

Brought to you by:

**ASTRA**

# **DIRITTO PROCESSUALE CIVILE - MODULO 2**

## **3° ANNO CLMG**

Written by  
**Chiara Banti**

2022-2023 Edition

Find more at:

**[astrabocconi.it](http://astrabocconi.it)**

**This handout has no intention of substituting University material for what concerns exams preparation, as this is only additional material that does not grant in any way a preparation as exhaustive as the ones proposed by the University.**

**Questa dispensa non ha come scopo quello di sostituire il materiale di preparazione per gli esami fornito dall'Università, in quanto è pensato come materiale aggiuntivo che non garantisce una preparazione esaustiva tanto quanto il materiale consigliato dall'Università.**

## Sommario

<b>RIFORMA DEL PROCESSO DI COGNIZIONE DI PRIMO GRADO .....</b>	<b>3</b>
<b>IMPUGNAZIONI E GIUDIZIO IMPUGNATORIO .....</b>	<b>4</b>
<b>VIZI DELLA SENTENZA.....</b>	<b>7</b>
<b>L'IMPUGNAZIONE .....</b>	<b>8</b>
<b>I MEZZI DI IMPUGNAZIONE DELLA SENTENZA.....</b>	<b>9</b>
<b>LE CONDIZIONI DELL'IMPUGNAZIONE .....</b>	<b>13</b>
Come si esercita il potere di impugnazione? .....	16
<b>RISERVA DI APPELLO .....</b>	<b>18</b>
<b>RISERVA D'APPELLO: .....</b>	<b>19</b>
<b>CAUSE INSCINDIBILI E CAUSE DIPENDENTI:.....</b>	<b>27</b>
<b>CARATTERISTICHE GENERALI DELL'APPELLO .....</b>	<b>31</b>
QUALI SONO LE SENTENZE APPELLABILI? .....	33
SENTENZE INAPPELLABILI PER VOLONTÀ DELLE PARTI: .....	35
COME SI PROPONE QUESTO MEZZO IMPUGNATORIO? .....	36
<b>IL PRINCIPIO DEVOLUTIVO.....</b>	<b>38</b>
<b>AMBITO DELLA COGNIZIONE DEL GIUDICE DELL'APPELLO.....</b>	<b>41</b>
<b>MOTIVI DI APPELLO.....</b>	<b>43</b>
<b>APPELLO INCIDENTALE E RIPROPOSIZIONE DELLE DOMANDE ED ECCEZIONI ASSORBITE .....</b>	<b>43</b>
<b>SOCCOMBENZA CONSEGUENTE ALL'IMPUGNAZIONE, O MEGLIO ALL'APPELLO PRINCIPALE DELLA CONTROPARTE.....</b>	<b>44</b>
<b>MARGINI ENTRO CUI È POSSIBILE PROPORRE LEGITTIMAMENTE NUOVE DOMANDE IN APPELLO .....</b>	<b>47</b>
<b>PROCEDIMENTO IN APPELLO.....</b>	<b>50</b>
CRITERIO SELETTIVO DEGLI APPELLI INAMMISSIBILI.....	51
<b>TRATTAZIONE E DECISIONE DELLA CAUSA IN APPELLO .....</b>	<b>56</b>
Sospensione dell'efficacia esecutiva .....	58
DECISIONI DELL'APPELLO .....	61
ESITI DEL PROCESSO D'APPELLO .....	62
<b>IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE:.....</b>	<b>65</b>
<b>IL RICORSO PER CASSAZIONE.....</b>	<b>67</b>
<b>TEORIA DEL GIUDICATO IMPLICITO SULLA GIURISDIZIONE.....</b>	<b>70</b>
<b>SENTENZE RICORRIBILI PER CASSAZIONE .....</b>	<b>76</b>
<b>SVOLGIMENTO DEL PROCESSO PER CASSAZIONE: .....</b>	<b>77</b>

<b>FASE RESCINDENTE .....</b>	<b>77</b>
<b><i>FASE RESCINDENTE.....</i></b>	<b>83</b>
<b><i>ESITI DELLA FASE RESCINDENTE DEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE .....</i></b>	<b>87</b>
<b><i>CASSAZIONE CON RINVIO .....</i></b>	<b>87</b>
<b><i>LA TUTELA CAUTELARE.....</i></b>	<b>89</b>
<b><i>SINGOLE MISURE CAUTELARI .....</i></b>	<b>92</b>
<b>IL SEQUESTRO CONSERVATIVO: .....</b>	<b>92</b>
<b>SEQUESTRO GIUDIZIARIO .....</b>	<b>94</b>
<b>SEQUESTRO LIBERATORIO: .....</b>	<b>96</b>
<b><i>IL PROCESSO CAUTELARE UNIFORME: .....</i></b>	<b>100</b>
<b><i>PROPOSIZIONE DELLA DOMANDA CAUTELARE .....</i></b>	<b>101</b>
<b><i>ART. 669-DECIES E 669-TER-DECIES.....</i></b>	<b>103</b>

## DIRITTO PROCESSUALE CIVILE, MODULO 2:

### RIFORMA DEL PROCESSO DI COGNIZIONE DI PRIMO GRADO:

**Legge delega 206 del 26/11/2021** → delega molto lunga di 12 mesi + l'entrata in vigore dei d.lgs. delegati contenenti le modifiche del cpc sarà regolata con un periodo di vacatio legis.

