclusivo: quello da mancata interposizione (prima) e da rigetto (poi) del mezzo d’impugnazione³⁸².

Tutto ciò a quali conclusioni conduce nella prospettiva del resistente vincitore?

E’ presto detto. Visto che l’oggetto del giudizio di rinvio è progressivamente assottigliato dalle iniziative censorie delle parti al termine del giudizio d’appello, e dalla valutazione che ne abbia fatta

³⁷⁹Principio in base al quale al giudice di rinvio è precluso il riesame di questioni confermate dal rigetto del ricorso deducete. Conformemente E.F.Ricci, *Il giudizio civile di rinvio, op.cit.*, p.116, per il quale il riesame delle questioni oggetto di ricorsi respinti da parte del giudice di rinvio si tradurrebbe in un indiretto (ed inaccettabile) potere di critica nei confronti del S.C..

³⁸⁰Cfr. P.Calamandrei-C.Furno, *V. Cassazione civile, op.cit.*, p.1098 per i quali la delimitazione dei poteri cognitori del giudice di rinvio è un risvolto del più generale tema concernente l’estensione dei poteri del S.C..

³⁸¹In breve, l’interdipendenza tra proponibilità dei ricorsi e libera riproponibilità delle questioni in sede di rinvio dev’essere intesa in termini di esclusione reciproca. Così, espressamente, L.Malagù, *Sulla riproponibilità in sede di rinvio di questioni ritenute assorbite o non esaminate, op.cit.*, p.1349.

³⁸²Cfr. E.F.Ricci, *Il giudizio civile di rinvio, op.cit.*, p.113; B.Gambineri, *Giudizio di rinvio, op.cit.*, p.115.

il giudice di legittimità, il resistente vincitore, che non intenda rinunciare alle proprie eccezioni difensive nell'eventuale fase rescissoria, deve tempestivamente ricorrere verso i corrispettivi capi di sentenza³⁸³. L'interesse al ricorso incidentale è dato dalla perdurante riproponibilità di quelle eccezioni in rinvio: così, dalla più ampia gamma difensiva cui esse consentono di accedere³⁸⁴.

Quanto all'ordine esaminatorio il ricorso può essere condizionato o non condizionato. Ciò dipende dal tipo di questione impugnata. Se si tratta di pregiudiziali di rito o preliminari di merito equipollenti, il ricorso incidentale dovrà subordinarsi alla delibazione di fondatezza di quello avversario³⁸⁵. Se invece la censura investe questioni preliminari di merito più favorevoli, l'ordine esaminatorio sarà affidato al primato della ragione più liquida³⁸⁶.

3.2.3 Nuove applicazioni del ricorso incidentale del vincitore. Evoluzione a margine del d.l.83/2012 (convertito con l.134/2012)

La riforma legislativa del 2012 ha ampliato il panorama delle funzioni fino ad allora riconosciute al ricorso incidentale del vincitore³⁸⁷. Non si è trattato, ad onor del vero, di interventi espliciti. Cionondimeno non possono sfuggire all'interprete gli orizzonti applicativi che il nuovo micro-sistema impugnatorio di cui agli artt.348.1 bis c.p.c.,

³⁸³Ci si riferisce, quindi, alle eccezioni respinte nel precedente grado di merito e confluite in altrettanti capi di sentenza.

Non occorre invece alcun ricorso incidentale per garantirsi la spendibilità, in rinvio, delle questioni assorbite (cfr. L.Malagù, *Sulla riproponibilità in sede di rinvio di questioni ritenute assorbite*, *op.cit.*, pp. 1250-1355). Per esse vige la regola dell'automatica devoluzione innanzi al giudice *ad quem*. Un simile ricorso non sarebbe, del resto, nemmeno possibile. Come già visto per l'appello (v. Cap.I, par.2.2.2, spec.nt.81), vale anche per il ricorso l'incompatibilità tra la (non) decisione (o immotivata decisione) di assorbimento e l'impugnativa. Quest'ultima, in quanto strumento censorio, deve potersi confrontare con una decisione argomentata della quale rilevare le criticità. Ciò che non è possibile rispetto a statuizioni assorbenti: esse baipassano, senza definirlo, il contenuto delle questioni limitandosi a ritenerle, in ogni caso, prescindibili.

³⁸⁴A favore di questo avviso E.F.Ricci, *Il giudizio civile*, *op.cit.*, p.139; L.Malagù, *Sulla riproponibilità*, *op.cit.*, p.1348; A.Panzarola, *La Cassazione civile*, *op.cit.*, p.562; C.Consolo, *Il processo di primo grado*, *op.cit.*, p.522; G.F Ricci, *Il giudizio civile di rinvio*, *op.cit.*, p.364..

Gli Autori riconoscono al ricorso incidentale del vincitore il vantaggio di garantire la riesaminabilità delle questioni impuginate anche nell'eventuale prosecuzione di rinvio.

³⁸⁵Il resistente non ha interesse a far valere questioni che, se accolte, comporterebbero una vittoria in rito, od una equivalente in merito, fintanto che non veda sfumare quella già ottenuta. Condizione che presuppone la delibazione di fondatezza del ricorso principale e, per suo tramite, l'apertura di un nuovo giudizio di merito dagli esiti sconosciuti (il rinvio).

³⁸⁶Al fondo di questa soluzione le stesse ragioni già viste al par.3.1.2, cui si rinvia.

³⁸⁷Sulle quali v.par.3.2.1; 3.2.2..

348 ter.4 c.p.c., e 383.4 c.p.c.³⁸⁸ ha assegnato al ricorso del vincitore. Per i profili d'interesse tali disposizioni prevedono l'autonoma ricorribilità della sentenza di primo grado a seguito della pronuncia d'inammissibilità dell'appello ex art.348 bis c.p.c.³⁸⁹. Stabiliscono, inoltre, che l'accoglimento del ricorso verso la sentenza importi (salva l'applicazione dell'art.382 c.p.c.) un rinvio della causa al giudice che avrebbe dovuto deciderla in appello³⁹⁰. Tacciono, invece, con

³⁸⁸I quali, rispettivamente, prevedono "Fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta" (art.348 bis.1 c.p.c.); "Quando è pronunciata l'inammissibilità, contro il provvedimento di primo grado può essere proposto, a norma dell'articolo 360, ricorso per cassazione" (art.348 ter.4 c.p.c.); "Nelle ipotesi di cui all'articolo 348 ter, commi terzo e quarto, la Corte, se accoglie il ricorso per motivi diversi da quelli indicati dall'articolo 382, rinvia la causa al giudice che avrebbe dovuto pronunciare sull'appello e si applicano le disposizioni del libro secondo, titolo terzo, capo terzo, sezione terza" (art.383.4 c.p.c.).

³⁸⁹Previsione che ha portato a rintracciare in quella di primo grado un curioso fenomeno di "sentenza che può essere impugnata due volte" (cfr. G.Scarselli, *Sul nuovo filtro per proporre appello*, op.cit., p.288) e che, "con miracolo degno di una delle più famose pagine evangeliche (...) nonostante la dichiarata inammissibilità e la condanna alle spese (...) in violazione di mezzo codice di procedura civile (...) non passa in giudicato ma diviene impugnabile con ricorso per cassazione" (cfr. G.Montealeone, *Il processo civile in mano al governo dei tecnici*, op.cit.).

Il legislatore ha previsto un'unica limitazione alla ricorribilità della sentenza di prime cure. Laddove il giudice d'appello, nel pronunciare l'ordinanza ex art.348 bis c.p.c., condivide la ricostruzione in fatto del giudice *a quo*, non è possibile denunciare in Cassazione l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio e discusso tra le parti (art.360 n.5 c.p.c.). Il divieto di ricorrere ex art.360 n.5 c.p.c. presuppone quindi che l'adesione del giudice d'appello alla ricostruzione di fatto del giudice di primo grado costituisca il fondamento dell'ordinanza-filtro (cfr. G.Costantino, *La riforma dell'appello*, op.cit., p.17 e G.Trisorio Liuzzi, *Il ricorso in cassazione, le novità introdotte dal D.L.83/2012*, www.judicium.it). In quei casi basta la doppia e conforme valutazione del giudice di prime e di seconde cure ad assicurare l'affidabilità della ricostruzione fattuale della vertenza (cfr. G.Ludovici, *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, www.judicium.it). L'ulteriore controvertibilità in Cassazione rappresenterebbe un appesantimento del giudizio non controbilanciato da una meritevole esigenza revisionale.

Per un'opinione critica sul divieto di ricorso per cassazione ex art.360 n.5 c.p.c. in ipotesi di doppia conforme in fatto si veda M.De Cristofaro, *Appello e Cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male*, op.cit.

³⁹⁰Il rinvio di cui all'art.383.4 c.p.c. è soggetto alle disposizioni del Libro II, Titolo III, Capo III, Sezione III. Risponde, quindi, alle regole ed ai principi del rinvio ordinario (art.383.1 c.p.c.) che vedono il giudice *ad quem* soggiacere ai *dicta* vincolanti della Cassazione (v. par.3.2.2.). L'unica differenza riguarda la fonte delle preclusioni. Nel rinvio di cui all'art.383.1 c.p.c. si tratta del provvedimento con cui è stata cassata la decisione d'appello; nel rinvio di cui all'art.383.4 c.p.c. di quello di annullamento della sentenza di primo grado.

Critici rispetto all'art.383.4 c.p.c. R.Caponi, *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, op.cit.; G.Trisorio Liuzzi, *Il ricorso in cassazione, le novità introdotte dal D.L.83/2012*, op.cit. ed A. Panzarola, *Tra "filtro" in appello e "doppia conforme": alcune considerazioni a margine della l. n.134 del 2012*, op.cit., p.121. Ad avviso degli Autori se l'inammissibilità dell'appello è superata dall'accoglimento del ricorso verso la sentenza di primo grado, la prosecuzione del processo dinanzi al giudice che avrebbe dovuto pronunciare in seconde cure dovrebbe essere regolata dalle norme dell'appello; non da quelle del giudizio di rinvio.

equivoco silenzio, l'altresì ricorribilità dell'ordinanza ex art.348 bis c.p.c..

Non potendosene riassumere in questa sede le ragioni, si ipotizza di condividere l'interpretazione maggioritaria che accorda ricorribilità anche all'ordinanza-filtro³⁹¹. Ci si chiede che cosa accadrebbe se le parti che assistono alla pronuncia d'inammissibilità ex art.348 bis c.p.c. siano, da un lato, l'appellante sconfitto in prime cure; dall'altro l'appellato, pratico vincitore e soccombente teorico su questioni. Supponendo che i provvedimenti impugnabili siano quindi due (la sentenza di primo grado; l'ordinanza-filtro) preme verificare la dinamica dei possibili incroci gravatori, avendo particolare riguardo alla posizione del vincitore³⁹².

³⁹¹O mediante ricorso ordinario; ovvero straordinario ex art.111.7 Cost..

In via esemplificativa e non esaustiva si ricordano, tra i sostenitori della ricorribilità dell'ordinanza, G.Impagnatiello, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione*, Il giusto processo civile, 2012, par.8; IDEM, *Il "filtro" di ammissibilità dell'appello*, *op.cit.*, p.298; C.Consolo, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, *op.cit.*, p.1137; G.Monteleone, *Il processo civile in mano al governo dei tecnici*, *op.cit.*; D.Grossi, *Il diritto di difesa ed i poteri del giudice nella riforma delle impugnazioni*, www.judicium.it; T.Galletto, *"Doppio filtro" in appello, "doppia conforme" e danni collaterali*, www.judicium.it; G.Costantino, *La riforma dell'appello*, *op.cit.*, p.14; IDEM, *La riforma dell'appello tra nomofilachia e "hybris"*, *op.cit.*, p.1425; M.Mocci, *Il giudice alle prese col filtro in appello*, *op.cit.*, p.2019; G.Trisorio Liuzzi, *Il ricorso in cassazione, le novità introdotte dal D.L.83/2012*, *op.cit.*; A. Panzarola, *Tra "filtro" in appello e "doppia conforme"*, *op.cit.*, p.102.

Per una disamina delle ragioni (minoritarie) contrarie alla ricorribilità dell'ordinanza si rinvia a R.Frasca, *Spigolature sulla riforma del d.l. n.83 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n.134 del 2012*, www.judicium.it.

³⁹²L'esigenza è avvertita da G.Impagnatiello, *Pessime nuove*, *op.cit.*, par.8. L'Autore, dopo aver ammesso la ricorribilità dell'ordinanza, afferma che *"l'impugnazione (...) è in grado di causare non poche complicazioni nei rapporti col ricorso in Cassazione avverso la sentenza appellata"*.

Pur con la cautela imposta dall'inedita natura delle situazioni che si verranno a creare, si tenterà di dirimere quelle complicazioni. In particolare, due saranno gli scenari analizzati.

Il primo vede l'appellante, sconfitto in prime cure, ricorrere in via principale verso l'ordinanza-filtro e l'appellato vincitore replicare incidentalmente verso la sentenza di prime cure.

Il secondo inverte i ruoli ed ipotizza che a ricorrere in via principale verso la sentenza ai sensi dell'art.348 ter.4 c.p.c. sia l'appellante; ed a ricorrere incidentalmente verso l'ordinanza l'appellato.

In entrambi i casi si presuppone che l'iniziativa dell'appellato, vincitore in prime cure, si presenti già in forma incidentale. Al di là del fatto che (come già più volte emerso nel corso di questa trattazione) il vincitore non è mai ammesso ad impugnare in via principale, se anche per occasione le parti dovessero proporre ricorsi disgiunti, il giudice li riunirebbe ex art. 335 c.p.c.. Per quanto non si tratti di impugnazioni separate verso lo stesso provvedimento, si tratta comunque di impugnazioni verso provvedimenti diversi adottati nello stesso processo e fra le stesse parti. Doglianze che è opportuno la Cassazione esamini congiuntamente, vista l'influenza reciproca dei rispettivi esiti (sul punto v. *infra*, nel testo). Di questo avviso A. Panzarola, *Tra "filtro" in appello e "doppia conforme"*, *op.cit.*, p.104 e C.Consolo, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile*, *op.cit.*, p.1137. Quest'ultimo segnala gli inconvenienti che deriverebbero dalla mancata riunione dei ricorsi disgiunti. Nel migliore dei

L'interesse del vincitore al ricorso ex artt.348 ter.4 e 383.4 c.p.c. verso la sentenza di primo grado. Prospettive *de iure condendo* Si supponga che l'appellato, vincitore in prime cure, riceva la notifica del ricorso principale verso l'ordinanza-filtro³⁹³. Ci si chiede se e quale interesse possa egli avere a difendersi con un ricorso incidentale verso i capi della sentenza di primo grado che ne hanno respinte le eccezioni (art.348 ter.4 c.p.c.).

A tal fine occorre confrontare i risultati cui la Cassazione perverrebbe nei confronti dell'una e dell'altra doglianza. *De iure condendo*³⁹⁴ si ritiene che l'accoglimento del ricorso principale verso l'ordinanza conduca ad un rinvio puramente restitutorio³⁹⁵, diverso da quello previsto dall'art.383.4 c.p.c.³⁹⁶. Divergono infatti i presupposti sulla base dei quali la S.C. dispone la necessaria tenuta dell'appello. In un caso³⁹⁷ si limita ad affermare l'illegittimità dell'ordinanza (*ergo* dell'anticipata chiusura delle seconde cure); nell'altro³⁹⁸ esprime altresì un convincimento negativo sulla sentenza di primo grado, ritenendola viziata. Le due valutazioni producono un'eco diversa nel successivo rinvio. Nel primo caso al giudice d'appello

casì essi darebbero luogo a due coincidenti, ma distinte, rimessioni; nel peggiore ad uno spiacevole conflitto di decisioni (si pensi all'ipotesi in cui la S.C. rigetti il ricorso verso l'ordinanza, ritenendo che l'appello non abbia ragionevoli probabilità di accoglimento, e poi accolga quello verso la sentenza di prime cure, ritenendola viziata).

L'analisi non toccherà invece l'ipotesi in cui le parti ricorrano, entrambe, verso la sentenza di prime cure. In questo caso il coordinamento tra le doglianze seguirebbe i paradigmi dettati ai par.3.2.1 e 3.2.2.. Le regole di distribuzione della soccombenza e di verificaione dell'interesse ad impugnare sarebbero punto le stesse. Semplicemente dovrebbero riferirsi, non alla sentenza d'appello, bensì a quella di primo grado.

³⁹³Il ricorso verso l'ordinanza-filtro assume una connotazione obiettiva particolare in virtù dell'eccezionale natura del provvedimento impugnato. Non si tratta infatti di un ricorso su veri e propri capi di questione; bensì di un'impugnativa promossa per denunciare l'illegittimità (dovuta ad *errores in iudicando* o *in procedendo*) di quella parte dell'ordinanza che neghi all'appello uno svolgimento ordinario (per una panoramica dei possibili vizi dell'ordinanza-filtro si rinvia a G.Costantino, *La riforma dell'appello*, *op.cit.*, pp.13-14 e 16; IDEM, *La riforma dell'appello tra nomofilachia e "hybris"*, *op.cit.*, p.1425; A. Panzarola, *Tra "filtro" in appello e "doppia conforme"*, *op.cit.*, p.101).

Non preme in questa sede verificare cosa accadrebbe se ad essere impugnata fosse invece la parte dell'ordinanza che statuisce sulle spese di lite. In questo caso l'*iter* proseguirebbe per la definizione dei soli aspetti economici della causa, senza invadere (ciò che qui più interessa) quelli di merito.

³⁹⁴Delle conseguenze legate all'impugnazione dell'ordinanza-filtro può utilmente ragionarsi soltanto in una prospettiva *de iure condendo*. Ciò perchè il legislatore ha deplorvolmente omesso di prendere posizione sulla ricorribilità stessa dell'ordinanza; *ergo* sugli sviluppi che seguirebbero.

³⁹⁵Con ciò intendendo un rinvio che restituisca al giudice *ad quem* gli atti, ordinandogli di riprendere il processo come se il provvedimento cassato non fosse mai esistito.

³⁹⁶Ossia il rinvio vincolato alle istruzioni del S.C. (emesse in sede di annullamento della sentenza di prime cure).

³⁹⁷Quello in cui il S.C. abbia accolto il ricorso verso l'ordinanza.

³⁹⁸Quello in cui accolga il ricorso verso la sentenza di primo grado.

è impartito solo l'ordine di svolgere, con accertamento pieno, il giudizio prima sommariamente declinato (il rinvio è quindi libero e meramente restitutorio³⁹⁹). Nel secondo caso, invece, lo svolgimento delle seconde cure dovrà tenere conto delle indicazioni offerte dal S.C. quanto ai vizi della prima decisione (il rinvio è quindi prosecutorio e vincolato).

Ciò vale nell'ipotesi di accoglimento del ricorso verso l'ordinanza. Se invece il S.C. dovesse rigettarlo, l'esito sarebbe quello della realizzazione degli effetti tipici del provvedimento impugnato: la stabilizzazione dei contenuti della sentenza di primo grado.

De iure condito può invece affermarsi che l'accoglimento del ricorso incidentale verso la sentenza conduca, alternativamente, ad una cassazione senza rinvio⁴⁰⁰, ad una decisione del merito direttamente in sede di legittimità⁴⁰¹ od in quella di rinvio prosecutorio ex art.383.4 c.p.c.⁴⁰². Il suo rigetto affiderebbe invece le sorti del giudizio al convincimento maturato dalla Cassazione sul ricorso avverso.

Così delineati gli scenari, risultano comprensibili le esigenze di tutela del vincitore.

E' del tutto evidente come il suo interesse ad ottenere, tanto la degradazione della vittoria di merito in rito (art.382 c.p.c.), quanto il rinvio ex art.383.4 c.p.c. per una nuova definizione di lite, sorga solo a condizione che la vittoria pratica di prime cure sia effettivamente

³⁹⁹Se si vuole, l'unico *dictum* in questo caso impartito dalla Cassazione al giudice di rinvio riguarda l'illegittimità dell'ordinanza-filtro.

⁴⁰⁰Laddove ad essere impuginate siano le questioni di cui all'art.382 c.p.c..

⁴⁰¹Laddove ad essere censurate siano questioni preliminari di merito accertabili direttamente dal S.C. ex art.384.2 c.p.c..

Contrario a questa possibilità P.Pototschnig, *Le impugnazioni civili contagiate dalla crisi dei mercati: le novità del Decreto Sviluppo*, Il Corriere del Merito, 2012, p.990. Secondo l'Autore la Cassazione che accogliesse un ricorso verso la sentenza di primo grado basato su questioni non bisognose di accertamenti in fatto, non potrebbe comunque decidere la causa nel merito. Se lo facesse, eluderebbe la garanzia del doppio grado di giudizio.

L'opinione non è condivisa. Si ritiene infatti che in questo caso il doppio grado di giudizio sul merito sia assicurato proprio dall'intervento della Cassazione. Quest'ultimo, laddove non siano necessari accertamenti di fatto, è pienamente equiparabile al giudizio d'appello. Anzi. Ha il vantaggio di chiudere più celermente la lite, in ossequio al principio di ragionevole durata.

L'opinione incontra l'Autorevole conforto di G.Costantino, *La riforma dell'appello*, *op.cit.*, p.15. L'Autore ritiene che l'esclusivo richiamo dell'art.348 ter.4 c.p.c. all'art.382 c.p.c., e non anche all'art.384.2 c.p.c., non valga ad escluderne l'applicazione. Il presupposto della disposizione è che non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto. In questo caso le parti non possono quindi dolersi della perdita del grado d'appello. La sua omissione non reca alcun concreto pregiudizio ed è adeguatamente supplita dalla decisione del S.C.. Conformemente G.Trisorio Liuzzi, *Il ricorso in cassazione, le novità introdotte dal D.L.83/2012*, *op.cit.*

⁴⁰²Laddove ad essere impuginate siano questioni (pregiudiziali o preliminari) che richiedono l'intervento di un giudice dotato di pieni poteri di merito.

incrinata. Prospettiva che si realizza quando la Cassazione, condividendo le ragioni del ricorrente, affermi l'illegittimità dell'ordinanza ex art.348 bis c.p.c., ordini la tenuta dell'appello e vi restituisca la causa. A quel punto gli esiti presagiti dal ricorso incidentale svelano il proprio *favor* verso il vincitore proponente. Certamente più utile di un rinvio restitutorio in seconde cure è infatti una cassazione senza rinvio che obblighi le parti a confrontarsi (se d'interesse) sulla medesima lite in un nuovo giudizio. In quel caso, infatti, il processo ricomincerebbe *ab ovo* impregiudicato, restituendo alle ambizioni dei contraddittori due intere *chances* (gradi) di vittoria. Non si dubita nemmeno dell'utilità del ricorso incidentale che sfoci in un rinvio ex art.383.4 c.p.c.. Al fine di comprenderne le ragioni occorre ricordare come anche i meccanismi descritti dal legislatore del 2012 soggiacciono ai principi generali delle impugnazioni. Ai sensi degli artt.329.2 e 348 ter.4 c.p.c. la parte, vittoriosa in prime cure, che (pur potendolo fare) non insorga verso i capi sfavorevoli della prima sentenza, perde definitivamente la possibilità di farlo (*rectius*: di far valere le eccezioni respinte) nell'eventuale successivo rinvio cui fosse costretta⁴⁰³. Il ricorso incidentale è pertanto l'unico strumento che assicura al vincitore la perdurante rivitalizzazione delle proprie difese. Da questo punto di vista l'utilità del ricorso ex art.348 ter.4 c.p.c. coincide con quella tipicamente riconosciuta alla doglianza del vincitore nell'orizzonte di un ordinario rinvio ex art.383.1 c.p.c.: ossia con la garanzia di perdurante spendibilità delle proprie eccezioni difensive lungo tutto l'arco processuale.

Il ricorso incidentale del vincitore verso la sentenza di primo grado, proiettato alla cassazione senza rinvio ex art.382 c.p.c. o al rinvio ex art.383.4 c.p.c., è pertanto ammissibile. Il suo esame è tuttavia necessariamente subordinato al verificarsi della condizione che ne integra l'interesse: ossia l'incrinamento della vittoria, derivante dalla delibazione di fondatezza del ricorso principale verso l'ordinanza⁴⁰⁴.

Diverse osservazioni devono svolgersi quanto al ricorso incidentale proiettato ad una definitiva vittoria direttamente in Cassazione (art.384.2 c.p.c.). Se si tratta di una vittoria dalla motivazione più favorevole⁴⁰⁵, l'interesse del vincitore è immediatamente verificabile

⁴⁰³Nell'inerzia del vincitore di prime cure a quel rinvio potrebbe comunque giungersi in accoglimento del ricorso principale verso l'ordinanza.

⁴⁰⁴Favorevole al condizionamento del ricorso verso la sentenza G.Impagnatiello, *Pessime nuove, op.cit.*, par.8.

⁴⁰⁵Risultato cui tenderebbe il ricorso incidentale del vincitore su questioni preliminari di

in *limine litis* (a prescindere dagli sviluppi dell'iniziativa avversaria). Il suo ricorso sarebbe quindi ammissibile ed incondizionato. Più precisamente, l'ordine esaminatorio sarebbe stabilito dal S.C.; che, vista l'idoneità del ricorso *de quo* a condurre (a differenza di quello avversario) ad una immediata definizione della lite senza ulteriori rinvii, lo verificherà in prim'ordine. Ciò in ossequio ai principi della ragione più liquida, dell'economia e della ragionevole durata dei giudizi. Se invece il ricorso del vincitore tende ad una vittoria equipollente, valgono le considerazioni già svolte⁴⁰⁶. L'interesse a tale ricorso presuppone la delibazione di fondatezza di quello avversario; al verificarsi di quella condizione è perciò subordinato il suo esame.

L'interesse del vincitore al ricorso verso l'ordinanza-filtro ex art.348 bis c.p.c.. Prospettive *de iure condendo* Per completare il quadro dei poteri censori del vincitore *post 2012* resta da verificare la possibilità di ricorrere incidentalmente verso l'ordinanza-filtro in risposta al ricorso principale verso la sentenza di primo grado⁴⁰⁷. In questo caso l'accoglimento del ricorso incidentale condurrebbe ad un rinvio restitutorio e libero in appello; làdove la fondatezza del gravame avversario avvierebbe un ordinario rinvio prosecutorio (art.383.4 c.p.c.).

L'ammissibilità subiettiva, in punto d'interesse, del ricorso del vincitore, deriva ancora una volta dal confronto tra questi scenari. Il rinvio prosecutorio di cui al quarto comma dell'art.383 c.p.c. sarebbe un giudizio vincolato ai *dicta* della S.C.. Istruzioni fondate sull'accoglimento del ricorso principale verso la sentenza di primo grado⁴⁰⁸; e che dunque, nella prospettiva del vincitore, rappresentano un ostacolo alla rinnovata vittoria in rinvio. Il rinvio restitutorio provocato dall'accoglimento del ricorso incidentale verso l'ordinanza si svolgerebbe invece libero ed impregiudicato. In esso le *chances* di vittoria-sconfitta delle parti sarebbero retrotrate a neutrali condizioni di parità⁴⁰⁹.

Nessun dubbio, quindi, sull'interesse del vincitore a ricorrere inci-

merito dai contenuti più vantaggiosi.

⁴⁰⁶V.par.3.2.1.

⁴⁰⁷Anche in questo caso il ricorso verso l'ordinanza non si rivolgerebbe a capi di questione; bensì denunciarebbe l'illegittimità della chiusura anticipata del processo (v.*supra*, nt.n.390).

⁴⁰⁸*Ergo* sul riconoscimento dei vizi che hanno inficiato la vittoria di prime cure.

⁴⁰⁹Seppur incerto, il giudizio finale sul merito non subirebbe quindi l'autorità del *dictum* cassatorio conforme alle ragioni della parte sconfitta.

mentalmente verso l'ordinanza per ottenere un rinvio restitutorio⁴¹⁰. L'interesse a quel rinvio sorge tuttavia solo a fronte dell'ormai inevitabile retrocessione di causa. Esito conseguente alla delibazione di fondatezza del ricorso principale; condizione alla quale l'esame del ricorso incidentale del vincitore deve perciò necessariamente subordinarsi.

3.3 Considerazioni (non) conclusive

Con questa panoramica dei poteri censori del vincitore in sede di appello e di legittimità, attualizzata nella prospettiva *post* l.134/2012, potrebbe dirsi esaurito l'interesse all'indagine. Il vincitore può sia appellare che ricorrere incidentalmente verso i capi di sentenza che ne respingono le eccezioni. A seconda, poi, della natura delle questioni impugnate, l'esame delle doglianze può (*rectius*: deve) compiersi o in subordine alla valutazione di fondatezza del gravame principale; ovvero secondo la regola della ragione più liquida.

La linearità di questi approdi ermeneutici non tragga in inganno. C'è stato infatti un passaggio, nelle alternative stagioni di fortuna/sfortuna delle impugnazioni incidentali del vincitore⁴¹¹, che ha suggerito agli interpreti un ripensamento dei loro confini applicativi.

Il riferimento corre a *Cass., S.U., n. 5456/2009*. In essa si legge *“Il ricorso incidentale della parte totalmente vittoriosa nel merito, che investa questioni pregiudiziali di rito, ivi comprese quelle atinenti alla giurisdizione, o preliminari di merito, ha natura di ricorso condizionato indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, e deve essere esaminato con priorità solo se le questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, rilevabili d'ufficio, non sono state oggetto di decisione esplicita o implicita (ove quest'ultima sia possibile) da parte del giudice di merito. Qualora, invece, sia intervenuta detta decisione, tale ricorso incidentale va esaminato dalla Corte di cassazione in sola presenza dell'attualità dell'interesse, sussistente unicamente nell'ipotesi di fondatezza del ricorso principale”*⁴¹².

⁴¹⁰L'orizzonte di un incerto ma impregiudicato rinvio è senz'altro più favorevole di un rinvio vincolato ai giudizi negativi della Cassazione quanto alla prima vittoria.

⁴¹¹Sulle quali v.nt.277.

⁴¹²Le S.U. della sentenza n.5456/2009 si riferiscono esclusivamente al ricorso incidentale del vincitore perché, in quegli anni, i tempi per l'ammissione dell'equivalente appello erano ancora prematuri. Una volta stabilito (par.2.2) che il vincitore possa (*rectius*: debba) appellare il rigetto delle eccezioni sollevate in prima istanza, tutte le riflessioni inerenti il rapporto tra i

Nelle parole della S.C. trovano espressione principi di diritto di notevole impatto sistematico; soprattutto nella prospettiva del vincitore. Per comprenderne le ragioni, occorre tuttavia ordinarne i termini.

La sentenza n.5456/2009 risolve le incertezze interpretative che, da circa un ventennio, avevano ripreso a sfumare l'istituto del ricorso incidentale condizionato del vincitore: soprattutto quando deducibile questione di giurisdizione⁴¹³. Da questo punto di vista, le S.U. compongono il dissidio riaffermando, in via generalizzata, il condizionamento di tutti i ricorsi del vincitore: ivi compreso quello sulla giurisdizione.

La pronuncia non si limita tuttavia a ribadire l'uniformità del trattamento processuale riservato alle impugnazioni del vincitore. Le S.U. colgono l'occasione per svolgere ulteriori affermazioni di notevole impatto sistematico.

In particolare, chiariscono una volta per tutte il rapporto tra il condizionamento ed il regime di rilevanza delle questioni impuginate dal vincitore. Se si tratta di questioni originariamente ed ancora (al momento del gravame) rilevabili d'ufficio, il condizionamento dell'eventuale (e, peraltro, non necessaria) impugnazione deve escludersi⁴¹⁴. Se invece le questioni, per natura rilevabili d'ufficio,

suoi poteri censori e la sentenza (tra cui proprio quelle, di seguito analizzate, espresse da *Cass., S.U., n. 5456/2009*) devono essere retrotratte alla prima occasione utile di manifestazione. Ossia all'appello incidentale proposto dal soccombente virtuale verso la sentenza di primo grado favorevole.

⁴¹³La diatriba era stata rianimata dall'inaspettato *revirement* di *Cass. S.U., n.11795/1990*. In quella sentenza le S.U., dopo quasi un trentennio di pronunce favorevoli, erano tornate a negare il condizionamento del ricorso incidentale del vincitore soccombente sulla giurisdizione. Il *revirement* era stato poi inasprito da *Cass., S.U., n.212/2001*, la quale aveva esteso l'esclusione del condizionamento ad ogni ipotesi di ricorso incidentale del vincitore (v.nt.277).

Sul finire del secolo scorso la giurisprudenza ha faticato a ritrovare una linea interpretativa uniforme; soprattutto in relazione alle impugnative del soccombente (solo) sulla giurisdizione. A riprova delle disarmonie giurisprudenziali si ricordano *Cass., n.14333/2003*; *Cass., n.111/2004*; *Cass., n. 17192/2004*; *Cass., n.15161/2004* (tutte generalmente contrarie al condizionamento); *Cass., n.1690/2006*; *Cass., S.U., n.23019/2007*; *Cass., n.26018/2008*; *Cass., n.1632/2008* (favorevoli al condizionamento *ex lege* dell'impugnazione del vincitore); *Cass., n.5050/1997*; *Cass., n.3382/1997*; *Cass., n.15362/2008*; *Cass., n.29349/2008* (contrarie al condizionamento del solo ricorso incidentale su *quaestio* di giurisdizione).

