

Civile Ord. Sez. 3 Num. 29499 Anno 2017

Presidente: SPIRITO ANGELO

Relatore: FANTICINI GIOVANNI

Data pubblicazione: 07/12/2017

Ud. 26/09/2017

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

CC



sul ricorso 16912-2015 proposto da:

GAMBINI MARCO, OLIOSI EMILIANA, elettivamente domiciliati in ROMA, V.MONTE AMIATA 33, presso lo studio dell'avvocato MICHELA FUSCO, rappresentati e difesi dagli avvocati ROBERTO MANCINI, DANIELE REVERSI giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrenti -

contro

STEFFAN VANDA, SOVERINI CARLO, SOVERINI DENIS, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA VALADIER 36, presso lo studio dell'avvocato MAURIZIO POLONI, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIORGIO BRESSAN giusta procura in calce al

2017

1805

controricorso;

VITTORIA ASSICURAZIONI SPA, in persona del legale rappresentante rag. ROBERTO GUARENA, considerati domiciliati ex lege in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentati e difesi dagli avvocati LUIGI PASETTO, LEONARDO PASETTO, ARIANNA FIOCCO giusta procura in calce al controricorso;

UNIPOLSAI SPA già MILANO ASSICURAZIONI SPA , in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA L. BISSOLATI 76, presso lo studio dell'avvocato TOMMASO SPINELLI GIORDANO, rappresentata e difesa dall'avvocato PAOLO MARIA CHERSEVANI giusta procura a margine del controricorso;

ISTITUTO SCOLASTICO BENACUS SOCIETA' COOPERATIVA A RESPONS. LIMITATA, in persona del Commissario Liquidatore, Dott. ALBERTO CATANZARO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA GIOVANNI PAISIELLO 29, presso lo studio dell'avvocato ANNALISA GIANNETTI, rappresentato e difeso dall'avvocato SERGIO SEGNA giusta procura in calce al controricorso;

- **controricorrenti** -

nonchè contro

FONDIARIA SAI SPA ;

- **intimata** -

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

avverso la sentenza n. 2410/2014 della CORTE
D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 31/10/2014;
udita la relazione della causa svolta nella camera di
consiglio del 26/09/2017 dal Consigliere Dott.
GIOVANNI FANTICINI;
lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero,
in persona del Sostituto Procuratore generale Dott.
ALBERTO CARDINO che ha concluso chiedendo
l'accoglimento del secondo motivo di ricorso;



A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'S' followed by a cross-like mark.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

RILEVATO CHE:

- Carlo Soverini e Vanda Steffan, genitori di Denis Soverini (divenuto maggiorenne in corso di causa e intervenuto nel giudizio) convenivano Gabriele Gambini ed Emiliana Oliosì, in proprio e quali genitori di Marco Gambini (il quale, raggiunta la maggiore età, è intervenuto nel giudizio e lo ha proseguito anche come erede del padre nelle more deceduto), innanzi al Tribunale di Verona per ottenere il risarcimento dei danni cagionati al proprio figlio il 7 febbraio 1996;
- sostenevano gli attori che la responsabilità dell'incidente sciistico dal quale erano scaturite le lesioni procurate a Denis Soverini era da attribuire a Marco Gambini;
- i convenuti, costituendosi in primo grado, contestavano la domanda attorea di cui chiedevano il rigetto e chiamavano in causa l'Istituto Scolastico Benacus S.c., organizzatore della settimana bianca e tenuto alla vigilanza sugli studenti minorenni ex art. 2048 cod. civ., nonché la Fondiaria SAI Assicurazioni (oggi Unipolsai) e la Vittoria Assicurazioni per essere da queste tenuti indenni in forza polizza assicurativa;
- le compagnie assicuratrici si associavano alle difese dei convenuti;
- l'istituto scolastico Benacus negava ogni sua responsabilità e chiamava in causa la Previdente Assicurazioni (oggi Milano Assicurazioni) per essere manlevato in caso di condanna;
- il Tribunale di Verona rigettava la domanda attorea e condannava gli attori a rifondere le spese alle altre parti;
- Carlo Soverini, Vanda Steffan e Denis Soverini proponevano appello domandando l'accoglimento della domanda risarcitoria; nel costituirsi gli appellati resistevano al gravame i riproponevano le domande di manleva;
- la Corte d'appello di Venezia, con la sentenza n.2410 del 31 ottobre 2014, in riforma della decisione di primo grado condannava