La legge delega non si occupa soltanto di introdurre i criteri per adottare misure che diano maggior efficienza al processo civile, ma anche per una revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa della controversia → anzitutto la mediazione amministrata e la negoziazione assistita. Inoltre, si tratta anche dei poteri conciliativi della lite del giudice istruttore. In questa ultima materia, quella delle DADR, art. 4 lettera B richiede di armonizzare questa disciplina (DADR) raccogliendo tutte le discipline in un testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione (il TUSC), nel quale non dovranno essere inserite le norme sull'arbitrato, già regolato nel cpc.

Per quel che riguarda l'efficienza del processo civile bisogna fare riferimento al comma 5 dell'art. 4. È un comma molto corposo che si compone di molte lettere che hanno a loro volta sottosezioni in numeri → molto specifica.

Per quel che riguarda il processo ordinario di cognizione di primo grado, ci soffermiamo su alcuni aspetti indicati alle **lettere B e C del co. 5** → **contenuto dell'atto di citazione ex art. 163 cpc** → legge delega: l'indicazione della causa petendi, che l'art. 163 n. 4 cpc qualifica come gli elementi di fatto e di diritti che costituiscono le ragioni della domanda, devono ora essere esposti in modo "**chiaro e specifico**". Lo stesso requisito di specificità è esteso alla lettera C all'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti contenuta nell'atto di citazione.

Più la domanda giudiziale è scritta in maniera generica ed imprecisa, e maggiore è il rischio che il processo non sia efficiente → abbia una durata più lunga di quanto sarebbe possibile e quindi generi maggiori costi di quanti sarebbero sufficienti ← il maggior tempo e i maggiori costi servono per chiarire il contenuto della domanda giudiziale e le domande di tutela giurisdizionale ed il contenuto delle richieste istruttorie.

Questa indicazione su chiarezza e specificità della causa petendi non rivela come semplice dichiarazione di principio, ma come motivo di nullità della citazione, come motivo di validità o meno della domanda. Già nella normativa vigente, la nullità non era solo il frutto della mancanza assoluta della causa petendi, ma anche della sua assoluta incertezza. Così facendo, il L. delegante rafforza la sua decisione → la citazione è nulla anche se non vi è incertezza assoluta e radicale circa il titolo della domanda (causa petendi).

Altro elemento interessante è quello di cui alla **lettera E** → rispetto alla comparsa di risposta del convenuto il L. delegante richiede che le difese della parte convenuta siano svolte in modo "chiaro e specifico" nell'atto di costituzione e risposta. Non è inconsueto che chi complica il processo sia molto spesso il convenuto, per il fatto che svolge delle difese che non sono chiare, che non sono specifiche e che complicano il contraddittorio → **l'onere della chiarezza e della specificità è parimenti distribuito tra le due parti del processo.**

La vera novità è quella della **lettera F** → prevede che l'attore, entro un congruo termine prima dell'udienza di comparizione, può proporre le domande che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni del convenuto e chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo se tale esigenza è sorta dalle esigenze del convenuto, nonché precisare le domande, eccezioni e conclusioni già formulate ed indicare i nuovi mezzi di prova e le produzioni documentali. Tutto quello che oggi si fa in udienza o (se autorizzata la trattazione scritta) nelle memorie del 183 co.6, per la nuova legge delega, dovranno essere fatte in un congruo termine prima di quella che è l'udienza di comparizione e trattazione della causa ex art. 183. Tutto deve essere fatto prima. Tutte le attività in cui si può risolvere la trattazione della causa devono essere anticipate rispetto all'udienza → sia le domande e le eccezioni che sono conseguenza delle difese del convenuto e la chiamata in causa del terzo (183 co.5) + le domande di precisazione della domanda e della causa (che oggi sono fatte in udienza o nella prima memoria ex art 183 co.6) dovranno essere anticipate + le richieste istruttorie ulteriori.

La lettera F prosegue → entro un successivo termine, anteriore all'udienza di comparizione, il convenuto può modificare le domande [...] (inserisci testo legge delega).

→ anche il convenuto, in un termine successivo a quello assegnato all'attore, ma comunque anteriore all'udienza, deve completare il contraddittorio per la trattazione della causa → esercitare i poteri del 183

co. 5 (es. eccezioni conseguenza delle domande e delle eccezioni che l'attore ha proposto per replicare al convenuto) + le istanze istruttorie come la prova contraria che oggi sono demandate alle memorie dei numeri 2 e 3 del 183 co. 6.