⁴¹⁴Le questioni originariamente ed ancora rilevabili d'ufficio al momento dell'impugnazione possono rientrare nella *cognitio* del giudice *ad quem* in due modi: o per effetto di rilievo officioso, o per tramite di una (in ogni caso non indispensabile) impugnativa di parte. Questa alternatività esclude che, nel caso le questioni *de quibus* siano impuginate (ad esempio, dal vincitore), il relativo esame possa essere ordinato secondo le richieste degli istanti. L'ordine che il giudice avrebbe seguito nell'esaminare quelle questioni, làdove le avesse rilevate *sua sponte*, è lo stesso che deve seguire làdove gli siano invece segnalate. Senza che su quell'ordine possa produrre alcun effetto un'eventuale, e peraltro non necessaria, doglianza dei contraddittori.

In questa presa di posizione delle S.U. del 2009 risuona l'eco degli insegnamenti dottrinali

abbiano dismesso quel regime nel corso del processo, l'impugnazione del vincitore (in questo caso indispensabile per garantirne il riesame) è *ex lege* condizionata⁴¹⁵.

Ai fini d'analisi l'aspetto più rilevante della pronuncia è rappresentato dal criterio che, ad avviso delle S.U., dissocia la rilevabilità officiosa in prime cure dalla riesaminabilità officiosa in sede di gravame. Si tratta dell'intervenuta decisione delle questioni ad opera del giudice *a quo*. Le questioni decise (a seguito di eccezione o rilievo officioso) coagulano un capo di sentenza e possono perciò essere conosciute dai giudici dell'impugnazione solo a fronte di apposito gravame (arg.ex art.329.2 c.p.c.). Ciò, precisano le S.U., vale sia nell'ipotesi in cui le questioni siano state decise (come ordinariamente accade) esplicitamente; sia quando lo siano state implicitamente. La decisione implicita, chiosano le S.U., deve ammettersi "*ove quest'ultima sia possibile*".

Ed è proprio su questa "possibilità" di decisioni "implicite" su questioni che occorre soffermare l'attenzione.

L'istituto (della pronuncia e, quindi,) del giudicato implicito era da tempo noto e dibattuto in dottrina⁴¹⁶. Le S.U. lo rianimano per due ragioni. Anzitutto per chiarire l'estensione dei poteri/oneri censori del vincitore. Costui, se intende vincere i meccanismi dell'acquiescenza, deve impugnare tutti i capi che ne rigettino le eccezioni: espliciti o impliciti che siano. Inoltre, il riferimento all'implicito serve alla Suprema Corte per tracciare il confine tra questioni inizialmente ed ancora rilevabili d'ufficio; e questioni non più soggette a quel regime perchè ormai decise. Esplicitamente o, appunto, implicitamente. Lo stesso confine separa poi le impugnazioni non condizionabili⁴¹⁷ da quelle, invece, *ex necesse* subordinate⁴¹⁸ del vincitore.

E' chiaro, quindi, l'impatto che il fenomeno dell'implicito sia in

sulla distinzione tra originaria rilevabilità e successiva riesaminabilità officiosa delle questioni (per ulteriori approfondimenti si rinvia a V.Andrioli, *Acquiescenza e questioni attinenti alla giurisdizione*, op.cit., p.10; E.Minoli, *Questioni rilevabili d'ufficio ed acquiescenza*, op.cit., p.275; C.Brilli, *In tema di nullità insanabili non dedotte in appello e formazione del giudicato interno*, Il Foro It., 1991, p.102; A.P.Pisani, *In tema di giudicato interno, giudicato esterno e preclusione*, Il Foro It., 1996, p.3010).

⁴¹⁵La S.C. non diversifica la disciplina dei ricorsi a seconda della natura (di rito; di merito) delle questioni impugnate. Per ragioni già note (v.par.3.1 e 3.2) si ritiene che quella natura (e non, invece, la tipologia della singola questione dedotta), sia determinante al fine di riconoscere la subordinazione necessaria, o meno, del ricorso.

⁴¹⁶Per l'approfondimento teorico ed i riferimenti bibliografici al tema del giudicato implicito si rinvia al successivo Cap.III, spec. par.5.1.1.

⁴¹⁷Perchè aventi ad oggetto questioni ancora rilevabili d'ufficio.

⁴¹⁸Perchè deducibili questioni già decise, esplicitamente o implicitamente.

grado di produrre sui poteri/oneri censori della parte totalmente vittoriosa. Questi ultimi verrebbero dilatati in modo direttamente proporzionale al numero di capi impliciti di rigetto riconosciuti in ogni sentenza di merito.

Quali sono, dunque, le decisioni (*ergo*, i capi) che devono ritenersi implicitamente contenuti in ogni provvedimento sulla lite?

Le S.U. non lo specificano. Esse si limitano a riferire di decisioni implicite “ove possibili”.

Non si tratta, tuttavia, di reticenze. A chiarirlo è il contesto interpretativo in cui s’inserisce la sentenza n.5456/2009. Come anticipato, essa tace un dibattito che, ormai da decenni, investiva una particolare ipotesi di ricorso incidentale condizionato del vincitore: quello avente ad oggetto questione di giurisdizione. La diatriba era stata alimentata dall’evoluzione politico-giuridica che, a partire dagli anni 90’, e con straordinaria intensità nel biennio 2007-2008, l’istituto stesso della giurisdizione aveva conosciuto. Prima sul piano sostanziale e poi, conseguentemente, su quello processuale⁴¹⁹. Le S.U. del 2009 avevano recepito e declinato quelle evoluzioni nell’orizzonte delle impugnazioni del vincitore sulla giurisdizione. Da questo punto di vista, la nuova configurazione assunta dall’istituto⁴²⁰ aveva consentito alla S.C., da un lato, di equiparare il trattamento processuale del ricorso incidentale su giurisdizione a quello previsto per tutti gli altri ricorsi su pregiudiziali di rito del vincitore; dall’altro di circoscrivere, riducendolo notevolmente, il regime di rilevanza illimitata ed officiosa del difetto di giurisdizione ex art.37 c.p.c.. Quel regime sarebbe in ogni caso venuto meno con l’emissione di un provvedimento di merito. Indipendentemente dal fatto che il giudice si fosse espresso esplicitamente sulla propria *iurisdictio*, il fatto stesso che avesse statuito sulla lite recava un’implicita affermazione del potere di farlo (ossia della sua *potestas iudicandi*). La questione di giurisdizione, a fronte della sentenza di merito, doveva quindi considerarsi sempre decisa. La sua rianimazione, in sede gravatoria, avrebbe atteso l’impugnazione del vincitore. Quest’ultimo avrebbe dovuto gravare o il capo esplicito attestante la giurisdizione (se presente); ovvero quello implicito in ogni caso sottinteso alla decisione sulla

⁴¹⁹Evoluzione della quale si fece massima interprete *Cass.,S.U., n.24883/2008* (dedicata proprio al trattamento processuale della *quaestio* di giurisdizione, v. *infra*, Cap.III, par.4.1).

⁴²⁰Configurazione che, lo si anticipa, aveva attenuato il valore fondante tradizionalmente riconosciuto alla giurisdizione; conseguentemente, la rigidità della disciplina processuale del relativo difetto.

*res*⁴²¹.

Pertanto, quando nelle conclusioni dispositive le S.U. della sentenza n.5456/2009 onerano la parte vittoriosa dell'impugnazione (condizionata) delle decisioni implicite di questioni "ove possibili", la "possibilità" si riferisce proprio all'accertamento implicito della giurisdizione. Accertamento che, in sede argomentativa, la S.C. aveva dato prova di riconoscere in ogni provvedimento di merito.

Non è tuttavia sfuggito agli interpreti il potenziale estensivo della soluzione adottata dalle S.U. in riferimento alla giurisdizione, ed ai ricorsi relativi. Quest'ultima può infatti apprezzarsi in orizzonti ben più vasti di quelli segnati dalla questione originante.

Molti degli argomenti spesi a supporto della decisione (e, quindi, potenzialmente, del giudicato) implicito sulla giurisdizione sono infatti suscettibili di un'interpretazione analogica di ampio respiro. In particolare, possono astrattamente estendersi a tutte le questioni che della giurisdizione condividano i caratteri dirimenti: in particolare, la rilevabilità officiosa ed illimitata in ogni stato e grado.

L'impatto sistematico di simili analogie è evidente. Ammettere la rinvenibilità, in ogni decisione di merito, di tanti capi impliciti quante siano le questioni processuali assimilabili (nel senso sopra affermato) alla giurisdizione, significherebbe dilatare esponenzialmente i poteri/oneri censori del vincitore. Quest'ultimo, convenuto in sede di gravame dall'avversario, dovrebbe impugnare non solo i capi espliciti di rigetto: bensì anche quelli impliciti astrattamente riconoscibili nel provvedimento di merito⁴²².

L'ultima frontiera delle impugnazioni del vincitore è perciò rappresentata da quel peculiare limite obiettivo del giudicato che prende il nome di "giudicato implicito sui presupposti processuali". L'istituto, làdove accolto, staglierebbe nuovi orizzonti alle doglianze della parte vittoriosa, espandendole sul versante del contenuto inespresso

⁴²¹Da questo punto di vista nella posizione assunta da *Cass., S.U., n. 5456/2009* risuona prepotentemente l'eco della precedente *Cass., S.U., n. 24883/2008* (sulla quale v.ampiamente *infra*, Cap.III, par.4.1).

⁴²²L'estensibilità del fenomeno della decisione (e del giudicato) implicito sulla giurisdizione è valutata solo in riferimento alle altre questioni processuali rilevabili d'ufficio illimitatamente per due motivi.

Anzitutto perchè solo rispetto alle questioni *de quibus* si rinvengono similarità tali da giustificare un'applicazione analogica delle medesime soluzioni. Secondariamente perchè solo rispetto alle questioni rilevabili illimitatamente il fenomeno dell'implicito potrebbe rappresentare un ostacolo alle impugnazioni del vincitore. Negli altri casi (quelli, cioè, delle questioni rilevabili entro termini perentori, es. art.38 c.p.c.) a precludere la doglianza del vincitore è l'infruttuosa scadenza dei termini di rilevazione; non, invece, una presunta ed incontrovertibile decisione implicita del giudice *a quo*.

di ogni sentenza di merito.

L'indagine deve quindi proseguire approfondendo le interazioni tra giudicato implicito sui presupposti processuali e poteri/oneri censori del soccombente teorico (su questioni pregiudiziali di rito). A tal fine, poichè il fenomeno dell'implicito era stato riabilitato dagli interpreti in occasione della revisione della disciplina processuale della giurisdizione⁴²³, occorre fare un passo indietro e ripercorrere, sinteticamente, i passaggi più significativi di quell'*iter*. Occorre punto chiarire quali fossero i fondamenti teorici del giudicato implicito sulla giurisdizione per valutarne l'estendibilità ad altre analoghe questioni processuali.

Sarà proprio l'interazione con questi istituti (la giurisdizione e, per suo tramite, il giudicato implicito) a consentire, infine, l'individuazione degli esatti confini dei poteri censori del vincitore.

Capitolo III

L'impugnazione del vincitore nelle recenti frontiere dei limiti obiettivi del giudicato (tra ordine di esame delle questioni e giudicato implicito sui presupposti processuali).

4 Il condizionamento del ricorso incidentale su questione di giurisdizione: premesse per una riscrittura dei poteri censori del vincitore.

4.1 L'evoluzione politico-giuridica della giurisdizione e le ripercussioni sulla sua disciplina processuale. Il punto di vista del vincitore.

Come anticipato in conclusione al precedente Capitolo, sul finire del secolo scorso numerose pronunce giurisprudenziali avevano dubitato del condizionamento del ricorso incidentale del vincitore, special-

⁴²³V. *infra*, Cap.III, par.4.1.

mente quando vertente su questione di giurisdizione⁴²⁴. Al fondo delle opposizioni era radicata una considerazione della giurisdizione quale istituto di fondamentale importanza per l'ordinamento dello Stato⁴²⁵. A quella concezione sostanziale della giurisdizione corrispondeva un trattamento processuale idoneo a ripeterne in giudizio le caratteristiche⁴²⁶. Dal punto di vista dell'ordine esaminatorio, la questione relativa alla *potestas iudicandi* era considerata ontologicamente prioritaria rispetto ad ogni altra. Un giudice istituzionalmente sprovvisto di potere giurisdizionale non avrebbe infatti potuto legittimamente decidere nessuna questione (nè di rito, nè di merito). La prima verifica che, una volta adito, doveva effettuare, era perciò quella relativa alla propria *iurisdictio*. Così, se quella questione fosse divenuta, insieme ad altre, controversa in sede di gravame, il giudice *ad quem* avrebbe dovuto anzitutto convincersi della competenza giurisdizionale dell'organo *a quo*. In caso contrario ogni controllo sulle determinazioni da quello assunte su altre questioni sarebbe risultato inutile. Si sarebbe trattato di statuizioni in ogni caso invalide perchè pronunciate da un organo sprovvisto del relativo potere. Per gli aspetti d'interesse ciò implicava che, se a ricorrere incidentalmente verso la giurisdizione fosse stato il resistente vincitore, la Cassazione avrebbe dovuto esaminarne prioritariamente l'iniziativa; rimandando il controllo del ricorso principale alla posi-

⁴²⁴V.nt.n.410.

⁴²⁵In quanto potere monopolistico dello Stato, la giurisdizione era infatti considerata una delle massime forme espressive della sua sovranità.

A questa valorizzazione politica faceva da *pendant* una disciplina normativa estremamente rigida. La ripartizione nazionale della *potestas iudicandi* era infatti inizialmente ordinata secondo criteri inflessibili, destinati a soddisfare (non l'interesse dei privati, bensì quello) pubblico al miglior esercizio della funzione giurisdizionale ed al rispetto delle altre istituzioni dello Stato (cfr. G.Tarzia, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009, p.36). Le sfere della competenza giurisdizionale (ordinaria e speciale) erano così suddivise secondo la natura delle situazioni soggettive coinvolte (diritti soggettivi od interessi legittimi). Questa ripartizione rifletteva l'idea che le diverse giurisdizioni fossero monadi separate, impermeabili ed incomunicanti; ciascuna conchiusa nei propri esclusivi compiti istituzionali.

⁴²⁶La rigidità dei criteri di riparto fondati sulla natura delle situazioni soggettive controverse era assistita, sul piano processuale, dal divieto di deroga dei privati. Poichè quei criteri esprimevano esigenze vitali dello Stato-sovrano, non erano ammesse interferenze di origine dispositiva nell'individuazione del giudicante.

L'essenzialità della giurisdizione trovava poi conferma nel regime di rilevabilità officiosa in ogni stato e grado (ossia financo, e per la prima volta, in Cassazione) del relativo difetto (art.37 c.p.c.). Ad un vizio sì grave quale il *deficit* di *potestas iudicandi*, che avrebbe violato principi di rango costituzionale (quello del giudice naturale, art.25 Cost.), doveva consentirsi illimitata emersione. Questo il significato della rilevabilità officiosa in ogni stato e grado secondo E.Minoli, *Questioni rilevabili d'ufficio*, *op.cit.*, p.274 e G.Basilico, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art.37 c.p.c.*, *Il giusto processo civile*, 2009, p.271 (si anticipa che l'interpretazione non è condivisa da chi scrive; le ragioni saranno esposte nel proseguo della trattazione ed, in particolare, al paragrafo n.5.1.2 del presente Capitolo).

tiva verifica della *potestas iudicandi* del giudice *a quo*⁴²⁷.

Tuttavia, proprio a partire dagli anni 90', l'essenzialità e la rappresentatività storicamente accordate alla giurisdizione avevano conosciuto un'attenuazione di tipo funzionale⁴²⁸. Al mutamento sostanziale era corrisposta un'evoluzione in senso dispositivo della disciplina della giurisdizione sul piano processuale⁴²⁹. L'idea che la suddivisione in ordini giurisdizionali dovesse garantire un migliore (e non un più macchinoso) servizio-giustizia portò dapprima le Supreme Corti ad estendere la *translatio iudicii* prevista in materia d'incompetenza⁴³⁰ ai rapporti reciproci tra giudici ordinari e speciali⁴³¹; e poi il legislatore a formalizzare quelle tensioni nella l.69/2009 (art.59)⁴³².

⁴²⁷In altre parole la S.C. avrebbe realizzato un'inversione del condizionamento per come sin'ora previsto. Avrebbe punto subordinato il vaglio del ricorso principale sul merito al rigetto di quello incidentale sulla giurisdizione.

⁴²⁸La giurisdizione aveva progressivamente dismesso il ruolo di potere espressivo della sovranità statale per assumere quello di servizio pubblico offerto alla comunità. Ai giudici era demandato il compito di tutelare, in conformità all'ordinamento, gli interessi dei suoi membri attraverso pronunce tempestive ed efficienti. L'organizzazione dei poteri giurisdizionali doveva adeguarsi a questa nuova caratterizzazione funzionale. In particolare, i criteri di riparto dovevano abbandonare tutte quelle rigidità che potevano ostacolare la resa del servizio giustizia; ed assumere una configurazione più snella ed efficiente.

Di questa nuova tendenza si fece interprete la l.205/2000 (in recepimento del decreto delegato n.80/98). Essa incrinò l'anelastico riparto della giurisdizione fondato sulla natura delle situazioni soggettive per affidarlo al più flessibile criterio delle materie. In quest'ottica la tutela dei diritti soggettivi smise di rappresentare prerogativa assoluta del giudice civile, per rimettersi anche a quella del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. Sempre in sede di giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo poteva inoltre tutelare il diritto risarcitorio del danno ingiusto derivante dalla lesione di interessi legittimi (così l'art.7 della l.205/2000 in recepimento degli insegnamenti di *Cass., S.U., n.500/1999*).

Questi interventi riflettevano una crescente propensione ad equiparare la qualità del servizio giustizia offerto da tutti gli ordini giurisdizionali. Tutti i giudici (ordinari, speciali e financo stranieri) sono giudici *pleno iure*, egualmente orientati alla pacificazione dei rapporti sociali mediante l'attuazione concreta delle regole positive. Se necessario, al fine di una migliore resa del servizio giustizia, gli ordini giurisdizionali devono rendersi permeabili ed osmotici: abbandonare tutte quelle rigidità che ostano, invece che favorire, l'effettività della tutela.

⁴²⁹Si pensi, ad esempio, all'abrogazione degli artt.2, 3 e 37.2 c.p.c. ad opera della l.218/195 (art.73) ed all'introduzione del principio della derogabilità della giurisdizione italiana (art.4). Interventi che confermarono la generale tendenza ad attenuare la rigidità delle regole di retto incardinamento della giurisdizione.

⁴³⁰V. art.50 c.p.c..

⁴³¹Il riferimento corre alle celebri *Cass., S.U., 22/02/2007 n.4109* e *Corte Cost., 12/03/2007 n.77*, entrambe commentate da R.Oriani, *E' possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, Il Foro It., 2007, p.1009 e ss..

⁴³²La norma prevede che il giudice di merito, ordinario o speciale, che declini la propria giurisdizione, indichi contestualmente (ove vi sia) il giudice nazionale titolare della *iurisdictio*; e che la pronuncia sulla giurisdizione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sia vincolante per ogni giudice e per le parti anche nei successivi processi. Aggiunge inoltre che, se entro tre mesi dal passaggio in giudicato delle pronunce *de quibus*, la domanda viene riproposta al giudice indicato (con opportuni adeguamenti formali), sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali prodottisi dal momento della prima (erronea) litispendenza. Lo stesso fenomeno della *translatio* ha poi trovato specifica disciplina (con esclusivo riferimento

L'evoluzione si spinse anche oltre, fino a raggiungere il cuore pulsante della disciplina processuale della *iurisdictio*: l'art.37 c.p.c.⁴³³. Scortata dall'avallo delle Supreme Corti⁴³⁴, fu infine *Cass., S.U., n.24883/2008* a ridefinirne, *praeter legem*, i contenuti⁴³⁵. L'obiettivo era quello di conciliare gli effetti cronologici della rilevabilità illim-

al difetto di giurisdizione denunciato al giudice amministrativo) nell'art.11 del d.lgs. 2/7/2010 n.4. Questi interventi favorevoli alla traslazione orizzontale della causa tra giudici diversi rappresentarono la finalizzazione ultima della tendenza interpretativa ad ammettere la perdita di anelasticità ed impermeabilità delle giurisdizioni (v.nt.425).

In argomento v. M.Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 Giugno 2009 n.69)*, Riv.dir.proc., 2009, p.1295 e ss.

⁴³³La norma, rubricata "Difetto di giurisdizione", recita: "*Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo*".

Essa consente al difetto relativo od assoluto di giurisdizione di emergere illimitatamente (financo, e per la prima volta, in Cassazione) tanto su stimolo delle parti (mediante eccezione) quanto su impulso del giudice. Ciò significa che se la questione di giurisdizione non viene decisa nei due gradi di merito (nel qual caso andrebbe a costituire un capo di sentenza, onerando le parti che intendano contestarla all'impugnazione, come ricorda G.Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009, p.56, spec.nt.n.18), il difetto può essere denunciato (o rilevato) per la prima volta alla (o dalla) S.C.. La negativa valutazione del giudice di vertice travolgerebbe l'intero processo, onerando le parti a riassumere la causa.

L'art.37 c.p.c. riflette l'idea che, salvati (oggi) gli effetti conservativi della *translatio*, tutte le attività processuali compiute da un giudice non titolato siano gravemente viziate in radice. La sua *ratio* si accorda perfettamente all'essenzialità tributata alla giurisdizione nella sua configurazione tradizionale. Appare invece meno in linea con la direzione "funzionale" che l'istituto va via via assumendo. Le regole che (come l'art.37 c.p.c.) attuano, in sede processuale, il principio costituzionale del giudice naturale (art.25 Cost.), devono favorire il più efficiente e tempestivo esercizio dei poteri giurisdizionali. Consentire ad un processo di svolgersi interamente, fino a transitare in Cassazione, per poi retrocedere in prime cure, in virtù di una tardiva rilevazione di carenza giurisdizionale, non sembra soddisfare quelle esigenze (cfr., M.L.Maddalena, *La questione di giurisdizione fra rilevabilità d'ufficio e formazione del giudicato implicito*, Il Corriere del Merito, 2009, p.109). Per questo le riflessioni giurisprudenziali di fine secolo in tema di giurisdizione investirono proprio l'attualità dell'art.37 c.p.c. ed il suo regime di rilevabilità illimitata.

⁴³⁴Ossia dall'evoluzione interpretativa della giurisdizione trasudante dalle note pronunce del biennio 2007-2008 (v. *supra*, nel testo, in nt. nn.425-430).

⁴³⁵Alla sentenza n.24883/2008 furono dedicati numerosi autorevoli commenti. Tra questi si ricordano A.Lamorgese, *Dall'art. 37 c.p.c. alla sentenza delle Sezioni Unite n. 24883 del 2008*, Il Foro amministrativo T.A.R., 2008, p.60; G.Basilico, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art.37 c.p.c.*, *op.cit.*, p.263; C.Delle Donne, *L'art.37 c.p.c. tra giudicato implicito ed "evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione": a margine di recenti applicazioni della ragionevole durata del processo*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 2010, p.735; F.Cuomo Ulloa, *Il principio di ragionevole durata e l'art.37 c.p.c.: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito?)*, Il Corriere Giuridico, 2009, p.386; M.L.Maddalena, *La questione di giurisdizione fra rilevabilità d'ufficio e formazione del giudicato implicito*, *op.cit.*, p.107; P.Biavati, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 2009, p.1301; G.G.Poli, *Le S.U. e l'art.37 c.p.c.*, Il Foro It., 2009, p.386; R.Caponi, *La rilevabilità del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida*, Il Foro It., 2009, p.3099; A.Barletta, *I limiti al rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 2009, p.1193; A.De Pauli, *La struttura della decisione rispetto all'ordine delle questioni (in Relazioni all'incontro del 19.02.2009 in tema di "Ordine delle questioni, struttura del processo e della decisione")*, 2009, www.csm.it.

itata ex art.37 c.p.c. con le esigenze di un processo giusto (art.6 CEDU; 111 Cost.) perchè contenuto in tempi ragionevoli⁴³⁶. La scelta, in sede d'interpretazione adeguatrice, fu quella di confinare l'emersione del difetto (non più così grave ed invalidante) di giurisdizione al primo grado di giudizio. Una volta emessa la sentenza di merito, il vizio non avrebbe più potuto eccepirsi, nè rilevarsi *ex officio*. Ciò non solo nell'ipotesi in cui la sentenza avesse esplicitamente affermato la giurisdizione, dedicandovi un apposito capo⁴³⁷: bensì anche quando (ed è questa la novità più significativa introdotta dalle S.U.) su quel tema il giudice del merito non avesse manifestato alcuna valutazione. Il silenzio doveva intendersi come implicita affermazione della giurisdizione: in caso contrario, infatti, il giudice si sarebbe limitato ad una declinatoria, senza avvicinare i profili di merito⁴³⁸.

Nelle sentenze di merito era quindi sempre contenuto un capo implicito attestante la giurisdizione. Pertanto, coloro che, ad esito del primo *decisum*, avessero inteso denunciare il difetto in fase di gravame, avrebbero dovuto censurare il capo implicito corrispondente⁴³⁹. In caso contrario, quello sarebbe passato in giudicato sec-

⁴³⁶I canoni ermeneutici seguiti dalle S.U. sono ben riassunti nella massima della sentenza n.24883/2008: "L'interpretazione dell'art.37 c.p.c., secondo cui il difetto di giurisdizione è rilevato anche d'ufficio in qualunque stato e grado del processo, deve tenere conto dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, della progressiva assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza e dell'idea di giurisdizione intesa come servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione di merito in tempi ragionevoli".

A seguito della costituzionalizzazione del principio di ragionevole durata del processo (art.111 Cost.) gli effetti cronologici dell'art.37 c.p.c. (v.nt.n.430) risultavano sproporzionati ed inaccettabili. Da questo punto di vista l'esigenza adeguatrice segnalata dalle S.U. era avvertita anche dalla dottrina (F.Cuomo Ulloa, *Il principio di ragionevole durata e l'art.37 c.p.c.*, *op.cit.*, p.394; C.Delle Donne, *L'art.37 c.p.c. tra giudicato implicito ed "evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione"*, *op.cit.*, p.738; M.Bove, *Il principio della ragionevole durata*, *op.cit.*, pp.64 e 69).

⁴³⁷In tal caso l'ulteriore controvertibilità della giurisdizione sarebbe dipesa dalle iniziative censorie delle parti (artt.324 e 329.2 c.p.c.).

Sui rapporti tra decisione sulla giurisdizione, onere d'impugnazione e giudicato interno si ricordano, oltre a G.Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, *op.cit.*, pp.55-56, anche C.Brilli, *In tema di nullità insanabili non dedotte*, *op.cit.*, p.102 e G.G.Poli, *Le S.U. e l'art.37 c.p.c.*, *op.cit.*, p.811 e R.Vaccarella, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, *Giur.it.*, 2009, p.413; A. Carratta, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*, *Giur.it.*, 2009, p.1465.

⁴³⁸In un passo della motivazione di *Cass., S.U., n.24883/2008* si legge infatti che "Stante l'obbligo del giudice di accertare l'esistenza della propria giurisdizione prima di passare all'esame del merito o di altra questione ad essa successiva, può legittimamente presumersi che ogni statuizione al riguardo contenga implicitamente quella sull'antecedente logico da cui è condizionata e, cioè, sull'esistenza della giurisdizione, in difetto della quale non avrebbe potuto essere adottata".

⁴³⁹Le uniche decisioni nelle quali le S.U. escludevano di poter ravvisare capi impliciti sulla

ondo le regole generali della materia impugnatoria⁴⁴⁰.

Non v'è chi non veda come l'interpretazione costituzionalmente orientata offerta dalle S.U. all'art.37 c.p.c.⁴⁴¹ confliggesse con un

giurisdizione erano quelle che si limitavano a dibattere il tema dell'ammissibilità della domanda; ovvero quelle dalla cui motivazione fosse emerso che il giudice aveva deciso *per saltum*, in virtù del carattere assorbente di una questione portante (es. la manifesta infondatezza della domanda). In questi casi l'art.37 c.p.c. avrebbe riacquisito *vis* espansiva. La questione di giurisdizione avrebbe mantenuto rilevanza officiosa in ogni stato e grado perchè mai decisa, nemmeno implicitamente (sul punto v. anche la successiva *Cass., n.29523/2008*).

Le due eccezioni rappresentano il tentativo di temperare l'istituto del giudicato implicito col principio di ragionevole durata secondo R.Caponi, *La rilevanza del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida, op.cit., p.3100*.

⁴⁴⁰cfr. R.Caponi, *La rilevanza del difetto di giurisdizione, op.cit., p. 3100*.

Il meccanismo del giudicato implicito avrebbe evitato il diseconomico inconveniente di una retrocessione del giudizio dichiarata in sede di legittimità a fronte di tardivi rilievi o eccezioni del difetto di giurisdizione. Il nuovo statuto processuale prevedeva che la questione fosse discussa e risolta in un esplicito capo della sentenza di prime cure; ovvero fosse affidata ad un capo implicito, la cui controvertibilità sarebbe egualmente dipesa dalla proposizione (non del ricorso, bensì, ancor prima,) dell'appello. Con opzioni favorevoli alla contrazione dei tempi processuali, entrambe le alternative avrebbero incentivato una soluzione definitiva della questione di giurisdizione nelle fasi di merito (in prime cure, se fosse mancato l'appello verso il capo esplicito o implicito; ovvero in seconde cure). Un eventuale transito in Cassazione sarebbe stato (salvo, ovviamente, l'accesso diretto mediante regolamento di giurisdizione ex art.41 c.p.c.) lo sviluppo naturale di una litigiosità protratta attraverso ordinari, tempestivi e graduali impulsi censori. Se i meccanismi di formazione progressiva del giudicato esplicito -ed anche- implicito (art.329.2 c.p.c.) fossero stati vinti dalle impugnazioni delle parti, un'eventuale pronuncia negativa della Cassazione sulla giurisdizione non avrebbe colto i litiganti di sorpresa. In quel caso la retrocessione del giudizio non sarebbe dipesa dall'illimitata controvertibilità della giurisdizione; bensì dall'interesse delle parti ad ottenere, sul punto, l'ultima parola del giudice di vertice.

⁴⁴¹Il nuovo statuto processuale della giurisdizione, ispirato al canone ermeneutico della ragionevole durata del processo, è oggi così riassumibile:

- il difetto di giurisdizione può essere eccepito e rilevato officiosamente fino a che la causa non sia decisa nel merito in primo grado;
- entro quello stesso termine le parti (entrambe) possono proporre regolamento di giurisdizione ex art.41 c.p.c.;
- le sentenze di merito sono appellabili per difetto di giurisdizione solo se non sia passato in giudicato il capo esplicito o implicito corrispondente. Legittimato a tale impugnativa è tuttavia solo il convenuto vittorioso nel merito (e soccombente sulla giurisdizione). All'attore (pratico soccombente, ma vincitore sulla giurisdizione) è preclusa, in sede di gravame, la contestazione dell'ordine giurisdizionale da lui stesso prescelto (v. *infra*, in questa nota e soprattutto in nt.n.443);
- la ricorribilità, in Cassazione, per motivi di giurisdizione (art.360 n.1 c.p.c.) è possibile solo se sul o relativo capo sia stato tempestivamente proposto appello (ed evitato, quindi, il giudicato esplicito o implicito). Va da sé che anche in Cassazione la legittimazione ad impugnare spetti solo al convenuto e sia invece preclusa all'attore.

Si è trattato di un'evoluzione graduale, avviata da *Cass., S.U., n.24883/2008* e confermata dalla giurisprudenza successiva. Si ricordano, per il carattere *tranchant*, *Cass. ord. 11/04/2011, n. 8127* e *Cass., 28/01/2011, n.2067*. Queste ultime escludono l'invocabilità del principio di affidamento incolpevole ed il carattere inaspettatamente innovativo dei principi di diritto di *Cass., S.U., n.24883/2008* a sanatoria di comportamenti difformi dal nuovo statuto sulla giurisdizione.

Dopo *Cass., S.U., n.24883/2008* l'ulteriore definizione dello statuto sulla giurisdizione è stata affidata al dialogo delle Supreme Corti (il Consiglio di Stato e le S.U. della Corte di

altro principio, anch'esso costituzionalmente presidiato: quello del giudice naturale precostituito per legge (art.25 Cost.)⁴⁴². L'affidamento della causa al suo giudice naturale era infatti assicurato proprio dal regime di rilevabilità illimitata previsto dall'art.37 c.p.c.⁴⁴³. A consentire, nel bilanciamento, la prevalenza delle esigenze di ragionevole durata del processo, fu proprio l'evoluzione *medio tempore* conosciuta dalla giurisdizione⁴⁴⁴. Il valore funzionale attribuito all'istituto aveva infatti arato il terreno agli interventi necessari a renderne più efficiente l'esercizio, in ossequio ai canoni costituzionali ed europei di un processo "giusto" (artt.6 CEDU e 111 Cost.)⁴⁴⁵. Quegli interventi, in attesa di una sublimazione positiva, erano affidati alla sensibilità delle Supreme Corti⁴⁴⁶.

Cassazione); le quali sono (entrambe, seppur gradatamente) pervenute a ripartirlo in due sotto-regolamenti. Uno (più restrittivo) destinato all'attore formalmente sconfitto; l'altro, più permissivo, destinato al convenuto vittorioso nel merito.

⁴⁴²Il contrasto è segnalato, ad esempio, da L.Baccaglioni, *Ricorso incidentale subordinato e questioni pregiudiziali di rito: una decisione non pienamente condivisibile*, Il Corriere Giuridico, 2009, p.1083.

⁴⁴³V.nt.n.430.

L'interpretazione delle S.U. del 2008 riduceva il disposto dell'art.37 c.p.c. ad una lettera morta. L'eccepibilità e la rilevabilità officiosa del difetto di giurisdizione erano confinate al primo grado di giudizio; nei successivi il tema avrebbe potuto dibattersi solo a fronte dell'impugnazione del capo esplicito o implicito corrispondente (salve le ipotesi di cui in nt.436).