Gabriele Gambini, Emiliana Oliosi e Marco Gambini a risarcire i danni da Denis Soverini, accoglieva le domande restitutorie svolte dagli appellanti, dichiarava inammissibile l'impugnazione incidentale perché tardivamente proposta dagli appellati con comparsa di costituzione depositata dopo la scadenza del termine ex art. 343, comma 1, cod. proc. civ.;

- avverso tale decisione Emiliana Oliosi e Marco Gambini (anche quali eredi di Gabriele Gambini) proponevano ricorso per cassazione affidato a quattro motivi;

- resistevano con controricorso gli originari attori, l'istituto Scolastico Benacus, la Vittoria Assicurazioni e la Unipolsai;

- i ricorrenti, la parte Soverini-Steffan, l'istituto Scolastico Benacus e la Unipolsai hanno depositato memorie ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ.;

- il Pubblico Ministero ha depositato conclusioni scritte e ha chiesto l'accoglimento del secondo motivo di ricorso.

CONSIDERATO CHE:

1. Con il primo, il secondo e il terzo motivo i ricorrenti denunciano la violazione e la falsa applicazione (ex art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.) degli artt. 2048, 2055, 1917 cod. civ. e 112, 343 e 346 cod. proc. civ., nonché la nullità della sentenza della Corte d'appello (ex art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ.) nella parte in cui sono state dichiarate inammissibili (e, perciò, non esaminate) la domanda di regresso nei confronti dell'istituto scolastico (cor)responsabile dell'incidente per omessa sorveglianza sul minore e le istanze di manleva rivolte alle compagnie assicuratrici chiamate in causa.

In particolare, Emiliana Oliosi e Marco Gambini sostengono di non aver avanzato un'impugnazione incidentale – soggetta al termine decadenziale stabilito dall'art. 343, comma 1, cod. proc. civ. (nella specie, non rispettato) – avverso la decisione di prime cure che aveva rigettato le richieste risarcitorie degli attori e dichiarato assorbite le

istanze dei convenuti nei confronti dei chiamati in causa, bensì di aver ritualmente riproposto (ex art. 346 cod. proc. civ.) le proprie domande al momento della costituzione in appello; conseguentemente, la Corte veneziana avrebbe errato nel comminare la sanzione di inammissibilità di dette domande omettendo poi di esaminarle nel merito.

Risulta anche dalla sentenza impugnata che nel primo grado del giudizio gli odierni ricorrenti avevano domandato in via principale il rigetto delle richieste risarcitorie degli attori e, logicamente in via subordinata, che l'obbligazione risarcitoria scaturita dall'applicazione dell'art. 2048 cod. civ. fosse attribuita o quantomeno estesa all'istituto scolastico, nonché di essere manlevati dalle compagnie con le quali avevano stipulato polizze assicurative: si tratta, all'evidenza, di domande condizionate all'accoglimento della pretesa avversaria (principale) di cui era stata chiesta la reiezione.

Le Sezioni Unite di questa Corte hanno recentemente statuito che «in caso di rigetto della domanda principale e conseguente omessa pronuncia sulla domanda di garanzia condizionata all'accoglimento, la devoluzione di quest'ultima al giudice investito dell'appello sulla domanda principale non richiede la proposizione di appello incidentale, essendo sufficiente la riproposizione della domanda ai sensi dell'art. 346 c.p.c.» (Cass., Sez. U., Sentenza n. 7700 del 19/04/2016, Rv. 639281-01; a tale orientamento hanno successivamente aderito Cass., Sez. 6-2, Ordinanza n. 832 del 16/01/2017, Rv. 642557-01 e Cass., Sez. 1, Sentenza n. 5689 del 07/03/2017, Rv. 644659-01).

Il suesposto principio di diritto, espressamente formulato con riguardo alla domanda di garanzia, si attaglia anche a quella di regresso, poiché anch'essa è rimasta assorbita in primo grado dal rigetto della richiesta risarcitoria degli attori: non sembra dunque corretto pretendere – come invece fa la sentenza impugnata – un appello incidentale proposto ritualmente (ex art. 342 cod. proc. civ.) e tempestivamente (a pena di decadenza) a norma dell'art. 343 cod.

proc. civ. dalla parte convenuta (peraltro priva di interesse ad impugnare una decisione a sé favorevole), essendo sufficiente la riproposizione della domanda ai sensi dell'art 346 cod. proc. civ.