Perché ha creato polemica questa previsione? Le parti non si trovano più oggi soltanto a dover rispettare le scadenze legate alla costituzione del convenuto 20 gg prima dell'udienza, ma si troveranno anche ad affrontare le decadenze legate ai termini anteriori all'udienza per il contraddittorio finalizzato alla trattazione della causa, cioè al contraddittorio per le repliche e le controrepliche. Il fatto di gravare l'onere di conoscenza anticipando il tutto lascia pensare che la situazione non dovrebbe migliorare l'efficienza del processo civile → le parti sono aggravate a scrivere tutto all'inizio, correndo il rischio che se ci si dimentica qualcosa non lo si recupererà mai più, mentre il giudice avrà da gestire il solito carico giudiziario che gli impedisce di essere pienamente preparato il giorno dell'udienza, ma anzi aumentandogli l'onere sarà ancora meno preparato.

La legge delega, poi, alla [lettera H](#) adegua la disciplina della chiamata in causa del terzo e dell'intervento volontario ai principi di cui alle lettere C (necessità che le richieste istruttorie siano indicate specificamente fin dagli atti introduttivi) e G (fissazione dei nuovi termini - coordinamento con i termini delle nuove memorie). La lettera H chiede un adeguamento alle nuove modalità di trattazione anticipata della disciplina della chiamata in causa del terzo e dell'intervento volontario.

Alla [lettera I](#), poi, richiedere di adeguare le disposizioni sulla trattazione della causa ai principi di cui sopra e prevedere che:

1. Nel corso dell'udienza di comparizione la parti devono comparire personalmente ai fini della conciliazione ex art. 185 → la norma dice una cosa fondamentale. Il 185 cpc prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione su istanza congiunta delle parti. laddove le parti ne facciano congiuntamente istanza negli atti introduttivi, il giudice è tenuto ad esperire un tentativo di conciliazione tra le stesse personalmente comparse. La lettera I n. 1 sembra rafforzare questa conclusione, nel senso che esige la comparizione personale delle parti, in presenza di istanza congiunta, senza la possibilità di essere sostituita da un procuratore speciale. Il richiamo al co. 2 del 116 esplicita che si possono ricavare argomenti di prova dalla ingiustificata assenza della parte all'udienza per il tentativo di conciliazione.

## IMPUGNAZIONI E GIUDIZIO IMPUGNATORIO:

Le impugnazioni si iniziano a studiare dalla [fine del processo di 1° grado](#) e quindi [dalla sentenza](#). Dobbiamo capire che cosa sia la sentenza e quali siano le sue caratteristiche da tenere presenti per capire come funzionano le [impugnazioni](#), posto che le impugnazioni sono dei [poteri processuali che consentono la prosecuzione del processo pendente dopo la pronuncia della sentenza di 1° grado in un grado successivo di giudizio](#).

L'esercizio del potere impugnatorio è condizionato da una serie di fattori → non può essere esercitato discrezionalmente dalla parte esercitante. La principale condizione, ma non unica, è che **sia possibile dedurre un errore nella sentenza** → si può impugnare la sentenza se questa è sbagliata, se contiene degli errori. La finalità dell'impugnazione è quella di correggere la sentenza, emendando e cioè eliminando gli errori da cui è affetta.

**Cos'è la sentenza? La sentenza è il provvedimento con cui è assicurata la tutela dei diritti soggettivi lesi nel processo.** Più esattamente, è un **provvedimento con cui il giudice assicura la tutela dei diritti lesi mediante una decisione che ha ad oggetto l'ammissibilità e/o la fondatezza della domanda giudiziale.** Perché si parla di "**provvedimento**"? La ragione è legata alla sua funzione, ossia quella di dare una disposizione, ma serve anche per tenere ben distinto il regime degli atti di parte nel processo (atti processuali) dall'attività di esercizio della funzione giurisdizionale (provvedimenti).

*In un'accezione vaga e generica sono tutti atti processuali*, ma **più precisamente gli atti sono quelli delle parti (istanze rivolte al giudice), mentre quelli del giudice sono provvedimenti**, in quanto dispongono qualcosa, cioè dispongono misure organizzative dello svolgimento del processo oppure (nel caso della sentenza) dispongono la decisione della controversia.

Quale è il contenuto della sentenza? Come la maggior parte degli atti del processo, possiamo distinguere tra:

