

IL GIUDIZIO D'APPELLO

Relatore:

dott. Angelo converso

consigliere della Corte d'Appello di Torino

Sommario: 1. Introduzione - 2. La sentenza di primo grado - 2.1. L'autonomia della sentenza - 2.2. Le domande delle parti - 2.3. La ricostruzione dei fatti - 2.4. I problemi di diritto - 2.5. La ratio decidendi - 2.5.1. Gli obiter dicta - 2.5.2. L'argomento rafforzativo - 2.5.3. Le rationes alternative - 3. I motivi di appello - 3.1. I luoghi di proposizione dei motivi di appello - 3.2. La distinzione fra motivi ed argomenti - 3.3. Il metodo dei rinvii - 3.4. La specificità dei motivi - 3.5. I motivi impliciti - 3.6. I motivi inconsapevoli - 3.7. I motivi ricostruiti - 4. La riproposizione di domande ed eccezioni, distinzioni - 4.1. La riproposizione e l'appello incidentale - 4.2. L'assorbimento ed il rigetto, distinzione ed indagine - 4.3. L'art. 346 c.p.c. ed il contumace in appello - 4.4. La contumacia in appello del vincitore in primo grado - 4.5. Il momento processuale della riproposizione - 5. Le prove nuove - 5.1. La produzione dei documenti e le altre prove, prima e dopo la riforma - 5.1.1. L'indispensabilità della nuova prova - 5.1.2. L'impossibilità incolpevole - 5.1.3. Le conclusioni - 5.2. I criteri di valutazione della novità delle prove - 5.2.1. La novità rispetto al contenuto - 5.2.2. La novità rispetto al mezzo - 5.3. La statuizione sulle prove nella sentenza appellata, necessità di appello - 5.3.1. Il rigetto delle prove per genericità - 5.4. La decadenza dalle prove, il contumace - 5.5. La rinuncia alle prove - 5.6. Le eccezioni al divieto di prove nuove - 6. Le domande e le eccezioni nuove - 6.1. Le eccezioni rilevabili d'ufficio - 6.2. Le eccezioni conseguenti alla sentenza appellata - 6.3. I rapporti fra l'art. 345 e l'art. 346 c.p.c. - 6.4. Le domande nuove - 6.5. La legittima proponibilità di domande nuove, l'intervento autonomo - 6.6. La casistica - 6.7. La mutatio e la emendatio libelli - 6.8. Le eccezioni.

1. Introduzione.

Il profilo dell'appello che ora prenderò in esame è diverso e complementare rispetto a quello sinora illustrato.

Il quadro complessivo tracciato dal correlatore è molto chiaro, così come lo è la natura disorganica dell'odierna disciplina dell'appello, che non è interamente un mezzo di prosecuzione del giudizio di primo grado avendo ad oggetto il rapporto sostanziale, perché occorrono motivi specifici delle parti; non è neppure un mezzo di controllo della sola logica della sentenza appellata, perché è possibile l'esperimento di mezzi di prova o la rinnovazione di altri; né è uno strumento esclusivamente fondato sulla devoluzione come voluta dalle parti, perché sono rilevabili pur sempre le eccezioni in senso lato che il giudice può sollevare d'ufficio. È un istituto processuale ibrido, nel quale prevalgono, volta a volta, le tensioni contrastanti che si manifestano nel mondo politico-giudiziario. Ed è un istituto che non è neppure essenziale, nel quadro complessivo della tutela giurisdizionale, posto che la Costituzione ritiene essenziali solo il primo grado di merito e quello di legittimità, con la conseguenza che l'appello potrebbe essere tranquillamente abolito senza che ciò comporti la violazione dei principi costituzionali. Anzi, si può osservare che il legislatore dell'urgenza, ha portato una robusta picconata, demolitoria del nostro istituto, con la previsione dell'art. 146 quater del d.l. 9-8-1995, n. 347: mi pare evidente, infatti, che la sommarizzazione del processo di primo grado potentemente attuata con la ordinanza anticipatrice di merito, titolo esecutivo ed idonea a

passare in giudicato, e verrà a porsi come oggetto di una sorta di impugnazione interna al giudizio di primo grado, attuata a mezzo delle conclusionali, sì da ottenere – per quanto possibile – la revoca, a mente del secondo comma, dell’ordinanza ed il conseguimento di una sentenza più vantaggiosa. Se, a questo punto, riterremo che il giudice di primo grado debba considerare le critiche mosse alla sua precedente ordinanza, a questo punto il gioco è fatto: si sarà introdotta una ulteriore impugnazione di merito, anticipatrice dell’appello.

Nella consapevolezza che il quadro normativo è instabile e suscettibile di evoluzioni non del tutto prevedibili, toccherò nel mio intervento il profilo basso dell’istituto, proponendomi di affrontare i minuti problemi che incontra il giudice di appello, e che sostanziano, alla fine, la sua quotidiana attività.

Non sono questioni di alta dogmatica, ma sono le questioni che in concreto finiscono spesso per determinare l’esito della causa. Non dirò nulla che già non sappiate e nulla di originale, mi limiterò a tentare di dare un ordine organico alle questioni in cui ogni giorno ci imbattiamo.

L’esperienza che mi muove si fonda – come per tutti – sul passato rito di appello, e da essa ho estrapolato quei profili che mantengono con il nuovo rito una rilevanza apprezzabile, se non maggiore che nel passato, stanti le limitazioni e preclusioni di cui già si è parlato stamane.

Prima di cominciare, credo che ci dobbiamo ricordare che il ruolo del giudice di appello è fondato sul lavoro svolto dal giudice di primo grado, della cui attività il primo può giovare pur valutandone, oggettivamente e senza insofferenze, i risultati. Il giudice di appello – come scrisse Calamandrei – non giudica bene benché quello di primo grado abbia giudicato male, ma perché quello di primo grado ha giudicato male: se i risultati sono complessivamente migliori ciò è dovuto proprio a quell’errore, che è pur sempre un progresso verso la giustizia.

2. La sentenza di primo grado.

È scontato che si debba iniziare dalla sentenza di primo grado, essendo essa l’ovvio dato di partenza del giudice d’appello.

Ed è non meno scontato che il primo, ma non semplice, passo del giudice d’appello consista nel comprendere esattamente il contenuto della sentenza di primo grado.

La schematizzazione concettuale sottostante ad una sentenza, quale che essa sia, è sin troppo nota per doverci soffermare a lungo. Mi limito a ricordarla in sintesi:

- I) la comprensione delle domande delle parti;
- II) la comprensione della questione di fatto, nei termini prospettati dalle parti;
- III) l’individuazione dei problemi di diritto conseguenti alle domande delle parti in relazione alla situazione di fatto;
- IV) l’argomentazione logico-giuridica che lega la prima ai secondi;
- V) la decisione.

2.1. – Il lavoro del giudice d’appello consiste nella revisione, passo passo, dell’itinerario appena tracciato, nell’ambito delle indicazioni delle parti, e – restando nell’ovvio – inizia dal primo punto.

Per debito di chiarezza, debbo dichiarare che sono un fautore del canone della autonomia della sentenza rispetto a tutto il processo, nel senso che il lettore di una qualsiasi sentenza deve essere in grado di comprendere ed apprezzare a fondo le posizioni delle parti, le vicende processuali, le risultanze probatorie, le complete valutazioni di diritto, e, finalmente, la conclusione. Tutto ciò senza che vi sia necessità, di riandare a scritti defensionali, verbali o documenti sparsi variamente nelle carte processuali. Questo vuoi per comodità di lettura e comprensione, vuoi per assicurare il migliore lavoro al giudice successivo, vuoi, soprattutto, per rispettare sino in fondo il principio della pubblicità della sentenza.

Principio, l'ultimo, che implica la possibilità per qualunque lettore, senza disporre d'altro che della sentenza stessa, non solo di comprendere la decisione assunta, ma anche e soprattutto il percorso attraverso il quale ad essa si è giunti. Il che rappresenta il vero controllo democratico sull'attività del giudice.

Fatta questa premessa, osservo che il primo rilievo concerne lo svolgimento del processo della sentenza impugnata.

Ormai sta invalendo l'uso – comprensibile sul piano della quantità del lavoro, ma non personalmente condiviso – di un pressoché inesistente svolgimento del processo.

Si tratta di qualche passo che dà atto di una citazione, di una comparsa costitutiva, di qualche accenno (quando c'è) alle prove, e basta; dal quale si desume soltanto che esiste un processo, e null'altro.

Ma poiché la logica dei fatti si impone da sola, e poiché un quadro di riferimento delle domande, posizioni e prove è comunque necessario, allora si constata che esso migra nella motivazione, ma in maniera frammentata, perché qui diviene prevalente il profilo argomentativo della decisione, scemando l'importanza della contrapposizione delle posizioni delle parti, quale dovrebbe emergere dallo svolgimento del processo.

Il mutamento non è privo di effetti, e non si risolve solamente in una maniera “diversa” di scrivere la sentenza, poiché traduce nei fatti una progressiva perdita della distinzione logica fra il piano delle allegazioni e quello della motivazione. L'effetto di tal perdita, sulla complessiva evoluzione della sentenza, è rappresentato dalla frequenza crescente dell'omessa pronuncia su domande alternative e subordinate.

Infatti, il costringersi a sintetizzare le rispettive domande e posizioni delle parti obbliga – ove fosse sfuggito durante la semplice lettura degli atti – il giudice a rivedere e comprendere a fondo l'oggetto della contesa, e quindi a verificare la congruenza fra quanto discusso e deciso. Questo vale soprattutto nel caso in cui la sentenza sia redatta a distanza di tempo dalla camera di consiglio o dalla decisione. Anche se la redazione della sentenza in stretta contiguità cronologica con la camera di consiglio, resta una regola aurea.

2.2. – Ma senza la comprensione delle domande delle parti non è possibile (alcuna decisione di primo grado e) alcun appello.

E spesso si tratta di comprensione assai ardua, quando il processo sia stato condotto dalle parti secondo la regola della “casualità”, mutando cioè argomentazioni e prospettazioni volta a volta che lo ritenessero utile, senza una impostazione chiara e iniziale e senza che la controparte, magari, neppure se ne sia accorta. O peggio, con un'impostazione intrinsecamente contraddittoria. In tali casi il primo giudice deve scegliere, consapevolmente o meno, fra le varie posizioni assunte dalle parti, quella che ritiene essere la definitiva.

A questo punto il giudice dell'appello deve effettuare una valutazione comparata fondamentale: comprendere la situazione complessiva ed effettiva delle posizioni delle parti come da loro prospettata in primo grado; comprendere come sia stata percepita dal primo giudice; comprendere quale sia la portata della decisione.

Ciò allo scopo di verificare la congruenza fra il chiesto ed il pronunciato.

Non è infrequente, come ho appena detto, che siano state omesse le decisioni su alcune delle domande proposte dalle parti, ed il controllo anzidetto consente di distinguere fra le domande assorbite e quelle puramente dimenticate, ai fini della specificità e congruenza dei motivi di appello e dell'eventuale riproposizione di domande ed eccezioni. La prima ricognizione, quindi, tocca il rapporto dedotto/deciso per individuare se tutto il dedotto è stato anche deciso, e, in caso negativo, se quanto non deciso lo sia stato consapevolmente, o meno, da parte del primo giudice.

2.3. – Poi è necessario comprendere la ricostruzione dei fatti operata dal giudice di primo grado, poiché su di essa si fonda la sentenza appellata.

Ricostruzione che sempre più frequentemente, quando esiste, si limita ad una apodittica affermazione di circostanze, senza discussione critica della loro enucleazione e considerazione. Il che spesso facilita la censura di arbitrarietà o di travisamento da parte degli appellanti.

Se l'effetto di tale situazione fosse solo quello di costringere il giudice di appello a rivedere i fatti acquisiti ed a ricostruire in chiaro la vicenda di causa, sarebbe un danno minimo (ma pur sempre un danno, poiché obbliga almeno una parte ad un secondo grado di giudizio), ma vi è un secondo, e ben più rilevante effetto, derivante dai limiti assai stretti della cognizione di appello rispetto a quella di primo grado, cognizione che consente al giudice di primo grado un margine di intervento sensibilmente maggiore rispetto a quello proprio del giudice d'appello.