Alla luce del menzionato orientamento giurisprudenziale affermato dal giudice della nomofilachia dovrebbe reputarsi errata la pronuncia di inammissibilità dell'appello incidentale contenuta nel dispositivo della sentenza della Corte d'appello di Venezia e fondata sul disposto dell'art. 343, comma 1 cod. proc. civ., inapplicabile alla fattispecie *de qua*.

2. Tuttavia, qualora la causa potesse essere decisa nel merito ex art. 384 cod. proc. civ., il ricorso non potrebbe essere definito cassando la sentenza impugnata con rinvio alla Corte territoriale per la decisione sulle domande non esaminate (come invece richiede la parte ricorrente).

Ad avviso del Collegio, è preliminarmente indispensabile stabilire se le domande degli odierni ricorrenti siano state tempestivamente riproposte in secondo grado e, quindi, se siano ammissibili.

È pacifico che le predette istanze nei confronti delle compagnie assicuratrici e dell'istituto scolastico sono state riproposte al momento della costituzione in appello, avvenuta con comparsa depositata il 25 ottobre 2006 e, cioè, meno di 20 giorni prima dell'udienza fissata per l'8 novembre 2006.

Nella fattispecie viene in rilievo, dunque, non già il termine di 20 giorni prescritto dall'art. 343, comma 1, cod. proc. civ. per l'appello incidentale, bensì quello indicato dall'art. 347, comma 1, cod. proc. civ., disposizione che – nel richiamare per la costituzione in appello «i termini per i procedimenti davanti al tribunale» e, segnatamente, l'art. 166 cod. proc. civ. per la parte "convenuta" in secondo grado – impone all'appellato di costituirsi «almeno venti giorni prima dell'udienza» fissata nell'atto introduttivo del gravame.

Per esplicito disposto normativo (art. 343, comma 1, cod. proc. civ.) la tardiva costituzione dell'appellato preclude la proponibilità dell'appello incidentale.

Nel caso *de quo* occorre invece domandarsi se la mancanza di una tempestiva costituzione comporti altresì la decadenza dalla facoltà di riproporre, a norma dell'art. 346 cod. proc. civ., le domande condizionate rimaste assorbite dal rigetto delle istanze avversarie oppure se, al contrario, tali domande possano essere riproposte in appello in un momento processuale successivo, finanche all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Pur avendo le Sezioni Unite della Corte recentemente fornito ampie e convincenti argomentazioni sul tema della riproposizione delle domande e delle eccezioni rimaste assorbite e sui diversi casi in cui, invece, la parte deve reputarsi soccombente ed è onerata dell'appello (Cass., Sez. U., Sentenza n. 7700 del 19/04/2016, Rv. 639281-01; Cass., Sez. U., Sentenza n. 11799 del 12/05/2017, Rv. 644305-01), nelle citate pronunce non è possibile rinvenire un chiaro indirizzo ermeneutico sulle modalità e, soprattutto, sui termini per esercitare la facoltà di riproporre domande ed eccezioni.

3. Per fornire risposta al suddetto interrogativo nella fattispecie in esame si deve premettere che la causa *de qua* è assoggettata *ratione temporis* alle norme codicistiche introdotte con la riforma del d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 1995, n. 534 e applicabili ai giudizi instaurati dopo il 30 aprile 1995, mentre non possono essere invocate le disposizioni del codice di rito nel testo modificato dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla legge, 14 maggio 2005, n. 80, che si applicano ai procedimenti instaurati successivamente al 1° marzo del 2006.

È necessario, pertanto, ricostruire il quadro normativo vigente al momento dell'appello per stabilire se l'ordinamento processuale allora vigente già individuava nel termine ex artt. 347, comma 1, e 166 cod.

proc. civ. una barriera preclusiva alla proposizione delle difese dell'appellato.

Come noto, la novella del 1995 ha introdotto un sistema basato su rigide preclusioni le quali comportano la decadenza della parte da varie prerogative processuali (la proposizione di domande nuove o riconvenzionali o di eccezioni di rito e di merito) oltre determinate scansioni temporali.

Gli artt. 346, 347, comma 1, 166 cod. proc. civ., nella formulazione vigente dal 1995, non hanno subito modifiche nel 2005, mentre il testo dell'art. 167 cod. proc. civ. anteriore alla novella entrata in vigore il 1° marzo 2006 sanciva: «Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni. A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali. Se è omesso o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla. Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione. Se intende chiamare un terzo in causa, deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvedere ai sensi dell'art. 269.». Quanto alle eccezioni, l'avvio del processo in primo grado era scandito, fino alla novella del 2006, dall'udienza di prima comparizione ex art. 180 cod. proc. civ. e dalla prima udienza di trattazione ex art. 183 cod. proc. civ. ed era necessariamente assegnato «al convenuto un termine perentorio non inferiore a venti giorni prima di tale udienza [di trattazione] per proporre le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio».