- **contenuto sostanziale** → la sentenza decide la controversia pronunciandosi con un giudizio di ammissibilità e/o con un giudizio di fondatezza della domanda. Il giudizio di ammissibilità della domanda è l'accertamento dei presupposti processuali. **La carenza anche di uno solo dei requisiti indispensabili per instaurare il rapporto processuale rende la domanda inammissibile, cioè inidonea ad essere esaminata nel merito**, inidonea a giustificare una pronuncia sul diritto soggettivo dedotto dalla parte. la ragione di questa inidoneità è una ragione di efficienza processuale (non esamino il merito se mancano i presupposti). Al contrario, il giudizio di fondatezza, che dipende dal giudizio di ammissibilità, attiene al merito della controversia, cioè all'accertamento sulla base delle prove della esistenza o meno del diritto fatto valere.
- **contenuto formale** ex **art. 132 cpc** → il giudizio di ammissibilità e fondatezza deve essere svolto dal giudice nel rispetto di alcuni requisiti formali. Questo segue una logica comune anche agli atti delle parti: con l'atto di citazione si fa valere una lesione che deve essere esposta secondo le forme del 163 cpc e lo stesso vale per la comparsa di costituzione ex art 166. La norma che ci dice il **contenuto formale della sentenza è l'art. 132 cpc**. Il cpc richiede:
  - che la sentenza sia pronunciata **"in nome del popolo italiano"** (art. 101 cost.). Questo perché la costituzione prevede ed impone che la giustizia sia esercitata in nome del popolo → il potere giurisdizionale è un potere pubblico, un potere che lo stato esercita attraverso i propri organi per una sorta di delega della sovranità popolare.
  - **indicazione del giudice, delle parti e dei difensori**
  - **conclusioni delle parti** (**richieste di tutela** di attore e convenuto ed eventualmente del PM se la sua presenza nel processo è necessaria o almeno facoltativa, come nella querela di falso)
  - **motivazione** → art. 132 n. 4 (controlla) parla di **"esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione"**, decisione che è stata qualificata come necessariamente concisa successivamente. "Esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione" significa che **parte essenziale non è solo la decisione, ossia quella condensata nel dispositivo** (cioè la pronuncia con cui il giudice dichiara se la domanda è accolta o rigettata), **ma anche i motivi e le ragioni** sia sul piano della ricostruzione fattuale che sul piano della interpretazione giuridica **che hanno portato a quella decisione**. **Pronunciare una sentenza non significa solo decidere, ma anche motivare correttamente la decisione raggiunta**.

Il fatto che il L. ha voluto aggiungere che la decisione deve essere "necessariamente concisa" è un tentativo di equilibrare l'esigenza costituzionale di motivazione della sentenza e di comprensione delle ragioni del giudice e l'esigenza di celerità del processo civile. La motivazione non può mancare, ma può anche essere ridotta ai passaggi logici essenziali del ragionamento che ha portato il giudice alla decisione. *Nel 2012 era stata proposta una modifica del 132 che voleva introdurre la "motivazione a richiesta"* → regola che *impondeva al giudice di pronunciare la decisione, ma di riservarsi la pronuncia della motivazione nei soli casi in cui una delle parti ne facesse richiesta, per altro pagando uno specifico contributo*. *Regola non approvata* perché la motivazione è un principio costituzionale perché garantisce alle parti l'utilizzo vero e proprio del diritto di impugnazione. In relazione alla concisione della motivazione dobbiamo ricordare che il L. del 2012 ha modificato anche l'art. 118 delle disposizioni di attuazione → si consente, al fine di dare senso concreto alla concisione della motivazione, che il giudice possa motivare anche mediante il richiamo a precedenti conformi. Il L., moderno, mostra una certa dimestichezza con concetti quali la giurisprudenza o i precedenti giurisprudenziali, sebbene questi non siano definiti dal pov normativo. Ad oggi, la motivazione della sentenza civile, può essere parzialmente surrogata dal richiamo a precedenti conformi, ossia a precedenti pronunce giurisprudenziali che, riferendosi a casi analoghi, dettano un principio che è applicabile al caso concreto e coincide con la cd ratio decidendi, cioè con la motivazione voluta dal giudice.
- **Dispositivo, data e sottoscrizione della sentenza** → il dispositivo è la decisione del giudice su ciascuna istanza di tutela, la sua presa di posizione, mentre data e sottoscrizione contestualizzano il provvedimento, evitando che possa essere confuso con altri. Queste servono

per rendere la sentenza quello che effettivamente è, ossia un provvedimento del giudice → la sottoscrizione riconduce il provvedimento all'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice.

Il percorso formativo della sentenza si conclude con la sua **pubblicazione**. La sentenza viene ad esistenza, e quindi produce i suoi effetti, nel momento in cui è pubblicata. La pubblicazione, ex art. 133 cpc, è il **deposito nella cancelleria del giudice**. Con il deposito, la sentenza si dà per conosciuta dalle parti.

Se per la sentenza possiamo distinguere il contenuto sostanziale ed il contenuto formale, dobbiamo anche riconoscere che il concetto di contenuto sostanziale della sentenza può avere una sua rilevanza autonoma. Dobbiamo ricordarci che la sentenza non è l'unico possibile provvedimento che il giudice può pronunciare nel processo. Il cpc prevede altri due tipi di provvedimento giurisdizionale: ordinanza e decreto. Entrambi questi due hanno un contenuto puramente processuale → sono destinati a regolare l'organizzazione del processo. La principale differenza tra i due è che **l'ordinanza, a differenza del decreto, risolve anche delle questioni di natura processuale e necessita di una motivazione**, per quanto succinta (art. 134 cpc). Il decreto invece, serve solo per ragioni puramente organizzative, che non chiedono mai di risolvere anche questioni di carattere processuale e quindi non ha bisogno di una motivazione.

Un'ordinanza che ha contenuto processuale ha una funzione istruttoria. Ma questo provvedimento impone di risolvere una o più problematiche processuali, perché ciascuna istanza istruttori va valutata sul piano dell'ammissibilità e sul piano della rilevanza, cioè della sua incidenza sulla decisione fattuale del giudice → la motivazione, per quanto succinta, deve esserci. Un esempio di decreto, invece, può essere quello con cui viene fissata la data della 1° udienza quando la domanda ha la forma del ricorso. Nel rito del lavoro o nel processo sommario di cognizione, la domanda si propone con il deposito in cancelleria, avendo la forma del ricorso.