In altre parole: se ad una ricostruzione apodittica, e nella sostanza sbagliata, dei fatti di causa, si associa una tal quale imperizia o trascuratezza del difensore appellante, si può ottenere di avere per accertati fatti che, magari documentalmente, sono smentiti dalle carte processuali, senza possibilità di intervento alcuno da parte del giudice di secondo grado. Con quali risultati per la parte sostanziale non è il caso di stare ad illustrare.

Comunque il giudice dell'appello deve necessariamente avere tale quadro complessivo assolutamente chiaro per potere consapevolmente utilizzare i poteri di cui dispone entro l'ambito dell'appello, onde raggiungere un risultato adeguato.

2.4. – Il terzo punto, per il momento, non presenta particolari difficoltà: i problemi di diritto sono quelli trattati dalla sentenza.

Si vedrà poi, in sede di riesame e nel merito della decisione, se sono quelli i problemi realmente correlati alle domande e se la trattazione fattane è corretta.

Ciò – bene inteso – in relazione ai motivi di appello, e lo considererò in quella sede.

2.5. – Il quarto aspetto è quello che tocca la c.d. ratio decidendi, ed è il più complesso, perché raggiunge il cuore dell'appello.

Darne una definizione di tipo descrittivo è facile, trattandosi della catena logico-giuridica di argomenti che lega la situazione di fatto accertata al precetto finale. Assai meno facile è ricostruirla in concreto, perché mai o quasi mai si presenta nei termini netti appena indicati, essendo ciascuno di noi abituato alle doppie o triple argomentazioni, mai troppo ben definite.

Anzitutto occorre identificare le rationes decidendi, distinguendole da due altre categorie dialettiche fortemente affini, ed assai frequentemente impiegate, costituite dagli obiter dicta e dall'argomento rafforzativo.

2.5.1. – Tutti sanno che cosa siano gli obiter dicta: affermazioni parentetiche prive di rilevanza argomentativa specifica.

Il loro impiego, in genere, persegue finalità oblique ed essenzialmente psicologiche: il giudice si rende conto che la decisione che sta per prendere può essere intesa in modo tale da travalicare il caso di specie o da portare a conseguenze, nel caso od in casi affini, del tutto sgradite, ed allora si preoccupa di prevenire siffatti esiti non voluti, mettendo in guardia contro di essi. Oppure l'inciso tradisce una volontà di intervento, ulteriore rispetto all'ambito della causa, nelle relazioni delle parti, che non può essere condivisa: il giudice si preoccupa di fornire indicazioni sul modo di regolare gli altri interessi, dalle parti non dedotti nel processo, ma che sa costituire comunque oggetto di lite, al fine – magari anche astrattamente commendevole – di prevenire ulteriori controversie.

Prescindiamo da questo secondo aspetto, che rientra nel campo della psicologia giudiziaria e meriterebbe ben altro approfondimento, e soffermiamoci sul primo, che – sul piano logico – tradisce una incertezza di argomentazione: se le premesse e lo sviluppo del ragionamento fossero limpidi, non vi sarebbe necessità della parentetica, poiché il lettore non potrebbe essere portato ad interpretazioni che il giudice ritiene aberranti. Se sorge la necessità dell'impiego di una tal figura dialettica, ciò dimostra che il ragionamento in sé presenta delle aporie logiche o giuridiche, che l'estensore tenta in qualche modo di sanare con l'obiter dictum. Ed allora sarebbe razionale, al

momento della stesura della motivazione, quando si percepisce la necessità di far ricorso a tal figura, rivedere l'intera argomentazione, chiedendocisi se non vi sia necessità di una più chiara formulazione ovvero se non vi sia qualche errore insito nella ratio vera e propria.

Tutto questo vale ex ante, ma è fondamentale ex post, per cercare di distinguere ed isolare gli obiter dicta dal resto dell'argomentazione. Si può affermare che uno degli indizi della presenza di tal figura consiste proprio nel fatto che il dictum può essere tranquillamente espunto senza che l'argomentazione complessiva ne risenta.

Ma ciò non basta, perché anche una ratio decidendi alternativa, per definizione, presenta una tale caratteristica, ed allora dobbiamo trovare un tratto peculiare dell'obiter dictum, che è rappresentato dal fatto che, da sola, l'affermazione parentetica non basta da sola a reggere la decisione adottata dal primo giudice, ovvero non ha correlazione alcuna, logica e giuridica, con la decisione adottata.

Se l'argomento considerato può essere espunto senza alterare l'argomentazione e se non ha relazione diretta con il decisum, allora si ha la certezza della sua natura di obiter dictum. E può essere tranquillamente ignorato. Diversamente deve trovare attenta considerazione da parte del giudice dell'appello.

2.5.2. – La seconda figura è l'argomento rafforzativo (quello che con un dubbio latinetto medievale si chiama argomento ad abundantiam), nella duplice forma a fortiori ovvero a maiori ad minus.

Anche in questo caso esiste una ragione psicologica che spinge il giudice all'uso di tale argomento, ed è una ragione di disagio per l'argomentazione sviluppata, che si percepisce come debole ed insufficiente, così si cerca di rafforzarla con un argomento che dimostrerebbe una sorta di evidenza della conclusione raggiunta.

E, pure in questo caso, prima di farvi ricorso nella stesura della sentenza sarebbe necessario chiedersi se l'argomentazione seguita sia l'unica o la migliore delle possibili, e spesso ci si renderebbe conto del fatto che una migliore formulazione o più lucida esposizione della ratio decidendi seguita elimina la necessità di ricorrere a tale tipo di argomento.

Occorre avere chiaro che l'argomento rafforzativo, a differenza del precedente, non può essere logicamente espunto dall'argomentazione, ché anzi della stessa costituisce elemento strutturale.

Ma la nostra attenzione deve essere egualmente attirata perché, non di rado, sotto la forma di argomento rafforzativo si nasconde, benché l'estensore mosso da altre preoccupazioni psicologiche non ne abbia avuto lucida consapevolezza, una vera e propria ratio decidendi autonoma.

Perché si tratti solo di un argomento rafforzativo occorre che esso si inserisca all'interno degli stessi presupposti logico-giuridici entro cui è strutturata l'argomentazione.

Così se – come a volte si legge – la sentenza afferma che il comportamento di una parte ha causato i danni considerati in quanto è stato tenuto in violazione del contratto, ed a fortiori perché è anche in violazione di un precetto penale, non si è dinanzi ad un argomento rafforzativo, ma a due distinte rationes decidendi: una fondata sulla responsabilità contrattuale e l'altra su quella extracontrattuale. Il che diventa determinante, per il profilo che considererò in ordine ai motivi di appello.

“Le affermazioni ‘ad abundantiam’, contenute nella motivazione della sentenza, consistenti in argomentazioni rafforzative di quella costituente la premessa logica della statuizione contenuta nel dispositivo, vanno considerate di regola superflue e quindi giuridicamente irrilevanti ai fini della censurabilità qualora l'argomentazione rafforzata sia di per sé sufficiente a giustificare la pronuncia adottata, ma possono anche consistere in statuizioni autonome (cioè in un sillogismo completo) qualora, risolvendosi in un ‘posterius’ logico di quella contenuta nel dispositivo, siano destinate a divenire operative nelle ipotesi di erroneità di questa. In tale ultima ipotesi sorge per la parte soccombente l'interesse e l'onere all'impugnazione, onde evitare la formazione del giudicato sulle anzidette statuizioni. (Nella specie, il ricorrente aveva censurato la statuizione con la quale i giudici di secondo grado avevano dichiarato inammissibile l'appello, omettendo di assolvere all'onere dell'impugnazione nei riguardi dell'ulteriore statuizione, qualificata dagli stessi giudici ‘ad abundantiam’, secondo cui l'appello era comunque infondato nel merito; la C.S., in base

all'enunciato principio, ha rigettato il ricorso che si era limitato ad impugnare la declaratoria d'inammissibilità dell'appello)" (così Cass. Civ. Sez. II, 25-10-1988, n. 5778).

2.5.3. – A questo punto torno alle argomentazioni alternative, dopo aver tentato di distinguerle dalle due figure confinanti, con cui sono spesso confuse, per sottolineare che nell'uso – quando vi si faccia ricorso consapevolmente – sono introdotte usualmente da espressioni come: "in ogni caso", "comunque", "tuttavia", "anche se", e quant'altre l'esperienza di ognuno può rammentare.

E, "comunque" siano introdotte, "in ogni caso" debbono essere idonee a sorreggere il decisum, da sole: questa è la condizione essenziale per riconoscerle come autonome rationes decidendi.

L'utilità (direi meglio: la necessità) di una griglia di lettura tanto minuziosa della sentenza appellata è evidente in relazione ai motivi di appello ed è in funzione della esatta determinazione dell'ambito dell'appello.

3. I motivi di appello.

Letta la sentenza, occorre leggere, con anche maggiore minuzia, i motivi di appello, che fissano il thema decidendi dell'appello, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La lettura deve avvenire in modo gradato, così da giungere a delimitare progressivamente l'ambito dell'appello, togliendo di mezzo quanto è irrilevante o inammissibile ai fini della decisione.

3.1. – Anzitutto, ricordiamo quale deve essere il luogo di esposizione dei motivi di appello, che è costituito esclusivamente dall'atto di appello e dalla comparsa costitutiva.

Se questo è ovvio, non altrettanto ovviamente è praticato: i difensori spargono a piene mani i motivi dovunque còpiti, senza eccessive remore. In memorie aggiunte, nelle stesse conclusioni definitive, e, soprattutto, nella comparsa conclusionale, che pare essere il luogo privilegiato.

La spiegazione è semplice: solo al momento della redazione di quello scritto finale, che – giova ricordarlo – deve servire solo a meglio illustrare motivi di appello già tempestivamente proposti, rivedono interamente la materia dell'appello, e, spesso, solo allora si rendono conto di quali siano le censure (spesso quelle vere) da muovere alla sentenza appellata. E le formulano, con tranquillità.

A questo punto occorre rammentare il primo insegnamento giurisprudenziale, che è anche più importante con il nuovo rito, secondo cui sono solo i motivi esposti negli scritti introduttivi del secondo grado, la citazione e la comparsa costitutiva, che possono contenere i motivi di appello principale ed incidentale.

Inammissibili sono tutti i motivi posteriormente aggiunti.

3.2. – Ma occorre distinguere fra nuovi motivi veri e propri e nuove argomentazioni di motivi già proposti, contenute in scritti diversi da quelli anzidetti: i primi sono inammissibili, le seconde sono pienamente ammissibili.

La distinzione è contenutistica: sono motivi, quelli che contengono critiche a capi della sentenza impugnata, critiche prima non proposte; sono argomenti quelli che servono a motivare, anche in modo diverso rispetto a quello contenuto in citazione o nella comparsa costitutiva, una critica già proposta.

È chiaro che motivare l'inesistenza di una servitù, ritenuta invece dal primo giudice, sulla base del mancato compimento del ventennio, e poi anche della non apparenza, non muta la censura mossa, consistente comunque nella inesistenza della servitù, e quindi si tratta di una semplice argomentazione, che, dedotta o meno, può essere rilevata anche dal giudice di appello, quando i fatti siano portati alla sua cognizione. Diverso ed opposto discorso nel caso in cui sia stata negata la sussistenza di una servitù, e l'appellante sostenga che il giudice ha sbagliato perché non ha rilevato che la servitù era stata usucapita, e poi in memoria successiva deduca che l'errore consiste nel fatto

che non ha ritenuto essere sorta per disposizione del padre di famiglia. La seconda argomentazione rappresenta un nuovo motivo di appello, incompatibile con il precedente ed inammissibile.

Ma neppure questa conclusione è assoluta, perché occorre ancora aver presente come sia possibile introdurre legittimamente una nuova argomentazione, che magari ha l'apparenza di un nuovo motivo, negli scritti posteriori a quelli ricordati.

Il limite invalicabile è costituito dalla causa petendi e dai fatti come accertati in causa e dedotti in appello: se nessuna di tali colonne d'Ercole muta è possibile che quella che appare essere un nuovo motivo d'appello, sia una semplice argomentazione nuova.

Se il primo giudice ha riconosciuto una servitù, di cui l'appellante nega l'esistenza, che ciò avvenga perché non è decorso il ventennio ovvero perché non è apparente, non muta perché la causa petendi è sempre solo la proprietà libera del fondo servente, e perché, per riconoscerla, la sentenza appellata deve avere accertato sia l'usucapione che l'apparenza. Questo spiega perché si tratti di argomentazioni, una delle quali può anche essere prospettata oltre l'atto di proposizione dell'appello.