Riassumendo

- nel sistema processuale vigente tra il 30 aprile 1995 e il 1° marzo 2006, costituendosi in primo grado il convenuto era tenuto a «proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda» ed aveva l'onere di costituirsi tempestivamente (almeno 20 giorni prima dell'udienza di prima comparizione) per proporre domande riconvenzionali e chiamare in causa terzi, mentre la barriera preclusiva per le eccezioni non rilevabili d'ufficio era fissata al termine (ex art. 180 cod. proc. civ.) anteriore di 20 giorni alla prima udienza di trattazione;

- dopo la novella del 2005-2006 (che ha unificato le udienze ex artt. 180 e 183 cod. proc. civ.) la barriera preclusiva per tutte le difese del convenuto (domande riconvenzionali, chiamate in causa, eccezioni in rito e di merito) coincide col termine per la costituzione tempestiva, fissato a 20 giorni prima dell'udienza di trattazione.

4. Con specifico riferimento alle disposizioni introdotte nel 1995, questa Corte ha affermato che l'appellato ha la facoltà di riproporre le domande e le eccezioni a norma dell'art. 346 cod. proc. civ. sino all'udienza di precisazione delle conclusioni: «Per sottrarsi alla presunzione di rinuncia di cui all'art. 346, cod. proc. civ., la parte vittoriosa in primo grado ha l'onere di riproporre, a pena di formazione del giudicato implicito, in modo chiaro e preciso le domande e le eccezioni (in senso stretto) respinte o ritenute assorbite, in qualsiasi momento del giudizio di secondo grado, fino alla precisazione delle conclusioni, non essendo applicabile al giudizio di appello il sistema di preclusioni introdotto per il giudizio di primo grado, con il D.L. n. 432 del 1995, convertito dalla legge n. 534 del 1995» (Cass., Sez. 3, Sentenza n. 15427 del 10/08/2004, Rv. 575944-01; analogamente, Cass., Sez. 3, Sentenza n. 15223 del 19/07/2005, Rv. 582973-01, in cui, però, l'affermazione costituisce un mero *obiter dictum* posto che il Collegio osserva che «nella specie, peraltro, la ricorrente nella comparsa di costituzione in appello ... ha fatto specifico richiamo alla

domanda subordinata di garanzia, avanzata in citazione ... assolvendo in tal modo pienamente all'onere sancito dall'art. 346 c.p.c., che presuppone appunto una riproposizione chiara e precisa della domanda proposta in via subordinata in prime cure»).

La menzionata sentenza n. 15427 del 10/08/2004 – dopo aver rilevato che «da tempo, ad una giurisprudenza pressoché consolidata secondo la quale la riproposizione è ammissibile fino alla precisazione delle conclusioni ... si contrappone una forte corrente dottrinarica (sorta soprattutto dopo la novella del 1995: di 18.10.1995 n. 432 convertito con modifiche nella L. 20.12.1995 n. 534) la quale, sia pure proponendo soluzioni non sempre coincidenti, si pone comunque in posizione fortemente critica, sostenendo la necessità di evitare disparità di trattamento tra appellato ed appellante (al quale è inibita la proposizione di censure successive e diverse rispetto a quelle contenute nell'atto di appello); e di evitare inoltre disparità di trattamento tra il convenuto in primo grado (assoggettato alle rigorose norme contenute negli artt. 167, 171 comma secondo, 180 e 183 c.p.c.) ed il convenuto in secondo grado» - fonda la propria decisione, di continuità coi precedenti nonostante l'introduzione del regime delle preclusioni, su varie motivazioni:

a) è richiamato un consolidato orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità (è espressamente citata, Cass., Sez. 3, Sentenza n. 4009 del 20/03/2001, Rv. 544946-01);

b) il rinvio contenuto nell'art. 347, comma 1, cod. proc. civ. alle norme in primo grado riguarda «le forme e i termini» della costituzione ma non anche le decadenze che a tale atto si accompagnano, in quanto – una volta che la parte si sia ritualmente costituita nel rispetto delle prescrizioni degli artt. 347 e 166 cod. proc. civ. – «resta ancora integralmente da affrontare tutta la ben diversa ed autonoma problematica concernente l'individuazione delle difese che debbono essere contenute nel primo atto difensivo (o alla prima udienza o