Solo successivamente viene fissata dal giudice la data della prima udienza → la fissazione della data avviene con un decreto. L'attore, poi, notifica a pena di decadenza sia il ricorso che il decreto alla controparte. Il decreto, ovviamente, non necessita di alcuna motivazione (168 bis cpc).

*In alcuni casi però, per volontà della legge, l'ordinanza assume un carattere molto diverso da quello di semplice strumento organizzativo del processo.* In questi casi la legge attribuisce ad un provvedimento che ha la forma dell'ordinanza il contenuto di una sentenza → ecco dove si applica la differenza contenuto sostanziale/contenuto formale. **Ci sono dei casi, previsti dal cpc, in cui il provvedimento, pur avendo forma diversa dalla sentenza e cioè la forma dell'ordinanza di regola, ha il contenuto di una sentenza.**

La giurisprudenza della Cassazione ha previsto i requisiti minimi indispensabili del contenuto sostanziale della sentenza, requisiti che trovano espressione nel giudizio di ammissibilità e di fondatezza. Questi requisiti sono la natura decisoria e la natura definitiva del provvedimento. Un provvedimento ha il contenuto di una sentenza quando, anzitutto, incide sui diritti soggettivi (natura decisoria) ed in secondo luogo quando è idoneo ad acquisire l'efficacia di giudicato (natura definitiva).

Indipendentemente da quello che prevede la legge, quando un provvedimento a cui la legge attribuisce il contenuto di ordinanza ha il contenuto di una sentenza, deve essere considerato ad ogni effetto come una sentenza, anche se ha la forma di ordinanza. Es. il provvedimento con cui è definito in 1° grado il provvedimento sommario di cognizione è un'ordinanza, ma nonostante abbia la forma dell'ordinanza, ha chiaramente un contenuto di sentenza, perché decide sui diritti soggettivi ed è pertanto altresì propenso a passare in giudicato → se vale ad ogni effetto come sentenza → è soggetto agli stessi strumenti di contestazione propri della sentenza, cioè le impugnazioni.

Perché il L. ha deciso di fare ciò? prima della riforma del 132 con la qualifica della motivazione concisa, la caratteristica di una motivazione succinta dell'ordinanza ai sensi dell'art. 134 aveva spinto il L. a dire che in quei casi in cui non è indispensabile una motivazione completa, come accadeva prima del 2012 per la sentenza, assicuriamo maggiore celerità, consentendo la pronuncia di una sentenza in forme più snelle → ordinanza. Dopo il 2012 e l'aggiunta della qualifica "concisa", questa distinzione viene molto meno, perché anche la motivazione della sentenza può essere resa rapidamente dal giudice al pari di una motivazione di un'ordinanza.



Il principio della Cassazione, infine, nel caso in cui la differenza tra forma e sostanza del provvedimento sia la conseguenza di un errore del giudice. Non pensiamo al caso in cui ci sia una previsione di legge. Supponiamo che il giudice emetta una sentenza ma che, per errore, quella è un'ordinanza, perché erroneamente qualificata come tale dal giudice. Come si qualifica quella? Come ordinanza o come sentenza? Come sentenza.

Es. capita questo errore nel caso in cui il giudice pronunci una sentenza non definitiva che si pronuncia su una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito riconoscendone l'infondatezza. Il 187 consente al giudice di rimettere la causa in decisione anche solo su una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito che ritiene ex ante fondata. Quando poi arriva a scrivere la decisione, vede che ha fatto un errore: la sua questione è in realtà infondata. Il 279 cpc dice che, oltre a pronunciare la sentenza non definitiva, deve anche pronunciare un'ordinanza con cui rimette le parti in istruttoria → rinvia le parti ad una nuova udienza in cui si svolgerà o la restante parte di trattazione della causa oppure si acquisiranno i mezzi di prova richiesti sul merito della causa. Accade spesso che il giudice istruttore per errore pronuncia un'ordinanza con cui fissa la data della nuova udienza e anche il provvedimento con cui dichiara il rigetto della questione. Cosa è questa? Ordinanza o sentenza, ancorché non definitiva? L'applicazione del principio della Cassazione obbliga a considerare quel provvedimento in base al suo contenuto effettivo → sentenza.