Ma se il primo giudice avesse riconosciuto la servitù avendo indagato solo il periodo di usucapione presupponendo l'apparenza, la contestazione di quest'ultima non è una semplice argomentazione, ma un vero e proprio motivo di appello. E quindi la censura deve essere contenuta in atto di appello, perché involge una indagine di fatto, possibile in appello, ma non svolta in primo grado.

E allora si può aggiungere un ulteriore requisito per identificare l'argomentazione rispetto alla nuova doglianza, rappresentato dal fatto che la prima deve inserirsi nello stesso quadro dei fatti già presupposto in atto di appello od in comparsa costitutiva.

Tutto questo vale a suggerire la delicatezza della distinzione, agevole sul piano astratto, sempre difficile in concreto.

Questa prima lettura degli atti di appello, consente di restringere l'ambito del gravame alle sole censure contenute in citazione ed in comparsa costitutiva, salve le integrazioni argomentative di cui ho detto.

3.3. – Il successivo livello di lettura comincia a interessare la struttura dei motivi, ma ancora sotto un aspetto formale.

Si tratta dell'abuso del metodo dei rinvii.

Usualmente pressato dalla scadenza dei termini, il difensore che deve in ogni modo proporre impugnazione si limita a buttare giù qualche frase di circostanza ed a rinviare alle difese ed agli scritti difensivi di primo grado, "per luziorismo" richiamandoli tutti.

Il metodo dei rinvii è in sé inammissibile, per la chiara ragione che impone al giudice di supplire all'inattività della parte, dando contenuto e corpo alle critiche mosse dell'appellante, così scegliendo, fra quelle di primo grado, le argomentazioni coerenti al fine.

Il rinvio può essere di diversa latitudine, e questo aspetto importa già una maggiore attenzione.

Il puro e semplice rinvio generico a tutti gli scritti di primo grado, è *ictu oculi* inammissibile e non occorre spendervi altre parole.

Ancora inammissibile è il rinvio, assai praticato, alle difese tutte della conclusionale, per la ragione chiara che le censure contro una sentenza, per essere tali, debbono tener conto delle argomentazioni contenute nella pronuncia impugnata, quindi debbono essere formulate a posteriori: all'opposto, le argomentazioni della conclusionale di primo grado non possono criticare una sentenza che non esisteva, nel momento in cui furono formulate.

Ammissibile, invece, è il rinvio a specifiche argomentazioni, espressamente individuate negli scritti di primo grado: nel caso in cui il primo giudice abbia ommesso di considerarle, quando possano portare ad un mutamento della decisione, ben possono essere semplicemente richiamate senza necessità di una ripetizione.

Ma, all'opposto, il rinvio è inammissibile nel caso in cui la sentenza le abbia considerate. Ciò non tanto in rapporto al profilo di cui sto parlando, quanto in rapporto alla specificità dei motivi: una

argomentazione proposta, esaminata, respinta e semplicemente riproposta pari pari non costituisce una censura specifica alla decisione accolta.

3.4. – A questo punto si è arrivati al nodo centrale dell'appello: la specificità dei motivi.

La specificità dei motivi, di cui all'art. 342, 1° comma c.p.c. immutato nel vecchio e nuovo testo, è l'ultimo, e spesso determinante, terzo livello di lettura, antecedente alla decisione di merito.

La specificità è una categoria logica relativa, che trova il suo termine di riferimento nella motivazione della sentenza impugnata: un motivo di appello deve essere tanto specifico quanto specifica è l'argomentazione svolta nella sentenza.

E viceversa: può essere tanto generico quanto generica è l'argomentazione. Sino al limite della decisione apodittica, della quale basta denunciare la apoditticità, per avere un motivo di appello "specifico". Ma se l'argomentazione è appena articolata, allora non basta denunciare solamente l'eventuale incomprensibilità, poiché sarebbe censura apodittica e generica. Occorre spiegare in che consiste tale incomprensibilità, se, ad esempio, nella contraddittorietà argomentativa, nella insufficienza argomentativa, nella oscurità di linguaggio, etc. Solo in tal modo si ha una censura specifica.

In sintesi, si può affermare che è specifica la censura congruente con la ratio decidendi criticata, e così quella doglianza che, se accolta, è tale da determinare il capovolgimento della conclusione fondata sul capo di sentenza considerato.

Questa correlazione è di facilità direttamente proporzionale alla chiarezza e lucidità della motivazione di primo grado, nel senso che quanto maggiore è quella chiarezza, altrettanto è agevole valutare la specificità del motivo di appello.

In questo momento non sto facendo alcun riferimento alla esattezza della decisione di primo grado, sto soltanto considerando, sul piano logico-giuridico, il modo di esposizione della sequenza logica da cui avevo iniziato il discorso, e di conseguenza affermo quello che tutti sappiamo: anche una decisione macroscopicamente sbagliata può passare in giudicato, perché non specificamente censurata.

Ritengo che una motivazione chiara, completa e lucida – corretta od errata che sia la decisione – costituisce un bene di per sé, da perseguire sempre, perché offre alle parti il modo per censurare con la massima precisione l'errore in cui il primo giudice sia incorso, così da porvi rimedio. Non ha importanza se il difensore, poi, non colga l'errore e non lo denunci, o non lo denunci adeguatamente, perché il giudice ha comunque offerto la propria opera al più ampio livello di critica possibile. Ed il giudice non è infallibile.

Il discorso è relativamente semplice sul piano astratto, assai meno su quello concreto, perché presuppone quella analisi della ratio decidendi su cui già mi sono intrattenuto; presuppone la comprensione esatta – e spesso non è facile – dell'argomentazione contenuta nel motivo di appello, ed importa la comparazione fra le due cognizioni.

Tale lavoro spesso fa emergere un tratto tormentoso del mestiere del giudice d'appello: il motivo di appello critica, magari fondatamente, tutta una serie marginale di argomenti considerati dalla sentenza impugnata, ma non attacca il nucleo centrale della ratio decidendi, che magari è errato. In questo caso, quel giudizio di relazione diventa estremamente delicato: se si conclude per la genericità, il motivo è inammissibile nella sua interezza; se si conclude per la specificità, si potranno riformare bensì le argomentazioni marginali, ma non quella centrale e sbagliata. Sappiamo tutti benissimo che la decisione del giudice d'appello, normalmente, a questo punto ed a prescindere dalla motivazione che sarà adottata, non si fonda più su canoni logici astratti, ma sulla convenienza del caso concreto: sarà portato a concludere per la specificità solo nel caso in cui qualche vantaggio possa venire all'appellante, e la pronuncia risulti adeguata al caso concreto.

Ammesso, ora, che un dato motivo di appello sia specifico, non è ancora detto che si possa passare alla valutazione del merito, poiché occorre porlo in relazione alle eventuali, plurime rationes decidendi contenute nella sentenza impugnata, per valutare un diverso aspetto della specificità.

In altre parole: la valutazione di congruenza si amplia dalla specifica ratio decidendi censurata a tutte quelle che compongono il medesimo capo di sentenza, e che sorreggono la decisione finale.

In presenza di più motivazioni alternative, perché un motivo sia specifico deve valere a criticarle tutte e ciascuna, proprio in forza di quella relazione di congruenza di cui ho appena detto. Con la conseguenza, invero assai frequente, che se solo una sia (o solo alcune siano) oggetto di critica, e le residue siano da sole idonee a fondare la decisione impugnata, allora si deve concludere per la genericità dell'appello.

È quella situazione che la Corte di Cassazione riconduce, invece, all'interesse ad agire, osservando che l'appellante ha interesse ad una pronuncia a sé favorevole, ergo se i suoi motivi di appello non sono idonei a giungere a tanto, allora non ha interesse alla impugnazione, posto che anche se una ratio decidendi fosse realmente errata, l'altra sarebbe passata in giudicato con l'effetto di valere comunque a reggere la decisione assunta.

Significativamente la giurisprudenza in tali casi non giunge al rigetto nel merito ma alla inammissibilità dell'appello, e cioè alla sanzione tipica della genericità dei motivi.

Quale che sia l'argomentazione preferita, e cioè sia che si voglia ravvisare in tale caso un motivo di appello generico, sia che lo voglia ritenere un motivo di appello privo di interesse, la conclusione non muta, essendo sempre inammissibile.

Un ultimo rilievo: i motivi generici contenuti in atto di appello od in comparsa costitutiva non possono essere integrati da successivi atti processuali. Quindi la genericità o specificità deve essere considerata in riferimento soltanto a quegli atti, trascurando i successivi, sia che si tratti di memorie sia che – come assai di frequente accade – si tratti della conclusionale.

Solo a questo punto della nostra lettura degli atti di appello, possiamo entrare nel merito della decisione di primo grado e delle critiche mosse.

Ed allora si aprono nuovi scenari, con nuovi problemi.

La casistica in proposito è senza confini, mi limito ad accennare ad alcuni dei problemi ricorrenti.

3.5. – Il primo concerne i motivi di gravame impliciti, certamente fra i più subdoli.

Spesso involgono la qualificazione dei fatti data dal primo giudice.

Se essa non è investita direttamente e chiaramente dall'appello, non per questo la si può ritenere ormai coperta da giudicato, poiché occorre valutare se le censure mosse non siano tali da presupporre una qualificazione diversa, nel qual caso saremo di fronte ad un motivo di gravame implicito.

In altre parole: la lettura dei motivi deve avvenire anche in relazione a quanto le critiche in essi espresse presuppongono, poiché da ciò è ben possibile dedurre l'esistenza di una critica magari non direttamente esplicitata, ma nondimeno proposta dall'appellante e potenzialmente rilevante.

Ed anche un motivo implicito è una doglianza che deve essere considerata ai fini della decisione, non meno di quelli espliciti. Con l'effetto che l'omissione può legittimare il ricorso per Cassazione.

Questa problematica diventa particolarmente sottile quando la presupposizione involge non solo questioni di diritto ma, in tutto od in parte, anche questioni di fatto.

È possibile che il motivo implichi una ricostruzione dei fatti di causa diversa da quella considerata dal primo giudice. Se non sorgono particolari problemi nel presupporre, e quindi nel considerare, una argomentazione di diritto implica in altre espressamente formulate, all'opposto ben si possono incontrare difficoltà nella presupposizione di un fatto, perché si ripresenta, sotto altre spoglie, la questione della specificità del motivo. Se il primo giudice ha operato un'esplicita ricostruzione di fatto, che non sia stata esplicitamente censurata ma solo indirettamente ed implicitamente lambita dalle presupposizioni incluse nelle critiche di diritto, allora, messo in luce tale nesso logico e giuridico da parte del giudice d'appello, se ne deve inferire la genericità del motivo di appello, che non critica adeguatamente la ratio decidendi esposta in sentenza.

Ma se il primo giudice non ha provveduto ad una esplicita ricostruzione dei fatti, e, seguendo la scia delle argomentazioni delle parti, si sia limitato a presupporre pur egli un certo assetto storico degli

accadimenti, argomentando di conseguenza, allora una presupposizione dei fatti diversa può costituire un motivo di gravame implicito, ma specifico.

Con un ulteriore rilievo: se i fatti presupposti dal primo giudice, erano pacifici, allora un siffatto motivo implicito di gravame può configurare addirittura una causa petendi nuova, e quindi potenzialmente una domanda nuova ed inammissibile.

Può anche accadere che il giudice di primo grado abbia presupposto un determinato fatto non perché esso fosse pacifico ma sulla base del travisamento delle difese delle parti, per le quali non quello presupposto ma uno diverso era un fatto pacifico: ecco che, in tal caso, che un motivo implicito che presupponga il fatto realmente incontestato, ma diverso da quello presupposto dal primo giudice, può essere sufficientemente specifico, tanto da imporre la revisione della sentenza impugnata.

Continua a funzionare quel giudizio di relatività, da cui ho preso le mosse, con esiti volta a volta diversi.

Qui mi basta aver tentato di attrarre la vostra attenzione sulla importanza e mobilità dei confini logici e giuridici della categoria specificità/genericità, nonché sulla attenzione che occorre porvi nel valutare le doglianze di appello.

3.6. – Ma oltre ai motivi impliciti ci sono anche i motivi inconsapevoli, anche più subdoli dei precedenti.

Sono rappresentati da quelle censure, che pur se formalmente espresse non erano state formulate in modo lucido e consapevole come critiche alla sentenza impugnata, ma sono espresse come affermazioni incidentali, causali, “ad colorandum” come si dice con un pessimo latinetto.