comunque entro un primo termine) e delle altre difese che (eventualmente) possono essere proposte in atti (o udienze o comunque termini) successivi»;

c) sotto il profilo letterale, il richiamo alle forme e ai termini per la costituzione in primo grado può essere rivolto soltanto alla disposizione dell'art. 166 cod. proc. civ. che, come indica la rubrica, disciplina la «Costituzione del convenuto», mentre le decadenze sono regolate dagli artt. 167 («Comparsa di risposta») e 180 («Udienza di prima comparizione e forma della trattazione»);

d) non è possibile applicare alla costituzione nel secondo grado la disciplina delle barriere preclusive dettata per il primo grado, dato che quest'ultimo, nel prevedere la distinzione tra l'udienza di comparizione e quella di trattazione e il termine intermedio per sollevare le eccezioni, ha una struttura incompatibile con l'appello;

e) è artificioso estendere all'appello il solo primo comma dell'art. 167 cod. proc. civ. (e, quindi, limitatamente alla parte in cui stabilisce che «Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese»), sia perché si applicherebbe parzialmente una norma unitaria, sia perché, «se il legislatore nel 1995 ha ritenuto di dettare una nuova e più rigorosa disciplina solo per il primo grado, ha evidentemente (pur se implicitamente) mostrato di non voler innovare in modo corrispondente la disciplina dell'appello»;

f) tale ultima argomentazione – con cui si giustifica la disomogeneità delle discipline di primo e di secondo grado – giustifica anche la disparità di trattamento (censurata in dottrina) tra appellante, tenuto ad esporre tutte le sue difese nell'atto introduttivo, ed appellato, abilitato a sollevare questioni (anche nuove) sino all'udienza di precisazione delle conclusioni, trattandosi di scelta del legislatore che non può ritenersi illogica in ragione della diversità di posizioni delle parti processuali.

Ritiene il Collegio che il menzionato precedente di Cass., Sez. 3, Sentenza n. 15427 del 10/08/2004 possa essere rivisto alla luce della successiva evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha riguardato le barriere preclusive; peraltro – come si esporrà più diffusamente nel prosieguo – la fattispecie allora esaminata concerneva la riproposizione ex art. 346 cod. proc. civ. di un'eccezione (di prescrizione) formulata rispetto alla domanda attorea (che era stata respinta in primo grado), mentre nella causa *de qua* sono state riproposte in appello le domande di garanzia e di regresso già avanzate nei confronti di terzi e rimaste assorbite dal rigetto in prime cure delle istanze dell'attore principale.

In primis, si rileva che il filone giurisprudenziale al quale ha aderito Cass. 15427/2004 è costituito principalmente da sentenze che esaminano appelli regolati dalle disposizioni antecedenti all'introduzione delle preclusioni processuali: il mutamento radicale apportato dalla novella del 1995 ad un sistema in cui alle parti era consentito l'ampliamento del *thema decidendum* (quasi) senza limiti impone un ripensamento delle soluzioni ermeneutiche già adottate, certamente poco rigorose, ma conformi all'ordinamento allora vigente. Non si può, infatti, invocare l'autorità dei precedenti (oltre a Cass., Sez. 3, Sentenza n. 4009 del 20/03/2001, Rv. 544946-01, richiamata nella decisione impugnata, riguardano cause antecedenti alla novella Cass., Sez. 3, Sentenza n. 413 del 12/01/2006, Rv. 586211-01, Cass., Sez. 2, Sentenza n. 24182 del 30/12/2004, Rv. 578592-01, Cass., Sez. 2, Sentenza n. 824 del 25/01/2000, Rv. 533142-01) quando l'intero sistema processuale è stato profondamente modificato dal legislatore del 1995 (e ancor più dal legislatore del 2006), né possono costituire fonte di convincimento le pronunce (anche successive) che – a differenza di Cass. 15427/2004 – richiamano in maniera tralatizia i precedenti anteriori alla riforma senza dar conto del diverso assetto normativo (Cass., Sez. 3, Sentenza n. 14458 del 19/11/2001, Rv.



550343-01; Cass., Sez. 2, Sentenza n. 12490 del 28/05/2007, Rv. 597509-01).