⁴⁴⁴Cfr. M.L.Maddalena, *La questione, op.cit.*, p.109.

⁴⁴⁵Nel momento stesso in cui il corretto riparto della giurisdizione (pur di interesse superindividuale) aveva cessato di rappresentare un valore processuale assolutamente imperativo, la cui violazione avrebbe condotto ad una sentenza *inutiliter data*, se ne era potuto rimodellare lo statuto processuale secondo regole meno rigide e garantiste. Riconoscere decisioni (quindi, potenzialmente, giudicati) impliciti sulla giurisdizione in ogni sentenza di merito significa infatti azzerare le possibilità di un controllo officioso in sede impugnatoria; rimettendolo in via esclusiva alle censure tempestive delle parti.

Condivide l'orientamento espresso da *Cass., S.U., n.24883/2008* anche la recente *Cass., S.U. 4/3/2016 n.4248*. Essa spiega la sottrazione della giurisdizione dal controllo officioso dei giudici dell'impugnazione proprio con il venir meno del carattere "fondante" della relativa questione.

⁴⁴⁶Pur non potendosene approfondire le ragioni, si segnala che la dottrina ebbe a criticare vivamente l'operazione ermeneutica delle *S.U. n.24883/2008*. Le contestazioni investirono talvolta (e più limitatamente) il merito; più spesso il metodo adottato dalla Suprema Corte nel "sostituirsi" al legislatore in quella che, di fatto, era risultata un'abrogazione dell'art.37 c.p.c.. Sul punto si segnalano le voci di R.Vaccarella, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione, op.cit.*, p.414; G.G.Poli, *Le S.U. e l'art.37 c.p.c., op.cit.*, p.814; F.Cuomo Ulloa, *Il principio di ragionevole durata, op.cit.*, p.395; M.Bove, *Il principio della ragionevole durata, op.cit.*, p. 72; A. Carratta, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione, op.cit.*, p.1470 e, soprattutto, R.Caponi, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, Il Corriere Giuridico, 2009, p.383.

Favorevole, invece, tanto alla soluzione offerta da *Cass., S.U. n.24883/2008*, quanto al metodo attraverso cui vi pervenne, M.Socci, *Il difetto o conflitto di attribuzione (o di giurisdizione) del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali non può essere eccepito o rilevato in cassazione per la prima volta*, Giur.it., 2009, p.418. Egli apprezzò, di *Cass., S.U. n.24883/2008*, la più intensa valorizzazione, in chiave europea,

dei principi e valori cardinali di un processo giusto.

Occorre segnalare come la ri-scrittura dell'art.37 c.p.c. ad opera del diritto vivente abbia invece trovato sublimazione positiva negli artt.9 e 15 del codice di procedura amministrativa (d.lgs. n.104/2010) e della giustizia contabile (d.lgs.n.174/2016). Le norme, rubricate "Difetto di giurisdizione", riproducono esattamente la volontà di *Cass., S.U., n.24883/2008*: "Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione" (art.9. d.lgs. n.104/2010) e "Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione, il difetto di giurisdizione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione" (art.15 d.lgs.n.174/2016). In quegli ordinamenti il tema ha conosciuto sviluppi giurisprudenziali ulteriori rispetto a quelli elaborati per il processo civile. Ad essi occorre fare riferimento perchè, se per molti anni la Corte di Cassazione ha preso le distanze da quelle evoluzioni, di recente ha invece mostrato di dividerle.

Con le sentenze *10/3/2011, n. 1537* e *7/6/2012, n. 656* (entrambe in Foro it., 2012, p.200, con nota di A.Travi; in Foro amm. CDS, 2012, p.1994 con nota di F.Dinelli e A.Lo Presti; si segnala inoltre il commento a *Cons.Stato, 7/6/2012, n. 656* di V.Carbone, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, Il Corriere Giuridico, 2010, p.405) il Consiglio di Stato ha negato al ricorrente la possibilità di sollevare per la prima volta in appello il difetto della giurisdizione da lui stesso adita. Il ricorrente non solo non può eccepire, per la prima volta in appello, l'errore compiuto nell'individuare la giurisdizione; ma non può nemmeno impugnare l'eventuale capo, esplicito o implicito, corrispondente. In sostanza il Consiglio di Stato esclude che il ricorrente, che in fondo quel giudice l'ha scelto, incardinando presso i suoi uffici il processo, possa ritornare sui suoi passi dopo la sentenza di merito. Possibilità invece consentita all'attore nel processo civile, a patto che impugni il capo esplicito o implicito sulla giurisdizione.

Il Consiglio di Stato motiva la restrizione trasponendo, in sede processuale, nozioni giuridiche di matrice sostanziale. In particolare richiama i principi di correttezza e buona fede oggettiva (art.1175 c.c.) che regolano la condotta delle parti nei rapporti obbligatori sostanziali e smascherano comportamenti abusivi dei diritti. Quei canoni penetrano anche nel processo attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.88 c.p.c.. Il dovere di lealtà e proibizione nelle strategie processuali, previsto dall'art.88 c.p.c., impone alle parti di adottare, in sede d'azione, quella stessa correttezza e buona fede oggettiva che esse devono rispettare nell'adempimento del rapporto obbligatorio sul piano sostanziale. Il dovere di solidarietà sociale previsto all'art.2 Cost. esclude infatti la legittima tenuta di tutti quei comportamenti contrari a buona fede e correttezza che sul piano sostanziale integrerebbero un abuso del diritto, e su quello giudiziario un abuso del processo. Comportamenti egualmente connotati dalla sproporzione tra il vantaggio ottenuto attraverso le modalità di esercizio del diritto prescelte ed il sacrificio imposto alla controparte. E che infine traducono un esercizio improprio del diritto (sostanziale; d'azione), perchè finalizzato al raggiungimento di scopi diversi da quelli per i quali i poteri sono attribuiti.

La condotta con cui l'attore, dopo aver riportato una sconfitta nel merito, discute la giurisdizione da lui stesso adita, allo scopo (presumibile) di guadagnarsi un'ulteriore *chance* di vittoria innanzi ad un nuovo giudice, integra un abuso del processo. Si tratta infatti di un'inaccettabile violazione del divieto di *venire contra factum proprium*, contrastante con il principio di auto-responsabilità processuale. Quella del ricorrente sarebbe un'auto-eccezione che costringerebbe la controparte al gravoso onere di ricominciare il processo innanzi al giudice individuato dalle regole della *translatio* (art.11 c.p.a.). Sacrificio non controbilanciato dal vantaggio del ricorrente che ben potrebbe *"difendersi nel merito in sede d'appello al fine di ribaltare la statuizione gravata piuttosto che ripudiare detto giudice in funzione di un giudizio opportunistico circa le maggiori o minori probabilità di esito favorevole a seconda del giudice chiamato a definire la res litigiosa"*. La contraddittorietà di questo comportamento, unita alla sproporzione dei sacrifici e vantaggi che realizza, ne giustificano l'inammissibilità per violazione della buona fede e correttezza (lealtà; proibizione) che presidono tanto le condotte sostanziali, quanto le strategie processuali delle parti.

L'orientamento del Consiglio di Stato (recentemente ribadito nelle sentenze *n.5484 del*

Il nuovo trattamento processuale accordato, *praeter legem*, alla

7/11/2015 e n.856 del 29/02/2016) è stato osteggiato dalle S.U. della Corte di Cassazione (si vedano, ad esempio, *Cass., S.U., 27/12/2010, n. 26129; Cass., S.U., 29/3/2011, n.7097; Cass., S.U., 27/07/2011, n.16391; Cass., S.U., 20/01/2014, n.1006; Cass., S.U., 28/05/2014, n.11916*). La S.C. ha a lungo sostenuto che l'unico ostacolo alla denuncia del difetto di giurisdizione da parte dell'attore sia rappresentato dalla formazione del giudicato esplicito o implicito. Se la questione diviene oggetto di tempestivo appello, non v'è ragione d'escludere il pentimento *secundum eventum litis* (quale forma di esercizio del diritto di avere torto) dell'attore. Al contrario. Posta l'irrilevanza di una sua eventuale rinuncia in una materia (quale quella della giurisdizione) indisponibile, deve invece riconoscersi nell'attore un interesse qualificato ad impugnare il capo (anche implicito) attestante la giurisdizione. E' infatti del tutto evidente, soprattutto a seguito dell'introduzione della *translatio*, il maggior vantaggio ch'egli otterrebbe da una sconfitta in rito (sulla giurisdizione) piuttosto che in merito. La degradazione della soccombenza (da merito a rito) importerebbe infatti la possibilità di ricominciare il processo innanzi ad un nuovo giudice. Inoltre, se l'attore dovesse avere ragione, il capo implicito sulla giurisdizione risulterebbe viziato da un errore del giudice: il quale avrebbe dovuto rilevare (art.37 c.p.c.), e non aveva rilevato, la carenza di *potestas iudicandi*. Un errore al quale l'attore ha, col proprio silenzio, senz'altro concorso: ma pur sempre un vizio denunciabile, come ogni altro, dalle impugnazioni delle parti interessate.

Il divario tra le Supreme Corti comincia a ridursi, con un avvicinamento della S.C. a posizioni più restrittive, nel 2014 (*Cass., S.U., 14/05/2014, n.10414 e Cass., S.U., 19/6/2014, n. 13940*). In quelle occasioni la S.C. esclude il carattere abusivo del ripensamento attoreo solo quando giustificato dalla complessità della materia controversa. Complessità dalla quale sorge l'esigenza, riconosciuta dalla stessa S.C., di chiarire i profili giurisdizionali della lite (opzione condivisa anche da *Cons. St., 9/3/2015, n.1192*, il quale esclude l'abuso in presenza di un "dubbio ragionevole" sulla giurisdizione).

Infine, con un *revirement* stimolato dalla ricezione, da parte dell'Ufficio del massimario della Cassazione, della relazione dell'Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa sul tema della rilevanza del difetto di giurisdizione *ex parte actoris* (relazione inviata su richiesta del Primo Presidente della Suprema Corte al Presidente del Consiglio di Stato), la S.C. si è allineata alla giurisprudenza amministrativa. Nella recente *Cass., S.U., 20/10/2016, n.21260* ha infatti condiviso il carattere abusivo dell'auto-eccezione attorea sulla giurisdizione, confinandone i poteri critici al primo grado (in particolare alle fasi antecedenti l'emissione di una sentenza di merito).

Tra le varie ragioni addotte, due spiccano per impatto sistematico. La prima riguarda il richiamo al regime cronologico e modale dell'art.37 c.p.c. definito da *Cass., S.U., n.24883/2008*; e che, nonostante le aspre reazioni dottrinali (v. *incipit* della presente nota), le S.U. mostrano di confermare. Sarebbe proprio quel regime a legittimare l'ulteriore restrizione alla rilevanza illimitata del difetto di giurisdizione stabilita per la parte attorea. Si ritiene infatti già dimostrata, a partire dal 2008, la compatibilità di queste soluzioni con l'art.25 Cost.. Il principio del giudice naturale è sufficientemente assicurato dal potere del giudice di verificare d'ufficio in prime cure la *potestas iudicandi*. Superato quel grado, l'emersione dei vizi processuali deve invece coordinarsi, e subordinarsi, alle superiori esigenze di speditezza ed efficienza del processo (art.111 Cost.).

La seconda riguarda l'esplicita ammissione, da parte di *Cass., S.U., 20/10/2016, n.21260*, della configurabilità un capo (eventualmente implicito) sulla giurisdizione all'interno di ogni sentenza di primo grado. Il riconoscimento è effettuato dalla S.C. al fine di distinguere la soccombenza sul merito da quella fondata sui capi che decidono sfavorevolmente questioni processuali (es. la giurisdizione); ed al fine di raccordare ad entrambe le forme di soccombenza rispettivi poteri censori. Ciò, nella prospettiva attorea, importa l'esclusione della possibilità di denunciare in appello il difetto di giurisdizione. Egli non è infatti soccombente (bensì vincitore) sul capo relativo alla questione *de qua*.

Dal punto di vista di questo studio le affermazioni di *Cass., S.U., 20/10/2016, n.21260* esprimono un valore ulteriore. Confermano infatti ciò che si è a lungo tentato di dimostrare (Cap.II): ossia che nell'attuale configurazione del giudizio di appello si debba riconoscere dignità di "capo o parte" autonomamente appellabile (art.329.2 c.p.c.) a tutte le questioni affrontate e risolte nella sentenza di prime cure (tra cui, appunto, la giurisdizione).

giurisdizione, fu declinato nella prospettiva del vincitore, soccombente teorico sulla giurisdizione, da *Cass., S.U., n.5456/2009*. L'occasione fu originata dalle oscillazioni giurisprudenziali che, sul finire del secolo scorso, avevano indubiato proprio il condizionamento del ricorso incidentale del vincitore che avesse denunciato il difetto di *potestas iudicandi*⁴⁴⁷. Le S.U. del 2009 tacerono il dibattito ri-affermando la subordinazione *ex lege* di tutti i ricorsi incidentali della parte vittoriosa, compreso quello sulla *iurisdictio*⁴⁴⁸. Recependo l'insegnamento di *Cass., S.U., n.24883/2008* precisarono inoltre che quei ricorsi dovessero esaminarsi con priorità solo se le questioni (rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado) dedotte non fossero mai state decise nè esplicitamente nè (come stabilito nel 2008 proprio per la giurisdizione) implicitamente. In quei casi l'impugnazione non sarebbe stata, in realtà, nemmeno necessaria⁴⁴⁹. Se proposta, non avrebbe inciso sull'ordine con cui il giudice avrebbe in ogni caso esaminato quelle questioni, rilevandole spontaneamente.

Il riaffermato condizionamento del ricorso incidentale del vincitore sulla giurisdizione rifletteva perfettamente l'evoluzione che l'istituto aveva *medio tempore* conosciuto. Fintanto ch'esso aveva mantenuto, sul piano politico-sostanziale, un ruolo centrale, era stato gioco-forza negarne ogni forma di posticipazione esaminatoria in sede processuale⁴⁵⁰. Nel momento in cui la giurisdizione aveva invece assunto il ruolo di servizio pubblico di giustizia, orientato a parametri d'efficienza, si era guardato con favore a tutti quei meccanismi⁴⁵¹ che, in sede processuale, ne avrebbero consentito un esercizio snello e tempestivo. Tra questi v'era senz'altro il condizionamento del ricorso (ed egualmente sarebbe valso per l'appello) incidentale del vincitore. Quella del vincitore sulla giurisdizione è un'impugnazione,

⁴⁴⁷V.nt.nn.277 e 410.

⁴⁴⁸Come ricorda C.Consolo, *Travagli "costituzionalmente orientati" delle Sezioni Unite sull'art.37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questione di merito)*, Riv.dir.proc., 2009, pp.1145-1148.

⁴⁴⁹Le questioni non decise, nè esplicitamente nè implicitamente, avrebbero mantenuto la rilevanza officiosa illimitata. In sede di gravame potevano perciò emergere tramite semplici memorie di parte; ovvero su iniziativa del giudice.

⁴⁵⁰La questione di giurisdizione, in quanto essenzialmente prioritaria ad ogni altra (di rito ed, a maggior ragione, di merito) doveva essere esaminata in prim'ordine. La scansione doveva essere rispettata tanto in primo grado, quanto nelle fase d'impugnazione ove fosse transitata per effetto delle censure di parte. Da qui la consueta negazione al condizionamento del ricorso incidentale del resistente vincitore su questione di giurisdizione (ed eguali conclusioni sarebbero state adottate per l'analogo appello, se fosse stato riconosciuto).

⁴⁵¹Tra i quali, ad esempio, la *translatio iudicii*.

per così dire, “precauzionale”, che diviene d’effettivo interesse solo làdove la sentenza favorevole sia ormai irrimediabilmente incrinata dalla fondatezza delle censure avversarie. Condizionare l’esame a quella fondatezza avrebbe importato l’indubbio vantaggio di evitare un esame sulla giurisdizione (ed il diseconomico rischio di retrotrazione del giudizio) in situazioni nelle quali nemmeno la parte istante vi aveva interesse. In quelle stesse situazioni il meccanismo del condizionamento avrebbe altresì accelerato la conclusione del giudizio. Il giudice, rigettando l’impugnazione principale, avrebbe dichiarato inammissibile (per carenza d’interesse) quella incidentale sulla giurisdizione, definendo il processo.

Le S.U. n.24883/2008 e n.5456/2009 nella prospettiva della parte totalmente vittoriosa nel merito L’analisi dell’evoluzione politico-giuridico-processuale della giurisdizione non è stata compiuta al solo scopo di svelare le esigenze di uniformità e nomofilachia che, in tema di condizionamento, avevano presieduto *Cass., S.U. n.5456/2009*⁴⁵². Nei principi di diritto quella sentenza ha infatti tracciato un solco, quanto alla latitudine dei poteri censori del vincitore, che l’interprete ha il dovere di colmare.

Si è detto che in ogni pronuncia di merito è contenuto un capo implicito sulla giurisdizione; e che la parte interessata a denunciarne il difetto è tenuta ad impugnarlo (in appello, prima; in Cassazione, poi) per impedirne la definitiva stabilizzazione (art.329.2 c.p.c.)⁴⁵³.

Si immagini che cosa accadrebbe se le medesime considerazioni fossero estese a tutti i presupposti processuali che della giurisdizione condividono il regime di rilevabilità illimitata ed officiosa⁴⁵⁴. Se, con

⁴⁵²La soluzione delle S.U. trova peraltro conferma nella giurisprudenza successiva (v., ad esempio, *Cass., 23/7/2010, n.17284*; *Cass., 16/3/2011, n.6252*; *Cass., 20/04/2012, n.6600*; da ultimo la recentissima *Cass., 1/03/2016, n.4047* che richiama gli orientamenti conformi proprio di *Cass., S.U., n. 5456/2009* e di *Cass., S.U., n.7381/2013*). La più recente giurisprudenza si limita tuttavia, più spesso, a massimare l’estensione del condizionamento a tutte le ipotesi di impugnazione incidentale del vincitore, senza ulteriori specificazioni.

Soluzione condivisibile; tuttavia eccessivamente semplificante. Vi sono infatti scorci ancora aperti sui confini applicativi dell’istituto. Ed a segnalarli, più o meno volontariamente, era stata proprio *Cass., S.U., n. 5456/2009*.

Allo svelamento e (si spera) alla definizione di questi inesplorati temi è dedicata l’ultima parte del presente studio.

⁴⁵³Alla luce di quanto affermato al precedente par.4.1, nt.n.443, legittimato ad impugnare il capo implicito attestante la giurisdizione è solo il convenuto vittorioso nel merito (cfr., da ultimo, *Cass., S.U., 21260/2016*). Si tratterebbe, quindi, di un’impugnazione anzitutto incidentale rispetto a quella principale dell’attore sconfitto nel merito; e, soprattutto, necessariamente condizionata alla sua fondatezza.

⁴⁵⁴Quando si parla di “presupposti processuali” si fa riferimento a tutti quegli elementi

interpretazione costituzionalmente orientata, ispirata alla massima valorizzazione del principio di ragionevole durata, si giungessero a rinvenire, in ogni pronuncia di merito, tanti capi impliciti quanti sono quei presupposti⁴⁵⁵.

Cosa accadrebbe nella prospettiva delle parti e, soprattutto, del vincitore⁴⁵⁶?

Queste ultime dovrebbero imparare a confrontarsi tanto con il contenuto palese, quanto con quello silente delle sentenze di merito. Al loro interno dovrebbero premurarsi di individuare capi espliciti ed

la cui presenza (o assenza) è normalmente ritenuta indispensabile affinché il giudice possa provvedere, anche solo parzialmente, sulla domanda.

La definizione è, consapevolmente, molto semplificante. La teoria dei presupposti processuali ha infatti origini centenarie e straniere (nasce infatti con O.Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden un die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, p.5 e ss.) e conosce un'intenso sviluppo nei dibattiti dottrinali svoltisi in terra patria (C.Mandrioli, *V.Presupposti processuali*, Enciclopedia giuridica, 1966, p.784; L.Laudisa, *La sentenza processuale*, Milano, 1982, p.45; C.Vocino, *V. Presupposti processuali*, Enciclopedia giuridica, 1991, p.1; C.Consolo, *Il cumulo condizionale*, *op.cit.*, p.143; S.La China, *V.Presupposti processuali*, Dig.disc.pric., sez.civ., Torino, 1996, p.302; M.Fornaciari, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, 1996, Torino, p.6; IDEM, *Note a caldo sull'ordine di esame* www.judicium.it; M.P.Gasperini, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, p.75 spec.nt.10; D.Turroni, *La sentenza civile sul processo*, *op.cit.*, p.45).

Riassumerne qui i termini sarebbe operazione impossibile (vista la complessità e la profondità concettuale del tema), ed altresì inutile, nonchè fuorviante. In questa sede si ricorda perciò soltanto come ad un'iniziale impostazione nella quale ai presupposti era riconosciuto il ruolo di requisiti indispensabili per l'esistenza stessa del processo, si sia gradualmente sostituita quella che vi attribuisce la funzione di elementi imprescindibili ai fini dell'emissione di una sentenza di merito. Ciò perchè, salvi alcuni requisiti in assenza dei quali è effettivamente impossibile ravvisare una litispendenza (banalmente, la lettera con la quale una parte chieda al giudice di ripensare ad una propria decisione certo non integra gli estremi di un gravame), è processo anche quello che si svolge in assenza di alcuni, c.d., presupposti processuali.

Un'elencazione esaustiva degli elementi cui, tradizionalmente, è attribuita la qualifica di "presupposti processuali" è fornita da M.Fornaciari, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, *op.cit.*, p. 10. Sono presupposti processuali, ad esempio, la giurisdizione, la competenza, le condizioni dell'azione, i requisiti di validità degli atti, etc.. Ad onor del vero occorre segnalare come sia proprio questo Autore a rappresentare uno dei più critici interpreti della categoria tradizionale dei presupposti processuali. La sua posizione sarà approfondita nel successivo par.5.1, cui si rinvia.

⁴⁵⁵L'esigenza di una riflessione sulla portata espansiva dei principi di diritto espressi da *Cass., S.U., n.24883/2008* con riferimento agli altri presupposti processuali è segnalata da A.Squazzoni, *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale*, *op.cit.*, p.301.

⁴⁵⁶L'analisi deve tornare, almeno momentaneamente, a riferirsi ad entrambe le parti: ossia anche all'attore, sconfitto nel merito. Il divieto di impugnare i capi (espliciti ed impliciti) sulla giurisdizione era stato fondato sull'abusività della censura con cui l'attore avrebbe imputato, a sè stesso, un'erronea individuazione della *iurisdictio*. Anche a voler ammettere decisioni implicite su presupposti processuali diversi dalla giurisdizione, la negazione dei poteri critici dell'attore presupporrebbe l'ulteriore riconoscimento dell'identica *ratio* esclusiva: ossia la violazione del divieto di venire *contra factum proprium*.

Occorre quindi verificare, anzitutto, l'estensibilità del meccanismo della pronuncia (e del giudicato) implicito sulla giurisdizione anche ad altri presupposti processuali; per poi eventualmente misurarvi le condotte processuali dell'attore sconfitto nel merito.

impliciti; sui relativi contenuti dovrebbero misurare l'intensità dei rispettivi poteri/oneri censori. Làdove non impugnati, quei capi si stabilizzerebbero per acquiescenza (art.329.2. c.p.c.); ciò a prescindere dall'espressività (esplicita; implicita) delle relative soluzioni.

E' evidente, quindi, come le riflessioni svolte da *Cass., S.U., n.24883/2008* sullo statuto processuale della giurisdizione abbiano tracciato, per i poteri censori del vincitore, orizzonti ben più ampi di quelli sino ad allora riconosciuti. Soprattutto se quelle riflessioni sono coniugate ai principi del giudicato (nella sua dimensione implicita) non solo con riferimento alla giurisdizione, bensì a tutti gli altri presupposti processuali⁴⁵⁷. Il risultato sarebbe quello di una dilatazione espansiva degli oneri censori del vincitore. Già in sede d'appello egli dovrebbe premurarsi di impugnare tutti i capi impliciti su questioni processuali che, posta l'intervenuta decisione di merito, deve dedurre il giudice abbia risolto in suo sfavore (che, altrimenti, il processo si sarebbe concluso con una declinatoria in rito).

Si rende quindi necessario individuare le *rationes* che hanno presieduto il riconoscimento di una pronuncia implicita (e quindi, potenzialmente, di un giudicato implicito) sulla giurisdizione in ogni decisione di merito; ciò al fine di verificarne l'estensibilità analogica agli altri presupposti processuali che di quella *quaestio* condividono il regime di rilevabilità.

5 Dal giudicato implicito sulla giurisdizione a quello sui presupposti processuali fondanti. Una riflessione intorno all'ordine di esame delle questioni.

“Qualsiasi decisione di merito implica la preventiva verifica della potestas iudicandi; tale verifica, in assenza di formale eccezione o questione sollevata di ufficio, avviene comunque de plano (implicitamente) e acquista "visibilità" soltanto nel caso in cui la giurisdizione del giudice adito venga negata. In linea di principio, se la questione della giurisdizione non viene sollevata in alcun modo, significa che

⁴⁵⁷Il riferimento corre, ovviamente, ai soli presupposti scortati da rilevabilità officiosa in ogni stato e grado. Per gli altri la preclusione ad ogni successiva controvertibilità è determinata dalla infruttuosa scadenza dei termini perentori previsti per l'eccepimento o la rilevazione (es. art.38 c.p.c. in materia d'incompetenza).

non vi è nessuna necessità che il giudice "mostri le proprie credenziali". Ma, il fatto che la decisione non sia "visibile", non significa che sia inesistente. Il giudice che decide il merito ha anche già deciso di poter decidere. La progressione logica che porta al giudizio di merito presuppone la soluzione della questione di giurisdizione".

Con queste parole le S.U. n.24883/2008 giustificavano il riconoscimento, in ogni sentenza di merito, di un capo implicito di accertamento della giurisdizione, suscettibile di passare in giudicato secondo le regole dell'acquiescenza (art.329.2 c.p.c.)⁴⁵⁸.

L'argomento principale addotto a sostegno della (pronuncia e, quindi,) del giudicato implicito sulla giurisdizione era quell'ordine logico della pregiudizialità che l'art.276.2 c.p.c. impone di seguire, nell'esaminare le questioni loro sottoposte o rilevate, ai giudici di prime cure; e che gli artt.131 e 141 disp.d'att. al c.p.c., nonché l'art.380.2 c.p.c., estendono all'appello ed alla Cassazione⁴⁵⁹. Secondo le S.U. quell'ordine prevede che l'esame delle questioni nel processo avvenga secondo una precisa scansione: prima (*"gradatamente"*) le questioni processuali e quelle rilevabili d'ufficio, poi (*"quindi"*)

⁴⁵⁸Conformemente *Cass.*, 18/12/2008, n.29523; *Cass.*, 28/9/2011, n.19792; *Cass.*, 12/10/2011, n. 20932; *Cass.*, 9/11/2011, n.23306.

⁴⁵⁹L'art.276.2 c.p.c., rubricato "Deliberazione", così prevede: "Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa". L'art.131 disp. d'att., rubricato "Deliberazione dei provvedimenti", richiama l'art.276.2 c.p.c. làdove stabilisce: "Nel deliberare i provvedimenti la corte d'appello applica le disposizioni dell'articolo 276 del codice". Lo stesso fanno l'art.141 disp.d'att., titolato "Deliberazione dei provvedimenti", il quale afferma "Nel deliberare i provvedimenti la Corte applica le disposizioni dell'articolo 276 del codice"; e l'art.380.2 c.p.c., "Deliberazione della sentenza", per il quale "La Corte, dopo la discussione della causa, delibera, nella stessa seduta, la sentenza in camera di consiglio. Si applica alla deliberazione della Corte la disposizione dell'articolo 276 (disp. att. 141)".

La "pregiudizialità" di cui all'art.276.2 c.p.c. fa riferimento alla capacità di alcune questioni di condurre all'assorbimento (in questo caso da intendersi come preclusione all'esame) di altre. In quest'ottica "pregiudiziali" sono solo le questioni di rito, opposte così alle preliminari di merito ed a quelle di merito (cfr. l'art.276.2 c.p.c. làdove afferma "e quindi il merito"). Si tratta, in sostanza, delle questioni *litis ingressum impediens*, che occupando un posto prioritario nella concatenata progressione logico-giuridica delle attività di accertamento, possono precludere l'esame di quelle subordinate. Questo ordine della pregiudizialità rito-merito troverebbe ulteriore conferma nell'art.187.3 c.p.c.. La norma, nel prevedere che il giudice possa anche disporre che le questioni processuali siano decise insieme al merito, sembra in realtà sottintendere che, negli altri casi, debbano invece risolversi con priorità. Nella stessa direzione si muove l'art.279 c.p.c. che prevede possano essere decise con sentenza (definitiva o non definitiva), nell'ordine, le "questioni di giurisdizione o di competenza", le altre "questioni pregiudiziali attinenti al processo o questioni preliminari di merito" ed "il merito". La norma, collocando le questioni in un graduato ordine logico, offre al giudice la possibilità di arrestare la decisione quando si imbatta in una questione (ad esempio, la giurisdizione, la competenza e le altre pregiudiziali di rito) idonea a definire il giudizio; lasciando impregiudicate le questioni (le preliminari di merito; quelle di merito) logicamente successive a quella decisiva.

quelle di merito⁴⁶⁰.

Ciò consentiva alle S.U. di dimostrare come in ogni sentenza di merito fosse contenuta una presa di posizione implicita assertiva della giurisdizione. Alla decisione sulla lite il giudice sarebbe punto pervenuto osservando la sequenza logico-giuridica imposta dall'art.276.2 c.p.c.. Egli avrebbe perciò affrontato anzitutto le questioni processuali (tra cui, appunto, la giurisdizione); e se (e solo se) si fosse convinto di poterle risolvere in senso conforme alla prosecuzione del giudizio, avrebbe indagato il merito.

Se così fosse non vi sarebbero obiezioni all'istituto del giudicato implicito sulla giurisdizione ed, altresì, sugli altri presupposti processuali. Basterebbe invocare l'art.276.2 c.p.c. per legittimare la presenza, in ogni decisione sulla lite, di un capo che attesti la sus-

⁴⁶⁰L'opinione sostenuta dalle S.U. è condivisa da una consistente ed autorevole parte della dottrina.

Secondo queste interpretazioni l'ordine esaminatorio rito-merito impresso dall'art.276.2 c.p.c. (c.d. della pregiudizialità) soddisferebbe esigenze di logica e di corretto funzionamento del processo. Esso attenderebbe anzitutto alla necessità, logicamente preliminare, di garantire l'idoneità strutturale e funzionale del processo contenente a rendere una decisione sulla lite in esso contenuta (cfr. C.Natoli, *Eccezioni e questioni di merito, preliminari di merito e pregiudiziali di rito, op.cit.*, p. 424). In questo modo assicurerebbe altresì l'affidabilità della decisione giudiziale, garantendo ch'essa sia adottata in un contesto rispettoso delle regole di cui l'ordinamento si è dotato ai fini della sua emanazione (cfr. F.P.Luiso, *Dir.proc.civ.*, V,II, 2009, p.62): di quelle che, in particolare, disciplinano il processo nei suoi svolgimenti essenziali ed irrinunciabili (cfr. S.Izzo, *Sui limiti del ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali di rito, op.cit.*, p.2734). Conformemente V.Andrioli, *In tema di ordine nell'esame delle questioni*, Il Foro It., 1934, p.78; D.Turroni, *La sentenza civile, op.cit.*, p.128; A.De Pauli, *La struttura della decisione rispetto all'ordine delle questioni, op.cit.*, e M.Marinelli, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni - in margine a Cons.Stato, ad.plen., 10 Novembre 2008, n.11-*, Dir.proc.amm., 2009, p.610 e ss.. Quest'ultimo ricorda come quello dell'ordine di esame delle questioni del processo sia un problema di diritto positivo da risolversi, quindi, in armonia col dato normativo. Da questo punto di vista l'ordinamento processual-civilistico parla chiaro: l'art.276.2 c.p.c. antepone l'esame delle questioni pregiudiziali e di quelle rilevabili d'ufficio a quelle di merito con direttiva applicabile, in virtù di espressi richiami normativi, anche nel processo amministrativo e tributario.

Con riserva di ulteriori approfondimenti, occorre immediatamente svolgere una precisazione.

Quando l'ordine logico della pregiudizialità rito-merito, operante in prime cure, viene riferito ai giudizi d'impugnazione (v.*supra*, nel testo ed alla precedente nota), si arricchisce di elementi ulteriori. Le attività dei giudici di gravame soggiacciono infatti ad una triplice scansione esaminatoria. Essi devono, anzitutto, accertare la sussistenza dei presupposti processuali previsti per la rituale instaurazione del giudizio di impugnazione (es. il rispetto dei requisiti formali-contenuto della domanda, la legittimazione delle parti, l'interesse ad impugnare). Dopo aver concluso positivamente quella verifica possono affacciarsi al *thema decidendum* ed esaminare il contenuto degli atti impugnatori. E' solo a quel punto che dovrebbero seguire la scansione rito-merito ordinante le prime cure. Verificando, cioè, anzitutto i motivi con i quali si siano denunciate questioni pregiudiziali (leggesi: processuali); e, solo in caso di rigetto, affrontando quelli inerenti questioni preliminari di merito e di merito.