### VIZI DELLA SENTENZA:

- ◆ **Errori in procedendo** → errori della sentenza che derivano dallo svolgimento del processo. sono cioè tutte le ipotesi di violazione della legge processuale commesse nel corso del processo. La presenza di un errore in procedendo rende la **SENTENZA NULLA**. Quando si parla di nullità della sentenza ci riferiamo alla situazione patologica della sentenza conseguente al fatto che nel processo è stata commessa una violazione della legge processuale. Il cpc non regola soltanto il rapporto processuale, ma anche il contenuto formale degli atti processuali. Si può quindi avere errore in procedendo sia nel caso in cui la legge processuale violata è quella che prescrive un presupposto processuale (es. interesse ad agire, capacità di stare in giudizio, competenza del giudice), sia nella violazione di una norma che prevede a pena di nullità il contenuto formale di un atto. Sono errori **NELL'INTERPRETAZIONE E NELL'APPLICAZIONE DELLA LEGGE PROCESSUALE**. Questo ci fa capire che la sentenza può essere nulla in due accezioni diverse:
  - **Per un vizio proprio** → si ha nei casi in cui il giudice compone una sentenza che non rispecchia il contenuto formale del 132 (es. manca la motivazione, oppure è contraddittoria ed è come se non ci fosse).
  - **Per un vizio derivato** → per effetto di una carenza di un atto del processo compiuto prima. non importa se questo sia di parte o dello stesso giudice. riguarda un atto precedente del processo che, non essendo stato sanato, si è trasmesso fino all'atto conclusivo del processo, che riassume in sé tutti gli atti conclusivi precedenti. La nullità di un atto processuale comporta automaticamente la nullità di un atto conseguente e quindi dipendente dal primo. Se è nulla la citazione, è nullo tutto il resto del processo. Se nel frattempo il vizio è sanato, il processo procede fino alla sentenza in maniera regolare. Se invece non è sanato, il risultato ultimo è che la sentenza è censurabile per nullità derivata da un vizio della citazione. Questo vale anche per esempio per la carenza di un litisconsorte necessario.
- ◆ **Errori in iudicando** → violazione della legge sostanziale (norme che regolano il rapporto dedotto in giudizio) ed ingiustizia della sentenza → a differenza delle norme processuali, le norme sostanziali sono il metro di giudizio che il giudice impiega per decidere la controversia, per stabilire chi ha ragione e chi ha torto. Sono **errori NELL'INTERPRETAZIONE E APPLICAZIONE DELLA LEGGE SOSTANZIALE oppure NELLA RICOSTRUZIONE DEL FATTO (la fattispecie) DEDOTTO NEL PROCESSO** → e quindi anche se, pur applicando correttamente la legge sostanziale, il giudice deduce dalle prove una ricostruzione del fatto diversa da quella corretta (es. il convenuto veniva da dx invece che da sx nella circolazione del veicolo).



## L'IMPUGNAZIONE:

La sentenza è l'oggetto di ciò che ora qualificheremo come impugnazione.

Cosa è l'impugnazione? Se vogliamo darne una definizione iniziale, **l'impugnazione è uno dei poteri che spettano alla parte in quanto titolare del diritto di azione**. Il potere di impugnare la sentenza è **UNA delle facoltà in cui si esplica il diritto di azione** al pari del potere di proporre la domanda giudiziale, e al pari di tutti gli altri poteri del processo che la parte può esercitare quando chiede la tutela dei propri diritti al giudice.

Dobbiamo *tenere distinto il concetto di azione da quello di impugnazione* → questa distinzione consiste nel fatto che il potere di impugnare la sentenza è una delle forme in cui si manifesta il diritto di azione → non parleremo di DIRITTO di impugnare la sentenza, ma di POTERE di impugnare la sentenza, per trasmettere che l'impugnazione della sentenza è una delle facoltà in cui si può esplicitare il diritto di azione.

Questo possiamo ben comprenderlo se pensiamo che la pronuncia della sentenza definitiva è idonea a chiudere il processo in quanto conclude la controversia tra le parti, ma *non determina il venir meno immediatamente della litis pendente*, ossia del primo ed elementare effetto processuale che consegue alla proposizione della domanda giudiziale. Il primo ed elementare effetto processuale che consegue alla proposizione della domanda giudiziale è proprio la pendenza della lite. La pubblicazione della sentenza definitiva definisce la controversia, ma non determina per ciò solo ed immediatamente il venir meno di quell'effetto → **il processo continua ad essere pendente anche dopo la pronuncia della sentenza e della sua pubblicazione**.

Dopo quel momento, il processo si trova però in una condizione molto diversa rispetto all'istante prima della pubblicazione della sentenza. Questa nuova condizione del processo è una **condizione di sostanziale quiescenza**. L'attività giurisdizionale del giudice si è pienamente esaurita e l'attività delle parti si è parimenti pienamente realizzata fin dal momento anteriore alla pronuncia della sentenza in cui le stesse hanno pronunciato le conclusioni e depositati gli scritti conclusionali (comparsa conclusionale e memoria di replica ex art 190 cpc), che sono gli ultimi atti processuali di parte prima della pubblicazione della sentenza. L'unico tipo di attività processuale che in questa fase di quiescenza del processo posteriore alla pubblicazione della sentenza è l'esercizio del potere di impugnazione della stessa. Questo stato di quiescenza non è indeterminato. Vi sono alcuni casi in cui la legge tollera che lo stato di quiescenza del processo permanga per un lasso di tempo molto lungo, ma la situazione deve giungere ad una qualche conclusione, cioè ad un punto fermo. Questo punto fermo è garantito dal fatto che l'esercizio del potere di impugnare la sentenza deve essere esercitato entro un termine perentorio e decadenziale → lo stato di quiescenza non è destinato a durare oltre un certo termine. Se entro quel termine la parte si avvale del suo potere, il processo (cioè la litis pendente) prosegue in un successivo e superiore grado di giudizio. Se la parte non esercita il potere, la litis pendente viene meno e si viene a consolidare quella condizione della sentenza, a cui attribuiamo il nome di giudicato, che garantisce alle parti la certezza del diritto, cioè la consapevolezza che la loro situazione sostanziale dedotta in giudizio è definitivamente regolata nel modo in cui dice la sentenza.