Peraltro, il suddetto orientamento giurisprudenziale, pur prevalente, non era univoco, potendosi rinvenire pronunce di legittimità che affermavano, invece, la necessità di riproporre le domande ex art. 346 cod. proc. civ. con la comparsa di risposta (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 8758 del 27/04/2005, non massimata sul punto, e Cass., Sez. L., Sentenza n. 756 del 27/01/1987, Rv. 450450-01) oppure con la memoria di risposta nel rito del lavoro (Cass., Sez. L., Sentenza n. 6426 del 16/07/1996, Rv. 498581-01; successivamente – ma con precipuo riferimento al rito del lavoro – Cass., Sez. L., Sentenza n. 18901 del 07/09/2007, Rv. 598866-01).

In secondo luogo, si osserva che potrebbe essere ingiustificatamente restrittiva la lettura dell'art. 347, comma 1, cod. proc. civ.: nel richiamare per la costituzione in appello «le forme e i termini per i procedimenti davanti al tribunale» la norma ha ellitticamente voluto includere anche le decadenze che necessariamente si accompagnano alla costituzione del convenuto: difatti, non avrebbe senso disporre il rispetto dei «termini» (ex art. 166 cod. proc. civ., «almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione») senza collegare alla loro violazione le conseguenti sanzioni processuali (*id est*, le preclusioni, dalle quali discendono le decadenze) e, parimenti, il rinvio alle «forme» non può non riguardare anche la comparsa di risposta (disciplinata nell'art. 167 cod. proc. civ., al quale, peraltro, rimanda lo stesso art. 166 cod. proc. civ.) e i suoi contenuti e, cioè, le difese che la parte è tenuta a svolgere con quell'atto (non occorre scomodare la filosofia greca per affermare che nel diritto processuale, «la forma è sostanza»).

Pertanto, l'art. 347, comma 1, cod. proc. civ. dovrebbe essere interpretato in combinato disposto con gli artt. 166 e 167 cod. proc.

civ. e, dunque, la costituzione in appello dovrebbe avvenire ricalcando la disciplina del primo grado, in quanto compatibile, riguardo ai tempi e alle forme e alle difese che debbono essere svolte, a pena di decadenza, col primo atto difensivo.

Anche l'obiezione riguardante la diversa struttura del processo nei diversi gradi del giudizio non sarebbe insuperabile.

Pur dovendosi escludere un impiego diretto degli artt. 166 e 167 cod. proc. civ. nell'appello, le predette disposizioni sono comunque applicabili al giudizio di secondo grado nei limiti della loro compatibilità con le peculiarità di quest'ultimo (del resto, la giurisprudenza ha previsto che anche le forme della citazione in appello – per le quali l'art. 342 cod. proc. civ. rinvia all'art. 163 cod. proc. civ. – debbano essere riadattate al gravame: in proposito, Cass., Sez. U., Sentenza n. 9407 del 18/04/2013, Rv. 625811-01, e Cass., Sez. 3, Sentenza n. 341 del 13/01/2016, Rv. 638609-01).

Il principale ostacolo frapposto da Cass. 15427/2004 consisteva nell'impossibilità di individuare nel secondo grado le due barriere preclusive che, nelle norme vigenti tra il 30 aprile 1995 e il 1° marzo 2006, caratterizzavano il processo innanzi al tribunale: entro il termine per la costituzione tempestiva dovevano essere proposte le domande riconvenzionali e le istanze nei confronti dei terzi (*rectius*, le richieste di chiamata in causa dei terzi nei cui confronti spiegare o estendere domande), mentre il limite per formulare eccezioni processuali o di merito era spostato ad un momento successivo (20 giorni prima dell'udienza di trattazione).

L'argomentazione è certamente fondata per quanto riguarda le eccezioni non rilevabili d'ufficio: ritenere che nel previgente sistema processuale fosse prevista una preclusione alla loro riproposizione in appello al momento scandito per la costituzione tempestiva dell'appellato avrebbe significato ravvisare per il secondo grado un regime ancor più rigoroso che per il primo.

Invece, già nel sistema processuale vigente tra il 30 aprile 1995 e il 1° marzo 2006, un particolare rigore caratterizzava le domande del convenuto, sia le riconvenzionali nei confronti dell'attore, sia quelle rivolte nei confronti di terzi, posto che la barriera preclusiva era ineludibilmente fissata in un momento anteriore alla prima udienza di comparizione; la distinzione aveva (e ha tuttora) un fondamento logico, se si riflette sul fatto che le eccezioni condizionano il *thema decidendum*, ma – a differenza delle domande – non ne determinano un ampliamento sotto il profilo oggettivo e/o soggettivo.