Sulla compatibilità di quest'ordine d'esame in fase impugnatoria ed il condizionamento delle doglianze incidentali del vincitore su questioni processuali e preliminari di merito si rinvia ai par.3.1 e 3.2.. Ulteriori approfondimenti saranno poi svolti ad esito della presente trattazione (v. la Postilla conclusiva del Cap.III).

sistenza di tutti i requisiti rituali prescritti dall'ordinamento⁴⁶¹.

L'istituto del giudicato implicito rappresenta, in effetti, uno degli aspetti della più ampia teoria sull'ordine di esame delle questioni nel processo. Dopo anni di sviluppo trasversale ed occasionale quella teoria ha acquistato centralità negli approfondimenti interpretativi⁴⁶².

⁴⁶¹Come affermato da M.Fornaciari, *Presupposti processuali*, op.cit., p.184, "la teoria delle decisioni implicite o è valida ovunque vi sia un obbligo di esame, o non lo è mai". Se si ritiene che l'art.276.2 c.p.c. vincoli il giudice ad esaminare con priorità le questioni di rito, in ogni sentenza di merito (ed a prescindere da prese di posizione esplicite) devono rinvenirsi tanti capi impliciti quanti sono i presupposti processuali previsti dall'ordinamento. Il fenomeno del giudicato implicito sui presupposti processuali presuppone quindi il riconoscimento di un rigido ed immutabile ordine logico della pregiudizialità rito-merito al fondo di ogni decisione giudiziale.

Contra, Cass., S.U. n.26019/2008 e Cass., S.U., n.29523/2009, intervenute in rettifica alle precedenti S.U. n.24883/2009. In quelle pronunce la Cassazione conferma la configurabilità di un giudicato implicito sulla giurisdizione; lo esclude, tuttavia, per altre questioni processuali che classifica come ancora "fondanti" e, quindi, "inconsumabili". Giustifica quindi il diverso trattamento offerto, in punto di rilevabilità, alla giurisdizione, proprio alla luce del depotenziamento che l'istituto aveva *medio tempore* conosciuto.

⁴⁶²Di ordine di esame delle questioni si è parlato, trasversalmente, all'interno di studi dedicati ad alcuni istituti rilevanti nella babele dei c.d. limiti obiettivi del giudicato. Se ne trova menzione, ad esempio, negli approfondimenti sulla pregiudizialità (v. L.Montesano, *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, Riv.dir.proc., 1969, p.579 e ss.; IDEM *Pregiudizialità e connessione nel processo civile*, Rimini, 1989; S.Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999); ovvero in quelli sulla teoria del doppio oggetto del processo (sulla quale v. C.Consolo, *Il Cumulo condizionale*, op.cit.; IDEM "Inutiliter data" e non bisognosa di gravame la decisione di merito resa dopo (e nonostante) una statuizione assorbente in rito: le Sezioni Unite tornano ad ispirarsi al duplice oggetto del giudizio, Il Corriere Giuridico, 2008, p.375; IDEM *Travagli "costituzionalmente orientati" delle Sezioni Unite sull'art.37 c.p.c.*, op.cit., p.1149; D.Turroni, *Ammissibilità della domanda e accertamento giudiziale. Contro la teoria del doppio oggetto del processo*, Riv.tri.dir.e proc.civ., 2002, p.55; IDEM *La sentenza civile sul processo*, Torino, 2006; R.Caponi, *La rilevabilità del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida*, op.cit., p.3099).

In giurisprudenza il tema dell'ordine esaminatorio ha invece suscitato fin da subito interesse; non fosse altro per il fatto che spetta anzitutto ai giudici stabilire l'ordine delle questioni che sono chiamati a decidere (si vedano, ad esempio, *Tribunale di Roma, 10/09/1957* in Foro It, 1957, p.1860 con nota di F.Santosuosso, *Ordine delle varie questioni nell'indagine del giudice dell'impugnazione*; nonché *Cass., 27/07/1964 n.2110*). Il tema è poi tornato particolarmente in auge con le pronunce delle Supreme Corti sulla *translatio iudicii* (*Corte Cost.*, n.77/2007; *S.U. Cassazione n.4109/2007*); ed ha visto rafforzare la propria vitalità grazie a *Cass.*, *S.U. n.24883/2008*.

Più recentemente l'ordine di esame delle questioni ha attratto attenzioni dedicate anche da parte della dottrina. Fondamentali, sul tema dell'iter logico-giudico che governa l'accertamento giudiziale, i contributi di M.Fornaciari (nella monografia *Presupposti processuali e giudizio di merito*, op.cit., e nei contributi *Brevi note su chiamata in garanzia e ordine di esame tra presupposti processuali e valutazioni di merito*, Giust.civ., 1999, p.419; *L'ordine di esame fra giurisdizione e competenza*, Il giusto processo civile, 2014, p.771; da ultimo, edito nel 2016, il già citato (nt.n. 451) *Note a caldo sull'ordine di esame*, op.cit.).

Si ricordano, altresì, gli autorevoli interventi di R.Vaccarella, *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, Il giusto processo civile, 2009, p.643; P.Biavati, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 2009, p.1301; M.Marinelli, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni (in margine a Cons.Stato, ad.plen., 10 Novembre 2008, n.11)*, Dir.proc.amm., 2009, p.609; A.Cerri, *Spunti e riflessioni sull'ordine delle domande, l'ordine delle questioni e l'impugnazione incidentale escludente*, Riv.dir.proc.,

Le soluzioni che ne sono derivate non si sono tuttavia sempre allineate a quelle fondate sulla lettera dell'art.276.2 c.p.c.. Occorre pertanto scandagliarne le ragioni perchè, come si sarà intuito, dall'opzione teorica adottata in tema di ordine d'esame derivano, a catena, conseguenze sistematiche di fondamentale importanza (sul giudicato implicito e, quindi) sugli oneri censori della parte vittoriosa.

5.1 L'ordine di esame delle questioni nel processo. Modelli teorici e soluzioni concrete.

Astrattamente possono immaginarsi tre modelli di ordine d'esame delle questioni nel processo. Il primo, e più rigido, è quello della priorità logica che antepone, per "*amor d'ordine mentale*"⁴⁶³, la verifica delle questioni processuali a quelle di merito. Il secondo esclude l'esistenza di qualsivoglia ordine. Il terzo ed intermedio riconosce la necessità di sequenziare l'esame delle questioni secondo criteri razionali ed affidabili; escludendo, tuttavia, ch'essi trovino risposta nell'alternatività rito-merito.

Si esclude fin da subito l'opportunità di ragionare sul secondo modello. Negare l'esistenza di qualsivoglia ordine significherebbe rimettere (non alla discrezionalità, bensì) al libero arbitrio dei giudici la direzione del processo. Mentre non si ravvisano argomentazioni a sostegno di quella libertà, se ne individuano invece di contrasto. La figura di un giudice onnipotente e disordinato non sembra infatti corrispondere alle esigenze di coerenza, ragionevolezza ed

2010, p.1283; A.Maccarone, *Ordine delle questioni ed applicazione del principio della ragione più liquida*, Il Foro Padano, 2011, p.195; A.Motto, *Concorso di fattispecie, ne bis in idem e ordine di esame delle questioni di rito*, Riv.dell'arbitrato, 2012, p.340; IDEM *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed "accertamento in prosecuzione" nei giudizi di impugnazione di atti di esercizi di poteri sostanziali, op.cit.*, p.151; A.Panzarola, *Le Sezioni Unite, l'ordine delle questioni di rito e la domanda "automatica"*, Riv.dir.proc., 2013, p.1157. Più di recente si ricorda invece l'importante contributo di S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado, op.cit.*

A distanza di pochi anni sono stati inoltre organizzati ben due incontri di studio interamente dedicati al tema. Il primo, dal titolo "*Ordine delle questioni, struttura del processo e della decisione*" si è svolto nel Febbraio 2009 a Roma, su iniziativa del C.S.M.; il secondo, dal titolo "*L'ordine di esame delle questioni nel processo (civile, tributario ed amministrativo)*" si è tenuto nel mese di Maggio 2016 a Firenze.

L'interesse recentemente manifestato dagli interpreti sul tema dell'ordine di esame delle questioni non si è tuttavia contraddistinto per l'uniformità degli sviluppi. Al contrario. Come si vedrà (par.successivo) il tradizionale affidamento all'ordine logico-giuridico della pregiudizialità (rito-merito) è stato sconfessato da ricostruzioni, egualmente improntate a criteri di razionalità, ma più sensibili al concreto bilanciamento dei diversi interessi sottesi allo svolgimento del processo.

⁴⁶³Cfr. S.La China, *V.Presupposti processuali, op.cit.*, p.302.

economicità che informano il processo⁴⁶⁴.

Il confronto è quindi tra le altre due opzioni: ordine logico della pregiudizialità rito-merito *versus* un ordine che possiamo di qui in avanti definire “del caso concreto”⁴⁶⁵. Un ordine, come anticipato, egualmente razionale, e tuttavia guidato da criteri indifferenti alla categoria sistematica delle questioni coinvolte (delle quali, anzi, nega l'utilità teorica ai fini dell'ordine d'esame⁴⁶⁶).

Si tratta quindi di ricostruire le *rationes* che presiedono i due diversi modelli, al fine di verificarne la compatibilità sistematica. La scelta dell'interprete non deve punto fondarsi sulla condivisione istintiva e preconcepita dell'una, piuttosto che dell'altra, impostazione teorica. Deve bensì misurare queste ultime con il sistema di riferimento, al fine di stabilire quale ne incarni più rettamente la lettera e lo spirito.

5.1.1 L'ordine fisso ed immutabile della pregiudizialità logica rito-merito

Fondamento teorico... Sul piano meta-giuridico le ragioni a sostegno della regola della pregiudizialità sono fortemente suggestive. L'ordine rito-merito assegnerebbe infatti al ragionamento giuridico una rassicurante struttura logica, fatta di proposizioni graduate e reciprocamente implicate⁴⁶⁷. Il giudice si premurerebbe, anzitutto, di accertare la presenza degli elementi che presiedono alla corretta instaurazione ed al rituale svolgimento del processo; garantendo che la decisione sulla lite sia così eventualmente resa nella sede strutturalmente e funzionalmente più idonea a risolverla in modo giusto

⁴⁶⁴Cfr. G.Fanelli, *Sull'ordine di esame delle questioni nel processo*, Il giusto processo civile, 2010, par.5. Conformemente anche A.De Pauli, *La struttura della decisione rispetto all'ordine delle questioni*, *op.cit.*, par.2, per il quale il prodotto-sentenza è troppo prezioso perché la sua adozione possa essere affidata al libero arbitrio giudiziale. L'Autore argomenta inoltre l'inopportunità di un'esame casuale ed imprevedibile delle questioni con la diversa rilevanza extraprocessuale delle decisioni che ne deriverebbero. Posto che solo le sentenze di merito esprimono autorità di cosa giudicata al di fuori del processo, mentre a quelle di rito è riconosciuta solo un'efficacia endoprocessuale (salvo quelle di giurisdizione alle quali è attribuita una sorta di efficacia “panprocessuale”, v. *Cass.*, n.26620/2007), non può consentirsi al giudice di assumere, con libero arbitrio, l'una o l'altra pronuncia.

⁴⁶⁵Ordine di esame “del caso singolo” è il titolo individuato da M.Fornaciari, *Presupposti processuali*, *op.cit.*, p.19 e G.Fanelli, *Sull'ordine di esame delle questioni*, *op.cit.*, par.1.

⁴⁶⁶Per approfondimenti si rinvia al paragrafo n.5.1.2, interamente dedicato alla ricostruzione di questo ordine, c.d., del “caso concreto”.

⁴⁶⁷L'ordine della pregiudizialità conformerebbe il nostro processo all'apprezzabile “*principio dell'ordinata successione nel corso del procedimento di una serie non reversibile di fasi, in sé concluse, l'una rispetto all'altra impermeabile*” secondo C.Consolo, *Il cumulo condizionale*, *op.cit.*, p.340.

(ossia conforme all'ordinamento)⁴⁶⁸.

Se dal piano meta-giuridico si passa, tuttavia, a quello giuridico in senso stretto, gli argomenti a sostegno dell'ordine rito-merito appaiono meno convincenti.

Tra questi spicca infatti la controversa teoria del “doppio oggetto del processo”⁴⁶⁹. Essa nasce per spiegare il fenomeno dell'accertamento sul processo: ossia il fatto che il giudice non si limiti a decidere il merito della causa, bensì si occupi anche delle questioni di rito che ne costellano lo svolgimento⁴⁷⁰. L'accertamento sul processo viene spiegato attraverso l'equazione “oggetto della sentenza = oggetto del giudizio”: se qualcosa può essere deciso, quel qualcosa deve anche costituire oggetto di giudizio. La teoria del doppio oggetto identifica così, scindendola, la componente obiettiva del processo in due elementi. Da un lato v'è l'oggetto “processuale”, formato da tutte le questioni di rito che profilano l'ammissibilità della domanda; dall'altro quello “sostanziale” inerente, invece, le questioni di merito che presiedono alla sua fondatezza. Il giudice è tenuto ad accertare entrambi gli oggetti nel rispetto di un preciso ordine logico: ossia antepo-
nendo la verifica di quello processuale a quella dell'oggetto sostanziale. Sarebbe, del resto, logicamente contraddittorio e conc-

⁴⁶⁸Il rispetto delle regole processuali incide infatti sull'esattezza delle soluzioni finali secondo *Cass.*, 15/10/1976, n.3496.

Conformemente D.Turroni, *La sentenza civile, op.cit.*, p.128, per il quale l'ordine rito-merito ha la funzione di garantire il rispetto dei requisiti processuali necessari per l'emissione di decisioni sulla lite; impedendo al giudice l'esercizio della funzione giurisdizionale in mancanza di uno di quei requisiti.

Contra M.Fornaciari, *Note a caldo sull'ordine di esame, op.cit.*, p.2. L'Autore non nega affatto l'importanza della regolare instaurazione e del rituale svolgimento del processo quali condizioni per una valida tutela delle parti. Nega che quelle condizioni siano assicurate dall'indispensabile presenza di tutti i presupposti processuali. Ad essi l'Autore nega la generalizzata attitudine a porsi quali “requisiti necessari per il corretto funzionamento del processo”.

⁴⁶⁹La teoria del doppio oggetto del processo nasce nella dottrina germanica, ove rappresenta l'approdo degli studi sul rapporto giuridico processuale e sui suoi presupposti (il riferimento corre perciò ancora una volta impescindibilmente a O.Bülow, *Die Lehre von den Prozesssachen*, *op.cit.*, nt.442). In Italia è stata accolta dapprima da A.Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, p.124; IDEM *In tema di rapporti tra questioni meramente processuali e oggetto del giudizio*, in *Foro Amm.*, 1957, p.340; E.T.Liebman, “Parte” o “capo”, *op.cit.*, pp.54-56; per poi essere compiutamente approfondita e valorizzata da C.Consolo, *Il cumulo condizionale, op.cit.*, pp.225 e 231 (il quale, a p.141, offre una dettagliata ricostruzione della dottrina germanica), nonché recepita da S.Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale, op.cit.*, p.91 e ss..

In giurisprudenza, nel senso dell'esistenza di un doppio oggetto del processo, *Cass.*, S.U. 10/05/2002, n.6737; *Cass.*, S.U., 20/02/2007, n.3840; nonché, ovviamente, *Cass.*, S.U. n.24883/2008.

⁴⁷⁰Potere confermato, a tacer d'altro, dalla possibilità, positivamente fondata, che il giudice concluda il giudizio con sentenze di rito. L'oggetto di tali pronunce si esaurisce nell'inidoneità della domanda ad essere decisa nel merito, senza involgere alcun aspetto della lite.

retamente inutile appurare la fondatezza di una domanda in ogni caso inaccoglibile perchè, ancor prima, inammissibile⁴⁷¹.

La teoria del doppio oggetto del processo scandisce quindi l'*iter* giudiziale secondo la sequenza rito-merito. Il giudice adito con la domanda deve anteporre la verifica dell'oggetto processuale a quella dell'oggetto sostanziale: ciò nel rispetto della logica dipendenza che s'intesse tra l'ammissibilità e la fondatezza della domanda che quei due oggetti, rispettivamente, riflettono⁴⁷².

Oltre a giustificare la direzione del processo secondo l'ordine rito-merito, la teoria del doppio oggetto presta il fianco anche a quella del c.d. giudicato implicito sui presupposti processuali. Visto che l'accertamento deve svolgersi secondo un ordine ben preciso, l'emissione di una sentenza in cui il giudice manifesti un espresso convincimento solo sull'oggetto sostanziale dipendente (dichiarando la fondatezza o l'infondatezza della domanda) sottintende la previa soluzione di quello processuale principale; al quale, semplicemente, non è stata riservata alcuna menzione esplicita⁴⁷³. In caso

⁴⁷¹Cfr. C.Consolo, *Il cumulo condizionale*, *op.cit.*, pp.163 e 225, il quale più precisamente identifica l'oggetto processuale nella posizione giuridico soggettiva, regolata dal diritto processuale, concernente il potere/dovere del giudice di definire il merito della causa. Potere che sussiste ogni qual volta il processo sia instaurato ritualmente, ossia in ossequio alle norme che ne regolano l'introduzione. Tali condizioni devono essere verificate in prim'ordine, poiché ad esse corrisponde l'ammissibilità della domanda: requisito imprescindibile per poter poi affrontare i contenuti della *res in iudicium deducta* (ossia l'oggetto sostanziale inerente la sua fondatezza). Coesistente ad ogni giudizio di ammissibilità è infatti la precedenza rispetto a quello della cui ammissibilità si tratti.

Conformemente S.Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale*, *op.cit.*, p.93.

⁴⁷²Questa la soluzione cui approda, seppur invertendo i termini del ragionamento, M.Marinelli, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni*, *op.cit.*, p.610 e ss.. L'Autore ribalta il rapporto di dipendenza qui descritto affermando che sia proprio la presenza di una norma quale l'art.276.2 c.p.c. a testimoniare (in termini sintomatici) la strutturazione del processo civile italiano secondo il modello della duplicità oggettiva. Conformemente A.Squazzoni, *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale su questioni di rito*, *op.cit.*, p.301.

⁴⁷³La scelta di non rendere esplicito il convincimento maturato sull'oggetto processuale non sconta erroneità alcuna secondo N.Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili*, *op.cit.*, p.100. Il ragionamento giuridico, come ogni altro giudizio logico, è retto da una serie di proposizioni implicanti; talune delle quali possono anche non trovare menzione esplicita, e non per questo considerarsi omesse. Bastano infatti i rapporti di reciproca e logica presupposizione a confermare la presenza di tutte le statuizioni che assegnano al giudizio una struttura internamente coerente.

Conformemente A.A. Romano, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, Giur.it., 2001, p.1293. Ogni ragionamento giuridico che ambisca a soddisfare utilmente le esigenze di tutela delle parti deve rendersi a quelle intellegibile. A tal fine deve assumere un'espressione linguistica chiara, univoca, comprensibile e deve informarsi ai principi della logica comunemente condivisi. E' indubbio che il miglior coordinamento tra queste due componenti del giudizio (l'espressione linguistica; la struttura logica) sia realizzato da proposizioni esplicite. Tuttavia quel legame non viene meno in presenza di valutazioni

contrario, infatti, il giudice non sarebbe affatto pervenuto ad una pronuncia sulla lite: si sarebbe arrestato alla valutazione negativa dell'oggetto processuale, esternandola in una sentenza di rigetto in rito⁴⁷⁴. A garantire la presenza, in ogni pronuncia sulla fondatezza/infondatezza della domanda, di una statuizione, anche implicita, sull'ammissibilità, sono quindi il rapporto di dipendenza tra i due oggetti (processuale; sostanziale) del giudizio e l'ordine esaminatorio (rito-merito) che li sequenzia. Come a dire: dato l'ordine rito-merito che la presenza dei due oggetti connessi imprime al giudizio, ogni sentenza di merito tradisce un positivo, anche se non esplicito, accertamento circa la sua ritualità. Quell'accertamento, investendo uno dei due oggetti del giudizio, integra il contenuto di un vero e proprio capo di sentenza: suscettibile di passare in giudicato (implicito) se non tempestivamente impugnato (art.329.2 c.p.c.)⁴⁷⁵.

inespresse: esse possono agevolmente ricavarsi ripercorrendo i binari logico-deduttivi che informano ogni ragionamento giuridico. Sulla base di queste premesse sostiene l'Autore (p.1294) che in ogni sentenza di merito possa affidabilmente rintracciarsi la soluzione implicita delle questioni processuali: ciò in virtù dei principi della logica e dei significati linguistici delle parole, a prescindere da qualsivoglia indicazione positiva.

Conformemente, seppur con sfumature argomentative diverse, F.Lancellotti, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia*, op.cit., p.475; B.Lasagno, *Premesse per uno studio sull'omissione di pronuncia nel processo civile*, Riv.dir.proc., 1990, p.454; D.Buonicristiani, *Giurisdizione, competenza, rito e merito*, Riv.dir.proc., 1994, p.150.

⁴⁷⁴Cfr.B.Lasagno, *Premesse per uno studio sull'omissione di pronuncia*, op.cit., p.462. Il fatto che il giudice abbia statuito sulla *res in iudicium deducta* significa ch'egli aveva precedentemente escluso la presenza di qualsivoglia impedimento processuale. La decisione implicita (e positiva) sui presupposti processuali è quindi ricavabile dalla costruzione logico-giuridica della sentenza di merito, che porta a riconoscere alle questioni di rito l'unica soluzione compatibile con la prosecuzione del giudizio sul bene della vita controverso (p.454, spec.nt.8, nonché 462).

Conformemente D.Turroni, *La sentenza civile*, op.cit., p.123 per il quale la decisione delle questioni processuali, quando non esplicita, è comunque implicitamente contenuta nella decisione di altri temi posteriori nell'ordine di esame. "*Tertium non datur*", chiosa l'Autore: "*nel senso che la omessa decisione su questione non è contemplata dall'ordinamento*".

Contra C.Delle Donne, *L'art.37 cp.c. tra giudicato implicito ed "evoluzione in senso positivo della giurisdizione"*, op.cit., p.743, per la quale la struttura della sentenza non si fonda sull'alternatività decisioni esplicite/decisioni implicite. Bensì su quella emersione/decisione della questione e non emersione/mancata decisione: *tertium non datur*. Ciò troverebbe conferma, a contrario, nel regime della preclusione *in limine litis* della competenza (art.38 c.p.c.) a confronto con la rilevabilità officiosa illimitata prevista per altre questioni processuali. A rigore, la teoria del doppio oggetto consentirebbe di riconoscere in ogni sentenza di merito anche un'attestazione implicita della competenza. La conclusione, ammette l'Autrice, potrebbe in astratto anche sostenersi nonostante le preclusioni ex art.38 c.p.c.: ciò a patto di ritenere che il mancato rilievo nei termini equivalga ad una decisione implicita in senso non impediente. Tuttavia ciò importerebbe di ritenere che la sentenza di merito sia impugnabile nella parte ove afferma, per implicito, la giurisdizione: ciò che invece è istituzionalmente negato proprio in virtù del regime preclusivo che assiste l'art.38 c.p.c.. "*Il che, evidentemente, toglie ogni ragion d'essere alla figura della decisione e del giudicato impliciti*" (p.743).

Condivide le riflessioni dell'Autrice sull'impatto dell'art.38 c.p.c. sugli studi del giudicato implicito A.A.Romano, *Contributo alla teoria del giudicato implicito*, op.cit., p.1295.

⁴⁷⁵Cfr. G.Pugliese, *Giudicato civile*, Enciclopedia del diritto, 1969, p.865. L'autore individua

... e rispettive criticità L'apparente rigore del tritico "doppio oggetto del processo - ordine della pregiudizialità rito/merito - giudicato implicito sui presupposti processuali" non tragga in inganno. Numerose ed accorate furono punto le critiche riservate dagli interpreti⁴⁷⁶.

nel giudicato implicito un riflesso degli approfondimenti teorici sulla latitudine della controvertoria effettivamente discussa tra le parti. Essa ricomprende, di necessità, non solo le questioni esplicitamente decise: bensì anche quelle, inesprese, che vi siano logicamente presupposte.

Favorevoli al giudicato implicito sui presupposti processuali altresì E.Betti, *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione d'incompetenza territoriale*, Riv.dir.proc.civ., 1927, p.13 e ss, nonché F.Lancellotti, *Variazioni dell'implicito*, op.cit., p.479 e ss..

L'opinione non è tuttavia pacifica tra gli interpreti. Pur tra i sostenitori della rinvenibilità, in ogni sentenza di merito, di un'implicita decisione sulle questioni pregiudiziali di rito, non è infatti unanime la convinzione ch'essa possa anche passare in giudicato per acquiescenza. A ciò si opporrebbe il regime di rilevabilità officiosa in ogni stato e grado che scorta la più parte di quelle questioni. La controvertibilità illimitata sarebbe infatti ridotta ad un *nullius* laddove, a fronte della prima pronuncia di merito, e dinnanzi all'inerzia censoria delle parti, tutte le decisioni implicite maturasse una preclusione *pro iudicato* (cfr. N.Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili*, op.cit., p.103; A.A.Romano, *Contributo alla teoria del giudicato implicito*, op.cit., p.1297; G.Basilico, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art.37 c.p.c.*, Il giusto processo civile, 2009, p.273; C.Delle Donne, *L'art.37 cp.c. tra giudicato implicito ed "evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione"*, op.cit., p.743; M.Pacilli, *Note in tema giudicato implicito sulla giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 2010, p.595). Secondo questi Autori la regola della rilevabilità officiosa in ogni stato e grado impedisce alle statuizioni implicite sui presupposti processuali di divenire incontrovertibili laddove il processo prosegua nelle fasi di gravame. Esonera pertanto la parte soccombente su quelle statuizioni implicite (in ipotesi, il vincitore sul merito) a farne oggetto di apposite impugnative.

L'unica questione della quale potrebbe perciò ammettersi il passaggio giudicato implicito sarebbe la giurisdizione: ciò a voler condividere, come affermato da Cass., S.U., n.24883/2008, l'attenuazione del regime di rilevabilità officiosa illimitata che positivamente la contraddistingue (cfr. C.Delle Donne, *L'art.37 cp.c. tra giudicato implicito ed "evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione"*, op.cit., p.743).

Risulta chiaro dalle considerazioni svolte che quando il presente studio parla di giudicato implicito si riferisce ad un problema di preclusione da giudicato, c.d., interno. Si interroga, cioè, sulla possibilità che le statuizioni implicite sui presupposti processuali, contenute nella prima sentenza di merito, divengano incontrovertibili per i giudici delle successive fasi gravatorie.

Il tema non va confuso con il divieto (senz'altro vigente) per i giudici di successivi e diversi processi, di tornare sulle questioni processuali implicitamente risolte in un primo giudizio, al fine di inficiarne il *decisum*. Questa preclusione esterna (ossia in successivi e diversi giudizi sulla stessa materia) alla controvertibilità della questione processuale risolta, implicitamente, in un primo giudizio, non deriva dall'attitudine al giudicato di quella pronuncia. E' bensì un corollario della definitiva stabilità acquisita (col passaggio in giudicato) dalla prima sentenza di merito. Stabilità, quest'ultima, da giudicato materiale, che copre tutte le ragioni, pur non sollevate nel precedente processo, che potrebbero successivamente sconfessarne i risultati (secondo il principio per cui il giudicato copre il dedotto, ma anche il deducibile), cfr.S.Ziino, *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato "implicito" e di rilevabilità del giudicato esterno*, Riv.dir.proc., 2005, p.1397.

Per ulteriori approfondimenti sul rapporto tra giudicato implicito sui presupposti processuali e giudicato materiale sul dedotto e sul deducibile si rinvia a P.C.Tacchi-Venturi, *I limiti oggettivi del giudicato*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 1960, spec.p.1207.

⁴⁷⁶ Ai fini di un ordinato svolgimento ci si concentrerà, anzitutto, sui punti deboli della teoria del doppio oggetto del processo. Negare la struttura oggettiva bipartita del giudizio significa infatti privare di fondamento le dinamiche processuali che vi dipendono (l'ordine della

Si è dubitato, anzitutto, della compatibilità della teoria del doppio oggetto con la struttura del processo civile⁴⁷⁷. All'interno del nostro ordinamento la riduzione della componente cognitivo-decisoria del giudizio a due soli macro-oggetti (quello processuale sull'ammissibilità; quello sostanziale sulla fondatezza) è priva di fondamento, nonchè impropria⁴⁷⁸. La struttura obiettiva del giudizio prevede infatti, accanto alla definizione della lite, l'accertamento di condizioni di ritualità a tal punto diverse (quanto a *ratio* e presupposti) da impedirne l'accorpamento in una categoria unitaria⁴⁷⁹.

A nulla varrebbe richiamare una presunta asimmetria con il trattamento riservato alle diverse questioni preliminari di merito. La definizione di tali questioni non si limita, è vero, ad accertare il singolo fatto (estintivo, modificativo, impeditivo): si traduce, bensì, in una decisione sull'oggetto sostanziale nel senso dell'inesistenza del

pregiudizialità rito-merito; il giudicato implicito). Saranno comunque segnalate anche le criticità che investono direttamente quegli istituti (talune delle quali, con particolare riferimento al giudicato implicito, sono già state anticipate in nota n.472).

⁴⁷⁷In particolare, non potendosi ovviamente dubitare dell'esistenza di un oggetto sostanziale (coincidente con il merito della *res litigiosa*), si è discussa l'altra componente obiettiva: quella processuale.

Con ciò non si è certo inteso negare il fenomeno del c.d. accertamento sul processo. Sarebbe, del resto, pretesa illegittima, posto che l'ordinamento prevede la possibilità che siano emesse sentenze di rito (ad esclusivo contenuto processuale); e che ogni decisione sul merito possa avere anche un contenuto processuale. Ciò che si è inteso invece negare è la riconduzione di quell'accertamento ad un oggetto unitario. Si è messa quindi in discussione la struttura obiettiva bipartita del giudizio; nonchè le conseguenze ch'essa imprime all'*iter* giudiziale.

⁴⁷⁸Non esiste alcuna disposizione che prescriva al giudice l'accertamento del tema "ammissibilità" della domanda; o, per dirla con espressione Consoliana, l'accertamento del potere/dovere di decidere il merito. L'ordinamento prevede solo che, in occasione di eccezioni di parte, ovvero a seguito di rilievo officioso, possano sorgere questioni processuali singolari, il cui accoglimento determinerebbe il rigetto in rito della domanda. Non è invece prevista la possibilità di domandare al giudice l'accertamento dell' "unitario" oggetto processuale (cfr. D.Turroni, *Ammisibilità della domanda e accertamento giudiziale. Contro la teoria del doppio oggetto, op.cit.*, p.55 e ss.; IDEM, *La sentenza civile, op.cit.*, p.165; M.Fornaciari, *Note a caldo sull'ordine di esame, op.cit.*, p.4 per il quale il potere/dovere del giudice di decidere la domanda è "un ente artificioso e sovrannumerario, privo di alcuna ragion d'essere, che non sia proprio quella di fungere da supporto argomentativo alla pregiudizialità del rito sul merito").

Contra (ovviamente) C.Consolo, *Il cumulo condizionale op.cit.*, p.226, spec.nt.172.

⁴⁷⁹Al di là dell'inesistenza di una norma che si riferisca, legittimandolo, all' "unitario oggetto processuale" (v.nt.precedente), la sussunzione dei requisiti rituali sotto quell'univoca categoria appare comunque impropria. Essa frustrerebbe le peculiarità che connotano ciascun presupposto processuale (cfr. C.Ferri, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, Riv.dir.proc., 1966, p.419, per il quale gli elementi preposti alla ritualità del processo posseggono caratteristiche proprie, non riconducibili ad una formula unitaria). L'unico denominatore comune a tutti i presupposti processuali è dato dal rapporto di strumentalità con il merito della domanda.

Per questo le sentenze a contenuto (esclusivamente; parzialmente) processuale, lungi dal verificare la complessiva ammissibilità della domanda, si limitano ad accertare la singola condizione di trattabilità del merito oggetto dell'eccezione di parte o del rilievo officioso.

diritto. Ciò accade, tuttavia, perchè al fondo di ogni questione preliminare di merito (sia essa eccepita o rilevata d'ufficio) v'è sempre l'ambizione di verificare l'esistenza del bene della vita conteso, che orienta il giudice a trarre conclusioni atte ad offrirvi disciplina sul piano sostanziale⁴⁸⁰. Analoghe conclusioni non possono trarsi sul piano delle questioni pregiudiziali di rito. A determinare la conclusione del processo irrituale è sufficiente il difetto di una sola condizione pregiudiziale. Non v'è perciò ragione di ritenere che dietro alla richiesta di verificare un presupposto si celi quella circa l'ammissibilità complessiva della domanda. Dal punto di vista della tutela (dai processi irrituali) è pienamente soddisfacente la sentenza che accerti il difetto di una sola tra le più condizioni di trattabilità del merito⁴⁸¹.

In conclusione, il fenomeno dell'accertamento sul processo deve essere spiegato limitando l'oggetto delle sentenze a contenuto (esclusivamente; parzialmente) processuale alla singola questione di rito sollevata nel corso del giudizio. Dev'essere invece rifuggita la tendenza ad estenderne i confini al più ampio e comprensivo tema dell'ammissibilità della domanda: tema che l'ordinamento non richiede sia, nel complesso, verificato.