Eppure sono quelle le critiche vere, utili per la parte appellante.

Il nostro sistema processuale, per quel che qui rileva, si basa sul principio della dichiarazione, come dimostra l’art. 342, 1° comma c.p.c. che considera i motivi, come che siano, purché espressi nell’atto dell’impugnazione. Quindi i motivi, consapevoli o meno, è sufficiente che siano formulati, per essere rilevanti e dover essere presi in considerazione dal giudice d’appello.

Da qui deriva una particolare attenzione, nella lettura delle impugnazioni, a non lasciarsi trasportare da quello che pare essere il significato “evidente” dei mezzi proposti, ed a verificare passo passo se non siano espressi anche taluno dei motivi di cui sto parlando.

Per tentare di essere chiaro io stesso, vi propongo un esempio concreto. Si trattava del secondo motivo d’appello, con cui uno di quei procacciatori di vendita di partecipazioni di fondi di investimento porta a porta, ritenuto dal primo giudice responsabile ex art. 2043 c.c. del danno costituito dalla perdita dei capitali investiti e patito da due avidi e sciagurati investitori, tentava soltanto, senza molta convinzione, di ridurre in qualsiasi modo il peso economico della condanna, che assommava a L. 165.000.000.

Il motivo apparentemente concerneva il dolo con cui avrebbe operato parte appellante, la quale osservava che il primo investimento delle controparti ebbe luogo per L. 100.000.000, con decorrenza 24-1-1988, ed il secondo per L. 50.000.000, con decorrenza 24-5-1988, ed era così testualmente concepito:

“è di chiara evidenza che nessuna responsabilità può essere attribuita al Giovanni (parte appellante) per le operazioni di rinnovo del 1989, che fruttarono agli Oberto (parti appellate) la riscossione degli interessi. Invero è chiaro che, se nel gennaio e nel maggio del 1989 (e cioè allo scadere dell’anno di ciascun investimento) epoca dei rinnovi la situazione patrimoniale delle società finanziarie era divenuta precaria, ben poca influenza avrebbe potuto avere il “consiglio” del Giovanni nell’operare il rinnovo o nel chiedere il rimborso perché se i coniugi avessero ottenuto, e ciò si dice solo in ipotesi, il rimborso, avrebbero dovuto rigurgitarlo a favore della massa, in virtù della legge fallimentare, dati i tempi del provvedimento di liquidazione coatta”.

Quindi l’appellatore negava che il proprio “consiglio” di reinvestire i due capitali, quando ormai la fiduciaria era decotta, avesse generato il danno, costituito dalla perdita dei capitali. Apparentemente, l’appellante contestava l’esistenza del nesso di causalità fra il proprio comportamento ed il danno:

I) perché se anche gli investitori avessero chiesto il rimborso, rifiutando il reinvestimento, e l'avessero ottenuto avrebbero dovuto restituirlo in sede di revocazione (“avrebbero dovuto rigurgitarlo a favore della massa”);

II) perché se avessero reinvestito, in ogni caso lo stato di decozione avrebbe impedito la restituzione del capitale alla nuova scadenza (“la situazione patrimoniale delle società finanziarie era divenuta precaria, ben poca influenza avrebbe potuto avere il ‘consiglio’ del Giovanni nell’operare il rinnovo o nel chiedere il rimborso”). Com’era in effetti accaduto;

III) perché se anche avessero chiesto il rimborso, rifiutando il reinvestimento, non l'avrebbero ottenuto (“se i coniugi avessero ottenuto, e ciò si dice solo in ipotesi, il rimborso”).

I primi due erano motivi consapevoli, ed infondati, il terzo era un motivo inconsapevole (in quanto inserito come una ipotesi incidentale), specifico (in quanto negava il nesso di causalità fra il proprio comportamento ed il danno, in ragione dello stato di avanzata decozione della fiduciaria, aspetto non considerato sotto questo profilo dal primo giudice) e fondato (in quanto, valutando i dati probatori, era emerso che le capacità economiche, e quindi le possibilità di ottenere la restituzione dei capitali alle due scadenze, della società fiduciaria erano rapidamente e nettamente scemate: alla prima scadenza la società avrebbe potuto restituire la metà del capitale – e questo fu il danno –, alla seconda più nulla, essendo seguita entro il mese successivo la liquidazione coatta, e quindi mancava, per questa parte, qualsiasi nesso causale fra comportamento e danno). Ed era tanto inconsapevole che il difensore, in sede di conclusionale, non vi dedicò una riga.

3.7. – Ma le categorie dei motivi subdoli non sono finite.

La giurisprudenza parla ripetutamente di un’interpretazione complessiva dell’atto di impugnazione in funzione dell’utilità perseguita da parte appellante. Incita, quindi, a dare ai motivi di impugnazione una lettura che sia profittevole all’appellante, indipendentemente dal locus dell’atto di impugnazione in cui la parte esprima le critiche e chieda interventi riparatori nei confronti della sentenza di primo grado.

Questo tipo di lettura complessiva introduce alla categoria di quelli che chiamerei i motivi ricostruiti, che, anche loro, spesso sono vincenti.

In concreto: si tratta di verificare nell’atto di appello o nella comparsa costitutiva, in ogni parte dell’atto, se non vi siano lacerti argomentativi che combinati insieme forniscano sostanza adeguata ad un motivo che – in ipotesi – sia profittevole all’appellante.

Accade di frequente che l’appellante non riesca – diciamo pure: anche per la pessima qualità della sentenza – ad enucleare con chiarezza quello che ritiene essere l’errore da censurare, e così, a sprazzi, colga aspetti diversi dell’errore e, senz’ordine e consapevolezza, li esprima tuttavia nel corpo dell’atto di impugnazione. A volte, nei capitoli di prova dedotti; altre nello svolgimento del processo, o anche nelle premesse di fatto, o addirittura nelle stesse conclusioni assunte.

Ebbene, secondo quel principio giurisprudenziale, il giudice d’appello, che a sua volta abbia compreso qual’è l’errore della sentenza impugnata, dovrebbe collegare i brandelli argomentativi, ricavarne un motivo complessivo e considerarlo in sede di appello.

Al di là del profilo logico-giuridico entro il quale deve collocarsi l’opera del giudice, è palese che la ragione dell’individuazione di tale categoria di motivi risiede nella constatazione dell’esistenza di un evidente errore contenuto nella sentenza di primo grado, non compreso con chiarezza dall’appellante, quindi non impugnato con la dovuta lucidità dalla sua difesa, che, giustamente tuttavia, avverte l’ingiustizia della sentenza ma non riesce ad individuarne la causa.

In queste situazioni, sorge una pulsione psicologica del giudice di appello a soccorrere la parte ingiustamente sanzionata e peggio difesa, così raggiungendo i limiti estremi del ruolo del giudice. Se il giudice fosse un terzo assoluto rispetto alle parti, si dovrebbe limitare a prendere le censure esposte per il loro “valore facciale”, senza alcun’altra indagine: se il difensore non ha saputo fare il suo mestiere, sono problemi che riguardano la parte ed il suo legale. Se il giudice si spinge a

ricostruire logicamente un motivo di impugnazione smozzicato lungo tutto l'atto di appello, supera tale posizione di terzietà.

Proprio questa consapevolezza, mi spinge sempre a dubitare della correttezza di questo intervento, che può giungere ad alterare la posizione reciproca delle parti, a vantaggio di una. Non della sua legittimità, ch  sul piano interpretativo dell'atto di appello, l'operazione non presenta limitazioni. Personalmente ritengo che un tale intervento, se non contenuto in limiti assolutamente marginali, possa portare il giudice a sostituirsi direttamente (e illegittimamente) alla difesa e, addirittura, alla parte appellante. Con ricadute gravissime sul piano dei precedenti, e della obiettiva ingiustizia che pu  sortirne.

In queste situazioni, mi chiedo sempre quale sia il ruolo vero del giudice: se quello di colui che si limita a prendere atto di quanto formalmente la parte gli ha sottoposto e lo valuta, ovvero quello di colui che, approfondendo la valutazione, finisce per prendere partito per una parte; se l'aspirazione di rendere giustizia e non di applicare solo la legge, di dare ragione a chi l'ha e non di limitarsi a darla a chi non ha violato la legge sostanziale o processuale, non si trasformi nel suo opposto, del dare ragione alla parte che noi supponiamo che l'abbia, conoscendo solo un frammento della realt  complessiva e molto pi  articolata di quanto appaia in causa, che ruota intorno a qualsiasi processo. Mi chiedo sempre, se nel momento in cui io ricombino il motivo inespresso non stia commettendo la peggiore delle ingiustizie, e non stia tradendo il mio compito.

So bene che queste riflessioni non sono strettamente ancorate al diritto processuale, entro cui questa conversazione si pone, ma, proprio per la sede in cui ci troviamo, credo di poterle fare perch  danno consapevolezza dei rischi, ma anche dell'utilit  in determinati casi, connessi ad un intervento da parte del giudice di appello, che sento sempre come colpevolmente manipolatorio.

Ed allora mi pongo sempre un limite in siffatta operazione, costituito dalla verifica logica che il motivo ricostruito sia con certezza ricompreso nella struttura delle conclusioni assunte. Intendo dire, che se il motivo ricostruito   implicitamente presupposto dal modo di formulazione delle conclusioni, magari particolarmente articolate, allora ci  significa che la parte, in qualche modo, lo ha voluto. Se manca tal rapporto, allora sta facendomi direttamente parte e difensore.

Conosco perfettamente la labilit  del limite e non so, in concreto, indicarne uno migliore.

4. La riproposizione di domande ed eccezioni, distinzioni.

Uno dei problemi che frequentemente toccano al giudice di appello   quello della riproposizione non tanto di domande, quanto di eccezioni ex art. 346 c.p.c..

In argomento occorre fare subito alcune distinzioni.

La prima e fondamentale: l'onere di cui all'art. 346 c.p.c. concerne le domande ed eccezioni che cospirano alla conferma della sentenza, non anche quelle che presuppongono la sua riforma. Cos , ad esempio, se in primo grado l'appellato vittorioso aveva proposto una chiamata in garanzia di un terzo, poich  essa presuppone l'accoglimento della domanda principale di condanna formulata contro l'appellato vittorioso, non pu  ritenersi richiamata in appello ex art. 346 c.p.c., ma deve essere oggetto di appello incidentale condizionato, proprio perch  essa si fonda sull'accoglimento dell'appello principale.

La seconda, l'onere di cui all'art. 346 c.p.c. concerne solo le domande e le eccezioni in senso proprio, e non riguarda le mere argomentazioni, anche se nuove e diverse rispetto a quelle prospettate in primo grado ed accolte, o meno, dal primo giudice. Per queste ultime non esiste alcuna presunzione di rinuncia, e possono essere proposte con libert . Cos  come detto onere non concerne le istanze istruttorie, a meno che esse siano state dedotte a supporto delle domande riproposte. Istanze istruttorie, a supporto di domande accolte, ed eventualmente respinte, debbono essere oggetto di esplicita impugnazione condizionata, poich , diversamente, la reiezione resta coperta da giudicato interno.

La terza, collegata alla formazione del giudicato interno, concerne le causae petendi. Nel caso in cui il primo giudice abbia accolto la domanda principale sulla base di una causae petendi diversa da quelle dedotte dalla parte vittoriosa, questa deve dedurre, con appello incidentale, le altre non considerate o respinte dal primo giudice, in grado di appello. Ciò in quanto, la parte sostanzialmente e concretamente vittoriosa sulla domanda proposta è virtualmente soccombente sulle altre domande fondate su causae petendi diverse, sicché può formarsi il giudicato interno di rigetto delle causae petendi non considerate o respinte.

Quanto alla forma della riproposizione, tutti sappiamo che la giurisprudenza ripete non esservi necessità di alcuna formula canonica per la riproposizione di domande ed eccezioni da parte del vincitore, che non ha l'onere di formulare un appello incidentale per riproporre domande ed eccezioni già formulate in primo grado e disattese.

La questione si pone quando, nella sentenza impugnata, vi sia stato il c.d. assorbimento di taluna domanda od eccezione.