C'è quindi un bivio. Non c'è una terza possibilità. Solo questo bivio garantisce la certezza del diritto → o si impugna la sentenza o si consegue il risultato della certezza in tempi più rapidi con la formazione del giudicato conseguente alla mancata proposizione dell'impugnazione.

Questo ci fa capire che il potere di impugnare la sentenza è al contempo potere ed onere → c'è una piena analogia tra potere di impugnare e diritto di azione, che è al contempo diritto ed onere. Così come la parte che ha subito una lesione alla propria sfera giuridica non ha solo l'obbligo di agire in giudizio, ma ha l'onere di farlo se vuole evitare conseguenze negative → allo stesso modo la parte che è legittimata ad impugnare la sentenza non ha l'obbligo di farlo, ma ha l'onere di farlo se vuole evitare le conseguenze negative del passaggio in giudicato di una sentenza che ritiene sbagliata o ingiusta.

Quando parliamo di impugnazione, dobbiamo sempre tenere conto che questo termine può indicare due realtà diverse:

- **Impugnazione per riferirsi al mezzo di impugnazione**, cioè allo strumento formale processuale con cui la legge consente alla parte legittimata di esercitare il potere di impugnare la sentenza. Il mezzo di impugnazione è come la domanda giudiziale rispetto al diritto di azione → la domanda

giudiziale è lo strumento con cui si esercita il diritto di azione per ottenere una tutela. Analogamente, il mezzo di impugnazione è lo strumento con cui la parte si può avvalere del potere di impugnare la sentenza → la forma del mezzo (domanda di impugnazione) è la stessa che aveva la domanda giudiziale → se la domanda giudiziale è stata proposta nelle forme dell'atto di citazione, anche il mezzo deve essere proposta nelle forme dell'atto di citazione. Ci sono eccezioni alla regola della conservazione della forma, come il ricorso per cassazione (indipendentemente dalla forma della domanda giudiziale, questo mezzo impugnatorio si esegue nelle forme del ricorso).

- **Il processo di impugnazione:** la fase dell'unico processo ordinario di cognizione che ha iniziato ad essere pendente con la proposizione della domanda giudiziale nel suo 2° o 3° grado di giudizio

Il potere di impugnazione della sentenza gode di una copertura costituzionale? La costituzione che al 24 co. 1 riconosce e tutela il diritto di azione e che al 24 co. 2 riconosce e tutela il diritto di difesa, non riconosce un generale ed incondizionato diritto costituzionale ad impugnare la sentenza. L'unica eccezione, come sappiamo, è costituita dal ricorso per Cassazione, in quanto il 111 co. 7 cost. espressamente prevede che contro le sentenze è sempre ammesso il ricorso per cassazione in caso di violazione della legge.

Ricordiamo che l'interpretazione della corte di Cassazione sul significato di sentenza in senso sostanziale come equivalente anzitutto ai fini dell'impugnazione al concetto di sentenza in senso formale è sorta proprio dall'interpretazione dell'art. 111 co. 7 cost. → interpretando il vocabolo "sentenze" nel co. 7, la corte di Cassazione ha riconosciuto che le sentenze ai fini del ricorso per Cassazione (e quindi più in generale per qualunque tipo di impugnazione) sono i provvedimenti che hanno il contenuto sostanziale di sentenza, e non solo quelli che hanno il contenuto formale della sentenza.

Cosa significa l'assenza di una copertura costituzionale generalizzata del potere di impugnazione? Significa che il L. costituzionale non ha creduto nell'utilità dell'impugnazione? Significa che il L. costituzionale, pur avendo richiesto nel 111 l'obbligo di motivazione delle sentenze, non fosse necessario al di là del ricorso per Cassazione, e quindi al di là degli errori di violazione della legge, un sistema di correzione ed emendazione degli errori delle sentenze? NO. L'assenza del potere costituzionale di impugnazione si spiega con la consapevolezza da parte del L. costituente che il meccanismo di correzione degli errori della sentenza deve essere lasciato alla valutazione e all'apprezzamento del L. ordinario che, a seconda delle condizioni storico sociali e del concreto assetto dell'ordinamento giudiziario, deve poter facilmente e rapidamente modificare la disciplina del potere di impugnare la sentenza. La finalità voluta dal L. costituente è **garantire maggiore elasticità nella disciplina dei mezzi di impugnazione** da parte del L. ordinario, **al fine di adeguarla al concreto assetto dell'ordinamento giuridico, processuale e giudiziario**. L'unico limite è l'insopprimibilità del ricorso per Cassazione che costituisce una garanzia fondamentale di giustizia della sentenza.