Negare l'esistenza di un oggetto processuale unitario, e del dovere giudiziale di accertarlo, significa delegittimare (oltre che la teoria del doppio oggetto, altresì) l'istituto del giudicato implicito sui presup-

⁴⁸⁰Con ciò non s'intende disconoscere il salto di qualità che, in termini di effettività della tutela, intercorre tra la soluzione di una mera questione preliminare e quella dell'intera lite (come ricordato da D.Turroni, *La sentenza civile, op.cit.*, p.165). S'intende solo affermare che tra le due statuizioni intercorra un rapporto di dipendenza tale da far sì che la prima sia direttamente orientata a consentire lo svolgimento della seconda, rappresentandone l'apparato argomentativo essenziale.

⁴⁸¹Ad identiche conclusioni, ma con diverse argomentazioni giunge M.Fornaciari, *Presupposti processuali, op.cit.*, p.102 e ss.. L'Autore nega l'esistenza di un oggetto processuale unitario richiamando la diversa efficacia dei fatti costitutivi e di quelli impeditivi/modificativi/estintivi. In particolare, sottolinea come l'accertamento dell'oggetto *de quo* debba passare, come accade per ogni fattispecie complessa, attraverso quello dei suoi elementi costitutivi. I fatti costitutivi dell'oggetto processuale sarebbero rappresentati dai presupposti rituali. Tuttavia il regime di emersione che caratterizza quei requisiti nel processo non si conforma alla loro (presunta) natura costitutiva. L'emersione è punto eventuale e dipendente dalle eccezioni di parte o, se ammessa, dalla rilevazione officiosa. Oltre a ciò, riconoscere nei presupposti processuali gli elementi costitutivi del corrispondente oggetto significherebbe imporre al giudice di passarne in rassegna ciascuno in sede argomentativa. Ciò importerebbe una dilatazione irragionevole e diseconomica dei tempi processuali, non controbilanciata da meritevoli esigenze di effettività della tutela (v.*supra*, nel testo).

L'Autore afferma perciò che i presupposti processuali siano fatti impeditivi/modificativi/estintivi: ciò in conformità del regime di emersione (eventuale) che li connota. L'oggetto rispetto al quale esplicano quell'efficacia estintiva/modificativa/impediente è ricostruito dall'Autore in termini unitari: ossia comprensivi tanto dei profili di rito, quanto di quelli di merito del processo (sul punto v. più ampiamente *infra*,).

posti processuali. Logica impone infatti di ritenere che un fenomeno implicito intanto possa verificarsi in quanto si affianchi al suo equivalente esplicito. Se non v'è alcuna norma che imponga al giudice di pronunciarsi "espressamente" sull'ammissibilità della domanda (ossia sulla totalità delle condizioni di trattabilità del merito) non può certo assumersi l'esistenza di un corrispondente dovere "implicito".

Le sentenze di merito non tradiscono quindi alcun complessivo e silente accertamento dei presupposti processuali. Se una questione pregiudiziale di rito è stata risolta (a fronte dell'eventuale eccezione/rilevazione), ciò troverà manifestazione (necessariamente) espressa, puntuale e circoscritta in sede argomentativa.

La debolezza del sostrato teorico (la tesi del doppio oggetto del processo) non è tuttavia l'unico aspetto critico dell'istituto del giudicato implicito.

Ad esso si oppone, anzitutto, il dato normativo⁴⁸². Il regime illimitato ed officioso di rilevabilità che accompagna molti presupposti processuali si scontra infatti inconciliabilmente con l'incontrovertibilità determinata dal passaggio in giudicato dei relativi capi impliciti. E se quel regime può oggi dirsi attenuato, *praeter legem*, per la giurisdizione, non v'è ragione di estendere tali conclusioni anche alle altre questioni *litis ingressum impediennes*. Se di giudicato implicito potesse parlarsi, dovrebbero quindi limitarsene gli effetti alla *quaestio* di giurisdizione⁴⁸³.

I più accesi diverbi hanno tuttavia riguardato l'incompatibilità costituzionale del giudicato implicito. Quest'ultimo violerebbe gli artt.24 e 111 Cost. in due distinte occasioni. La prima si verifica quando il giudice, senza attivare alcun contraddittorio con le parti, si determini autonomamente e silentemente all'esclusione di impedimenti processuali⁴⁸⁴; la seconda è insita al concetto stesso

⁴⁸²V. *supra*, nt. n.475.

⁴⁸³Cfr. *Cass., S.U., 30/10/2008, n.26019*.

In dottrina, conformemente, L.Baccaglioni, *Ricorso incidentale subordinato e questioni pregiudiziali di rito, op.cit.*, pp.1085-1086. L'Autrice sostiene che il difetto di taluni presupposti processuali dia luogo a vizi ben più gravi di quelli derivanti da carenza di potestà giurisdizionale od incompetenza. La sentenza emessa in presenza di quei vizi (ad esempio, in violazione del contraddittorio per mancata integrazione del litisconsorte necessario) è punto *inutiliter data*. A quei vizi occorre pertanto continuare ad accordare rilevabilità illimitata ed officiosa; negando l'ingresso a quei meccanismi (quali il giudicato implicito) che ne sacrificano l'operatività in assenza di autorizzazione legislativa.

⁴⁸⁴Questo *modus procedendi* invisibile ed interiore, oltre a violare il diritto di difesa costituzionalmente garantito (art.24.2 Cost, cfr. G.Fanelli, *Sull'ordine di esame delle questioni nel processo, op.cit.*, par.9), non rispetta nemmeno la prescrizione ordinaria di cui all'art.101.2 c.p.c.. La norma, rubricata "Principio del contraddittorio", oggi prevede infatti che "*Se ritiene*

di decisione “implicita”. Una simil decisione è infatti fisiologicamente sprovvista di motivazione (il giudice tace non solo la determinazione finale, bensì anche i suoi passaggi argomentativi)⁴⁸⁵. Quello di motivare i provvedimenti giurisdizionali è tuttavia un obbligo costituzionale (art.111.6 Cost.). Oltre a ciò, è una condizione indispensabile per l’esercizio del diritto d’azione (art.24.1 Cost) nella sua forma impugnatoria. Nessuna critica censoria può, per natura, maturare né esprimersi nei confronti di un provvedimento di cui non siano noti i passaggi argomentativi; ossia le ragioni logico-giuridiche-fattuali che abbiano indotto il giudice a concludere in un senso o nell’altro⁴⁸⁶.

Ma non è tutto. A ben guardare il giudicato implicito non sembra nemmeno attendere le ambizioni sottese ai suoi presupposti fondanti (la teoria del doppio oggetto e l’ordine della pregiudizialità rito/merito). Questi ultimi, secondo i sostenitori, si premurano di garantire che ogni decisione di merito sia preceduta da una verifica circa la ritualità del giudizio. Rispetto a ciò si è obiettato che l’espedito del giudicato implicito, lungi dal garantire quella verifica, ne incentiverebbe l’omissione. Il rischio è infatti quello che la consapevolezza circa la rinvenibilità, in ogni decisione di merito, di un capo implicito (di rigetto) delle questioni processuali, possa de-responsabilizzare i giudici al relativo accertamento⁴⁸⁷. A questo

di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.

⁴⁸⁵ “Non v’è pronuncia implicita che per ciò stesso non appaia anche immotivata” secondo B.Lasagno, *Premesse per uno studio sull’omissione di pronuncia*, *op.cit.*, p.454. Conformemente V.Petrella, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, *Riv.dir.proc.*, 2009, p.1071 per la quale le decisioni implicite sono ontologicamente prive di motivazione.

⁴⁸⁶ Cfr. G.G.Poli, *Le S.U. e l’art.37 c.p.c.*, *op.cit.*, p.811.

⁴⁸⁷ Di questo avviso G.G.Poli, *Le S.U. e l’art.37 c.p.c.*, *op.cit.*, p.81, per il quale riconoscere in ogni decisione di merito una pronuncia attestante i presupposti processuali (nello specifico si trattava proprio della questione di giurisdizione) sarebbe frutto di un’indebita *fictio*: si forzerebbe la sentenza a dire ciò ch’essa non dice.

Conformemente M.Fornaciari, *Presupposti processuali*, *op.cit.*, p. 183 e M.Pacilli, *Note in tema giudicato implicito sulla giurisdizione*, *op.cit.*, p.610. Secondo gli Autori la sentenza di merito non offre alcuna garanzia circa la pregiudiziale verifica della ritualità del processo. Sul piano logico, se anche fosse dato rinvenire una dipendenza tra gli accertamenti, che il giudice si sia espresso sulla questione “a valle” perchè certo dell’esistenza di quella “a monte”, o perchè l’abbia semplicemente trascurata, sono ipotesi egualmente possibili.

effetto negativo sull'operato dei giudici se ne aggiungono altri di diretto impatto sul funzionamento del sistema processuale. L'istituto del giudicato implicito, oltre ad eliminare in radice il vizio da omesso esame di questioni⁴⁸⁸, rischia di ingenerare una diseconomica proliferazione dei giudizi impugnatori. La scomposizione della sentenza di merito in tanti capi (impliciti) quanti sono i presupposti processuali che il giudice non potrebbe (secondo tale teoria) non aver verificato, obbligherebbe le parti soccombenti su quei capi⁴⁸⁹ a farne oggetto di apposita impugnazione. Ciò al fine di vincere l'acquiescenza ex art.329.2 c.p.c.⁴⁹⁰.

Da qualunque prospettiva vi si guardi, anche l'istituto del giudicato implicito (così come il suo sostrato teorico⁴⁹¹) difetta quindi di capacità persuasiva.

Le conclusioni sembrano, a questo punto, obbligate. Una volta confutati fondamento⁴⁹² e corollari⁴⁹³, anche l'ordine della pregiudizialità rito-merito (art.276.2 c.p.c.) sembrerebbe dover cedere il passo a diverse soluzioni circa la sequenza del giudizio.

Ciò nonostante l'indagine successiva, nell'esplorare la dinamica del giudizio, non assumerà un atteggiamento preconconcettualmente negativo (ossia senz'altro esclusivo della tenuta di quell'ordine). Essa si premurerà soltanto di ricostruire l'*iter* giudiziale interrogando la pluralità di esigenze sottese alle domande di giustizia. Nella totale libertà, quindi, da condizionamenti di tipo dogmatico, ma senza pregiudizio alcuno circa gli esiti raggiungibili.

Accusano il giudicato implicito di frustrare la *ratio* garantista sottesa all'ordine rito/merito ex art.276.2 c.p.c. altresì D.Turroni, *La sentenza civile, op.cit.*, p.128; S.Izzo, *Sui limiti del ricorso incidentale condizionato, op.cit.*, p.2734; V.Petrella, *Osservazioni minime, op.cit.*, p.1094; C.Delle Donne, *L'art.37 cp.c. tra giudicato implicito ed "evoluzione in senso positivo della giurisdizione", op.cit.*, p.752.

⁴⁸⁸Vizio che dà corpo ad uno dei più frequenti motivi di ricorso in Cassazione; e che è stato mantenuto, seppur con alcune modifiche, anche nel riformato art.360 n.5 c.p.c. (inciso dal decreto sviluppo), cfr. M.Fornaciari, *Presupposti processuali, op.cit.*, p.184; M.Pacilli, *Note in tema giudicato implicito sulla giurisdizione, op.cit.*, p.611; IDEM, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione incidentale condizionata, op.cit.*, p.1265. Il giudice che avesse deciso il merito si sarebbe pronunciato su tutto ciò su cui aveva obbligo di decidere: motivo per cui le censure possono colpire soltanto il contenuto di ciò che ha deciso.

⁴⁸⁹Tra queste, soprattutto, il vincitore nel merito. Costui sarebbe, nonostante la vittoria pratica, soccombente su ciascun capo implicito di rigetto degli impedimenti processuali.

⁴⁹⁰Criticità rilevata da D.Turroni, *La sentenza civile, op.cit.*, p.129.

⁴⁹¹Ci si riferisce, ovviamente, alla teoria del doppio oggetto del processo (v.*supra*, nel testo).

⁴⁹²Si tratta della teoria del doppio oggetto del processo.

⁴⁹³Ossia il giudicato implicito sui presupposti processuali.

Note metodologiche e nuovi approcci ermeneutici Molto spesso l'impressione che si riceve dagli studi favorevoli all'ordine logico della pregiudizialità è che l'eco delle elaborazioni tradizionali⁴⁹⁴ si sia ormai calcificato quale pietra miliare imprescindibile, sulla quale modellare ogni deduzione successiva. Come a dire che l'idea che i presupposti processuali siano requisiti necessari per la decisione sul merito, e debbano perciò essere verificati con priorità, sia assunta quale postulato verificato o comunque non bisognoso di dimostrazione. Quando invece tanto la tenuta di quell'ordine, quanto la sua premessa, necessitano di una ricostruzione autonoma e convincente⁴⁹⁵.

Il tema dell'ordine di esame delle questioni e, quindi, degli aspetti strutturali della sentenza, dev'essere affrontato con riguardo al sistema processuale generale. Come le attività delle parti, anche quelle del giudice devono rispettare le diverse esigenze che presidono lo svolgimento del giudizio civile. Ossia gli obiettivi di economicità, ragionevole durata, effettività della tutela; strumentalmente accompagnati dai meccanismi delle preclusioni e dell'acquiescenza, nel (tendenziale) ossequio dei canoni costituzionali del giusto processo.

Di tutte queste indicazioni occorre tenere conto quando si ricostruisce la dinamica dell'accertamento, considerato l'impatto ch'essa può avere nel consentire decisioni più o meno celeri, più o meno economiche, più o meno rispondenti alle esigenze di tutela delle parti. In sintesi, più o meno efficienti .

⁴⁹⁴Ci si riferisce agli studi della dottrina germanica, poi recepiti ed affinati da quella patria, sulla categoria dei presupposti processuali quali requisiti indefettibili per l'esistenza del processo; o, più precisamente, per l'emissione di una sentenza di merito (v. *supra*, nt.n.451).

⁴⁹⁵Condividere, come appare doveroso ed imprescindibile, l'importanza di un momento verificativo in cui il giudice saggi il retto funzionamento del giudizio non significa affermare la necessità di un controllo prioritario di tutti i presupposti processuali previsti dall'ordinamento. L'indispensabilità di quest'ordine dev'essere dimostrata, anche perché non tutti i presupposti processuali sembrano svolgere quella funzione di garanzia che normalmente si attribuisce alla categoria (sul punto v. più ampiamente *infra*, par.5.1.2.). Giustificare la scansione d'esame rito-merito con la capacità di riflettere l'ontologica essenza dei presupposti processuali significa quindi compiere un'acritica accettazione; quasi si trattasse, non di una dinamica concettualmente autonoma, bensì di un corollario della definizione dogmatica dei presupposti processuali.

La perplessità è condivisa da M.Fornaciari, *Note a caldo sull'ordine di esame*, *op.cit.*, p.1. L'Autore scorge al fondo delle teorie sull'ordine esaminatorio rito/merito una petizione di principio nella quale il rapporto logico-causale tra la definizione ed il fenomeno si troverebbe ribaltato. La prima, invece che sublimare, sintetizzandola, la dimostrazione del secondo, ne rappresenterebbe invece la causa: e verrebbe in sé stessa assunta quale verità preconcepita (*"Che per dirla ancora più chiaramente, l'idea che l'esame dei presupposti processuali debba sempre e comunque precedere quello del merito, più che il frutto di una ricostruzione autonomamente maturata e poi tradotta nella predetta definizione, rappresenti viceversa il corollario di quest'ultima, pregiudizialmente ed acriticamente recepita"*, p.1).

5.1.2 L'ordine del caso concreto: sequenze variabili ma non per questo irrazionali

Premesse L'ordine logico della pregiudizialità rito-merito, nella sua esclusività e rigidità, riflette un'idea del rapporto tra diritto sostanziale e processo che non si ritiene di condividere. Fintanto che al processo si accordi un'essenziale funzione riparatrice, identificandolo in uno strumento di secondo grado volto a rimediare le crisi del diritto sostanziale ristabilendo il diritto obiettivo, diviene giocoforza strutturarne lo svolgimento secondo quella scansione. Il processoriparatore, prima di preoccuparsi del diritto sostanziale, deve preoccuparsi di sè stesso: solo attraverso un retto funzionamento può infatti attendere alla sua funzione rimediale.

Se invece si avvalora l'idea che il processo abbia una funzione essenzialmente strumentale rispetto alla lite che ne costituisce l'oggetto, e si identifica quella funzione nella garanzia della giustizia sostanziale, le variabili in considerazione mutano notevolmente. A quel punto, infatti, l'*iter* processuale si modella sulle esigenze che concorrono a realizzare l'idea di "giustizia". Tra quelle non v'è soltanto la ritualità del giudizio "contenente": ad essa si aggiungono la speditezza del processo, l'economicità delle risorse impiegate, l'aderenza alle richieste delle parti, l'effettività della tutela. Così, se quelle esigenze possono essere soddisfatte più efficacemente prescindendo dai canoni della logica formale (la pregiudizialità rito-merito), e senza lesione alcuna delle ragioni giuridiche delle parti, il giudice non solo può, ma deve superare quei canoni e conformare il regolamento concreto del processo alle attese della giustizia sostanziale⁴⁹⁶.

Già queste affermazioni rivelano con chiarezza un dato. Prescindere dall'ordine fisso ed immutabile rito-merito non significa necessariamente affidare la direzione del processo all'irrazionalità ed all'imprevedibilità del caso⁴⁹⁷. Quella di ordinare l'*iter* giudiziale secondo criteri razionali (e, perciò, affidabili) è una necessità assolutamente condivisa. Negandone l'applicabilità generale, non s'intende nemmeno escludere che l'ordine rito-merito possa in alcuni casi anche ricorrere⁴⁹⁸. Ciò che invece non si condivide è la riduzione dei criteri ordinatori ad un rigido schema bipartita, le cui due uniche coordinate siano la natura, di rito o di merito, delle questioni coin-

⁴⁹⁶Cfr. *Cass.*, 27/07/1964, n. 2110.

⁴⁹⁷Prospettiva, quest'ultima, che s'era peraltro già esclusa, v.nt.n.461.

⁴⁹⁸V. *infra*, nel testo.

volte⁴⁹⁹.

L'individuazione dell'ordine di esame delle questioni presuppone perciò quella dei parametri che dirigono il giudizio lungo i binari della giustizia sostanziale⁵⁰⁰.

Al fine di ricostruire quei criteri occorre fare un passo indietro e fissare alcune premesse d'indagine. Si è detto⁵⁰¹ che la teoria del doppio oggetto del processo, sulla quale l'ordine rito-merito si fonda, non è in grado di interpretare la struttura cognitivo-decisoria del processo civile. Non si è detto, tuttavia, quale composizione connota quella struttura⁵⁰².

Si ritiene che l'oggetto del processo, lungi dallo scindersi in due componenti, sia invece unitario e comprenda sia il diritto sostanziale di cui è ambita tutela (*ergo* gli aspetti di merito della lite), sia il diritto ad ottenere quella tutela (*ergo* i profili rituali del giudizio)⁵⁰³.

⁴⁹⁹Il suggerimento promana da M.Fornaciari, *Brevi note su chiamata in garanzia e ordine di esame tra presupposti processuali e valutazioni di merito*, *op.cit.*, p.420; IDEM, *Note a caldo sull'ordine di esame*, *op.cit.*, p.2.

⁵⁰⁰La critica all'ordine della pregiudizialità rito-merito sarebbe poco convincente e scientificamente inutile se si limitasse a considerazioni distruttive. Al fine di rendersi efficace, essa deve dotarsi di una *pars reconstruens* che delinea una soluzione sostituibile a quella contraddetta.

⁵⁰¹Par.5.1.1.

⁵⁰²Si tratta di un passaggio che occorre svelare perchè gravido di conseguenze rilevanti sull'ordine di esame delle questioni.

⁵⁰³L'opinione trova il conforto di Autorevole dottrina. La tesi sulla natura unitaria del processo anima infatti l'intera trattazione monografica di M.Fornaciari, *Presupposti processuali*, *op.cit.*.

La struttura unitaria del processo presuppone, dal punto di vista teorico, il riconoscimento di un preciso rapporto tra il diritto sostanziale e l'azione con cui viene fatto valere nel processo.

Astrattamente quel rapporto può essere ricostruito in due modi. Il primo separa nettamente i piani tra il diritto sostanziale e l'azione. Questa teoria, c.d., "separatista", riconosce al diritto sostanziale un *quid* apprezzabile solo al di fuori del processo; all'azione, invece, un contenuto ed una vitalità esclusivamente processuali (riducendola, in questo senso, all'insieme di norme, atti, posizioni giuridiche spettanti alle parti del processo). Questa netta distinzione concettuale tra il diritto sostanziale e l'azione (intesa come diritto ad una pronuncia giudiziale, quale che sia) è gravida di conseguenze rilevanti sia sulla struttura obiettiva che sull'*iter* dell'accertamento giudiziale. Essa porta ad assegnare al giudizio un duplice oggetto volto a verificare, da un lato, gli elementi costitutivi del diritto sostanziale (oggetto sostanziale); dall'altro quelli dell'azione (oggetto processuale). Porta inoltre a sequenziare quei due oggetti secondo un preciso ordine d'esame. E' chiaro infatti che se l'azione è lo strumento attraverso il quale un diritto viene portato in giudizio, prima ancora di verificare che il diritto esista, occorre appurare che l'azione sia idonea a rappresentarlo. Il che, in concreto, si traduce nell'anteposizione dell'oggetto processuale (comprensivo delle questioni di rito) a quello sostanziale (comprensivo delle questioni di merito).

Ma v'è di più. La teoria separatista produce ripercussioni dirette anche sull'ordine interno alle questioni di merito (preliminari e di merito in senso stretto). Se infatti il diritto è dotato di un *quid* esistenziale, apprezzabile sul piano sostanziale, questa è la prima condizione che (dal punto di vista delle valutazioni di merito) il giudice deve verificare. Pertanto, se nel corso del processo dov'esse essere accettata la prescrizione, ed il suo accertamento dov'esse risultare più liquido rispetto a quello della fattispecie costitutiva del diritto, il giudice non potrebbe comunque darvi corso prioritario. Non potrebbe infatti affermare, in sede pro-

Se così è (se, cioè, tutte le questioni sorte nel processo ne compiono, paritariamente, l'unico oggetto) è chiaro che nessuna gerarchia d'ordine può fondarsi sulla categorizzazione rito/merito⁵⁰⁴. Quest'ultima deve pertanto dismettere ogni posizione centrale nella materia dell'ordine di esame; e relegarsi (eventualmente) al ruolo collaterale di uno dei più criteri direttivi⁵⁰⁵.

L'ordine che il giudice deve seguire nell'accertare l'unitario oggetto

cessuale, l'estinzione di un diritto del quale, sul piano sostanziale, non abbia mai appurato l'esistenza.

Una diversa (e preferibile, ad avviso di chi scrive) teoria ricostruisce invece il rapporto tra diritto ed azione in termini unitari. Essa nega la distinzione netta tra il diritto originario (dotato di consistenza autonoma in una dimensione separata dal processo) e l'azione (quale momento, per così dire, "dinamico" di quel diritto). Il diritto è l'interesse che viene rappresentato innanzi al giudice e che, proprio per questo, si concreta nell'azione. Nel momento in cui la posizione giuridico-sostanziale (poichè controversa) è fatta valere in giudizio, diritto ed azione si fondono nell'unitario oggetto processuale. Pertanto, a lite pendente, tra il diritto azionato e l'azione non è più possibile distinguere un *prius* ed un *posterius*. L'oggetto del processo è unitario e li ricomprende entrambi.

La teoria (c.d. "unitaria") valorizza l'aspetto sostanzialistico del diritto d'azione quale diritto ad ottenere una tutela di merito. Anch'essa, come la teoria separatista, è gravida di conseguenze rilevanti (oltre che sulla struttura oggettiva) sull'*iter* di giudizio.

Poichè è questa la teoria alla quale si intende aderire, in tema di rapporto tra diritto ed azione, per le conseguenze sulla dinamica del processo si rinvia al proseguo della trattazione (v. *infra*, nel testo).

⁵⁰⁴Lo ricorda D. Turroni, *La sentenza civile, op.cit.*, p.113. Se (come suggerisce la teoria unitaria del rapporto tra diritto ed azione) l'oggetto del processo è unico, tutti i requisiti, sia sostanziali che processuali, sono requisiti costitutivi di quell'oggetto, posti su un piano di parità non gerarchizzabile a seconda della rispettiva natura. *"In definitiva, l'oggetto del processo assurge a situazione complessiva, consistente nel diritto alla tutela giurisdizionale: "diritto" della cui fattispecie partecipano, su un piano strutturale di parità, sia gli elementi di diritto sostanziale che quelli di diritto processuale"* (*op.cit.*, p.114).

⁵⁰⁵Ancora più radicale la posizione di M. Fornaciari in *Note a caldo sull'ordine di esame, op.cit.*, p.2. In quella sede l'Autore ammonisce circa la necessità di abbandonare completamente, nello studio sull'ordine di esame, la categorizzazione rito/merito. Ciò per due ragioni.

Anzitutto perchè è impropria. In particolare, la categoria dei presupposti procesuali (questioni pregiudiziali di rito) non è in grado di tradurre un'essenza comune a tutti gli elementi che vi sono ricondotti. Singolarmente considerati, essi rispondono punto ad una pluralità di *rationes* diverse, irriducibili ad unità.

Oltre a ciò, la categorizzazione rito-merito è fuorviante. Molto spesso, infatti, essa tradisce in realtà una pre-adesione alla soluzione che assume l'esistenza di un ordine generalizzato di esame ("o se non altro, una, magari, inconsapevole, inclinazione in tal senso", cit., p.3). Raggruppare le questioni in categorie ("che si rapportano tra loro appunto in quanto categorie", cit., p.2) significa dare per scontato che l'appartenenza all'una o all'altra categoria sia rilevante ai fini dell'ordine di esame: mentre ciò è quanto si deve, appunto, verificare. L'utilità della categorizzazione non è confortata nemmeno dall'esperienza pratica delle Corti. Quando i giudici sono investiti del potere/dovere di decidere, non ragionano in termini rito/merito. Ragionano di giurisdizione, competenza, litispendenza, fatto costitutivo X, fatto costitutivo Y, fatto estintivo Z, fatto impeditivo W. Affrontano, cioè, singoli punti critici (*rectius*: questioni) della vicenda processuale: non il suo "rito" o il suo "merito" (ciò che i sostenitori della teoria del doppio oggetto identificavano nell' "ammissibilità" e nella "fondatezza" della domanda). E quando rigettano la domanda lo fanno perchè riscontrano il difetto di competenza, la mancata prova del fatto costitutivo Y, la presenza di quello impeditivo W: non perchè il processo sia, nel complesso, irrituale, o perchè il diritto non esista.

del giudizio deve invece conciliare la pluralità di interessi sottesi al suo svolgimento. Da un lato v'è quello privato delle parti, scomponibile nell'ambizione dell'attore ad ottenere l'accoglimento della domanda nel merito ed in quello del convenuto a conseguire il rigetto più stabile e celere possibile. Dall'altro v'è l'interesse pubblico al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, coniugato alle esigenze di economia e certezza del diritto. Ognuna di queste tensioni deve trovare rispondenza nei criteri che scandiscono le attività giudiziali.

Tenendo conto di queste premesse, i primi approfondimenti teorici ricostruiscono l'ordine di esame delle questioni in funzione della direzione assunta dal giudizio. A seconda, quindi, che l'esito preannunciato fosse quello di una decisione favorevole all'attore ovvero al convenuto⁵⁰⁶. Per quanto non si condivida l'opportunità di riconoscere al processo una dinamica diversa in funzione degli esiti decisorii, si tributa a quegli studi l'indiscusso merito di avere individuato correttamente i termini del ragionamento, ponendo le premesse per un loro sistematico ammaestramento. Verranno perciò brevemente ripercorsi quegli approfondimenti al fine di evidenziarne gli approdi utili alla corretta ricostruzione dell'ordine d'esame delle questioni⁵⁰⁷.

L'ordine di esame nella prospettiva dell'accoglimento o del rigetto della domanda Come anticipato, i primi approfondimenti critici sul tema dell'ordine delle questioni nel processo civile hanno percorso due direttive. La prima ha indagato quell'ordine all'interno dei processi favorevoli all'attore; la seconda in quelli soddisfacenti le attese del convenuto.

Secondo questa impostazione, il giudice che intenda risolvere la causa in favore dell'attore deve scandire l'accertamento secondo l'ordine rito-merito⁵⁰⁸. L'ambizione attorea è volta ad ottenere l'accoglimento

⁵⁰⁶Il riferimento corre all'opera monografica di M.Fornaciari, *Presupposti processuali, op.cit.*.

⁵⁰⁷Come si vedrà, sarà proprio lo stesso Autore della tesi che assegna rilevanza alla direzione finale del processo (Michele Fornaciari) a concludere, negli anni successivi, che i criteri che ordinano l'accertamento possano dirigere ogni sviluppo processuale (così in *Note a caldo sull'ordine di esame, op.cit.*). L'individuazione di quelle regole passa tuttavia attraverso l'approfondimento del tema nella duplice prospettiva della decisione favorevole all'attore o al convenuto. Ecco perchè si sceglie di ripercorrerne i termini.

⁵⁰⁸Si parla di sentenze "favorevoli" all'attore e non di sentenze di "accoglimento" perchè le prime non si esauriscono nelle seconde. Tra le decisioni favorevoli all'attore, oltre alle sentenze definitive di accoglimento, vi sono anche quelle non definitive su una parte del merito. Dal punto di vista dell'ordine esaminatorio valgono, per entrambe, le medesime considerazioni (v. *infra*, nel testo ed in nt.506).

della domanda, ossia una definizione incontrovertibile del proprio assetto di interessi sostanziali. Una simil tutela non può essere accordata in assenza dei requisiti processuali prescritti per la sua pronuncia. L'ordinamento non può punto tollerare che i rapporti giuridici sostanziali siano (in tutto, ma anche in parte) definiti incontrovertibilmente in giudizi non verificati sul rito⁵⁰⁹.

Se invece il giudizio volge a favore del convenuto, l'individuazione dell'ordine esaminatorio si fa più articolata. Innanzitutto deve escludersi che si tratti di quello rito-merito. Le esigenze che, in previsione di una decisione favorevole all'attore, giustificano la necessità di quella sequenza, non ricorrono nella prospettiva del rigetto della domanda. Al convenuto non importa che quel rigetto sia pronunciato in presenza di tutti i presupposti processuali fondanti: ciò che conta, ai suoi fini, è che la domanda sia respinta nel più breve tempo possibile perchè infondata⁵¹⁰. Potrebbe allora sostenersi che, in pre-

⁵⁰⁹Cfr. M.Fornaciari, *Presupposti processuali, op.cit.*, pp.30-31-32 e, successivamente, 65. In questo caso, quindi, l'ordine rito-merito coniuga l'ambizione dell'attore all'accoglimento della domanda di merito con l'interesse pubblico a garantire che simili decisioni siano prese all'interno di giudizi ritualmente instaurati.

Ovviamente il presupposto sulla base del quale si equipara, dal punto di vista dell'ordine esaminatorio, il trattamento delle sentenze definitive a quello delle sentenze non definitive sul merito, è che queste ultime siano considerate idonee al giudicato sostanziale. O comunque ad una efficacia extraprocessuale che si traduca nella stabilità dell'assetto di interessi definito in quelle pronunce. Se invece le sentenze non definitive sul merito fossero considerate efficaci solo a livello endoprocessuale (con la conseguenza che, se il processo in cui sono state emesse dovesse estinguersi, le questioni che risolvono potrebbero decidersi *ex novo* in un successivo giudizio) allora varrebbero considerazioni parzialmente diverse. In particolare occorrerebbe distinguere a seconda che il difetto del presupposto processuale in questione integri un vizio sanabile o insanabile. Se infatti il giudice dovesse emettere una sentenza non definitiva di merito, e poi accertare la mancanza di un presupposto insanabile, il processo sarebbe concluso, la decisione sul merito perderebbe efficacia e nell'eventuale successivo giudizio la questione processuale si riaprirebbe impregiudicata. In questo caso non vi sarebbe motivo di ritenere che le questioni di rito (che sottintendono vizi insanabili) debbano essere esaminate con priorità rispetto al merito (p.65). Viceversa, se il vizio fosse stato sanabile, il processo sarebbe proseguito (poichè l'attore avrebbe potuto conseguire successivamente quella condizione) e la precedente decisione non definitiva di merito, ancorchè emanata in assenza di un presupposto processuale, sarebbe risultata vincolante. In questo caso occorre pertanto che l'ordine rito-merito sia sempre rispettato (per maggiori chiarimenti si rinvia ai casi pratici descritti nella nt. n. 59, p.31 di *Presupposti processuali, op.cit.*).

⁵¹⁰L'opinione è avversata da A.Squazzoni, *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale su questioni di rito, op.cit.*, p.232. L'Autore sostiene che la funzione di garanzia sottesa all'ordine rito-merito presieda identicamente a qualsiasi esito di giudizio; e sia anzi più sentitamente avvertita proprio nell'ipotesi di rigetto.

L'obiezione si condivide nelle argomentazioni, ma non nella soluzione. E' pur vero, infatti, che se i presupposti processuali fossero tutti indispensabili, l'ordine rito-merito dovrebbe essere rispettato, con funzione di garanzia, indipendentemente dai possibili esiti giudiziali. E' la premessa di questa conclusione ad inficiarsi in dubbio. Assumere che tutti i requisiti rituali del giudizio, sussunti sistematicamente nella categoria dei "presupposti processuali", siano perciò solo indispensabili, è fuorviante. Questo è il rischio sotteso ad ogni preconcepita categorizzazione. Come si dimostrerà, in sede di ordine di esame occorre ragionare sui singoli

visione del rigetto della domanda, l'ordine imposto al giudice sia addirittura invertito: antepoendo la verifica del merito a quella del rito egli potrebbe infatti riscontrare immediatamente l'infondatezza della domanda e su quella sola base concludere il giudizio⁵¹¹.