Una precisazione deve essere fissata con chiarezza in relazione all'ambito di applicabilità della norma, che è esclusiva del grado di appello e non si applica in Cassazione: essa concerne unicamente domande di primo grado proposte in via alternativa o subordinata, in modo tale che l'accoglimento di una comporti l'assorbimento delle altre, ovvero il rigetto di una non implichi il rigetto di altre. Non concerne, invece, le domande cumulative, con la conseguenza che, se il giudice di primo grado non abbia pronunciato su alcuna, tale omissione deve essere oggetto di appello principale od incidentale.

L'assorbimento non è altro se non la figura logica della sufficienza: se una domanda, logicamente prioritaria, è fondata, è inutile, per carenza di interesse della parte, l'esame delle altre logicamente successive o dipendenti. Quale che sia l'esito dell'esame di ciascuna delle domande successive, in ogni caso è sufficiente l'accoglimento della domanda o eccezione prioritaria per aversi l'esito favorevole richiesto dal postulante.

In un raro passaggio in cui la giurisprudenza dichiara il significato dello "assorbimento", si legge: "Il particolare concetto di assorbimento qui espresso vuol significare semplicemente l'inutilità dell'esame particolare delle tre questioni proposte con i motivi quarto, quinto e sesto, essendo esse fondate e perfettamente corrispondenti alle soluzioni ad esse date dalle SS.UU. di questa Corte con la sentenza surrichiamata 499/93" (così Cass. Civ. 21-8-1993, n. 8852, in motivazione).

È usuale che la motivazione della sentenza di primo grado si occupi della domanda od eccezione accolta, tacendo su quelle logicamente successive o dipendenti, ritenute dal primo giudice assorbite. A questo punto, l'appellato, vincitore in primo grado, non ha l'onere di proporre l'appello incidentale, ma ha l'onere di richiamare le eccezioni e domande di primo grado.

4.1. – Occorre non dimenticare anche che la giurisprudenza afferma l'esistenza di un canone interpretativo della sentenza, secondo cui tutto quanto non è stato oggetto di pronuncia esplicita od implicita, ed è incompatibile con il decisum, è stato respinto.

In questo caso, non di mera riproposizione di domande ed eccezioni si tratta, ma della necessità di un vero e proprio appello incidentale (magari condizionato), poiché non v'è assorbimento ma reiezione implicita.

La differenza non è di poco conto con il vecchio rito, mentre scema grandemente con il nuovo, relativamente al limite di riproponibilità di domande ed eccezioni ex art. 346 c.p.c., in rapporto a quello di proponibilità dell'appello incidentale.

Sul punto tornerò fra un momento.

La differenza è fondamentale in relazione al modo di riproposizione ex art. 346 c.p.c. o di proposizione dell'appello incidentale.

Nel primo caso, infatti, è sufficiente che la parte appellata manifesti, in qualsiasi modo chiaramente ed univocamente, la sua volontà di non rinunciare a domande ed eccezioni disattese, non essendo necessario che le riformuli esplicitamente una ad una. E così sarà sufficiente anche un accenno

fuggevole, ovvero la riesposizione della situazione di fatto su cui quella domanda od eccezione era stata basata in primo grado, o, addirittura, la presupposizione univoca della loro riproposizione. Ma non basta il solito, generico rinvio a tutte le domande ed eccezioni di primo grado, senz'altra argomentazione dalla quale si ricavi, almeno, la presupposizione della riproposizione.

Inoltre, la riproposizione esplicita non postula che essa debba avvenire sulla base delle identiche argomentazioni svolte in primo grado, ben potendo avere luogo anche in forza di argomentazioni diverse. Ciò che rileva è unicamente la riproposizione in sé e per sé, in qualsiasi forma, purché indicativa della volontà necessaria a vincere la presunzione di cui all'art. 346 c.p.c..

Tutto ciò deriva ancora dal canone di relativa specificità di cui ho detto: proprio l'assenza di qualsiasi argomentazione nella sentenza, rende correlativamente specifico il semplice richiamo alle eccezioni e domande proposte in primo grado, in forza del disposto normativo che si limita a chiedere la riproposizione di domande ed eccezioni non accolte.

Donde l'obbligo del giudice d'appello di esaminarle, nel caso in cui l'appello principale, avverso la ratio decidendi seguita dal primo giudice, risultasse fondato, ovvero esse fossero logicamente antecedenti sul piano della trattazione dell'appello.

Nel secondo caso di appello incidentale anche condizionato, invece, è necessaria una proposizione esplicita e specifica, secondo le regole dei motivi di appello.

Un altro aspetto della distinzione spesso pare dimenticato, e concerne gli effetti della riproposizione ex art. 346 c.p.c. rispetto a quelli della proposizione dell'appello incidentale.

La prima ha un effetto meramente processuale, con la conseguenza che, ove la parte appellata dimentichi la riproposizione, e, quindi, giusta la presunzione di cui all'art. 346 c.p.c., la parte sia ritenuta decaduta dalla domanda non riproposta, essa ben può avanzare la domanda stessa in un separato giudizio. Non si ha l'effetto del giudicato, per la chiara ragione che la domanda non accolta non è stata neppure esaminata dal primo giudice e la mancata riproposizione in appello non involge alcuna rinunzia sostanziale alla stessa.

All'opposto l'appello incidentale, che ha effetti sostanziali, con la conseguenza che la pronuncia implicita od esplicita su di esso è suscettibile di passaggio in giudicato sostanziale, e quindi impedisce la proposizione della domanda eventualmente respinta implicitamente in un separato giudizio.

4.2. – Al giudice d'appello si pone il problema della distinzione fra le due fattispecie, nell'ipotizzato (e normale) silenzio della sentenza di primo grado, fra assorbimento e reiezione implicita.

Il metodo di distinzione involge tre progressivi livelli di analisi.

Anzitutto v'è da ricostruire la ratio decidendi della sentenza appellata per indagare se, all'interno della logica seguita dal primo giudice, la domanda od eccezione sia stata ritenuta dipendente e subordinata a fronte dell'argomentazione seguita, ovvero se proprio quella logica dimostra che la sentenza ha o semplicemente "dimenticato" di pronunciare ovvero rigettato implicitamente la domanda od eccezione.

Nel caso in cui l'indagine interna della sentenza non conduca a risultati sicuri, occorre ampliarla all'esame comparato del contenuto della sentenza in rapporto alle domande delle parti, per verificare se esse fossero state strutturate (ovvero possano essere riqualificate) secondo un canone di gradualità logica.

Se neppure tale indagine dia risultati soddisfacenti, allora deve essere considerato il complessivo sistema difensivo delle parti, per valutare se queste non ritenessero, esse stesse, talune domande od eccezioni logicamente successive od alternative od autonome, cosicché il giudice si sia semplicemente limitato a seguire tale impostazione.

All'esito, il giudice d'appello deve poter concludere nell'uno o nell'altro senso, con le conseguenze che ho appena richiamato.

4.3. – Resta da ricordare che l'art. 346 c.p.c. non si applica al contumace in appello, che non sia stato tale in primo grado.

La norma fissa un canone di valutazione iuris et de iure per qualificare il comportamento processuale positivamente tenuto dalla parte presente in giudizio, stabilendo che la mancata espressa riproposizione delle domande ed eccezioni importa decadenza, così vietando la cognizione su di esse al giudice di appello.

A contrario, nel caso in cui la parte vittoriosa sia rimasta contumace in grado di appello, poiché in tal caso l'effetto devolutivo dell'impugnazione, connesso ai motivi di impugnazione di parte appellante determina l'automatico deferimento alla cognizione del giudice superiore di domande ed eccezioni rimaste assorbite rispetto alla pronuncia di primo grado, che ha attribuito la vittoria all'appellato contumace, o siano state disattese dal primo giudice.

La giurisprudenza è consolidata in proposito.

Con la conseguenza che il giudice d'appello deve rammentare che, in caso di contumacia di parte appellata eventualmente vittoriosa, si impone la riconsiderazione automatica e nel merito dell'intera sua linea difensiva di primo grado, salvi restando gli effetti del principio dell'onere della prova. E così, nel caso in cui una domanda od eccezione sia fondata su documenti che il contumace, perché tale, non ha versato agli atti, allora il giudice d'appello, ove debba pronunciare su di essa, dovrà respingerla nel merito per inottemperanza all'onere della prova.

4.4. – Avevo sospeso il discorso sulla questione concernente il momento processuale della riproposizione di domande ed eccezioni ex art. 346 c.p.c..

Nel vecchio rito, proprio perché non si tratta di un appello incidentale, non sussiste il limite costituito dalla comparsa costitutiva, e quindi il termine ultimo è rappresentato dalla precisazione delle conclusioni, in difetto di alcuna specifica previsione diversa ed in considerazione del fatto che il sistema difensivo delle parti non muta, rispetto a quanto s'era già verificato in primo grado.

Quindi non è applicabile la sanzione di decadenza propria dell'appello incidentale non formulato con la scomparsa costitutiva.

Questo profilo evidenzia un'ulteriore differenza fra le due fattispecie processuali.

Con il nuovo rito la situazione processuale muta.

Infatti, l'art. 347 c.p.c. nuovo testo dispone l'applicabilità al giudizio di appello delle forme, previste per il giudizio di primo grado, per la costituzione di parte appellata.

Ora, ai sensi dell'art. 167, 2° comma c.p.c. il convenuto-appellato deve proporre a pena di decadenza tutte le domande ed eccezioni, obbligo che ritengo debba esser letto in correlazione con l'art. 346 c.p.c., e di conseguenza includa anche la riproposizione delle domande ed eccezioni disattese in primo grado. Se così non fosse si verrebbe ad alterare la posizione processuale delle parti, il che mi pare inammissibile.

Quindi, i due istituti della riproposizione ex art. 346 c.p.c. e dell'appello incidentale vengono ad essere parificati quanto al momento di proposizione in grado di appello.

La diversità di disciplina fra vecchio e nuovo rito potrà creare, all'inizio, qualche difficoltà per il difensore e quindi potrà diventare un terreno di discussione in appello, ma non credo di rilevante portata.

Resta un desiderio, prima di concludere in argomento, valido per entrambi i riti: quello di una più attenta tecnica argomentativa da parte del giudice di primo grado, tale da eliminare in radice – per quanto è possibile – le ambiguità inutili, ma destinate a pesare in modo determinante sul seguito del processo. E così sarebbe desiderabile una dichiarazione esplicita di domande ed eccezioni assorbite o respinte, come talora si legge nelle sentenze di Cassazione, tale da far chiarezza e facilitare, a parti e giudice d'appello, il controllo della sentenza impugnata.

Cio, rammentando che si tratta di questioni che possono agevolmente trasformarsi in materia di ricorso per Cassazione. Il che è rilevante per la parte che deve soggiacere al nuovo grado di impugnazione.

5. Le prove nuove.

Una materia destinata a diventare abbastanza rilevante con il nuovo rito d'appello è quella delle prove, a causa della innovazione del secondo comma dell'art. 345 c.p.c..

Il problema non concerne tanto la rinnovazione di prove già assunte in primo grado, che sinora non ha trovato una applicazione di qualche rilevanza, quanto quella delle prove nuove.

5.1. – Il precedente testo dell'art. 345, 2° comma c.p.c. distingueva fra la produzione di documenti e la richiesta di nuove prove, con ciò stesso liberalizzando la prima e ponendo limiti alla seconda. Limiti che erano sia di ordine processuale che sanzionatorio, sul piano delle spese di lite. Anzi la liberalizzazione era tale che, pur dopo aver ammesso la produzione documentale sino all'udienza di precisazione, la giurisprudenza più recente ritiene sanata la produzione documentale effettuata anche dopo la precisazione delle conclusioni unitamente alla conclusionale od alla memoria di replica, purché non contestata dalla controparte in sede di discussione finale (così Cass. Civ. 18-6-1985, n. 3665; 3-1-1991, n. 25; 17-12-1994, n. 10863).

Il nuovo testo dell'art. 345, 3° comma c.p.c. ha soppresso la distinzione fra prova documentale ed altra prova ed ha introdotto i canoni della indispensabilità ovvero dell'incolpevole impossibilità di deduzione, utilizzando una dizione parzialmente coincidente con quella dell'art. 437, 2° comma c.p.c., relativo al processo di lavoro.

Considerando la produzione dei documenti, credo che l'identità strutturale delle due norme, l'art. 345, 3° comma e l'art. 437, 2° comma c.p.c., porterà fatalmente ad applicare anche al rito ordinario la giurisprudenza ormai consolidatasi in rito di lavoro, secondo la quale la produzione documentale è sempre libera e sottratta ai limiti fissati dalla norma in esame.