L'esigenza di delimitare, mediante le preclusioni, il *thema decidendum* prima dell'udienza di comparizione delle parti (sottesa all'art. 167 cod. proc. civ.) era, dunque, già avvertita dal legislatore del 1995 anche in relazione al processo di appello (del resto, l'evoluzione delle normative sopravvenute dimostra che – dopo la copernicana rivoluzione del 1995 – il legislatore ha via via perseguito un progressivo affinamento delle questioni trattate nella controversia attraverso una loro selezione nei gradi successivi al primo). Infatti, correlato al sistema delle preclusioni, il principio *tantum devolutum quantum appellatum* impone che l'oggetto del gravame venga celermente delineato dalle parti in un momento anteriore all'udienza di trattazione di cui all'art. 350 cod. proc. civ., sì da consentire una più celere trattazione del processo senza comprimere il diritto di difesa di alcuna delle parti.

Conseguentemente, potrebbe ragionevolmente argomentarsi che il richiamo in appello degli artt. 166, 167 e 180 cod. proc. civ. (nella formulazione *ratione temporis* vigente) si atteggiasse diversamente a seconda che ad essere riproposte fossero domande oppure eccezioni.

Per le eccezioni in rito o di merito la soluzione offerta da Cass. 15427/2004 appare, quindi, ragionevole e coerente con la disciplina allora dettata per le preclusioni: difettando nel secondo grado un termine intermedio tra le udienze di comparizione e di trattazione, la

barriera preclusiva del primo grado non era compatibile con l'appello e, perciò, le eccezioni potevano essere riproposte ex art. 346 cod. proc. civ. fino all'udienza di precisazione delle conclusioni.

La conclusione, però, potrebbe essere difforme per le domande condizionate da riproporre in appello ex art. 346 cod. proc. civ.: posto che la loro idoneità ad estendere – sotto il profilo oggettivo e/o soggettivo – il *thema decidendum* le accomuna alle domande riconvenzionali e a quelle rivolte verso i terzi chiamati nel primo grado, anche la disciplina per la loro introduzione in secondo grado potrebbe essere simmetricamente applicata (stante il rimando dell'art. 347, comma 1, cod. proc. civ.), fatti salvi i necessari adattamenti degli artt. 166 e 167 cod. proc. civ.

Di conseguenza, una volta analizzato il menzionato precedente giurisprudenziale, occorre stabilire se anche prima della riforma legislativa del 2006 la riproposizione delle domande nei confronti dell'appellante o di altri appellati dovesse ritenersi soggetta a una barriera preclusiva, coincidente con il termine fissato per la costituzione dell'appellato.

La questione assume indiretta rilevanza anche per le impugnazioni alle quali è applicabile la novella entrata in vigore il 1° marzo 2006. L'unificazione delle udienze ex artt. 180 e 183 cod. proc. civ. e la fissazione di un'unica barriera preclusiva (l'art. 167 cod. proc. civ. prescrive oggi che entro il termine per la costituzione il convenuto «a pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio» e, «se intende chiamare un terzo in causa, deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvedere ai sensi dell'art. 269») parrebbero idonee a superare l'obiezione formulata da Cass. 15427/2004: difatti, le norme individuano una barriera preclusiva unitaria – sia per le domande (anche quelle riproposte ex art. 346 cod. proc. civ.), sia per le eccezioni in rito e di merito (da riproporre, purché non siano state

oggetto di alcun esame, diretto o indiretto, ad opera del giudice di prime cure; sul punto v. Cass., Sez. U., Sentenza n. 11799 del 12/05/2017, Rv. 644305-01) – anteriore di 20 giorni alla prima udienza del processo in primo grado e, simmetricamente, la stessa barriera dovrebbe operare in appello. Così opinando, nel sistema processuale al quale si applicano le disposizioni del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 (non nella controversia *de qua*), la disposizione secondo cui «nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda» (art. 167 cod. proc. civ.) esplicherebbe i suoi effetti anche nel processo di appello (in virtù del richiamo contenuto nell'art. 347, comma 1, cod. proc. civ.) e pure con riguardo alle eccezioni non rilevabili d'ufficio.

Vi sono poi ulteriori argomenti da vagliare.

La menzionata decisione di Cass., Sez. 3, Sentenza n. 15427 del 10/08/2004, Rv. 575944-01, richiamando le insindacabili scelte legislative, sminuisce l'argomentazione dottrinale che denuncia una ingiustificata diversità tra il regime delle severe preclusioni innanzi al tribunale e il sistema eccessivamente indulgente dell'appello: a ben vedere, però, la legge non ha né voluto, né determinato una così stridente disparità, posto che il rinvio ex art. 347, comma 1, cod. proc. civ. alle norme per la costituzione del convenuto ex artt. 166 e 167 cod. proc. civ. consente una lettura simmetrica della disciplina dei due gradi del giudizio, tanto che all'irrigidirsi delle preclusioni del primo grado potrebbe farsi conseguire, in via interpretativa, un automatico irrigidimento delle barriere preclusive nel secondo.