La soluzione sarebbe tuttavia sistematicamente inaccettabile ed eccessivamente semplificante⁵¹². Ed è così che, ragionando nella prospettiva del rigetto della domanda, gli interpreti hanno cominciato ad abbandonare le categorizzazioni schematiche (rito/merito) per preferire indagini libere da (spesso fuorvianti) rigidità concettuali⁵¹³.

Si è così affermato che l'accertamento che presiede al rigetto della domanda sia diretto (principalmente, seppur non esclusivamente⁵¹⁴) dal primato della ragione più liquida⁵¹⁵. Il giudice rigetta la domanda in base a quel requisito, processuale o di merito, che per primo accerti fare difetto. Questo *modus procedendi*, oltre a favorire l'interesse privato del convenuto (che, sia in termini di im-

presupposti, e sulle rispettive *rationes*. Se quelle dovessero rivelarne l'indispensabilità, non vi sarebbero problemi ad ammettere la precedenza dell'esame delle questioni processuali (dotate di quell'attitudine) rispetto a quella del merito. Se così non fosse, tuttavia, l'ordine esaminatorio dovrebbe avvalersi di criteri altri, indifferenti alla natura delle *quaestiones*.

⁵¹¹Queste affermazioni tradiscono una precisa convinzione teorica: quella inerente la diversa efficacia delle sentenze di rigetto in rito rispetto a quelle di rigetto nel merito.

Entrambe concludono il processo pendente, ma solo le seconde salvaguardano (una volta passate in giudicato) dalla possibilità di essere coinvolti in un successivo giudizio sullo stesso oggetto. Le prime, invece, impongono soltanto la sanatoria del presupposto mancante ai fini della riproposizione della domanda (impedendola in caso di mancata integrazione). Per questo si ritiene che l'interesse del convenuto volga prioritariamente al rigetto di merito, vista la maggiore stabilità di effetti ch'esso garantisce.

⁵¹²Le criticità sono segnalate da M.Fornaciari, *Presupposti processuali*, *op.cit.*, p.60.

Sottoporre il giudice al rigido schema merito-rito sconta una serie di rischi che l'ordinamento non può tollerare. Anzitutto quello che decisioni di merito, destinate ad impattare significativamente sui rapporti sostanziali, siano rese in assenza di presupposti processuali davvero fondanti (sulla funzione garantista di tutti od alcuni presupposti processuali si avrà presto occasione di tornare, *v.infra*, nel testo). Inoltre la verifica prioritaria sul merito potrebbe dilatare ingiustificatamente i tempi processuali, làdove, con eguale soddisfazione del convenuto (che, ad esempio, avesse manifestato la volontà di ottenere un immediato rigetto in rito), il processo avrebbe potuto concludersi accertando l'evidente difetto di un presupposto.

Non v'è infine il rischio, bensì l'inaccettabile certezza, che l'imposizione dell'ordine merito-rito renda superflua, a seguito della pronuncia d'infondatezza, la prosecuzione del processo sugli aspetti di rito. Per quanto non si ritenga che l'ordine rito-merito assolvà ad una funzione garantista inossidabile, non si può nemmeno accettare la sistematica eliminazione di ogni occasione di controllo circa la regolare instaurazione e conduzione del processo.

⁵¹³Come già anticipato (*v.supra*, in calce al par.5.1.1.), è proprio questo l'approccio che si ritiene possa più correttamente interpretare l'ordine d'esame nei processi civili.

⁵¹⁴*V.infra*, nel testo.

⁵¹⁵Cfr. M.Fornaciari, *Presupposti processuali*, *op.cit.*, pp.22, 62 e 65. Secondo l'Autore, poiché "nessun ordine di esame precostituito è configurabile per la prospettiva della decisione favorevole al convenuto, nè nel senso rito-merito, nè in quello merito-rito, appare evidente che il regime, al riguardo, non può che essere quello del c.d. primato della ragione (di rigetto) più liquida" (p.62).

pegno psicologico, quanto economico, intende liberarsi quanto prima della litispendenza), soddisfa anche quello pubblico. Celerità nella conclusione significa infatti risparmio di attività istruttorie e semplificazione motivazionale: in sintesi, economia dei giudizi⁵¹⁶.

Affidare la direzione del giudizio al primato della ragione più liquida, valorizzandone gli aspetti benefici in termini di soddisfazione del convenuto ed economia processuale, non significa escludere che un ordine d'esame possa mai imporsi. Significa accettare, però, che quell'ordine non sia universale, fisso, immutabile; e che, soprattutto, non ragioni per categorie. La dinamica dell'accertamento deve modellarsi sul caso concreto, ossia sulle peculiarità delle questioni venute, di volta in volta, in rilievo. Una simil prospettiva non deve destare alcuna preoccupazione. Ordine del caso concreto non significa ordine casuale. Anche la ricostruzione singolare della sequenza delle attività giudiziali può (*rectius*: deve) essere retta da parametri costanti e ripetibili (perciò affidabili e rassicuranti).

Tra questi il principale si fonda sulle *rationes* che animano i presupposti processuali⁵¹⁷. Individuarne la *ratio* significa svelarne il ruolo dal punto di vista delle garanzie della tutela. Ogni presupposto risponde infatti all'esigenza di assicurare all'accertamento il rispetto di determinate condizioni, più o meno indefettibili⁵¹⁸. Occorre quindi analizzare, attraverso la *ratio*, il contenuto di quelle

⁵¹⁶Principio, quest'ultimo, che come si è evidenziato anche nel corso di questa trattazione, sta vivendo un momento di gloria nella giurisdizione delle Supreme Corti.

⁵¹⁷Da questo punto della trattazione in poi l'utilizzo della categoria "presupposti processuali" non riflette più alcuna volontà categorizzante; essa viene utilizzata solo a scopo narrativo, per riferirsi ai requisiti che riguardano aspetti rituali della lite. Di essi verrà tuttavia fatta considerazione singolare, ed opportuna valorizzazione delle peculiarità che li connotano.

⁵¹⁸Senza pretesa d'esaurimento casistico, si svolgono alcuni esempi.

Alcuni requisiti processuali (la giurisdizione; la competenza per valore e materia) sono richiesti perchè in loro assenza il legislatore stima che la decisione abbia meno probabilità di risultare corretta. Altri sono richiesti, ai fini di una efficiente amministrazione della giustizia, al fine di garantire una distribuzione delle cause uniforme sul territorio e tendenzialmente coincidente con il luogo in cui è sorto il conflitto di interessi (competenza del territorio); o per evitare che le parti si scelgano i giudici (ci si riferisce, ancora, alla giurisdizione e questa volta alla competenza in genere, ossia anche per territorio). Altri ancora per garantire l'imparzialità del giudice (così la capacità del giudice sotto il profilo dell'assenza di motivi di ricusazione/astensione); per evitare inutili dispersioni di tempo ed energie processuali (interesse ad agire ed il giudicato); per evitare pronunce contrastanti che minino la certezza del diritto (si tratta ancora del giudicato); altri per assicurare a coloro che subiranno gli effetti della sentenza l'esercizio del diritto di difesa (il contraddittorio). Infine, taluni requisiti sono richiesti perchè in loro assenza sarebbe addirittura impossibile individuare la materia del contendere (la validità della domanda per ciò che concerne l'identificazione del diritto fatto valere).

Già queste prime note consentono di intuire che, alla luce delle diverse *rationes*, emergono delle priorità nell'esame dei vari requisiti: solo che non si pongono monoliticamente tra rito e merito (vale a dire fra tutti i presupposti processuali, da un lato, e quelli di merito, dall'altro), v.*infra*, in nt. successiva.

esigenze per stabilire se all'interno dei diversi presupposti esista una gerarchia fondata sul tipo di necessità di priorità ch'essi riflettono⁵¹⁹. Se questa indagine, necessariamente tagliata sul singolo presupposto (*ergo* sul caso concreto) rivelasse la priorità di alcuni requisiti rispetto ad altri, quelli dovrebbero essere esaminati per primi⁵²⁰.

⁵¹⁹L'espressione "tipo di necessità di priorità" è mutuata da M.Fornaciari, *Presupposti processuali*, *op.cit.*, p.165. Il suo significato apparirà più chiaro a seguito di una rappresentazione concreta degli equilibri gerarchici che possono intendersi, sulla base delle rispettive *rationes*, tra i requisiti che presiedono all'accertamento.

Si pensi, ad esempio, all'interesse ad agire. Esso è volto ad evitare il dispendio d'inutile attività processuale. Se così è, ritenere che il giudice debba attendersi ad accertarne la presenza o meno, quando la causa sia già matura per la decisione in merito (ma anche in rito) non avrebbe senso. Sarebbe, anzi, in contraddizione con la *ratio* stessa del presupposto. Perciò, se ad esempio il giudice s'avvedesse immediatamente della prescrizione del diritto, potrebbe anche omettere l'istruzione necessaria a verificare un interesse ad agire incerto e rigettare immediatamente nel merito la causa. L'interesse ad agire è dunque un requisito processuale a rilevanza "eventuale". Nel senso che rileva in quanto sia più liquido di qualunque altra ragione conclusiva del giudizio; in caso contrario può anche essere superato.

Considerazioni opposte valgono sul fronte della validità della domanda (sotto il profilo dell'individuazione del diritto controverso). Questo requisito è senz'altro prioritario rispetto ad ogni altro, sia di merito che di rito. Conoscere natura e contenuti della *res litigiosa* è punto fondamentale per incardinare il processo dinanzi al giudice corretto, ossia quello dotato di *potestas iudicandi* e competenza. La validità della domanda dev'essere perciò verificata con priorità assoluta rispetto ad ogni altro elemento, sia rituale che di merito.

La casistica esaminata consente ora di comprendere il significato della preferenza espressa da M.Fornaciari per l'espressione "gerarchia fondata sul tipo di necessità di priorità" dei requisiti, piuttosto che quella "gerarchia fondata sul tipo di interesse sottinteso". Non è infatti possibile ordinare l'esame delle questioni sulla base della natura (privata o pubblica) dell'interesse che le anima. Al di là delle difficoltà concettuali che s'incontrerebbero (in fondo, a bene guardare, tutti i requisiti processuali riflettono esigenze di natura pubblicistica), ciò che in realtà spesso accade è che l'anteposizione o la posticipazione dell'esame di un requisito soddisfi, contestualmente, l'interesse privato e quello pubblico. Si pensi al superamento del presupposto dell'interesse ad agire "illiquido". L'immediato rigetto della domanda per l'accertata prescrizione del diritto soddisfa, da un lato, l'interesse pubblico al risparmio di processi inutili; è però indubbio che anche il convenuto abbia un consimile interesse a non essere coinvolto in tali giudizi. Ecco perchè, nello stilare l'ordine d'esame delle questioni, occorre ragionare sul tipo di necessità di priorità che riflettono; e non, invece, sul tipo d'interesse che potrebbero sottintendere.

⁵²⁰In particolare M.Fornaciari (*Presupposti processuali*, *op.cit.*, p.166) individua due modelli di priorità cui ricollega l'attitudine a stabilire l'ordine esaminatorio dei presupposti. Può trattarsi di priorità ontologiche (nel senso del non poter non essere) o deontologiche (nel senso del dover essere).

Al primo modello riconduce, ad esempio, la giurisdizione e la competenza. Nell'ottica per la quale la seconda rappresenta la misura della prima spettante a ciascun organo giudiziario, all'interno dell'ordine cui appartiene, è evidente che la questione di competenza non possa non essere subordinata a quella di giurisdizione. Tuttavia, proprio perchè questa subordinazione riflette la natura ontologica dei due requisiti, e non un'esigenza di tutela, non v'è motivo di escludere che in sede decisoria possa anche non essere rispettata. Ciò a condizione che il giudizio si esprima in termini ipotetici, dai quali risulti comunque desumibile la gerarchia che lega i due elementi. Ad esempio, non v'è motivo di negare che (làdove un simil giudizio dovesse risultare più celere) il giudice possa rigettare in rito la domanda declinando la competenza, senza accertare la giurisdizione. Il giudice dovrebbe in tali casi concludere che, se anche la giurisdizione vi fosse (premessa ipotetica), egli non sarebbe comunque competente.

Diversa l'ipotesi della priorità deontologica. Quest'ultima riflette specifiche ed indefettabili esigenze di tutela che devono onorarsi con l'esame prioritario dei requisiti che le riflettono (in

Il parametro del “tipo di necessità di priorità” (evidenziata dalla diversa *ratio* dei requisiti necessari per la decisione sulla lite) si intreccia quindi alla regola del primato della ragione più liquida nel sequenziare affidabilmente l’ordine di esame del giudizio⁵²¹.

In quella dinamica può inserirsi anche un altro criterio direttivo, rappresentato dalla volontà delle parti. Potrebbe infatti accadere ch’esse chiedano al giudice, sulla base di proprie ragioni utilitaristiche, di anteporre l’esame di alcune questioni ad altre, indirizzando così la decisione verso la motivazione che risulti loro più utile. Queste volontà dispositive⁵²² possono incidere sull’ordine di esame in due soli casi. Quando riflettano interessi giuridicamente apprezzabili⁵²³; ovvero quando le parti potrebbero subire, relativamente a proprie situazioni soggettive, conseguenze ingiustificatamente pregiudizievoli in un modo o nell’altro collegate alle situazioni azionate dagli avversari⁵²⁴.

termini, appunto, di “dover essere”). Si prenda, ad esempio, la capacità dell’attore (requisito previsto per assicurare che la parte che subisce gli effetti della sentenza abbia gestito il processo con la giusta consapevolezza). In questo caso il giudice che si avvia al rigetto della domanda (tanto in rito quanto in merito) deve verificare prioritariamente la capacità attorea: ciò per consentire all’istante di difendersi adeguatamente dal destino funesto che rischia di attenderlo.

Conclude quindi l’Autore (p.168) che “Quando, in base alla *ratio* dei requisiti di cui nel caso concreto si tratti, si desuma che uno di questi risulti prioritario rispetto all’altro, bisogna vedere se tale necessità sia di tipo ontologico o deontologico. Nel primo caso non si dovrà ritenere sussistente alcun ordine di esame; nel secondo, viceversa, la priorità si tradurrà in in una effettiva necessità di subordinare la decisione del requisito “a valle” a quella del requisito “a monte”.

⁵²¹Pur avendo di mira il più celere rigetto possibile della domanda, il giudice terrà conto della priorità necessaria che contraddistingue la *ratio* di taluni requisiti. Verificandola nel caso concreto, egli ordinerà l’esame delle questioni assicurando di non rigettare per l’un requisito (quello non prioritario) senza avere prima esclusa la rigettabilità per l’altro (prioritario).

⁵²²Che nulla hanno a che vedere, ovviamente, con il principio dispositivo che senz’altro rimette all’esclusiva determinazione delle parti tanto l’instaurazione quanto la definizione del *thema decidendum* giudiziale.

⁵²³Ciò si verifica làdove il convenuto chieda l’esame prioritario di una questione il cui accoglimento condurrebbe ad una tutela più ampia nei suoi confronti, sotto il profilo della definitività e della stabilità del vincolo precettivo (ossia della vittoria ottenuta, v.nt. 308).

In tali casi l’ambizione privatistica del convenuto soddisfa anche l’esigenza ordinamentale alla celere conclusione dei giudizi, nonchè quella economica legata all’impedimento di successive liti sullo stesso diritto (fondate, ad esempio, su sopravvenienze in fatto) o su diritti connessi. In questo caso la richiesta attorea, sposandosi ad un meritevole interesse pubblico, verrebbe senz’altro assecondata in sede d’esame, cfr. M.Fornaciari, *Presupposti processuali*, op.cit., p.174; S.Menchini, *L’ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, op.cit., p.972.

⁵²⁴Si pensi all’ipotesi del convenuto che eccepisca, tra le altre ragioni di rigetto della domanda (es. la nullità della fonte obbligatoria), la compensazione. E’ chiaro che l’accoglimento di quest’ultima eccezione soddisfa minormente le attese del convenuto, posto che consumerebbe, in tutto o per la parte corrispondente, il controcredito opposto in compensazione. In questi casi il giudice deve allora attendere alle richieste ordinatorie del convenuto eventualmente anche a discapito delle esigenze di economia processuale (làdove l’eccezione della nullità

Non rappresenta invece un parametro ordinatorio il regime di rilevabilità officiosa che accompagna molte questioni (soprattutto processuali). Per comprendere le ragioni dell'esclusione, occorre puntualizzare quale sia, effettivamente, la *ratio* sottesa al regime *de quo*. La rilevabilità officiosa vuole evitare di rimettere alle sole scelte (consapevoli o inconsapevoli) delle parti il rilievo di determinati requisiti; ossia la prevenzione del risultato che essi intendono scongiurare. Non assicura invece che nessuna decisione di merito sia emessa prima della verifica di quei requisiti. Pertanto l'ordine di esame delle questioni, ivi comprese quelle rilevabili d'ufficio, deve strutturarsi sulla base delle *rationes* animanti. Queste ultime rimangono infatti sempre uguali a loro stesse, anche se i requisiti che connotano non sono riservati all'esclusiva disponibilità delle parti⁵²⁵.

doesse invece risultare più liquida, cfr. M.Fornaciari, *Presupposti processuali*, *op.cit.*, p.175; S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, *op.cit.*, p.972 e ss.).

⁵²⁵Cfr. M.Fornaciari, *Note a caldo sull'ordine d'esame*, *op.cit.*, pp. 6-7.

Osserva sempre M.Fornaciari, *Presupposti processuali*, *op.cit.*, p.64 come il parametro fondato sulla *ratio* dei singoli presupposti (intrecciato alla regola della ragione più liquida) disciplini i rapporti sequenziali anche tra questioni appartenenti allo stesso tipo (rito-merito). Risolvendo così *in limine*, e senza necessità di distinzioni, il problema circa l'esistenza, o meno, di una gerarchia d'ordine interna alle varie questioni processuali, nonché a quelle di merito (*"la conclusione raggiunta non attiene esclusivamente ai rapporti tra requisiti di rito e di merito, ma vale ovunque si ponga un problema di priorità fra due o più requisiti e dunque anche fra presupposti processuali, per un verso, e fra requisiti di merito"*, cit. p.69).

Di questa direttiva fa applicazione, con riferimento all'ordine interno alle questioni pregiudiziali di rito, *Cass., S.U., 12/12/2012, n.22776*. Essa afferma che il giudice d'appello, che rilevi la mancata integrazione del contraddittorio, possa rimettere la causa al giudice di prime cure senza prima pronunciare sulla giurisdizione. La sentenza contraddice un precedente orientamento (*Cass., S.U. 23/04/2008, n.10462*) nel quale la S.C., dopo aver ribadito la pregiudizialità assoluta della questione di giurisdizione rispetto ad ogni altra questione processuale, ivi compresa quella relativa al contraddittorio (*"il giudizio sulla integrità del contraddittorio non può che competere ad un giudice munito di giurisdizione, alla luce del rito applicabile, mentre sarebbe inutile richiederne la decisione da parte di un giudice che ne è carente"* ed ancora *"la verifica del se il contraddittorio sia integro, e come rimediarevi, presuppone una decisione in punto di giurisdizione"*), aveva concluso che il giudice d'appello, quand'anche avesse rilevato un liquido difetto nel contraddittorio, avrebbe comunque dovuto verificare la propria giurisdizione prima di rinviare la causa ex art.354 c.p.c..

La questione interpretativa circa l'esistenza di sotto-criteri d'ordine interni alle diverse categorie (rito-merito) di questioni non è stata approfondita nella presente trattazione non per incuria, bensì per scelta consapevole. Il problema dell'ordine interno guarda alle relazioni di reciprocità tra questioni dello stesso tipo. Presuppone, quindi, che vi sia la necessità di confinare i ragionamenti circa la struttura gerarchica all'interno di concluse categorie di requisiti. Ciò perché, tra le due categorie (rito-merito), invece, la scansione dell'esame sarebbe già risolta nella necessaria antecedenza delle questioni di rito (tutte) rispetto a quelle di merito.

L'ordine logico della pregiudizialità rito-merito, quale schema fisso ed immutabile, non è tuttavia condiviso (così come non lo è la rilevanza della categorizzazione rito-merito in questa materia). Ecco perché non si è ritenuto necessario soffermarsi (col rischio di deviazioni tematiche) sulle implicazioni legate all'ordine interno alle due categorie già, tra loro, ordinate (*"Pare infatti evidente che se un ordine di esame generalizzato e uniforme non può essere prospettato nei rapporti tra requisiti di rito e requisiti di merito, a maggior ragione tale conclu-*

sione risulterà imposta sia all'interno dei primi, sia all'interno dei secondi": così M.Fornaciari, *Presupposti processuali*, op.cit., p.69).

Per approfondimenti sul tema si rinvia quindi agli autorevoli contributi di F.Santosuosso, *Ordine delle varie questioni nell'indagine del giudice dell'impugnazione*, op.cit., p.1860; F.Carnelutti, *Rapporto tra la questione di competenza del giudice e la questione di legittimazione della parte*, Riv.dir.proc., 1960, p.300; F.Chicco, *La prescrizione e l'ordine delle questioni*, Il Foro Padano, 1967, p.269; E.T.Liebman, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, Riv.dir.proc., 1967, p.539; G.Origoni Della Croce, *Precedenza della questione di giurisdizione rispetto a quella di competenza o della seconda rispetto alla prima? (riflessioni di diritto processuale civile internazionale)*, Riv.dir.civ., 1978, p.697; R.Vaccarella, *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, op.cit.; C.Consolo, *Travagli "costituzionalmente orientati" delle Sezioni Unite sull'art.37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito*, op.cit.; A.De Pauli, *La struttura della decisione rispetto all'ordine delle questioni*, op.cit.; A.Panzarola, *Le Sezioni Unite, l'ordine delle questioni di rito e la domanda "automatica"*, op.cit., spec.nt.1. A questi si aggiunge il recente e fondamentale contributo di S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, op.cit.. L'Autore si occupa esclusivamente dell'ordine d'esame delle questioni di merito (preliminari e non) emerse in prime cure. La soluzione cui perviene si allinea, seppur in questa più specifica prospettiva, a quella suggerita nel testo (ossia all'idea di un ordine, c.d., del caso concreto). Se ne offre quindi sintetico conto.

Il principio generale che, secondo S.Menchini, ordina l'esame delle questioni di merito è quello della ragione più liquida. Esso trova fondamento nell'art.187.2 c.p.c.. La norma consente al giudice la decisione anticipata delle questioni preliminari di merito il cui accoglimento sia idoneo a concludere celermente il giudizio con una declaratoria del modo d'essere della situazione controversa. Essa afferma quindi il principio dell'esame prioritario delle questioni più liquide: ossia di quelle "pronte per essere decise" e la cui risoluzione "consenta la definizione del processo". Se talune questioni presentano dette caratteristiche, afferma l'Autore, "non è necessario (...) che il giudice affronti e prenda posizione su tutti i temi di merito che sono stati versati nel contenitore processuale, i quali, legittimamente, possono essere non affrontati e, di conseguenza, rimangono assorbiti (principio di assorbimento delle questioni non decise)".

Il principio della ragione più liquida quale criterio d'ordine esaminatorio soddisfa contestualmente due esigenze. Esso semplifica la trattazione e l'istruzione della controversia a vantaggio dell'economia (endo)processuale; inoltre favorisce la ragionevole durata dei giudizi, laddove ne riduce i tempi di conclusione.

Affidare la direzione del processo al principio della ragione più liquida significa escludere l'operatività di schemi esaminatori rigidi e predeterminati. Non è possibile, infatti, stilare una graduazione astratta delle questioni più liquide; a rivelarne tali caratteristiche sono solo le circostanze del caso concreto.

Ma non è tutto.

La preferenza verso un ordine, c.d., del caso concreto, emerge anche dai limiti individuati dall'Autore all'operatività del primato della ragione più liquida. Tra questi si colloca l'interesse giuridicamente rilevante del convenuto all'esame prioritario di talune eccezioni. Tale interesse sussiste quando l'accoglimento di una data questione sia in grado di offrirgli una tutela più ampia ed intensa. La tutela è tanto più ampia ed intensa quanto più il vincolo precettivo, fondato sull'accoglimento di una certa questione, sia in grado di garantire il convenuto dall'eventuale riproposizione della stessa domanda o dalla proposizione di una domanda su un diritto diverso e dipendente ("la maggiore preclusività" afferma l'Autore, è punto "una mera declinazione del più generale interesse della parte a ricevere la tutela più ampia possibile", v. anche nt.308). La richiesta del convenuto circa l'esame prioritario delle questioni che assicurano decisioni più stabili deve essere assecondata dal giudice. Ciò, oltre a soddisfare l'interesse della parte alla "maggiore utilità ritraibile dalla sentenza finale di merito" (p.980; conformemente *Ad.Plenaria Cons.Stato n.5/2015*), soddisfa anche quello pubblico all'economia extraprocessuale. Evita infatti l'insorgenza di nuovi e futuri processi sullo stesso oggetto o su oggetti connessi ("L'ammissione, in queste ipotesi, di allegazioni o contestazioni o eccezioni secondo un criterio di preferenza soddisfa l'interesse non soltanto del privato, ma anche dell'ordinamento: il prezzo pagato in termini di economia endopro-

Considerazioni conclusive. La prospettiva unitaria dell'ordine di esame delle questioni. V'è, in chi scrive, la convinzione che le riflessioni sull'ordine d'esame, nella duplice prospettiva della decisione favorevole all'attore o al convenuto, possano in realtà armonizzarsi e riassumersi in una linea-guida unitaria, declinabile in qualunque sviluppo giudiziale.

Due esempi concreti varranno a spiegare le ragioni di questa convinzione.

Si è detto⁵²⁶ che il giudice, che intenda rigettare la domanda, possa decidere la causa nel merito senza verificare previamente l'interesse ad agire (in ipotesi bisognoso di complessa istruttoria, in confronto alla liquidità, invece, della questione di merito). Ciò vale, a ben guardare, non solo nella prospettiva del rigetto della domanda: bensì anche in quella del suo accoglimento. Se la *ratio* dell'interesse ad agire è quella detta⁵²⁷, l'accoglimento della domanda in possibile assenza d'interesse dà vita ad una sentenza, sì, inutile (e quindi ingiustificatamente dispendiosa); ma da questo punto di vista meno dannosa di quella che sarebbe risultata al netto della più complessa istruttoria relativa all'interesse. E' questo, quindi, un caso nel quale la *ratio* del presupposto in rilievo (l'interesse ad agire) impone alla prospettiva di una decisione favorevole all'attore di strutturarsi

cedimentale è ampiamente ricompensato dal punto di vista dell'economia extraprocessuale; il giudizio è forse meno celere ma la lite è risolta definitivamente, essendo la pronuncia più stabile e dotata di più intensa efficacia preclusiva di nuove azioni relative al medesimo bene della vita", p.984).

Anche il criterio della maggior forza preclusiva, quale regola di giudizio, presuppone una valutazione del caso concreto. Sono infatti solo le circostanze del caso a rivelare quali, tra i più fatti fondanti le questioni sollevate, siano più facilmente superabili da eventuali sopravvenienze.

Ovviamente anche questo criterio subisce una limitazione derivante dalla struttura sostanziale di determinate eccezioni. Non può infatti consentirsi al convenuto di proporre in via principale un'eccezione ed in via subordinata un'altra làdove la fattispecie della prima preveda, quale fatto estintivo dell'effetto da essa prodotto, la seconda. Tipico il caso dell'eccezione di adempimento rispetto a quelle di inesigibilità del credito; tra cui, ad esempio, l'eccezione di inadempimento ex art.1460 c.c. (la quale consente alla parte di un contratto a prestazioni corrispettive di rifiutarsi di adempiere làdove la controparte non adempia o non offra di adempiere contemporaneamente alla propria prestazione). La parte non può sollevare in via principale l'eccezione di cui all'art.1460 c.c. ed in via subordinata quella di adempimento. Ciò perchè, per diritto sostanziale, l'operare dell'effetto giuridico oggetto dell'eccezione ex art.1460 c.c. presuppone che non via sia stato alcun spontaneo adempimento. Il giudice deve quindi escludere con priorità tale circostanza al fine di poter poi verificare la fondatezza dell'inesigibilità del credito ex art.1460 c.c.. In questi casi un eventuale condizionamento delle parti, ammissibile dal punto di vista processuale, non lo è sotto il profilo sostanziale. E' punto escluso "*ab externo dalla conformazione dei rapporti tra le fattispecie sostanziali*" (così, in particolare, E.Merlin, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, p.110).

⁵²⁶V. *supra*, nt.n.516.

⁵²⁷V.nt. nn.515-516.

secondo l'ordine merito-rito; e non secondo quello, rito-merito, che normalmente l'accompagna.

Un secondo esempio può ritagliarsi sul requisito della capacità attorea. Se la prospettiva è quella dell'accoglimento della domanda, sentenziabile sulla base di un liquido accertamento di merito, mentre la questione relativa alla capacità richiede una complessa istruttoria, non c'è ragione di escludere che il giudice possa superarla. Il requisito della capacità vuole garantire all'attore la consapevole gestione del processo destinato a concludersi con una pronuncia efficace nei suoi confronti. Se gli effetti di quella pronuncia sono in ogni caso favorevoli (trattandosi di accoglimento), può ben trascurarsi la capacità difensiva attorea in sede giudiziale; soprattutto se ciò consente, nell'interesse di tutti (privati e Stato), la più celere conclusione del giudizio. Ed ancora una volta, a dimostrare l'opportunità di seguire l'ordine merito-rito, e non quello rito-merito, in un orizzonte decisivo favorevole all'attore, è la valutazione del caso concreto. Una valutazione incentrata sulla *ratio* del singolo requisito coinvolto (la capacità), ed in ogni caso ispirata al primato della ragione più liquida.

Sono a questo punto intuibili le conclusioni.

Il connubio “primato della ragione più liquida-*rationes* dei presupposti” (eventualmente coniugato all'espressa volontà delle parti) rappresenta, ad avviso di chi scrive, il criterio ordinatorio generale dell'esame delle questioni nel processo. La direzione che assume il giudizio (sia essa favorevole al convenuto, ovvero all'attore), lungi dal rappresentare un criterio discretivo astratto ed aprioristico, integra semplicemente una delle più variabili che il giudice andrà a verificare quando, interrogando la *ratio* dei presupposti emersi, si preoccupi concretamente di sequenziarne l'esame⁵²⁸.

⁵²⁸Questa riconduzione ad unità delle regole direttive del processo sembra essere condivisa anche da coloro che ne avevano invece inizialmente suggerito la bipartizione (il riferimento corre a Michele Fornaciari, v. nt.nn.503-504). Se nella Sua opera d'esordio (*Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*) aveva ricostruito l'ordine d'esame in un'ottica prevalentemente diversificata (la decisione favorevole all'attore o al convenuto), nei contributi successivi muta impostazione (ci si riferisce, soprattutto, a *Note a caldo sull'ordine di esame*, edito in *Judicium*). In particolare, dopo aver negato l'affidabilità generale della regola della pregiudizialità rito-merito anche nella prospettiva favorevole all'attore, afferma che l'esame delle questioni debba rimettersi all'integrazione di diversi parametri. Tra questi, oltre a quello principale circa le *rationes* delle questioni, figura anche la direzione finale del giudizio (*Note a caldo*, pp.4 e 5).

Dello stesso avviso S.Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, op.cit., p.976. L'ordine assegnato dall'Autore alla decisione delle (sole) questioni di merito (v.nt.522) è infatti identicamente rapportato tanto alla prospettiva del rigetto

L'ordine di esame delle questioni dev'essere quindi ricostruito caso per caso, avendo riguardo alle peculiarità della fattispecie sottoposta all'attenzione giudiziale. L'approccio, oltre che casistico, è anche comparativo: la sequenza dell'accertamento trova infatti definizione nella gerarchia delle priorità che il confronto tra le diverse questioni sollevate (o rilevate) evidenzia.

Questo metodo della valutazione comparativa e concreta abbandona le vie della logica puramente formale e processuale per assumere quelle della più effettiva, o semplicemente più immediata, tutela giurisdizionale. Indubbi i vantaggi. Esso consente di seguire l'ordine della pregiudizialità rito-merito quando non vi siano ragioni per non farlo (o ve ne siano, invece, per farlo). Esclude la vincolatività di quell'ordine quando lo stesso risultato possa essere raggiunto mediante soluzioni più economiche. In generale, consente al giudice di ordinare la trattazione con quel grado di discrezionalità (dato dalla possibilità di coordinare parametri ordinatori, principi generali del processo ed esigenze di giustizia sostanziale) che, senza nulla togliere alla razionalità argomentativa, incrementa invece il grado di utilità ed efficienza della tutela giurisdizionale⁵²⁹.

quanto a quella dell'accoglimento della domanda.

⁵²⁹La soluzione incontra il favore della dottrina (oltre al già più volte citato M.Fornaciari, *Note a caldo sull'ordine di esame, op.cit.*, si ricordano anche G.Fanelli, *Sull'ordine di esame delle questioni nel processo, op.cit.* ed A Maccarone, *Ordine delle questioni ed applicazione del principio della ragione più liquida, op.cit.*) e della giurisprudenza. Dopo i primi interventi giurisprudenziali (si veda, per tutte, *Cass., n.2110/1964*), il primato della ragione più liquida sull'ordine della pregiudizialità rito-merito fu riaffermato da *Cass., S.U., n.24883/2008* alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata ai canoni del giusto processo ex art.111 Cost. Essa fu seguita da *Cass., S.U., 18/12/2008, n.29523* e, più recentemente, da *Cass., S.U., 8/5/2014, n.9936*, la cui massima recita "In applicazione del principio processuale della ragione più liquida, desumibile dagli artt.24 e 11 Cost., deve ritenersi consentito al giudice esaminare un motivo di merito, suscettibile di assicurare la definizione del giudizio, anche in presenza di una questione pregiudiziale".