Ciò in quanto, si tratta di una prova costituita, che non viene ad incidere sulla concentrazione del giudizio di appello, a differenza delle prove costituenti, alle quali sole si riferiscono i due alternativi criteri di ammissibilità fissati dalla novella.

Ciò detto, credo che si possano comunque ricordare i limiti impliciti nel sistema processuale, che concernono anche la prova documentale.

Il primo concerne il fatto che deve trattarsi di documenti veri e propri, e cioè supporti cartacei attestanti manifestazioni di volontà, ovvero il manifestarsi, il modificarsi o l'estinguersi di eventi esterni rilevanti nel giudizio, così escludendosi sia i supporti magnetici, che richiedono invece verifiche tecniche e prove ulteriori (sulla provenienza del nastro, sul momento di registrazione, etc.), che debbono essere assimilati alle prove costituenti e non a quelle costituite, sia scritti sostanzialmente defensionali delle parti pur se variamente denominati (ad esempio: relazione tecnica, redatta dal proprio tecnico di fiducia).

Il secondo è costituito dall'esistenza del requisito della novità, di cui dirò subito, ed il terzo dal requisito della attinenza a domande od eccezioni dalle quali la parte non sia decaduta, perché in tal caso si tratterebbe di produzioni comunque irrilevanti.

Il nuovo testo dell'art. 345, 3° comma c.p.c. quindi concerne unicamente le prove costituenti, massime quella testimoniale, quanto alla ammissibilità della prova, da valutarsi alla stregua di due canoni alternativi: indispensabilità o incolpevole possibilità di produzione.

5.1.1. – Consideriamo l'indispensabilità.

Con il vecchio rito le prove non documentali, per essere ammesse, dovevano essere ammissibili e rilevanti; nel nuovo rito continuano a dover essere rilevanti e debbono anche essere indispensabili.

Chiariamo subito che l'indispensabilità dell'art. 345, 3° comma c.p.c. è oggettiva, mentre quella di cui all'art. 437, 2° comma c.p.c. è discrezionalmente rimessa alla valutazione del giudice di appello, il quale non è neppure tenuto a motivare in argomento. Quindi, mentre la valutazione di indispensabilità prevista dalla prima norma è soggetta al ricorso per Cassazione, la seconda è sottratta a quel gravame.

Il riferimento all'indispensabilità suggerisce che la rilevanza non possa più essere sufficiente all'ammissibilità.

In astratto, si può ritenere che l'indispensabilità si possa dare nel caso in cui solo con le nuove prove si possa ottenere il capovolgimento della precedente decisione, ovvero che, senza di esse, non si possa "decidere la causa", per usare la formulazione del nuovo art. 345, 3° comma c.p.c. (e già del precedente art. 437, 2° comma c.p.c.), ovviamente nel senso richiesto dal deducente. L'indispensabilità prescinde dal fatto che la prova potesse, o meno, essere già prodotta in primo grado.

Aggiungo che la finalità della prova indispensabile indicata dalla norma è di grande importanza: essa deve servire a "decidere la causa". Quindi deve avere un contenuto tale da rovesciare l'intera pronuncia di primo grado; deve essere una prova decisiva e finale, poiché solo in questo modo può essere tale da portare al raggiungimento di quello scopo. In questo senso è veramente indispensabile.

Si palesa una forte analogia con l'ipotesi della decisività della nuova prova documentale scoperta, di cui all'art. 395, n. 3 c.p.c.: la decisività dei documenti scoperti dopo la sentenza, che legittima la revocazione, si risolve nella capacità dei documenti di rovesciare la decisione in senso favorevole all'attore in revocazione. Si può, così istituire un parallelismo fra la indispensabilità oggettiva ai fini della decisione di cui all'art. 345, 2° comma c.p.c. e la decisività oggettiva, anch'essa ai fini della intera causa, di cui all'art. 395, n. 3 c.p.c..

5.1.2. – Tale parallelo può essere approfondito in riferimento alla seconda ipotesi, quella della incolpevole possibilità di produzione in primo grado, non ricompresa, invece, nell'art. 437, 2° comma c.p.c. Ciò anche se tale fattispecie sarà usualmente riassorbita dalla disciplina della rimessione in termini di cui all'art. 184 bis c.p.c., la quale – secondo taluno – renderebbe superflua la norma in esame.

Anche questa è un'innovazione rispetto al precedente testo, che al contrario presupponeva la piena producibilità della prova in primo grado, tanto da sanzionarla sul piano delle spese di lite.

Sviluppando il rilievo di poc'anzi, osservo che, a differenza della precedente fattispecie, qui il legislatore non ha ripetuto la finalità della decisività per la causa in relazione alle prove incolpevolmente non dedotte in primo grado, con la conseguenza che, in questo caso, può trattarsi di prove utili anche solo fini parziali per il deducente, quali la eliminazione di un capo di condanna, la riduzione parziale del quantum, etc.

Poiché, in questa seconda ipotesi il rilievo è dato all'impossibilità incolpevole di deduzione in primo grado, il contenuto della prova è indifferente, nel senso che può concernere o tutta o parte della causa.

Rammentando che l'art. 395, n. 3 c.p.c. ha un requisito identico di ammissibilità della revocazione: quello della incolpevole impossibilità di produzione del documento nuovo del giudizio già vertito, si può fare riferimento alla giurisprudenza elaboratasi per tal norma anche in relazione all'articolo in considerazione.

Così l'impossibilità deve essere assoluta, e cioè non costituire una mera difficoltà. Ed, infatti, la giurisprudenza aveva individuato l'incolpevolezza nella impossibilità, con diligenti ricerche, di acquisire tempestivamente il documento, così identificando la incolpevolezza con la diligenza della parte interessata.

5.1.3. – Il legislatore della riforma quindi sembra avere esemplato il regime delle prove in appello su di un modello più rigoroso di quello di cui all'art. 437, 2° comma c.p.c.; più affine a quello estremamente rigoroso e riduttivo della revocazione, con la conseguenza – in sintesi – che se ne dovrebbe dedurre essere la prova costituenda indispensabile solo se è astrattamente idonea a rovesciare la decisione impugnata, ovvero, anche se non ha tale requisito di globale decisività, ma solo se non poté essere dedotta incolpevolmente, e quindi nonostante la diligenza dispiegata.

Il che implica in codesta seconda ipotesi l'onere per il deducente di dimostrare la propria incolpevolezza.

L'interpretazione proposta consente di ricostruire il sistema dei nova in appello in coerenza con i principi generali della riforma che privilegiano il giudizio di primo grado come il luogo di accertamento (tendenzialmente) totale dei fatti riservando al secondo grado solo un controllo, sia pure di merito, sull'operato del giudice di primo grado. E contempera razionalmente con quei principi la nuova disciplina.

In questo modo si spiega come l'appello, tendenzialmente, si riduca ad una sola o due udienze, e quindi sia concentrato nella misura massima possibile.

So bene che della indispensabilità si dà anche un'altra lettura, che, sostanzialmente, è volta a perpetuare la situazione esistente sotto la vigenza del precedente testo normativo.

Si osserva essere ovvio che la "decisione della causa" è sempre possibile, almeno con il ricorso al principio dell'onere della prova, e che è altrettanto ovvio che anche una prova rilevante è indispensabile ai fini della decisione, quantomeno sul punto cui essa è relativa, concludendosi nel senso che la indispensabilità è in concreto una formula abbastanza vuota, sostanzialmente coincidente con la rilevanza, cui sinora ci si è attenuti.

Tutt'al più si potrebbe esigere solo molto rigore, anche formalistico, in ordine alla deduzione ed alla valutazione della prova, nel senso che dalla sua deduzione debba scaturire in modo inequivoco e completo la dimostrazione della circostanza offerta in prova: non sarebbe più ammissibile soltanto la prova, per la quale si debba già prevedere, al momento dell'ammissione, di dover integrare la deduzione con aconce domande da parte del giudice d'appello.

Non condivido in alcun modo tale posizione, che, in fondo, finisce per stravolgere le finalità stesse dell'appello, trasformato nella prosecuzione del giudizio di primo grado, mentre l'intento della riforma palesemente muove in senso contrario, riservando al giudice di appello un'attività di controllo, temperata dalla necessità di una prosecuzione di merito nei soli casi in cui già si manifestano situazioni che potrebbero dare adito ad una revocazione.

Non so prevedere se sarà questa seconda, l'interpretazione che finirà per prevalere, soprattutto sotto la pressione del Foro che non tollera la concentrazione del giudizio di primo grado, anche perché ciò comporterebbe una radicale revisione dei rapporti con le parti.

Credo, tuttavia, che, prima giungervi, si debba tentare la prima strada.

5.2. – Premesso tutto questo, propongo una griglia di esame delle prove dedotte in grado di appello, per decidere se siano o meno nuove, tale che possa essere utile sia con il vecchio che con il nuovo rito-seconda interpretazione.

La prima indagine riguarda il contenuto ed il mezzo di prova.

Infatti, la novità della prova può essere tale o perché deduce circostanze di fatto nuove, rispetto a quelle dedotte in primo grado, o perché deduce mezzi di prova nuovi sulle medesime circostanze già dedotte in primo grado. Ed in tali mezzi, con il nuovo rito, sono inclusi i documenti.

5.2.1. – La novità rispetto al contenuto, e quindi a parità di mezzo di prova, deve essere valutata secondo due parametri di relazione: novità rispetto al contenuto dedotto in primo grado, novità rispetto al contenuto acquisito dall'esperimento delle prove di primo grado.

Secondo il primo profilo, non ci sono particolari problemi: si tratta di valutare comparativamente i fatti dedotti in primo ed in secondo grado, per accertare se questi ultimi siano o meno diversi rispetto ai primi. Ove lo siano, la prova è nuova, il che non vuol dire ancora che sia anche rilevante. Aspetto, quest'ultimo che viene in considerazione solamente dopo il giudizio di novità.

Diverso il discorso in relazione al secondo profilo.

È frequente che nel corso dell'esperimento di una prova, soprattutto testimoniale, in primo grado il giudice amplii l'ambito delle domande capitolate, e così acquisisca dati non riferibili a specifici capitoli ammessi, ma che poi, dalla sentenza di primo grado, appaiono essere stati determinanti per la decisione assunta.

A questo punto, il soccombente ha certamente interesse a dedurre in appello prove, che sono formalmente nuove quanto a contenuto dedotto, su quelle circostanze acquisite in sede testimoniale e mai formalmente dedotte a prova.

In tale ipotesi, le prove sono formalmente nuove, ma sostanzialmente mirate a contrastare acquisizioni probatorie già avutesi in primo grado.

In proposito, la giurisprudenza non distingue, ritenendo non nuove, e quindi inammissibili, le prove volte a contrastare le risultanze probatorie comunque già acquisite (così Cass. Civ. 27-4-1989, n. 1953; 22-11-1991, n. 12574).

Mi pare, invece, che una qualche distinzione debba essere fatta, posto che la delicatezza della posizione della parte soccombente è palese, e deve essere adeguatamente considerata, facendo ricorso al precetto di cui all'art. 253, 1° comma c.p.c..

Se le domande rivolte dal giudice di primo grado – come avrebbero dovuto – costituiscono meri chiarimenti ed integrazioni rispetto ai fatti capitolati, in modo da porsi come pura e semplice esplicitazione di questi ultimi, allora la deduzione nuova in appello è inammissibile, sul piano contenutistico sia sotto l'aspetto delle prove dedotte che di quelle acquisite, dal momento che manca il requisito della novità. Si tratterebbe puramente e semplicemente della riproposizione di una prova già dedotta ed esperita in primo grado.

Più dubbioso è il discorso nel caso in cui il primo giudice abbia travalicato la norma citata ed abbia esteso l'indagine a fatti non capitolati, ma nondimeno emersi come essenziali per la decisione, sostanzialmente svolgendo una indagine di tipo inquisitorio.

In tal caso, o la parte controinteressata ha eccepito immediatamente l'inammissibilità dell'ampliamento probatorio, ed allora potrà farla valere anche in grado di appello come motivo di impugnazione, con l'effetto che in sede di decisione si valuterà l'ammissibilità o meno dell'acquisizione probatoria, e, in correlazione a tale giudizio, sarà considerata la novità o meno della prova dedotta.