Nell'interpretazione del dettato normativo, poi, non può essere trascurata la *ratio legis* che impernia l'intero sistema delle preclusioni processuali, il quale non è posto soltanto a tutela del diritto di difesa delle parti, bensì a presidio dell'interesse pubblico al corretto e celere



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

andamento del processo, tanto che le preclusioni devono essere rilevate d'ufficio dal giudice, indipendentemente dall'atteggiamento della controparte al riguardo (*ex multis*, Cass., Sez. 1, Sentenza n. 3806 del 26/02/2016, Rv. 638877-01, e Cass., Sez. 2, Sentenza n. 4901 del 02/03/2007, Rv. 596275-01): preferendo una soluzione ermeneutica maggiormente corrispondente al principio costituzionale della ragionevole durata del processo, dovrebbe impedirsi la riproposizione delle domande fino all'udienza di precisazione delle conclusioni perché questa comporterebbe necessariamente la protrazione del giudizio, quantomeno per garantire alle controparti il diritto di interloquire sul *thema*, reintrodotta *in limine* dall'appellato (senza considerare, inoltre, che le sopravvenute disposizioni degli artt. 348-*bis* e 348-*ter* cod. proc. civ. presuppongono una completa esposizione di tutte le argomentazioni dei contendenti affinché il giudice possa immediatamente pronunciare, se del caso, l'ordinanza di inammissibilità dell'appello).

Infine, è indispensabile considerare l'esigenza di assicurare la difesa delle altre parti: a voler ritenere ammissibile la riproposizione delle domande di garanzia (o di regresso) in un momento processuale successivo a quello prescritto per la costituzione dell'appellato (finanche all'udienza di precisazione delle conclusioni), rischierebbe di essere pregiudicato o minorato il diritto ex art. 24 Cost. delle parti destinatarie di tali richieste. Queste ultime, infatti, non potrebbero utilmente controdedurre o sollevare eccezioni alla prima udienza del processo di appello che, invece, è deputata allo svolgimento delle ulteriori difese determinate da iniziative processuali di altre parti diverse dall'appellante principale (l'individuazione dell'udienza ex art. 350 cod. proc. civ. quale sede destinata alla reazione delle parti avversarie si desume dall'art. 343, comma 2, cod. proc. civ., che disciplina espressamente la proposizione dell'appello incidentale conseguente all'impugnazione di un altro appellato).



5. In conclusione, per decidere la controversia, occorre dare risposta al seguente quesito: se – nel sistema di preclusioni introdotto con il d.l. n. 432 del 1995, convertito dalla legge n. 534 del 1995 e in forza del combinato disposto degli artt. 346, 347, 166, e 167 cod. proc. civ. – la domanda di garanzia o di regresso condizionata all'accoglimento della domanda principale già respinta in primo grado debba essere riproposta dall'appellato, a pena di decadenza, con la tempestiva costituzione in appello e, cioè, entro i termini stabiliti per la costituzione nei procedimenti davanti al tribunale oppure se, in mancanza di una barriera preclusiva, la riproposizione delle predette domande possa essere effettuata anche successivamente e fino alla precisazione delle conclusioni.

6. Opina il Collegio che si tratti di questione di massima di particolare importanza, sia per la mancanza di precedenti univoci o pienamente convincenti, sia per la sentita esigenza nomofilattica che caratterizza l'interpretazione di norme disciplinanti il rito dell'appello (oggetto di decisioni di tutte le Sezioni della Corte). Ricorrono perciò le condizioni per rimettere gli atti al Primo Presidente, affinché valuti l'opportunità di assegnare la trattazione del ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, comma 2, seconda ipotesi, cod. proc. civ. sulla questione suddetta, riassunta al punto 5 delle ragioni della decisione.

P.Q.M.

La Corte rimette gli atti al Primo Presidente, affinché valuti l'opportunità di assegnare la trattazione del ricorso alle Sezioni Unite sulla questione di massima di particolare importanza indicata in motivazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile, il 26 settembre 2017.

Il Funzionario Giudiziario
Francesco CATANIA

Il Presidente
Angelo Spirito