Un'ulteriore conferma in tal senso proviene dal fronte extra civilistico ed, in particolare, dalla giustizia amministrativa. Con la sentenza *n.11 del 10/11/2008* fu l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ad affermare che il giudice di prime cure, investito dell'esame di due ricorsi (principale ed incidentale), debba ordinarne l'esame con apprezzamento discrezionale, tenendo conto dei principi di economia, logicità e parità delle parti. E che, applicando questi canoni, possa esaminare per primo quello che, dei due ricorsi, ritenga dirimente, indipendentemente dai contenuti.

L'Adunanza Plenaria *n.11 del 10/11/2008* fu criticamente commentata da M.Marinelli, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni, op.cit.*, p.609. Ad avviso dell'Autore il principio di economia, declinato nella regola della ragione più liquida, non può che svolgere un ruolo di supporto ausiliario in un contesto normativo, come quello processual-civilistico (ed anche amministrativistico, in virtù di espressi richiami, art.76.4 c.p.a.), che dispone di un criterio positivo d'ordine (l'art.276.2 c.p.c.).

Alle perplessità, legittime, di Autorevole dottrina, si tenta di offrir risposta. Non s'intende punto sfuggire all'obiezione, sollevata dai sostenitori della pregiudizialità rito-merito, circa l'(in)compatibilità, pur in un'interpretazione costituzionalmente orientata, dell'ordine del caso

5.2 L'ordine del caso concreto nella prospettiva della parte totalmente vittoriosa nel merito: il tramonto del giudicato implicito.

E' tempo di bilanci.

L'indagine sull'ordine di esame delle questioni era stata avviata per verificare la tenuta della regola della pregiudizialità rito-merito ex art.276.2 c.p.c.. Ciò perchè su quell'ordine si era fondato il riconoscimento del giudicato implicito sulla giurisdizione; e se ne era valutata l'estensibilità anche agli altri presupposti processuali⁵³⁰. L'operatività di questi meccanismi avrebbe avuto un significativo impatto sulla posizione della parte totalmente vittoriosa nel merito ad esito del primo (ed anche secondo) grado. Quest'ultima, oltre a risultare teoricamente soccombente (con conseguente onere d'impugnazione) sui capi espliciti di rigetto delle questioni di rito, sarebbe stata sconfitta anche da tutti quelli impliciti eventualmente configurabili. Il suo impegno critico, volto a contrastare gli effetti stabilizzanti dell'acquiescenza (art.329.2 c.p.c.), si sarebbe perciò esteso anche a tutti i capi invisibili della sentenza che l'ammissione del giudicato implicito, nella sua latitudine, avrebbe consentito di individuare.

Alla luce delle conclusioni raggiunte sul tema dell'ordine dell'esame delle questioni, questo rischio (senz'altro diseconomico) di prolifer-

concreto con la lettera dell'art.276 c.p.c. (nella parte in cui prevede che il Collegio giudicante decida "gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa"). Entrambe le affermazioni contenute nella disposizione *de qua* (ossia la precedenza delle questioni pregiudiziali di rito e di quelle rilevabili d'ufficio) sono infatti negate dalla ricostruzione suggerita.

La soluzione riposa nella corretta applicazione dell'art.276.2 c.p.c.. La norma non riguarda l'ordine con cui le questioni debbano essere affrontate e risolte, bensì quello con cui le questioni (già) trattate e risolte debbano essere deliberate e motivate. Ciò trova conferma nella rubrica della disposizione, che porta il titolo "Deliberazione". L'art.276.2 c.p.c. funge quindi da raccordo tra la fase esaminativa e quella decisorio/deliberativa. E' pertanto compatibile con qualsiasi soluzione s'intenda adottare circa l'ordine che domina la trattazione della causa (cfr., G.Fanelli, *Sull'ordine di esame delle questioni nel processo, op.cit.*, par.6; *contra* M.Marinelli, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni, op.cit.*, p.610 e ss. , il quale valorizza il significato cogente dell'art.276.2 c.p.c. proprio quale norma inerente la fase esaminativa).

Per quel che riguarda, specificatamente, il processo amministrativo, è pur vero che l'art.76 c.p.a., al suo quarto comma, richiama l'art.276 c.p.c.. Tuttavia è anche vero che l'art.49.2 c.p.a., invece, assegna al giudice la possibilità di non procurare l'integrità del contraddittorio quando si tratti di emettere una sentenza di rigetto per manifesta infondatezza. La previsione *de qua* deprime non poco la forza del richiamo esplicito contenuto nell'art.76.4 c.p.a.. Ma v'è di più. Essa apre la strada alla tesi che anche nel processo amministrativo la priorità del rito possa essere *secundum eventum litis*; e che possa trascurarsi ogni qual volta sia possibile rigettare, più speditamente, nel merito (cfr. A.Squazzoni, *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale su questioni di rito, op.cit.*, p.301).

⁵³⁰L'avvio di questa tendenza interpretativa è da tributare a *Cass., S.U., n.24883/2008*.

azione impugnatoria deve ritenersi scongiurato.

Al di là delle criticità che l'istituto del giudicato implicito conosce, in sé stesso⁵³¹, e condivide, con la regola della pregiudizialità⁵³², un'ulteriore ragione ostativa al suo ingresso nel sistema proviene proprio dagli studi sull'ordine di esame.

Come (si auspica) aver dimostrato, la regola che scandisce le attività di accertamento è quella del c.d. "caso concreto" che rimette alla discrezionalità del giudice la combinazione dei parametri ordinatori più efficiente in termini di giustizia sostanziale. Non v'è quindi possibilità di inquadrare le dinamiche processuali secondo svolgimenti schematici predefiniti, tanto meno se coordinati da categorizzazioni dogmatiche (rito/merito - merito/rito). Dal punto di vista delle parti ciò si traduce nell'impossibilità di interpretare il contenuto della sentenza secondo ripetibili logiche deduttive che dal noto conducano all'ignoto (*rectius*: dall'esplicito all'implicito). In particolare, nella prospettiva del soccombente virtuale, significa impossibilità di riconoscere, nella sentenza di merito favorevole, tanti capi impliciti quanti siano i requisiti preposti alla ritualità del giudizio.

Ciò non significa affatto che l'ordine d'esame delle questioni, e la struttura della sentenza che ne deriva, siano impenetrabili alle parti e riservati all'esclusivo dominio del giudice. Simili conclusioni sarebbero, del resto, lesive di quel diritto d'azione che, nella sua forma impugnatoria, si fonda proprio sulla conoscenza puntuale dei capi censurabili.

Spetta punto al giudice, in sede decisoria, offrire limpido conto dell'ordine esaminatorio seguito: *ergo* dei capi di cui la sentenza effettivamente si compone. La sede a ciò naturalmente preposta è la motivazione del provvedimento giurisdizionale. In essa il giudice deve spiegare i passaggi (logico-giuridico-fattuali) che lo hanno indotto, con rassicurante ragionevolezza, ad anteporre l'esame di talune questioni ad altre; ovvero, addirittura, a superarne (assorbendole) alcune.

La motivazione svela quindi alle parti quali questioni siano state affrontate e quali (eventualmente) tralasciate nell'*iter* conducente alla decisione finale. Non possono quindi nutrirsi dubbi sulla composizione oggettiva della sentenza, e sugli oneri impugnatori che ne derivino. Le questioni taciute dal giudice (quelle, cioè, nemmeno men-

⁵³¹V. le numerose critiche mosse dagli interpreti all'istituto *de quo*, par.5.1.1..

⁵³²Ci si riferisce alla negazione del presupposto teorico fondante entrambi gli istituti: la teoria del doppio oggetto del processo (par.5.1.1.).

zionate) non concretano alcun capo implicito gravabile: non sono state, semplicemente, oggetto di alcuna attenzione giudiziale. Le altre, invece, trovano visibilità in capi espliciti che, o le risolvono (con valutazione *in medias res*), o le assorbono. In entrambe le ipotesi la motivazione offre alle parti un sostrato argomentativo-decisorio suscettibile di critica. Le censure interesseranno, rispettivamente, i contenuti della decisione della questione, ovvero l'opportunità della scelta di assorbimento⁵³³.

Le conclusioni raggiunte valgono, naturalmente, anche per la parte soccombente virtuale. L'ordine di esame del caso concreto, abbinato ad un diligente assolvimento dell'obbligo motivazionale da parte del giudice, scongiura ogni incertezza legata a possibili decisioni (e giudicati) impliciti. I poteri censori del vincitore devono quindi misurarsi coi soli capi espliciti della sentenza, nel rispetto dei (rassicuranti) principi generali della materia impugnatoria.

Postilla Le considerazioni sin qui svolte circa l'ordine di esame delle questioni nel primo grado di giudizio non tradiscono alcuna necessità di rivedere quanto sostenuto in ordine alla sequenza esaminatoria delle impugnazioni proposte dalla parte totalmente vittoriosa nel merito (appello e ricorso per Cassazione incidentali).

⁵³³La soluzione sembra attendere alle richieste di autorevole dottrina. Il riferimento corre a G.Fanelli, *Sull'ordine di esame delle questioni nel processo*, op.cit., par.10. L'Autore, dopo aver assentito all'affermazione di un ordine del caso concreto, invita a verificare la tenuta scientifica della soluzione attraverso la sua capacità di snellire, invece che complicare, le attività del giudice e delle parti. Da questo punto di vista afferma che uno dei maggiori ostacoli alla condivisibilità dell'ordine del caso concreto possa essere rappresentato proprio (se ammesso) dal giudicato implicito. Così, testualmente, " (...) l'ordine del caso singolo non può trovare spazio se non si elimina totalmente l'idea dell'esistenza di statuizioni implicite sui requisiti processuali, e se non si circoscrive il fenomeno del giudicato interno alle sole questioni effettivamente discusse nel processo (...). Altrimenti", prosegue l'Autore, "si corre il rischio di trasformare l'ordine del caso singolo in un ordine dell'ingiustizia: per le parti, infatti, non sarebbe più complessa soltanto l'operazione di ricostruzione del ragionamento del giudicante ma anche quella di esatta identificazione del dictum, con conseguente incertezza sui contenuti di un eventuale giudicato". Con effetti collaterali definiti "inammissibili, diseconomici ed ingiusti".

L'auspicio che l'Autore manifesta è quello di un intervento legislativo volto a chiarire l'esatta ampiezza dei fenomeni preclusivi delle questioni. Alla luce di quanto affermato si ritiene che il problema sia in realtà già risolto dalla dinamica stessa dell'ordine del caso concreto. Le questioni che confluiscono in sentenza sono solo quelle che, tenuto conto delle rispettive *rationes*, della volontà delle parti, e dell'economia dei giudizi, il giudice abbia infine risolto. Sulle altre o è stata pronunciata una decisione di assorbimento (censurabile sotto questo profilo); ovvero non è stato espresso alcun convincimento, nemmeno implicito. L'equilibrio di queste dinamiche decisorie deve ovviamente emergere in sede deliberativa ed, in particolare, motivazionale. Un corretto impiego del binomio "ordine del caso concreto-obbligo motivazionale" esclude quindi *in limine* l'ammissibilità di pronunce (e giudicati) impliciti, nonchè le incertezze che essi importano.

Il dubbio potrebbe sorgere perchè, analizzando l'impugnazione incidentale del vincitore (soprattutto quando vertente su questioni processuali)⁵³⁴, ed al fine di risolvere la *vexata quaestio* circa il suo condizionamento (infine riconosciuto come addirittura necessario *ex lege*), si è infatti spesso richiamato proprio quella regola della pregiudizialità rito-merito ex art.276.2 c.p.c.⁵³⁵ che si è poi invece negata⁵³⁶.

Il richiamo alla pregiudizialità era allora servito per giustificare la posticipazione dell'esame del gravame del vincitore sul rito a quello dell'impugnazione avversaria sul merito, nel rispetto della condizione di ammissibilità dell'interesse. Si era sostenuto, in sintesi, che l'attesa (*rectius*: il condizionamento) impresso alla censura sul rito fosse necessario proprio per garantire la regola della pregiudizialità in uno dei suoi aspetti più pregnanti. Ossia in quello per cui le impugnazioni, prima di essere decise nel merito (ossia nei contenuti, quali essi siano), debbano essere verificate in rito: in particolare dal punto di vista dell'ammissibilità sotto il profilo dell'interesse⁵³⁷.

Sorge quindi spontaneo chiedersi se la destituzione della regola della pregiudizialità dal ruolo di criterio esclusivo, ordinante il primo grado di giudizio, non travolga, a catena, anche l'ordine di esame delle impugnazioni (in particolare del vincitore).

Il timore non sembra avere fondamento.

La giustificazione sin qui offerta al condizionamento necessario delle doglianze della parte vittoriosa (fondata, appunto, sulla regola della pregiudizialità rito-merito) non era, a ben guardare, nemmeno necessaria. Le ragioni di ciò non potevano anticiparsi nel corso dello studio del condizionamento⁵³⁸: abbisognavano punto di una riflessione più matura anche sul tema dell'ordine di esame delle questioni⁵³⁹.

L'ordine che domina le attività giudiziali in primo grado (comunque lo si intenda) non si ripete anche in sede impugnatoria⁵⁴⁰.

⁵³⁴V. par.nn.3.1.1., 3.2.1, 3.2.2.

⁵³⁵Trasponibile anche in sede impugnatoria per effetto dei rinvii degli artt.131 e 141 disp.d'att. al c.p.c., nonché 380.2 c.p.c..

⁵³⁶V. par.5.1.2.

⁵³⁷Sul punto si rinvia al Cap.II, par.3.1.1.

⁵³⁸V. Cap.II.

⁵³⁹V. Cap.III.

⁵⁴⁰Cfr. (in confronto coinvolgente, in particolare, primo grado e Cassazione) A.Panzarola, *La Cassazione civile, op.cit.*, p.573 e ss; IDEM *Le Sezioni Unite, l'ordine delle questioni di rito e la domanda "automatica"*, *op.cit.*, p.1159. Il vero precursore, tuttavia, dell'esistenza di un diverso ordine di esame delle questioni in primo grado e nei giudizi d'impugnazione (so-

L'intervento della sentenza segna infatti uno iato incolmabile tra le due fasi, assegnandovi uno sviluppo dinamico interno differente. Ciò rende ingiustificato, e peraltro non necessario, il richiamo all'art.276.2 c.p.c. per spiegare il condizionamento dell'impugnazione del vincitore.

Di seguito le ragioni.

I giudici aditi con l'impugnazione sono chiamati ad un controllo più articolato di quello affidato agli organi di prime cure. Le loro attività si svolgono infatti su due piani distinti. Il primo attiene ai rapporti tra la domanda impugnatoria e la sentenza che ne costituisce l'oggetto: ossia tra dati esclusivamente processuali. Da questo punto di vista ai giudici è chiesto di verificare la ritualità delle impugnazioni (sotto il profilo, ad esempio, della tempestività nella censura della sentenza, della sua corretta critica obiettiva etc.)⁵⁴¹. Il secondo riguarda invece esclusivamente le domande d'impugnazione. In questa prospettiva i giudici devono verificare il *thema decidendum* delineato dalle istanze delle parti nella totalità dei rispettivi contenuti (di rito ovvero di merito⁵⁴²).

E' evidente la differenza che insiste tra l'attività di accertamento demandata al giudice di primo grado ed all'organo dell'impugnazione. L'impegno richiesto al giudice di prima istanza attiene solo al secondo dei piani descritti: egli deve punto risolvere il *thema decidendum* consistente nel contenuto della/e domanda/e. Non è invece tenuto ad alcun controllo tra elementi esclusivamente processuali poichè, a quello stadio, l'unico atto processuale verificabile è la (o le) domanda/e introduttiva/e. Diversa la prospettiva del giudice del

prattutto quando rescindenti) è F.Carnelutti, *A proposito di ricorso incidentale subordinato*, *op.cit.*, p.103 e ss..

⁵⁴¹Ci si riferisce ai requisiti di ammissibilità ed improcedibilità delle impugnazioni (rappresentati, ad esempio, dal rispetto dei termini per impugnare la sentenza, dai requisiti formali contenuti, della legittimazione e dall'interesse ad impugnare delle parti), nonché alla giurisdizione ed alla competenza del giudice *ad quem*.

Oltre a ciò, sempre su questo piano, i giudici delle fasi di gravame devono valutare anche la possibilità di filtrare, *in limine litis*, le impugnazioni inammissibili ai sensi degli artt.348 bis e 360 bis c.p.c. (con questa affermazione si accorda prevalenza al dato letterale degli artt.348 bis e 360 bis c.p.c. che parlano di "ammissibilità", pur nella consapevolezza del dibattito dottrinale sulla reale natura del giudizio richiesto, soprattutto ai sensi dell'art.348 bis c.p.c.).

In tema si rinvia ai maggiori approfondimenti di F.Santosuosso, *Ordine delle varie questioni nell'indagine del giudice dell'impugnazione*, *op.cit.*, p.1862. L'Autore declina ancor più articolatamente i requisiti rituali delle impugnative suddividendoli nella categorie dell'improponibilità, dell'irricevibilità, dell'inammissibilità, dell'improcedibilità.

⁵⁴²Il *thema decidendum* impugnatorio è rappresentato dalle censure mosse alla sentenza conclusiva del grado precedente. Queste ultime possono riguardare sia aspetti rituali legati allo svolgimento del giudizio, sia la soluzione in concreto adottata dal giudice sulla *res* sostanziale.

gravame. Egli si trova innanzi ad un atto processuale imperativo (la sentenza del giudice precedente) che incide in modo potenzialmente irremovibile sul diritto litigioso. La controvertibilità del provvedimento *de quo* nei gradi/fasi successivi dipende dal precipuo rispetto di regole positive, senz'altro prioritarie ed indefettibili⁵⁴³. Occorre garantire che il controllo sui suoi contenuti sia realizzato nel rispetto di tutte le garanzie processuali. Queste ultime rispondono infatti ad esigenze superiori di ordine pubblico (la falciatura delle impugnazioni inidonee a protrarre la lite⁵⁴⁴) che giammai possono cedere dinnanzi alle ambizioni di perdurante litigiosità dei privati (ai quali, in ogni caso, è già stato dedicato almeno un intero grado di giudizio).

L'irrinunciabilità (e quindi l'anteposizione) del controllo di ritualità delle impugnazioni non ha quindi nulla a che vedere con un presunto ordine logico della pregiudizialità; che, se anche vi fosse (ciò che si è sin qui negato), disciplinerebbe l'esame dei contenuti (di rito; di merito) delle censure. Entrerebbe quindi in gioco, a scandire le attività giudiziali, in un momento in ogni caso successivo a quello delle verifiche di rito (ammissibilità, procedibilità, etc.) specifiche del giudizio d'impugnazione.

Ecco perchè, làdove l'interesse ad impugnare di taluni gravami (quelli del vincitore sul merito, soccombente su questioni processuali) annoveri, tra i propri elementi costitutivi, l'accoglimento⁵⁴⁵ del gravame avversario, il giudice deve condizionarne l'esame al verificarsi di quel presupposto. Indipendentemente dai contenuti delle doglianze in rilievo, egli deve anzitutto apprezzarne la ritualità (*rectius*: ammissibilità) in tutti i suoi profili (tra cui, appunto, l'interesse).

Con pacificità dei risultati precedentemente raggiunti può quindi concludersi che l'esame delle impugnazioni del vincitore, il cui interesse presupponga una positiva valutazione del gravame avversario, sia *de iure* condizionato. Questo *modus procedendi*, lungi dall'interessarsi delle regole che ordinano l'accertamento in prime cure, dipende da quelle che disciplinano, specificatamente, i giudizi di gravame.

⁵⁴³Si tratta, come anticipato (v.nt.n.538), delle regole sull'ammissibilità e sulla procedibilità delle impugnazioni; cui si aggiungono quelle sulla giurisdizione e competenza degli organi aditi.

⁵⁴⁴Secondo le condizioni di ammissibilità, procedibilità etc. (v.nt.538).

⁵⁴⁵L'espressione è utilizzata, per semplicità, in termini generici per riferirsi alla positiva valutazione sull'impugnativa avversaria.

Conclusioni

Il traguardo che attende ogni ricerca ha le forme di un bilancio.

La finalità che animava questo studio era quella di delineare le strategie difensive adottabili dalla parte formalmente vittoriosa, e tuttavia soccombente su questioni, nell'intero arco processuale. Nel silenzio legislativo, gli interpreti avevano accolto la possibilità del vincitore di ricorrere, incidentalmente, verso i capi della sentenza di secondo grado che ne avessero respinte le eccezioni. Incerta, e dibattuta, era invece la possibilità di anticipare quelle critiche al provvedimento di prime cure, mediante apposito appello incidentale. Da questo punto di vista i dubbi riguardavano principalmente l'idoneità del rigetto di questioni ad integrare un capo di sentenza autonomamente appellabile (oltre che ricorribile).

Le incertezze sui poteri censori del vincitore di prime cure riflettevano quelle inerenti la struttura del giudizio di destinazione: l'appello. Al momento dell'entrata in vigore il nuovo codice non ne aveva descritta una fisionomia limpida e cristallina. Tanto è vero le stesse disposizioni normative (in particolare, gli artt.329, 342 - nella sua formulazione originaria- e 346 c.p.c.) si erano prestate ad interpretazioni divergenti, finalizzate a sostenerne la contrapposta natura rescissoria ovvero revisionale. Le ripercussioni, sulla posizione del vincitore, erano immediate. In un giudizio d'appello fedele alla tradizionale configurazione di *novum iudicium* sostitutivo non v'era spazio per impugnazioni limitate a mere questioni. Il giudice *ad quem* doveva riesaminare l'intero rapporto controverso. Le parti dovevano devolvere quell'oggetto alla sua attenzione, censurando il rispettivo capo di domanda.

Ad opposte conclusioni giungeva invece la ricostruzione dell'appello come *revisio*. Individuare nelle seconde cure l'occasione di un controllo sul giudizio di primo grado significava onerare le parti della denuncia degli errori compiuti dal giudice *a quo*. Errori ch'esse avrebbero rintracciato nella soluzione delle singole questioni affrontate, nell'*iter* di giudizio, per giungere alla statuizione finale sulla lite. A quelle questioni soltanto (*rectius*: ai rispettivi capi) avrebbero perciò dovuto rivolgere le proprie critiche.

La composizione del dissidio ha quindi richiesto una convincente ricostruzione del rapporto tra struttura ed oggetto del giudizio d'appello ed oneri ivi attesi dai litiganti.

A tal fine si è cercato di leggere il sistema normativo mediante l'interazione di due canoni ermeneutici. Da un lato quello squisitamente letterale, fedele al dato positivo; dall'altro quello teso a valorizzare la *ratio legis* evolutiva che ha ispirato le riforme sull'appello dall'entrata in vigore del nuovo codice sino ai giorni nostri. Indagine che si è compiuta senza la pretesa di giungere, infine, a riconoscere alle seconde cure una fisionomia univoca, come tale sussumibile in una predeterminata categoria sistematica.

L'interrogatorio "libero" del sistema ha così svelato come l'attuale natura dell'appello si ribelli ad ogni tentativo di inquadramento unidirezionale. La sua dinamica mutua oggi caratteri propri a quelle categorie, contrapposte, che a lungo ne hanno contesa la classificazione. Essa si svolge mediante una prima fase (introduttivo-istruttoria) a stampo revisionale⁵⁴⁶; per concludersi con una seconda fase (decisoria) a finalità rescissorio-sostitutiva⁵⁴⁷. Il ruolo delle impugnazioni delle parti viene in rilievo nella prima fase, ove esse sono chiamate a delineare (una volta per tutte) il *thema decidendum* gravatorio. La declinazione delle istanze critiche degli appellanti secondo i caratteri del giudizio (ad introduzione) revisionale dissipa ogni obiezione alla legittimità obiettiva di un appello su capi di questione. Sono infatti proprio i contenuti di quei capi a comporre, tipicamente, la *cognitio* dei giudizi rescindenti.

Nell'attuale struttura del giudizio di appello non v'è quindi ragione di escludere un'impugnazione incidentale del vincitore su meri capi di questione.

Oltre alla possibilità oggettiva, quella doglianza deve tuttavia dimostrare anche la propria ammissibilità subiettiva. In particolare deve rivelare quale interesse abbia la parte vittoriosa a criticare un provvedimento che, nel merito, ne abbia totalmente soddisfatte le attese.

Da questo punto di vista sono venuti in ausilio gli approfondimenti teorici sulla nozione d'interesse ad impugnare. Quest'ultimo è rappresentato dal margine di utilità incrementale ottenibile dall'impugnante attraverso l'accoglimento delle proprie censure. In un sistema dominato da rigide e progressive preclusioni l'interesse del vincitore all'impugnazione

⁵⁴⁶I cui tratti sono descritti dal combinato disposto degli artt.329.2, 342, 345 e 346 c.p.c. (così come incisi dalla recente l.134/2012).

⁵⁴⁷Finalità confermata dal carattere eccezionale degli artt.353 e 354 c.p.c. (che descrivono le ipotesi tipiche e tassative di conclusione rescindente dell'appello); nonché dall'effetto sostitutivo indirettamente riconosciuto alle seconde cure dall'art.393 c.p.c..

è dato dal fatto ch'essa rappresenti l'unico strumento atto a garantirgli la riesaminabilità, in sede di gravame, delle eccezioni processuali o di merito già spese nelle precedenti cure. A questo interesse, potremmo dire, "generico" all'impugnativa, si aggiungono tuttavia le caratterizzazioni peculiari ch'esso assume quando il margine di utilità ottenibile dal vincitore sia declinato nelle diverse conclusioni che attendono i giudizi di impugnazione (appello; Cassazione). Esiti che, a loro volta, dipendono dalla natura (pregiudiziale di rito-preliminare di merito) delle questioni gravate dalla parte vittoriosa.

Se si tratta di preliminari di merito, il risultato cui tende il vincitore è quello di un rinnovato trionfo sulla lite; al più corredato da una diversa motivazione. Sui benefici di questa prospettiva non vi sono dubbi. Una conferma (seppur diversamente argomentata) della vittoria di merito è indubbiamente più favorevole della sconfitta pratica minacciata dal gravame principale.

Diverso, e più complesso, il caso dell'impugnazione del vincitore su questioni pregiudiziali di rito. L'accoglimento condurrebbe, in questo caso, ad una (degradata) vittoria sul processo. Esito certamente più favorevole della sconfitta pratica. Meno favorevole, tuttavia, della vittoria di merito precedentemente riportata. L'interesse a questo risultato si rende perciò apprezzabile, per il vincitore convenuto, solo quando rappresenti l'unica alternativa possibile all'ormai (quasi) certa sconfitta di merito conseguente alla positiva valutazione dell'impugnazione avversaria.

Ciò significa che nella fattispecie costitutiva di quell'interesse rientra (oltre alla proposizione dell'impugnazione principale ed alla soccombenza su questioni) altresì la fondatezza del gravame avversario. Poichè il giudice, prima di valutare il merito della doglianza, deve accertarne l'interesse, l'esame delle impugnazioni su questioni processuali del vincitore deve essere necessariamente subordinato alla previa valutazione di fondatezza dell'impugnazione avversaria. Da questo punto di vista la regola del condizionamento *ope legis*, lungi dal rappresentare una scelta arbitraria, garantisce che l'impugnazione del vincitore (su questioni pregiudiziali) sia esaminata nel merito solo se sostenuta da un interesse attuale e concreto.

Le impugnazioni del vincitore (di prime; di seconde cure) sono così risultate legittime sia dal punto di vista della possibilità obiettiva, sia da quello dell'ammissibilità soggettiva. In particolare, l'indagine sull'ammissibilità soggettiva ha altresì rivelato quali siano,

nell'interazione coi poteri decisori dei giudici d'appello e di Cassazione, le funzioni necessarie del gravame della parte vittoriosa.

V'era però ancora un nodo da sciogliere in ordine alle estensioni di quei poteri.

Ch'essi dovessero confrontarsi con i contenuti espressi (*ergo* con i capi espliciti di rigetto) della sentenza era fuor di dubbio. Tuttavia, sul finir del secolo scorso, e sotto impulso della giurisprudenza della Suprema Corte, aveva ripreso ad affacciarsi al panorama giudiziale il fenomeno delle decisioni, c.d., implicite sui presupposti processuali. L'occasione era stata offerta dalle riflessioni che nei decenni precedenti avevano accompagnato, tanto sul piano politico, quanto su quello giuridico sostanziale e processuale, l'istituto della giurisdizione. E' proprio con riferimento alla giurisdizione, infatti, che il fenomeno dell'implicito aveva ripreso a manifestarsi; portando a riconoscere in ogni sentenza di merito, che pur nulla avesse statuito sul punto, un'affermazione implicita e positiva della *iurisdictio* del giudice adito.

Le argomentazioni spese dalla S.C. a favore (della pronuncia e, quindi, potenzialmente) del giudicato implicito sulla giurisdizione trascendevano, tuttavia, i caratteri di quella singola *quaestio*. Esse involgevano aspetti di teoria generale che, sui binari dell'analogia, avrebbero potuto estendersi ad altre questioni di rito. In particolare a tutte quelle assimilabili, dal punto di vista della disciplina processuale, alla giurisdizione.

Intuibili le ripercussioni sulla parte vittoriosa. I relativi oneri censori sarebbero stati intensificati dal necessario confronto con il contenuto (non solo esplicito, bensì anche) implicito delle sentenze di merito, a pena di acquiescenza.

Si è reso così necessario verificare la tenuta tecnica, *ergo* la persuasività, dei fondamenti teorici del giudicato implicito.

Il riconoscimento di un accertamento inespresso sui presupposti processuali all'interno di ogni giudizio di merito si fondava su due presupposti combinati.

Il primo riguardava la composizione obiettiva del giudizio. Al suo interno erano sempre riconosciuti due oggetti. Uno processuale, inerente l'ammissibilità della domanda, ed uno sostanziale, inerente la sua fondatezza (teoria del c.d. "doppio oggetto del processo")⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸Secondo questa teoria l'accertamento dell'oggetto processuale presupponeva quello di tutti i requisiti di rito preposti dall'ordinamento all'ammissibilità della domanda. Si trattava,

Il secondo riguardava l'ordine esaminatorio di quei due oggetti. Sulla scorta dell'art.276.2 c.p.c. si riteneva che l'oggetto processuale (l'ammissibilità) dovesse essere verificato con precedenza rispetto a quello sostanziale (la fondatezza). Ciò al fine di garantire che la decisione sul merito fosse resa nella sede processuale più idonea, secondo i parametri normativi di ritualità.

Sul piano dell'accertamento, e della conseguente struttura della sentenza, le ripercussioni erano sillogistiche. Se il giudice, nel risolvere i due oggetti di giudizio, doveva anteporre le verifiche processuali a quelle di merito, e se infine si era determinato (espresamente) solo sul merito, era perchè (previamente ed implicitamente) aveva appurato la sussistenza di tutti i requisiti rituali previsti dall'ordinamento. Ciò consentiva di ritenere che in ogni provvedimento sulla *res* litigiosa (ossia sulla fondatezza) fosse contenuto, seppur in termini impliciti, un accertamento di tutti i presupposti processuali condizionanti l'ammissibilità della domanda.

Le premesse di quel sillogismo (ossia la ripartizione del giudizio nei due macro-oggetti dell'ammissibilità e della fondatezza della domanda ed il loro ordinamento esaminatorio secondo la rigida sequenza rito-merito) non risultano tuttavia convincenti.

Esse si fondano sulla possibilità di ridurre la pluralità delle questioni oggetto di accertamento nelle due sole categorie dell'ammissibilità (comprensiva delle questioni di rito) e della fondatezza (comprensiva delle questioni di merito, preliminari e non) della domanda. In realtà quelle questioni rivendicano una caratterizzazione singolare che esclude la proprietà di una loro classificazione unitaria.

Tale aspetto è evidenziato dall'analisi delle funzioni assegnate ai diversi presupposti processuali. Lungi dal riflettere un'identica *ratio* (ossia quella di garantire la ritualità strutturale del giudizio) questi ultimi assicurano esigenze di tutela specifiche e peculiari.

Questa caratterizzazione produce due effetti rilevanti.

Anzitutto esclude l'opportunità di un accorpamento dei diversi presupposti processuali nell'unitaria categoria dell'ammissibilità della domanda; suggerendone, invece, una considerazione singolare che ne rispetti ed esalti le specificità. In netto contrasto, quindi, con quella

quindi, di un oggetto cumulativo, comprensivo di tutte le questioni pregiudiziali di rito astrattamente deducibili in giudizio.

La verifica dell'oggetto sostanziale involgeva invece, sempre in termini omnicomprensivi, la totalità delle valutazioni preposte all'accoglimento della domanda. Ossia il rigetto delle questioni preliminari di merito; l'accoglimento di quelle di merito costitutive.

teoria del doppio oggetto che invece vorrebbe ripartire l'accertamento secondo (l'eccessivamente) semplificante criterio della natura delle questioni emerse.

Ma non è tutto. La valorizzazione delle singolari *rationes* sottese a ciascun presupposto non si limita a negare l'organizzazione del processo secondo le categorie cumulative rito (ammissibilità) merito (fondatezza). Essa porta anche a riconoscere come, in molti casi, la pretesa attribuzione di una priorità assoluta agli accertamenti di rito rispetto a quelli di merito sia infondata, preconcepita ed, addirittura, contraria a fondamentali esigenze di sistema. Ciò si verifica, in particolare, quando le questioni di merito, risultando più liquide di quelle di rito, possano (se anticipate) concludere speditamente il processo senza pregiudizio alcuno delle ragioni private delle parti. A svelare la sussistenza di questi variabili equilibri sono le circostanze del caso concreto: ossia le questioni effettivamente sottoposte alla *cognitio* del giudice, guardate dal punto di vista angolare delle *rationes* fondanti.