Ovvero la parte controinteressata è rimasta passiva in primo grado, salvo proporre un mezzo istruttorio in secondo grado per contrastare le risultanze acquisite.

In tal caso, la prova è inammissibile in quanto volta a contrastare una risultanza già acquisita, così sanzionandosi la negligenza della parte che non si è immediatamente opposta all'indebito ampliamento del thema probandum da parte del primo giudice.

In generale: non è nuova, sul piano contenutistico, quella prova mirata a integrare o contrastare le risultanze comunque già acquisite in primo grado. Ciò anche perché si violerebbe il principio della infrazionabilità della prova deducibile dall'art. 244, 2° comma c.p.c. vecchio testo.

Norma, quest'ultima, che è però stata abrogata dalla riforma, senza che sia stato abrogato il principio, che anzi è stato potentemente rafforzato dalla disciplina dell'art. 184 c.p.c.: è chiaro che se il G.I. prima di ammettere le prove deve valutarne la completezza, tanto da poter assegnare alle parti un termine perentorio per integrarle, ciò significa che oltre quel termine non possono esservi altre deduzioni, e quindi che le prove non possono essere frazionate. A ciò si aggiunge la nuova disciplina dell'art. 345, 3° comma c.p.c..

5.2.2. – La prova può esser nuova quanto al mezzo.

Escludo subito dal novero delle prove da considerare il giuramento decisorio, che è sempre deducibile con le forme sue proprie, per considerare gli altri mezzi di prova orali, e con il nuovo rito anche documentali.

Su questo versante v'è poco da dire: le circostanze di fatto possono anche essere le stesse dedotte in primo grado, ma la parte interessata ben può dedurre un mezzo di prova diverso da quello dedotto in primo grado. Massime l'interrogatorio formale, di regola notoriamente inutile ma non meno regolarmente deferito in grado di appello, al solo scopo di differire una già remota decisione.

5.3. – Un'ultima questione concernente le prove deve essere considerata, ed è quella relativa alle statuizioni già pronunciate in primo grado in argomento.

La situazione in esame è diversa dalla precedente: le prove sono state dedotte in primo grado; sono state per qualche ragione respinte, ovvero dichiarate decadute ovvero rinunciate e sono riproposte in grado di appello.

Il problema si sposta in parte dall'ambito della disciplina delle prove in appello a quello dei motivi di impugnazione.

Infatti, la reiezione o la decadenza configurano veri e propri capi di sentenza contro i quali è necessario esperire una specifica impugnazione, criticando il merito della decisione assunta dal primo giudice.

Non è quindi sufficiente la mera riproposizione, pari pari, delle prove respinte, poiché tal comportamento configura bensì un motivo di appello, ma generico, in quanto non contiene alcuna critica precisa alla decisione del primo giudice. Con l'effetto che inammissibile è il motivo di appello, e di conseguenza le prove, non queste ultime tout court.

5.3.1. – All'opposto nel caso in cui il primo giudice abbia respinto le prove dedotte perché generiche, e l'appellante, senza impugnare la decisione, deduca lo stesso mezzo di prova con deduzioni specifiche: le prove sono nuove quanto al contenuto e quindi sono ammissibili, ferma restando l'acquiescenza della decisione di rigetto pronunciata dal primo giudice.

5.4. – Sempreché non sia stata dichiarata una decadenza dalla prova, ex art. 244 c.p.c. o ex art. 104 disp. att. c.p.c., poiché in questo caso le prove non sono nuove e quindi sono inammissibili, in quanto la deduzione tende a superare la sanzione.

Così come la parte contumace in primo grado ed appellante non può dedurre nuove prove non documentali in appello per contrastare le risultanze probatorie di primo grado.

5.5. – Neppure la prova rinunziata in primo grado può essere riproposta in secondo.

E si ha rinunzia esplicita:

“Qualora la parte interessata non abbia proposto reclamo al collegio contro l'ordinanza di mancata ammissione della prova, né abbia, comunque, riproposto la questione al collegio in sede di decisione della causa deve intendersi che essa abbia rinunciato ad avvalersi del mezzo di prova, con la conseguenza che questo non può nuovamente essere richiesto in fase di appello” (così Cass. Civ. 13-2-1980, n. 1045; conformi Cass. Civ. 10-2-1979, n. 925; 30-1-1974, n. 253; 6-4-1971 n. 1005).

Ovvero, rinuncia implicita:

“È inammissibile in appello, non vertendosi in un'ipotesi di prova nuova ex art. 345 c.p.c., la prova testimoniale già indicata e rinunciata in primo grado (nella specie, la parte dopo aver articolato la prova testimoniale aveva ommesso di coltivarla, chiedendo la fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni)” (così Cass. Civ. Sez. III, 3-2-1994, n. 1103).

5.6. – Due eccezioni ai limiti della prova nuova in appello esistevano nel vecchio rito e continuano ad esistere nel nuovo.

Il primo caso è costituito dalla prova dei danni subiti dall'appellato dopo la sentenza di primo grado, di cui all'art. 345, 1° comma c.p.c.

La novità di tal prova è in re ipsa, in quanto concerne fatti posteriori alla sentenza impugnata, e per essa non si pone alcuna delle limitazioni fissate dal secondo comma del medesimo articolo.

Il secondo concerne l'interveniente in appello, ex art. 344 c.p.c.

Può intervenire in via principale, e cioè per far valere un proprio diritto autonomo, diverso da quello originariamente dedotto dalle parti originarie, in appello solo colui che potrebbe proporre opposizione di terzo: è insita in tale possibilità di intervento la correlata possibilità di dedurre tutti i mezzi di prova che sono consequenziali al fine proprio dell'intervento. Anche perché, diversamente, tale possibilità si risolverebbe in un mero simulacro di difesa.

E correlativamente le altre parti potranno controdedurre in merito.

Tutto questo non riguarda, invece, gli interventi meramente adesivi, vincolati ai limiti delle parti.

6. Le domande e le eccezioni nuove.

La materia delle domande ed eccezioni nuove in appello è probabile che presenti, almeno per qualche tempo con il nuovo rito, problemi notevoli, non tanto, forse, per la disciplina in sé quanto per il gioco delle preclusioni del primo grado di giudizio.

Da un principio di generalizzata deducibilità di eccezioni nuove in grado di appello, di cui all'art. 345, 2 comma c.p.c. vecchio testo, si è passati al divieto generalizzato di eccezioni nuove, salvo che siano rilevabili d'ufficio o precluse in primo grado.

Non sto ad affrontare il tema della portata del nuovo precetto, e mi limito ad osservare che le discussioni mirate a dilatare allo spasimo la categoria delle eccezioni in senso lato sono da tempo in corso, e sono destinate a lasciare il segno sulla giurisprudenza, anche perché è prevedibile che le pressioni in tal senso da parte dei difensori non saranno di poco momento.

6.1. – Personalmente ritengo che le eccezioni in senso lato, rilevabili d'ufficio, siano assai poche, seguendo l'interpretazione adottata in riferimento alla omologa norma di cui all'art. 437, 2 comma c.p.c. relativa al processo di lavoro e previdenziale. Ciò anche perché in primo grado non esiste alcuna limitazione alla deduzione di eccezioni, con l'effetto che quella è la sede per la loro proposizione. A titolo di esempio sono rilevabili d'ufficio le eccezioni processuali di carenza di giurisdizione ex art. 37 c.p.c., il difetto di integrità del contraddittorio con litisconsorti necessari in primo grado ed in generale le fattispecie di cui all'art. 354, 1 comma c.p.c.; sul piano sostanziale, l'eccezione di nullità del contratto quando l'invalidità di esso sia comunque dedotta a motivo di appello ex art. 1421 c.c., e non sia coperto da giudicato interno.

Resta ferma la distinzione fra eccezioni vere e proprie e mere argomentazioni o difese, costituite dalla contestazione dei fatti costitutivi della avversa domanda ovvero dalla contestazione della fondatezza in diritto della domanda anzidetta.

Queste ultime sono sempre ammissibili senza limiti ed è prevedibile una forte spinta a qualificare come argomentazioni quelle che invece sono eccezioni, così da riqualificare i fatti impeditivi, da provare ex art. 2697, 2 comma c.p.c., come fatti negativi della fattispecie, trasformando la loro deduzione da vera e propria eccezione in senso stretto in mera argomentazione. Così, per fare, un esempio assisteremo ad eccezioni di compensazione che si mascherano da modalità di determinazione contabile del quantum debeatur; ad eccezioni di difformità dell'opera appaltata tramutarsi in una "esatta", ovviamente minore, quantificazione del residuo prezzo di appalto. E così via inventando.

6.2. – Ritengo, invece, sempre ammissibili le eccezioni, in senso lato ed in senso stretto, indotte dalla sentenza di primo grado: la norma del secondo comma dell'art. 345 c.p.c. è dettata sul presupposto che si tratti di eccezioni deducibili in primo grado e non dedotte. Ciò emerge da una lettura sistematica dell'intero art. 345 c.p.c. nuovo testo, il quale fa sempre salva la possibilità di azione, che include quella di eccezione, rispetto a quanto non poté essere azionato (ed eccepito) in primo grado, ciò sia in riferimento ai danni successivi alla sentenza di primo grado (1° comma) sia in riferimento alle prove incolpevolmente non dedotte (3° comma). Diversamente si inciderebbe in un vizio di costituzionalità, ex art. 24, 2° comma Cost..

Questa lettura deve avvenire sistematicamente in correlazione con l'art. 394, n. 3 c.p.c.: se è ammissibile il rimedio straordinario della revocazione della sentenza per il ritrovamento di un documento decisivo, a maiori ad minus è ammissibile un'eccezione formulata in secondo grado e fondata sulla sentenza di primo, eccezione che non poté essere ovviamente dedotta in quel grado. Mi pare evidente che la norma non possa essere intesa nel senso di escludere le eccezioni proprie del grado di appello, quali quelle di inammissibilità od improcedibilità od estinzione, etc.

6.3. – Quali saranno i problemi concreti di applicazione del nuovo art. 345, 2° comma c.p.c., non so dire, ma mi pare certo che da essa risulta fortemente rivitalizzato l'art. 346 c.p.c., nel senso che, per non eludere il divieto della prima norma, si imporrà al giudice d'appello una lettura al microscopio degli atti di primo grado, per verificare se in essi non sia già enunciata anche solo in fatto l'eccezione, che, in appello, si possa dire solamente richiamata e non proposta ex novo. Pare evidente che qualsiasi, anche minimo, spunto in tal senso sarà valorizzato dai difensori, e quindi dovrà essere vagliato dal giudice d'appello, per impedire o la preclusione anzidetta o la sua elusione.

Proprio l'effetto combinato di queste due norme dovrà spingere le parti a proporre in primo grado tutte le eccezioni possibili (ed anche quelle impossibili), anche sotto forma di deduzione dei fatti rilevanti, così concorrendo a realizzare la finalità di completezza, propria di quel giudizio, in modo da non essere pregiudicate dal divieto di cui si discute. Il che, sposta sul giudice di primo grado l'onere di pronunciare, con chiarezza e completezza, su di esse, così innescando, in grado di appello, la problematica dei motivi di impugnazione.

6.4. – Tornando alla mia materia, rilevo che la disciplina non è mutata per le domande nuove, che inammissibili erano e restano con la nuova norma, la quale si è limitata a sostituire la disposizione di rigetto delle domande medesime contenuta nel vecchio testo con quella, più corretta, dell'inammissibilità.

Sono nuove le domande che implicano una indagine su fatti che non appartengono già al processo; che sono diversi da quelli posti a base della originaria domanda; che sono fondate su di una causa petendi completamente diversa da quella originaria; che postulano un petitum del pari diverso da quello originario. In una parola: sono nuove quelle domande che sconvolgono l'impostazione originaria della domanda e costringerebbero la controparte ad un inopinato mutamento della difesa.

Il divieto, in sostanza, si fonda sul rispetto della possibilità di difesa della parte richiesta di un certo bene della vita, possibilità che viene meno in tutte quelle ipotesi. Per questa ragione il divieto riguarda anche il contumace in primo grado, che appelli la sentenza a lui sfavorevole: l'appello può essere proposto solo per contrastare l'avversa domanda.

Tuttavia v'era, e resta, un'eccezione, costituita dalle domande che hanno nella proprietà la loro causa petendi. Infatti, la proprietà resta una causa petendi immutabile, quale che ne sia il titolo. E così sia che sia dedotta da un titolo derivativo sia che lo sia da un titolo originario, come l'usucapione, donde la conseguenza che non costituiva, e non costituisce, domanda nuova la deduzione della proprietà da un titolo diverso.