L'*ordo quaestionum* non può quindi essere stabilito in via aprioristica e generale. Il miglior temperamento delle esigenze private di tutela e di quelle pubbliche di efficienza/economia sottese ad ogni processo è offerto dall'ordine, c.d., del caso concreto. Ordine stilato sulla base della *species* (e non del *genus*) delle questioni emerse.

Si ritiene quindi di escludere che ogni provvedimento di merito tradisca un accertamento implicito sulla ritualità del giudizio. Anzitutto, il giudice chiamato all'accertamento non ragiona nei termini monolitici delle categorie rito-merito. Egli affronta le singole questioni (di giurisdizione, di competenza, impeditive, modificative etc.) eccepite o rilevate, al fine di verificare le garanzie che le presidono. Oltre a ciò non è tenuto a rispettare un ordine prestabilito nel sequenziare l'esame di quei temi. La scansione delle attività giudiziali viene stabilita caso per caso, secondo il criterio discrezionale del miglior bilanciamento possibile delle esigenze private e pubbliche animanti il processo.

Solo la motivazione delle sentenze può infine svelare quali questioni siano state effettivamente affrontate nell'*iter* conducente alla soluzione finale di causa. A ciascuna di quelle questioni sarà perciò dedicato un apposito capo esplicito di sentenza. E' solo a quei contenuti, necessariamente espliciti, che le parti (compreso il vincitore) devono quindi rapportare le proprie iniziative critiche, al fine

di vincere i meccanismi dell'acquiescenza (art.329.2 c.p.c.).

Con questa definizione dell'intensità dell'impegno censorio richiesto al vincitore, coniugata al confinante tema dei limiti obiettivi del giudicato (implicito), l'interprete si congeda. Nella speranza di aver almeno schiarito il panorama variegato e complesso, e proprio per questo affascinante, delle impugnazioni della parte totalmente vittoriosa nel merito.

Bibliografia

- Agrati Miglio C., *A proposito della subordinazione necessaria del ricorso incidentale del vincitore*, Riv.dir.proc., 1974, p.161
- Allorio E., *Gravame incidentale della parte totalmente vittoriosa?*, Giur.it., 1956, p.541
- Allorio E., *Sul doppio grado del processo civile*, Studi in onore di E.T.Liebman, Milano, 1979, p.1783
- Andreoni N., *Il (nuovo) impianto teorico del ricorso incidentale condizionato*, Il Foro It., 2002, 493
- Andrioli V., *Acquiescenza e questioni attinenti alla giurisdizione*, Il Foro it., 1954, p.11
- Andrioli V., *A proposito di ricorso incidentale condizionato*, Riv.dir.proc.,1960, p.288
- Andrioli V., *In tema di ordine nell'esame delle questioni*, Il Foro It., 1934, p.78
- Attardi A., *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, Giur.it., 1961, p.145
- Attardi A., *L'art.346 e l'effetto devolutivo dell'appello*, Giur.it., 1963, p.1035
- Attardi A., *Sulla legittimazione a proporre regolamento di competenza*, Giur.it., 1975, p.1355
- Attardi A., *Sentenze di rito e soccombenza del convenuto*, Giur.it., 1976, p.491
- Attardi A., *Regolamento di competenza del convenuto vittorioso nel merito?*, Giur.it., 1986, p.1081
- Attardi A., *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, Giur.it., 1991, p.289
- Attardi A., *Considerazioni in tema di interesse ad impugnare*, Scritti in onore di Elio Fazzalari, 1993, p.269

- Baccaglioni L., *Ricorso incidentale subordinato e questioni pregiudiziali di rito: una decisione non pienamente condivisibile*, Il Corriere Giuridico, 2009, p. 1077
- Balena G., *Nuova pronuncia delle Sezioni Unite sulla specificità dei motivi di appello: punti fermi e dubbi residui*, Il Foro It., 2000, p.1607
- Balena G., Oriani R., Proto Pisani A. e Rascio N., *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle Sezioni Unite*, Il Foro It., 2006, p.1433
- Balena G., *Elementi di diritto processuale civile II-Le impugnazioni*, Bari, 2004
- Balena G., *Le novità relative all'appello*, in Atti del convegno su "Le novità in materia di impugnazioni", 12 Aprile 2013, Firenze
- Balzano N., *Acquiescenza, parti di sentenza e questioni rilevabili d'ufficio*, Riv.dir.proc., 1951, p.217
- Barbieri R., *L'appello incidentale e l'art.346 c.p.c.*, Nuovo Diritto, 1946, p.338
- Barletta A., *I limiti al rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 2009, p.1193
- Barone C.M., *Omessa specificazione dei motivi e inammissibilità dell'appello: intervento chiarificatore delle sezioni unite*, Giust.civ., 2000, p.1612
- Barone C.M. , *(in tema di ricorso incidentale condizionato)*, Il Foro It., 2007, p.2959
- Basilico G., *Sulla riproposizione di domande ed eccezioni in appello*, Riv.dir.proc., 1996, p.109
- Basilico G., *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art.37 c.p.c.*, Il giusto processo civile, 2009, p.263
- Besso C., *Note in tema di specificità dei motivi di appello*, Riv.dir.proc., 1989, p.602

- Betti E., *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione d'incompetenza territoriale*, Riv.dir.proc.civ., 1927, p.13
- Bianchi L., *Giudicato interno e motivi di appello. Un confronto tra il sistema italiano e quello tedesco (art.342 c.p.c. e §§520 e 529 ZPO)*, Riv.dir.proc., 2014, p.1436
- Bianchi D'Espinosa L., *Impugnazioni incidentali condizionate su questioni pregiudiziali*, Giust.civ., 1961, p.1382
- Biavati P., *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 2009, p.1301
- Bonsignori A., *L'effetto devolutivo dell'appello*, Riv.trim.dir. e proc. civ., 1974, p.1326
- Bonsignori A., *L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi (effetto esterno)*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 1976, p.944
- Briguglio A., *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, Riv.dir.proc., 2013, p.573
- Brunialti M., *Il nuovo atto di appello*, Giust.civ., 2013, p. 179
- Bove M., *Considerazioni sul ricorso incidentale condizionato e la correzione della motivazione*, Giust.civ., 1985, p.1757
- Bove M., *Breve riflessione sui motivi specifici dell'appello e sull'art.346 c.p.c.*, Giust.civ., 1988, p.475
- Bove M., *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 Giugno 2009 n.69)*, Riv.dir.proc., 2009, p.1295
- Bove M., *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli articoli 348 bis e 348 ter c.p.c.*, Riv.dir.proc., 2013, p.389
- Brilli C., *In tema di nullità insanabili non dedotte in appello e formazione del giudicato interno*, Il Foro It., 1991, p.102
- Bülow O., *Die Lehre von den Prozesseinreden un die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868
- Buonicristiani D., *Giurisdizione, competenza, rito e merito*, Riv.dir.proc., 1994, p.150

- Buono F., *Il processo civile italiano. L'esperienza delle Corti d'Appello*, in Atti del convegno su "La riforma delle impugnazioni civili: esperienza tedesca e italiana a confronto", 22 Aprile 2013, Tribunale di Milano
- Calamandrei P., *La Cassazione civile*, V.II., Milano, 1920
- Calamandrei P. e Furno C., *v. Cassazione civile*, Novissimo Digesto Italiano, 1958, II, p.1099
- Canova A.C., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973
- Canova A.C. e Tarzia G., *Realtà e prospettive dell'appello civile*, Riv.dir.proc., 1978, p.92
- Canova A.C., *V.Acquiescenza (dir.proc.civ.)*, Enciclopedia del diritto, Roma, 1988, p.1
- Caponi, R. *La rilevabilità del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida*, Il Foro It., 2009, p.3099
- Caponi R., *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, Il Corriere Giuridico, 2009, p.372
- Caponi R., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, www.judicium.it
- Caponi R., *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12) - La riforma dell'appello civile*, Il Foro It., 2012, p.292
- Cappelletti M., *Ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali*, Giust.civ., 1960, p.879
- Caputo E., *La specificità dei motivi nell'atto di appello*, Giust.civ., 1975, p.330
- Carbone V., *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, Il Corriere Giuridico, 2010, p.405
- Carnelutti F., *"Sulla "reformatio in peius" "*, Riv.dir.proc., 1927, p.181

- Carnelutti F., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1933
- Carnelutti F., “*Capo di sentenza*”, Riv.dir.proc., 1933, p.117
- Carnelutti F., *Effetti della cassazione per omessa pronuncia*, Riv.dir.proc.civ., 1938, p.68
- Carnelutti F., *Ricorso incidentale condizionato?*, Riv.dir.proc., 1946, p.43
- Carnelutti F., *A proposito di ricorso incidentale subordinato*, Riv.dir.proc., 1956, p.103
- Carnelutti F., *Rapporto tra la questione di competenza del giudice e la questione di legittimazione della parte*, Riv.dir.proc., 1960, p.300
- Carrato A. e Canzio G., *Relazione tematica per l’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione Oggetto: Impugnazioni civili-Appello-Domande-Effetto devolutivo-Funzione e delimitazione*, www.cortedicassazione.it
- Carratta A., *Rilevabilità d’ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del ”giudicato implicito”*, Giur.it., 2009, p.1459
- Carratta A., *Filtro in appello: prime applicazioni*, www.treccani.it
- Cartuso S., *"Filtro" di ammissibilità dell’appello e impugnazioni incidentali.*, *Il giusto processo civile*, 2014, p.1175
- Cerri A., *Spunti e riflessioni sull’ordine delle domande, l’ordine delle questioni e l’impugnazione incidentale escludente*, Riv.dir.proc., 2010, p.1283
- Chiarloni S., *V.Appello (dir.proc.civ.)*, Enciclopedia Giuridica, Roma, 1988, p.1
- Chiarloni S., *L’impugnazione incidentale nel processo civile: Oggetto e Limiti*, Milano, 1969
- Chiarloni S., *Il ricorso incidentale del resistente vittorioso: profili sistematici e rapporti con il c.d. ordine logico della pregiudizialità*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 1968, p.497

- Chiarloni S., *Contro l'abrogazione per via giurisprudenziale del ricorso incidentale "condizionato" dal resistente vittorioso*, Giur.it., 1994, p.453
- Chiarloni S., *Una storia infinita che rischia di finir male:il formalismo delle Sezioni Unite contro il ricorso incidentale condizionato in Cassazione*, Giur.it., 2001, p.1581
- Chicco F., *La prescrizione e l'ordine delle questioni*, Il Foro Padano, 1967, p.269
- Chiovenda G., in *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1913
- Chiovenda G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1927
- Chiovenda G., *L'idea romana nel processo civile*, Riv.dir.proc.civ., 1932, p.317
- Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol.II, 1960
- Ciaccio E., *Oneri della parte totalmente vittoriosa in primo grado e limiti al potere/dovere di riesame del giudice d'appello*, Giust.civ., 1962, p.719
- Colesanti V., *Eccezione (dir.proc.civ.)*, Enciclopedia del diritto, XXXIV, Milano, p.151
- Colesanti V., *Nostalgie in tema di eccezioni*, Riv.dir.proc., 2016, p.273
- Comoglio L.P., *Il principio di economia processuale*, Padova, 1982
- Consolo C., *Il cumulo condizionale di domande*, V.I e II, Padova, 1985
- Consolo C., *Sul "processo di cassazione in funzione di una decisione tendenzialmente sostitutiva pur se non nomofilattica"*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 2007, p.297

- Consolo C., *"Inutiliter data" e non bisognosa di gravame la decisione di merito resa dopo (e nonostante) una statuizione assorbente in rito: le Sezioni Unite tornano ad ispirarsi al duplice oggetto del giudizio*, Il Corriere Giuridico, 2008, p.375
- Consolo C., *Travagli "costituzionalmente orientati" delle Sezioni Unite sull'art.37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questione di merito)*, Riv.dir.proc., 2009, p.1141
- Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2010
- Consolo C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012
- Consolo C., *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2012
- Consolo C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, Il Corriere Giuridico, 2012, p.1133
- Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2014
- Consolo C., *Lusso o necessità nelle impugnazioni delle sentenze?*, www.judicium.it
- Consolo C., *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, Il Corriere Giuridico, 2016, p.968
- Conti L., *La riforma delle impugnazioni civili*, in in Atti del convegno su "La riforma delle impugnazioni civili: esperienza tedesca e italiana a confronto", 22 Aprile 2013, Tribunale di Milano,
- Costa S., *Contributo al concetto di capo di sentenza nel processo civile*, Sassari, 1931
- Costa S., *V.Eccezione*, Novissimo Digesto Italiano, 1960, p.349

- Costa S., *V. Capo di sentenza*, Novissimo Digesto Italiano, 1968, p.930
- Costantino G., *Le modifiche del giudizio di appello*, www.treccani.it
- Costantino G., *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del filtro*, www.treccani.it
- Costantino G., *La riforma dell'appello*, in Atti del XXI Congresso nazionale forense, 22 Novembre 2012, Bari (poi ne Il giusto processo civile, 2013, pp.21 e ss.), 2012
- Costantino G., *La riforma dell'appello tra nomofilachia e "hybris"*, Il Foro it., 2014, p.1451
- Cristofolini G., *Omissione di pronuncia*, Riv.dir.proc., 1938, p.96
- Cuomo Ulloa F., *Il principio di ragionevole durata e l'art.37 c.p.c.: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito?)*, Il Corriere Giuridico, 2009, p.386
- Curami M., *Mera riproposizione ex art.346 o onere di impugnazione per l'appellato vincitore nel merito ma soccombente su una questione pregiudiziale di rito?*, Riv.dir.proc., 1990, p.643
- Delitala G., *Il "divieto della reformatio in peius nel processo penale"*, Milano, 1927
- Delitala G., *L'appello incidentale del pubblico ministero*, Annuali di diritto e procedura penale, 1932, p.973
- Denti V., *L'eccezione nel processo civile*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 1961, p.22
- Didone A., *Note sull'appello inammissibile perché probabilmente infondato e il vizio di motivazione in Cassazione dopo il decreto legge c.d. "sviluppo"* -con il commento anticipato di Calamandrei-, Giur.it., 2013, p.229
- Dalla Bontà S., *Contributo allo studio del filtro in appello*, Trento, 2015
- De Cristofaro M., *Motivi d'appello ed effetto devolutivo*, Il Corriere Giuridico, 1997, p.191

- De Cristofaro M., *Le Sezioni Unite della cassazione e l'inammissibilità dell'atto di appello carente di motivi specifici*, Il Corriere Giuridico, 1997, p.191;
- De Cristofaro M., *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*, Il Corriere Giuridico, 2000, p.750
- De Cristofaro M., *Appello e Cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l.83/2012)*, www.judicium.it
- De Giovanni C., *Impugnazioni e filtro in appello*, San Marino, 2013
- De Pauli A., *La struttura della decisione rispetto all'ordine delle questioni (in Relazioni all'incontro del 19.02.2009 in tema di "Ordine delle questioni, struttura del processo e della decisione")*, 2009, www.csm.it
- Delle Donne C., *L'art.37 cp.c. tra giudicato implicito ed "evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione": a margine di recenti applicazioni della ragionevole durata del processo*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 2010, p.735
- Di Marzio M., *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013
- D'Alessio A., *Specificazione dei motivi nell'atto di appello verso la sentenza emessa nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento*, Giur.di merito, 1977, p.273
- D'Onofrio P., *Osservazioni intorno al c.d. "ricorso condizionato" in Cassazione*, Riv.dir.proc., 1930, p.334
- Evangelista S., *Soccombenza teorica e ricorso incidentale condizionato per Cassazione*, Gazzetta giuridica, 1998, p.3
- Fabiani M., *Oggetto e contenuto dell'appello civile*, Il Foro It., 2012, p.282
- Fabbrini G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, Studi in memoria di Carlo Furno, 1973, p.247
- Falcone A., *Ricorso incidentale condizionato e questioni pregiudiziali e preliminari*, Riv.dir.civ., 1960, p.624

- Fanelli G., *Sull'ordine di esame delle questioni nel processo*, Il giusto processo civile, 2010, p.889
- Fazzalari E., *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano, 1960
- Fazzalari E., *Sui ricorsi incidentali condizionati*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 1961, p.99
- Fazzalari E., *Il processo ordinario di cognizione V.II - Impugnazioni*, Torino, 1990
- Ferri C., *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, Riv.dir.proc., 1966, p.419
- Fici G., *Ancora sulla specificità dei motivi di appello*, Giust.civ., 1982, p.190
- Finocchiaro A., *Ricorso incidentale e questioni pregiudiziali o preliminari*, Giust.civ., 1973, p.515
- Fiori C., *Controricorso e ricorso incidentale*, Giust.civ., 1986, p.1915
- Fornaciari M., *Brevi note su chiamata in garanzia e ordine di esame tra presupposti processuali e valutazioni di merito*, Giust.civ., 1999, p.419
- Fornaciari M., *Presupposti processuali e giudizio di merito*, 1996, Torino, p.6;
- Fornaciari M., *L'ordine di esame fra giurisdizione e competenza*, Il giusto processo civile, 2014, p.771
- Fornaciari M., *Note a caldo sull'ordine di esame*, www.judicium.it
- Fransoni G. e Russo P., *Onere di proposizione dell'appello incidentale ed onere di riproposizione delle questioni ed eccezioni non accolte dal giudice di primo grado. Individuazione dei rispettivi ambiti di operatività*, Fisco, 2001, p.1909
- Frasca R., *Spigolature sulla riforma del d.l. n.83 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n.134 del 2012*, www.judicium.it
- Galletto T., *"Doppio filtro" in appello, "doppia conforme" e danni collaterali*, www.judicium.it

- Gambineri B., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008
- Garbagnati, V. *Questioni Pregiudiziali (dir.proc.civ.)*, Enciclopedia del diritto, XXXVIII, Milano, p.69
- Garbagnati E., *Questioni preliminari di merito e ricorso incidentale della parte resistente*, Jus, 1963, p.291
- Garbagnati E., *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, Riv.dir.proc., 1977, p.401
- Gasperini M.P., *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002
- Gasperini M.P., *La formulazione dei motivi d'appello nei nuovi artt.342 e 434 c.p.c.*, Riv.dir.proc., 2014, p.914
- Gioia G., *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009
- Giordano R., *(in tema di acquiescenza tacita)*, Giur.it., 2005, p.332
- Giudiceandrea N., *Le impugnazioni civili, Vol.II, Procedimenti di impugnazione*, Milano, 1952
- Grasso E., *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1967
- Grasso E., *Le impugnazioni incidentali*, Milano, 1973
- Gregorio M.A., *Mera irregolarità dell'atto di appello per omessa specificazione dei motivi*, Giur.it., 1989, p.1234
- Grossi D., *Il diritto di difesa ed i poteri del giudice nella riforma delle impugnazioni*, www.judicium.it
- Impagnatiello G., *Il "filtro" di ammissibilità dell'appello*, Il Foro it., 2012, p.298
- Impagnatiello G., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione*, Il giusto processo civile, 2012, p.735
- Izzo S., *Sui limiti del ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali di rito*, Giur.it., 2009, p.2731

- Lamorgese A., *Dall'art. 37 c.p.c. alla sentenza delle Sezioni Unite n. 24883 del 2008*, Il Foro amministrativo T.A.R., 2008, p.60
- Lancellotti F., *Premesse alla definizione della soccombenza come requisito di legittimazione alle impugnative di parte*, Riv.trim.dir. e proc. civ., 1978, p.1554
- Lancellotti F., *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia, al giudicato*, Riv.dir.proc., 1980, p.477
- Lancellotti F., *La soccombenza requisito di legittimazione alle impugnazioni*, Milano, 1998
- Lasagno B., *Premesse per uno studio sull'omissione di pronuncia nel processo civile*, Riv.dir.proc., 1990, p.449
- Laudisa L., *La sentenza processuale*, Milano, 1982
- Liebman E.T., *Figure e forme della rimessione della causa al collegio*, Riv.dir.proc., 1951, p.298
- Liebman E.T., *"Parte" o "capo" di sentenza*, Riv.dir.proc., 1946, p.47
- Liebman, E.T. *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, Riv.dir.proc., 1967, p.539
- Liebman E.T., *Il giudizio di appello e la Costituzione*, Riv.dir.proc., 1980, p.401
- Ludovici, G. *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, www.judicium.it
- Luiso F.P., *Appello nel diritto processuale civile*, Digesto delle discipline privatistiche, Torino, 1987, p.361
- Luiso F.P., *Dir.proc.civ., V.II*, Milano, 2009
- La China S., *V.Presupposti processuali*, Dig.disc.pric., sez.civ., Torino, 1996, p.302
- Maccarone A., *Ordine delle questioni ed applicazione del principio della ragione più liquida*, Il Foro Padano, 2011, p.195

- Maddalena M.L., *La questione di giurisdizione fra rilevanza d'ufficio e formazione del giudicato implicito*, Il Corriere del Merito, 2009, p.107
- Malagù L., *Sulla riproponibilità in sede di rinvio di questioni ritenute assorbite o non esaminate dal giudice d'appello*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 1978, p.1345
- Mandrioli, C. *V.Presupposti processuali*, Enciclopedia giuridica, 1966, p.784
- Mandrioli C., *Diritto processuale civile II-Il processo di cognizione*, Torino, 2006
- Marinelli M., *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni -in margine a Cons.Stato, ad.plen., 10 Novembre 2008, n.11-*, Dir.proc.amm., 2009, p.609
- Massari A., *Genericità dei motivi e nullità dell'impugnazione*, Giur.it., 1952, p.603
- Menchini S., *Interesse ad impugnare ed impugnazione proposta dal convenuto contro la sentenza di assoluzione dal giudizio emessa in accoglimento di eccezione di rito da questi sollevata*, Giust.civ., 1985, p.2810
- Menchini S., *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, Riv.dir.proc., 2016, p.975
- Merlin E., *Compensazione e processo*, Milano, 1991
- Merlin E., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, Riv.dir.proc., 2015, p.299
- Minoli E., *Questioni rilevabili d'ufficio ed acquiescenza*, Riv.dir.proc., 1955, p.274
- Minoli E. e Bergomi A., *V.Acquiescenza (diritto processuale civile)*, Enciclopedia del diritto, Milano, 1985, p.496
- Minardi M., *L'art.342 c.p.c. e la violazione di legge*, www.lexform.it.
- Minardi M., *Ancora sul nuovo art.342 c.p.c. e sul contenuto dell'atto di appello*, www.lexform.it.

- Mocci M., *Il giudice alle prese col filtro in appello*, Il giusto proc.civ., 2012, p.2012
- Monteleone G., *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, Riv.dir.civ., 1983, p.714
- Monteleone G., *La funzione dei motivi ed i limiti dell'effetto devolutivo dell'appello civile secondo le S.U. della Corte di cassazione*, Giur.It., 1988, p.1820
- Monteleone G., *Diritto processuale civile*, Padova, 2002
- Monteleone G., *Il processo civile in mano al governo dei tecnici*, www.judicium.it
- Montesano L., *Ricondurre la Cassazione al "giudizio di legittimità"?*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 1966, pp.622
- Montesano L., *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, Riv.dir.proc., 1969, p.579
- Montesano L., *Pregiudizialità e connessione nel processo civile*, Rimini, 1989
- Mosetto F., *Soccombenza teorica su questioni pregiudiziali e appello incidentale della parte vittoriosa nel merito*, Giur.it, 1959, p.541
- Motto A., *Concorso di fattispecie, ne bis in idem e ordine di esame delle questioni di rito*, Riv.dell'arbitrato, 2012, p.340
- Motto A., *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed "accertamento in prosecuzione" nei giudizi di impugnazione di atti di esercizi di poteri sostanziali*, Il giusto processo civile, 2013, p.151
- Natoli C., *Eccezioni e questioni di merito, preliminari di merito e pregiudiziali di rito*, Riv.trim.dir. e proc. civ., 1978, p.417
- Negri M., *Le Sezioni Unite sul ricorso incidentale condizionato consolidano la svolta*, Il Corriere Giuridico, 2011, p.1473
- Oriani R., *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, Il Foro It., 2013, p.3515

- Oriani R., *E' possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, Il Foro It., 2007, p.1009
- Origoni Della Croce G., *Precedenza della questione di giurisdizione rispetto a quella di competenza o della seconda rispetto alla prima? (riflessioni di diritto processuale civile internazionale)*, Riv.dir.civ., 1978, p.697
- Pacilli M., *Note in tema giudicato implicito sulla giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 2010, p.595
- Pacilli M., *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione incidentale condizionata della parte vittoriosa nel merito*, Riv.trim.dir. e proc. civ., 2011, p.1249
- Pagni I., *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12) - Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, Il Foro it., 2012
- Panzarola A., *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005
- Panzarola A., *Sul condizionamento de jure del ricorso incidentale per cassazione del vincitore nel merito*, Riv.dir.proc., 2010, p.191
- Panzarola A., *Le prime applicazioni del c.d. filtro in appello*, Riv.dir.proc., 2013, p.711
- Panzarola A., *Tra "filtro" in appello e "doppia conforme": alcune considerazioni a margine della l. n.134 del 2012*, Il Giusto processo civile, 2013, p.89
- Panzarola A., *Le Sezioni Unite, l'ordine delle questioni di rito e la domanda "automatica"*, Riv.dir.proc., 2013, p.1157
- Pavanini G., *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio*, Padova, 1937
- Petrella V., *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, Riv.dir.proc., 2009, p.1071

- Pisani A.P., *Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi in Cassazione*, Il Foro It., 1991, p.108
- Pisani A.P., *Appunti sull'appello civile (alla stregua della l.353/90)*, Il Foro It., 1994, p.193
- Pisani A.P., *In tema di giudicato interno, giudicato esterno e preclusione*, Il Foro It., 1996, p.102
- Poli G.G., *Le S.U. e l'art.37 c.p.c.*, Il Foro It., 2009, p.386
- Poli R., *In tema di acquiescenza parziale e motivi di appello nel processo tributario*, Riv.dir.proc., 2000, p.523
- Poli R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002
- Poli R., *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, Riv.dir.proc., 2004, p.329
- Poli R., *Il nuovo giudizio di appello*, Riv.dir.proc., 2013, p.120
- Poli R., *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità?*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 2016, p.43
- Pugliese G., *Giudicato civile*, Enciclopedia del diritto, 1969, p.784
- Pototschnig P., *Le impugnazioni civili contagiate dalla crisi dei mercati: le novità del Decreto Sviluppo*, Il Corriere del Merito, p.983
- Provinciali R., *Il giudizio di rinvio*, Padova, 1936
- Provinciali R., *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962
- Rascio N., *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996
- Rascio N., *Su acquiescenza parziale e motivi di appello*, Il Foro It., 1996, p.2146
- Rascio N., *Ancora sui motivi di appello: il requisito della specificità e le conseguenze della violazione dell'art.342 c.p.c. nella giurisprudenza della S.C.*, Il Foro It., 2000 p.218

- Rascio N., *La riproposizione espressa dell'art. 346 c.p.c., l'appellato contumace, l'effetto devolutivo e un atteso ripensamento della Suprema Corte*, Il Foro It., 2012, p.3329
- Rascio N., *In tema di oneri incombenti sull'appellato: due sentenze e recenti tendenze della giurisprudenza di legittimità*, Giur.it., 2012, p.378
- Recchioni S., *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999
- Ricci E.F., *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967
- Ricci E.F., *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, Riv.dir.proc., 1978, p.59
- Ricci G.F., *Il giudizio civile di rinvio*, Torino, 2013
- Rinaldi S., *Considerazioni in tema di ammissibilità del ricorso incidentale condizionato, parte di sentenza ed interesse ad impugnare*, Giust.civ., 2002, p.723
- Rinaldi S., *Sulla ammissibilità dell'appello incidentale condizionato*, www.judicium.it
- Romano A., *In tema di rapporti tra questioni meramente processuali e oggetto del giudizio*, in Foro Amm., 1957, p.340
- Romano A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958
- Romano A.A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione*, Riv.trim.dir. e proc.civ., 2000, p.1205
- Romano A.A., *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, Giur.it., 2001, p.6
- Ronco A., *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito -come baluardo per la sopravvivenza della decisione di merito-*, Giur.it., 2009, p.2004
- Rusciano S., *La parte totalmente vittoriosa nel merito e le questioni «non accolte» in cassazione*, Giur.it., 2006, p.12

- Rusciano S., *Il ricorso per Cassazione della parte vittoriosa nel merito è sempre (anche quando ha oggetto una questione di giurisdizione?) condizionato de iure. Un silenzioso revirement o una "deviazione temporanea"?*, Il Corriere Giuridico, 2008, p.1106
- Rusciano S., *Il ricorso incidentale della parte vittoriosa nel merito è condizionato de iure*, Il Foro It., 2009, p.3051
- Salvaneschi L., *Soccombenza materiale e soccombenza processuale: spunto per una riflessione intorno all'interesse ad impugnare*, Riv.dir.proc., 1983, p.570
- Salvaneschi L., *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990
- Sandulli P., *In tema di interesse all'impugnazione*, Giust. civ., 1978, p.1837
- Santosuosso F., *Ordine delle varie questioni nell'indagine del giudice dell'impugnazione*, Foro It, 1957, p.1860
- Sassani B., *Le Sezioni Unite della cassazione e l'inammissibilità dell'atto di appello carente di motivi specifici*, Riv.dir.proc., 2000, p.511
- Satta S., *Commentario del codice di procedura civile*, Milano, 1962, V.II
- Sbaraglio G., *Un passo indietro nei nuovi orientamenti interpretativi in materia di ricorso incidentale "condizionato"*, Il Foro It., 1997, p.2934
- Scarselli G., *Sul nuovo filtro per proporre appello*, Il Foro it., 2012, p.290
- Scarselli G., *Il nuovo contenuto dell'atto di appello ex artt. 342 e 434 c.p.c., ovvero della pretesa che gli avvocati scrivano progetti di sentenza*, Il giusto proc.civ., 2013, p.481
- Scarselli G., *Sulla incostituzionalità del nuovo art.342 c.p.c.*, www.judicium.it
- Schiaffino G., *Omessa specificazione dei motivi nell'atto di appello: nullità o irregolarità?*, Riv.dir.proc., 1983, p.137

- Segrè T., *Cassazione parziale e limiti del giudizio di rinvio*, Riv.dir.proc.civ., 1935, p.11
- Soggi M., *Il difetto o conflitto di attribuzione (o di giurisdizione) del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali non può essere eccepito o rilevato in cassazione per la prima volta*, Giur.it., 2009, p.418
- Sotgiu S., *La specificità dei motivi di appello: un problema che persiste*, Giust.civ., 1988, p.211
- Spiazzi D., *Sull'inammissibilità del ricorso incidentale condizionato proposto dalla parte vittoriosa e sulla possibilità di riproporre in sede di rinvio le questioni non esaminate dal giudice d'appello*, Giur.it., 1976, p.1983
- Squazzoni A., *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale su questioni di rito*, Dir.proc.amm., 2016, p.299
- Tacchi-Venturi P.C., *I limiti oggettivi del giudicato*, Riv.trim.dir.e proc.civ., 1960, p.1198
- Tarzia G., *Appunti sulle domande alternative*, 1964, Riv.dir.proc., p.253
- Tarzia G., *Realtà e prospettive dell'appello civile*, Riv.dir.proc., 1978, p.86
- Tarzia G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991
- Tarzia G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009
- Tavormina V., *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, Riv.trim.dir. e proc. civ, 1977, p.651
- Tedoldi A., *L'onere di appello incidentale nel processo civile*, Giur.it., 2001, p.1301
- Tedoldi A., *Commentario al codice di procedura civile a cura di C.Consolo*, Milano, 2013, V.II

- Tedoldi A., *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la "iconoclastica" del 2012*, in Atti del convegno su "La riforma delle impugnazioni civili: esperienza tedesca e italiana a confronto", 22 Aprile 2013, Tribunale di Milano
- Trisorio Liuzzi G., *Il ricorso in cassazione, le novità introdotte dal D.L.83/2012*, www.judicium.it
- Turrone D., *Ammissibilità della domanda e accertamento giudiziale. Contro la teoria del doppio oggetto del processo*, Riv.tri.dir.e proc.civ., 2002, p.55
- Turrone D., *La sentenza civile sul processo*, Torino, 2006
- Tutinelli V., *Brevi osservazioni in tema di ricorso incidentale su questioni pregiudiziali o preliminari*, Giur.it., 1991, p.655
- Vaccarella R., *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, Giur.it., 2009, p.412
- Vaccarella R., *Economia di giudizio e ordine delle questioni, Il giusto processo civile*, 2009, p.643
- Valitutti A. e De Stefano F., *Le impugnazioni nel processo civile*, Padova, 1996
- Vellani M., *V. Appello (dir.proc.civ.)*, Enciclopedia del diritto, V.II, Milano, 1958, p.718
- Verde G., *Processo civile: con un nuovo "filtro" in appello garanzie e tradizione giuridica segnano il passo*, Guida al diritto, 2012, p.6
- Vocino C., *V. Presupposti processuali*, Enciclopedia giuridica, 1991, p.1
- Volpino D., *Osservazioni in tema di condizionamento del ricorso incidentale per cassazione*, La Nuova Giurisprudenza Civile commentata, 2002, p.111
- Zanzucchi M.T., *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1919
- Ziino S., *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato "implicito" e di rilevabilità del giudicato esterno*, Riv.dir.proc., 2005, p.1392