“Poiché il diritto di proprietà e gli altri diritti reali di godimento appartengono alla categoria dei diritti cosiddetti autodeterminati, e cioè individuati in base alla sola indicazione del loro contenuto (cioè del bene che ne costituisce l'oggetto), nelle azioni ad essi relative, la deduzione del fatto costitutivo non è necessaria ai fini della loro individuazione ma è rilevante soltanto ai fini della prova del diritto. Pertanto qualora sia proposta una domanda di accertamento o di condanna, relativa ad uno dei suindicati diritti sulla base di un determinato fatto costitutivo, e questa venga rigettata per ragioni inerenti al fatto costitutivo dedotto, l'accertamento dell'inesistenza del diritto stesso fa stato anche nel successivo processo instaurato con la riproposizione della medesima domanda pure se fondata su di un diverso fatto costitutivo (salvo se intervenuto 'medio tempore') trattandosi dello stesso 'petitum' ed essendo irrilevante la 'causa petendi'. (Nella specie, l'attore aveva proposto in un precedente giudizio una 'actio confessoria servitutis', asseritamente acquisita per usucapione o per la destinazione del padre di famiglia, omettendo di addurre un titolo negoziale costitutivo della servitù, che in base alle asserzioni da lui fatte in un secondo processo, era all'epoca già esistente. Il S.C. ha ritenuto che rigettata la prima domanda, il giudicato formatosi su tale pronuncia copriva non solo i fatti dedotti ma anche il fatto giuridico deducibile – titolo negoziale costitutivo dalla servitù – precludendo in un nuovo processo anche la domanda fondata su tale ultimo titolo costitutivo, mentre la preclusione non operava in ordine alla ulteriore domanda di costituzione di servitù

coattiva in quanto fondata su ‘causa petendi’ e ‘petitum’ diversi da quelli dell’azione confessoria e diretta alla pronuncia di una sentenza costitutiva)” (così Cass. Civ. Sez. II, 18-2-1991, n. 1682).

E così:

“La parte, che, nel giudizio di accertamento di un diritto reale, invochi in appello l’usucapione ventennale, dopo che nel giudizio di primo grado abbia dedotto quella decennale, non propone una domanda nuova (improponibile in appello) ma deduce solo un diverso titolo a fondamento della domanda originaria consistente nel riconoscimento di un diritto reale, senza comportarne un’inammissibile ‘mutatio’” (così Cass. Civ. Sez. II, 28-8-1993, n. 9134; conformi Cass. Civ. Sez. II, 2-8-1994, n. 4606; Sez. III, 5-9-1987, n. 7206; Sez. II, 5-10-1993, n. 9838).

Sempre che ciò non importi un nuovo accertamento di fatto, perché in questa ipotesi il limite viene dal divieto di prove nuove in grado di appello.

In questa prospettiva, è generalmente sempre proponibile in appello la domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c., poiché costituisce unicamente un mutamento di causa petendi, immutati restando il petitum ed i fatti dedotti.

Ma – purtroppo – anche in questa ipotesi occorrono distinzioni e sottigliezze; se taluno propone una domanda di regolamento dei confini, in quanto esiste una incertezza oggettiva sulla posizione del confine a causa della situazione di promiscuità del possesso della zona confinaria, allora la controparte non può apporre una eccezione riconvenzionale di usucapione, in relazione alla porzione di bene da essa posseduta, perché in tale caso l’usucapione può portare solo ad un accertamento costitutivo della proprietà esclusiva di una data porzione del bene. Quindi si tratta di una vera e propria domanda, che se non proposta in primo grado, è nuova ed inammissibile.

Ma se la ragione della domanda di regolamento è fondata solamente sulla incertezza soggettiva sulla posizione del confine, allora l’eccezione riconvenzionale di usucapione ben può essere proposta (o riproposta, nel nuovo rito) anche in appello, in quanto mira unicamente al rigetto della domanda dell’attore in regolamento dei confini, che sono oggettivamente certi, ma incerti solo in relazione alla posizione soggettiva dell’attore.

Con la conclusione che una puntuale deduzione di fatti di primo grado consente la esplicitazione dell’eccezione in secondo.

Ricordo, infine, il caso eccezionale dell’art. 1453 c.c., che consente la trasformazione della domanda di adempimento contrattuale, nei contratti a prestazioni corrispettive, in domanda di risoluzione, anche in grado di appello. Ma anche qui, resta lo stesso limite anzidetto: gli inadempimenti posti a base della risoluzione debbono essere gli stessi posti a base della domanda di adempimento, diversamente incidendosi nel divieto delle prove nuove.

6.5. – Sul piano processuale, l’interveniente ex art. 344 c.p.c. è legittimato ad introdurre domande nuove in appello, al fine di far valere il proprio diritto autonomo, diverso da quello dedotto in lite dalle parti originarie. Per la stessa ragione già ricordata in materia di prove, la possibilità di dedurre prove idonee alla resistenza deve essergli riconosciuta come intrinseca alla possibilità di intervento.

6.6. – La casistica sulle domande nuove è smisurata quanto la fantasia delle parti; mi limito a ricordare alcuni dei casi possibili.

Così si è ritenuta nuova una domanda di simulazione relativa del contratto, proposta in appello, dopo che in primo grado era stata proposta una domanda di simulazione assoluta del medesimo contratto, essendo evidente che, nel caso di simulazione relativa, i fatti costitutivi della fattispecie mutano rispetto alla simulazione assoluta, dovendo esser provato anche il negozio sottostante, che invece non esiste nella simulazione assoluta per la quale si deve provare la semplice non volontà del contratto apparente; la domanda di incremento della propria quota ereditaria in conseguenza dell’avvenuto pagamento di un debito solidale con gli altri coeredi; la domanda di risoluzione di un contratto ex art. 1456 c.c., e cioè sulla base di una clausola risolutiva espressa, dopo che se ne era chiesta la risoluzione ex art. 1453 c.c.; la domanda di annullamento del contratto per violenza ex art.

1434 c.c., dopo che in primo grado era stata chiesta la rescissione contrattuale per lesione ex art. 1448 c.c., non essendo la violenza insita nell'approfondimento, il quale per poter essere ritenuto deve essere esente da violenza; una domanda di pagamento di somma fondata sull'inadempimento contrattuale in primo grado, e riproposta in secondo come basata su di un riconoscimento di debito, sempre che non si tratti di un riconoscimento riferito al rapporto contrattuale causale, sì che il documento valga unicamente non a fondare una nuova causa petendi, ma a fornire la prova dell'esistenza del contratto già dedotto in causa.

6.7. – La problematica della novità, o meno, della domanda in appello è correlata a quella della *mutatio od emendatio libelli*, cioè dei limiti entro cui la originaria domanda può essere modificata prima di incidere nel divieto della novità di cui si discute.

Il discrimine fra le due fattispecie processuali è usualmente fissato nella identità del bene sostanziale richiesto in primi ed in secondo grado, e nella identità dei fatti posti a base delle due domande, quella originaria e quella emendata.

Occorre, quindi, identificare il *petitum mediato*, che deve restare immutato, potendosi mutare il *petitum immediato*, fermi restando i fatti già dedotti. Con questo limite reputo il principio riferibile anche al nuovo rito, poiché diversamente opererebbe il divieto di nuove prove, necessarie a supportare i fatti nuovi dedotti in appello.

Così si è riconosciuta una *emendatio libelli* nel caso in cui in primo grado sia stata chiesta la pronuncia di una sentenza ex art. 2932 c.c. sul presupposto che il contratto costituisca un preliminare, ed in secondo la condanna dell'appellato alla riproduzione del medesimo contratto in un rogito, sul presupposto che debba essere qualificato come un contratto definitivo, dal momento che l'oggetto del processo è sempre il medesimo, rappresentato dall'accertamento dell'esistenza di uno strumento giuridico idoneo al trasferimento della proprietà; la domanda di condanna del convenuto all'adempimento di un contratto mediante pagamento con la moneta straniera prevista nel contratto medesimo, dopo che in primo grado il pagamento era stato richiesto in moneta italiana, oltre il maggior danno, in quanto la domanda originaria era già volta a conseguire l'integrale adempimento contrattuale; la domanda di attribuzione di dati beni in comunione agli appellanti, che in primo grado avevano chiesto la divisione degli stessi e dalla quota spettante a parte convenuta.

In generale, è una semplice *emendatio* la diversa qualificazione di fatti rimasti immutati, e senza mutamento di *petitum*.

All'opposto sono *mutationes libelli* quelle rappresentate dalla domanda di un medesimo debito come di valuta in primo grado e di valore in secondo, e viceversa; l'indirizzo della negatoria di servitù contro un oggetto diverso proprietario di un altro fondo servente, rispetto al convenuto in primo grado, che abbia contestato la sua proprietà del fondo originariamente preteso servente.

Ovvero, in materia di diritti reali, quelle domande che non possono esser convertite in eccezioni, a causa delle differenze strutturali, quale la domanda di accessione invertita, ex art. 938 c.c., ovvero che hanno presupposti giuridici del tutto diversi, come la eliminazione delle vedute per ragioni distanze ovvero per ragioni di difformità dalle regole sulle vedute.

6.8. – Attenta considerazione merita la materia delle eccezioni ammissibili, che esaminino in riferimento al vecchio rito, destinato a sopravvivere ancora per anni.

Il primo aspetto da considerare concerne l'atto con cui sono proposte, costituito esclusivamente dalla citazione d'appello ovvero dalla comparsa costitutiva, che sono gli atti in cui si estrinseca (si "consuma", secondo la terminologia della Cassazione) la facoltà di impugnazione delle parti. Ciò anche perché la facoltà di cui all'art. 345, 2° comma c.p.c. vecchio testo deve essere correlata con il limite di cui all'art. 342 c.p.c., che vincola all'atto di appello, e simmetricamente della comparsa costitutiva, la delimitazione dell'ambito dell'impugnazione, rispettivamente, principale ed incidentale.

La loro proposizione deve essere univoca e deducibile con chiarezza, pur se non effettuata con formule canoniche.

In proposito rammento che, in genere, sono convertite automaticamente in eccezioni le domande nuove inammissibili, che come tali debbono essere esaminate. Ma non sempre ciò è possibile, poiché talune domande non sono convertibili in eccezioni, e quindi restano domande inammissibili. Si tratta di quei casi in cui la fattispecie dedotta può portare solamente ad una pronuncia di contenuto positivo, idonea al passaggio in giudicato, e quindi inadatta ad ottenere il solo rigetto della domanda avversa.

Tipica la proposizione, avverso una domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., di una domanda riconvenzionale di simulazione in secondo grado: come domanda è inammissibile e non può essere trasfusa in una eccezione.

Così, ad esempio, la fattispecie – già citata – di cui all'art. 938 c.c. relativa alla accessione invertita non può esser dedotta in una eccezione, poiché, se ne sussistono i requisiti, essa può portare solo alla sentenza costitutiva di accessione in favore del costruttore, non solamente al rigetto della domanda del proprietario del suolo occupato.

Del pari la risoluzione per eccessiva onerosità nei contratti a prestazioni corrispettive ex art. 1467 c.c. non può dare luogo se non ad una domanda, anche perché importa la possibilità di riduzione ad equità di cui all'ultimo comma: solo una domanda vera e propria può dare luogo ad un onere siffatto. In generale la risoluzione ex art. 1455 c.c. non può costituire una eccezione rispetto ad un contratto a prestazioni corrispettive, posto che una risoluzione o è pronunciata, e quindi si tratta di domanda, o non produce alcun effetto se solo eccepita.

Ed il caso della eccezione di usucapione in caso di regolamento dei confini per incertezza oggettiva, di cui ho appena parlato: l'usucapione è deducibile solo in una domanda, non in una eccezione.

All'apposto sono sempre deducibili le eccezioni di nullità, che mirano unicamente a contestare il fatto costitutivo dell'avversa domanda; le eccezioni relative a fatti impeditivi, come la prescrizione, ovvero come la contestazione della data certa in una scrittura privata.

E le eccezioni sono deducibili anche dalla parte che sia rimasta contumace in primo grado, e che appelli facendo valere solo mezzi difensivi tali da paralizzare la domanda dell'appellato, senza giungere ad una statuizione idonea al passaggio in giudicato.