## I MEZZI DI IMPUGNAZIONE DELLA SENTENZA:

### Quali sono i mezzi di impugnazione della sentenza?

Abbiamo un elenco tassativo dei mezzi di impugnazione all'art. 323 cpc, ossia la norma con cui si apre il Titolo III del libro 2 del cpc. L'impugnazione altro non è che uno sviluppo in un grado successivo e superiore dello stesso processo ordinario di cognizione che si è svolto in primo grado.

5 tipi di mezzi di impugnazione:

- I. **Appello**
- II. **Ricorso per Cassazione**
- III. **Regolamento di competenza**
- IV. **Revocazione**
- V. **Opposizione di terzo** ← talvolta questo strumento presenta elementi che lo distinguono dagli altri mezzi di impugnazione a tal punto che fanno dire a molti che non si tratta propriamente di un mezzo di impugnazione sebbene sia stato così indicato dal L. La principale differenza è data dal fatto che si tratta di uno strumento con cui contestare gli errori di una sentenza che però è stata resa inter alios, cioè tra parti diverse da colui che propone l'impugnazione. L'autore dell'opposizione di terzo è un terzo, un soggetto che era estraneo al precedente grado di giudizio. In tutti gli altri mezzi di impugnazione, i soggetti che sono autorizzati ad impugnare

devono essere stati necessariamente parti del precedente grado di giudizio (eccezioni come la successione nel diritto controverso). Questo, infatti, più che un mezzo di impugnazione sembra ad alcuni una vera e propria azione autonoma (ci ritorniamo). Ne esistono di due tipi: opposizione di terzo revocatoria ed opposizione di terzo ordinaria (quest'ultimo è un mezzo di impugnazione straordinaria!!! ATTENZIONE!!).

Possiamo fare una distinzione all'interno del catalogo dell'art. 323 cpc:

- **Mezzi di impugnazione ordinari** → appello, ricorso per Cassazione, regolamento di competenza e revocazione ordinaria.
- **Mezzi di impugnazione straordinari** → revocazione straordinaria ed opposizione di terzo (che può essere di due tipi: revocatoria e ordinaria, ma sono entrambi mezzi straordinari).

Per fare questa distinzione dobbiamo ricordare il concetto di giudicato, non guardando alla dimensione del giudicato in senso sostanziale (regolata dal 2909 cc), ma dobbiamo riferirci alla dimensione formale o processuale del giudicato, regolata dal 324 cpc.

Il 2909 ci dice che l'accertamento del diritto contenuto della sentenza fa stato tra le parti, i loro eredi ed avanti causa, dicendoci con ciò che l'accertamento contenuto nella sentenza, allorché diventa incontrovertibile, è la regola che vincola le parti.

Il 324 cpc invece ci fa capire meglio la dimensione formale del giudicato → l'articolo 324 stabilisce che la sentenza si considera passata in giudicato con la conseguenza aggiungiamo noi che fa stato ai sensi dell'articolo 2909 del codice civile quando non è più soggetta ad alcuni mezzi di impugnazione che sono: l'appello, il ricorso per Cassazione, il regolamento di competenza e la revocazione in alcuni casi. questa definizione e al contempo prescrizione dell'articolo 324 ci introduce alla distinzione tra impugnazioni ordinarie e straordinarie, perché si è soliti qualificare come impugnazioni ordinarie quelle impugnazioni che ai sensi dell'articolo 324 determinano il passaggio in giudicato della sentenza se non sono proposte. L'articolo 324 lo ripeto dice che la sentenza passa in giudicato quando non è più assoggettabile ad appello ricorso per Cassazione regolamento di competenza e revocazione in alcuni casi. Però non ha senso ricollegare l'effetto del giudicato formale al mancato compimento di un atto (cioè la proposizione di un mezzo di impugnazione ordinario), senza che sia fissato un termine decadenziale entro cui esercitare tale potere → il concetto di giudicato formale e quindi di impugnazione ordinaria si può comprendere a pieno solo se lo leggiamo insieme alle 3 norme successive al 324, cioè il 325, 326 e 327 ← stabiliscono i termini per proporre l'impugnazione. Sono termini preclusivi, stabiliti a pena di decadenza. Decorso questo termine senza che sia proposta il mezzo di impugnazione ordinario si ha il passaggio in giudicato.

Il L. individua due tipi di termini per proporre l'impugnazione:

- ◆ **Termini brevi** → più di uno a seconda del tipo di mezzo di impugnazione. Questi sono stabiliti all'art. 325 cpc e sono fissati in 30 gg per tutti i mezzi di impugnazione ordinari, ad eccezione del solo ricorso per Cassazione, in cui il termine breve è di 60 gg.
- ◆ **Termine lungo** → uno solo per ogni mezzo di impugnazione ordinario. Questo termine è stabilito dal 327 cpc. È attualmente fissato in 6 mesi.

Come fanno questi a concorrere tra loro? perché è diverso il dies a quo del termine per proporre l'impugnazione → è diverso il momento a partire dal quale si conteggiano i termini. Guardiamo al 326 e al 327: **i termini brevi (30 o 60 gg) decorrono dalla data di notificazione della sentenza.**

Cosa è la notificazione della sentenza? È la comunicazione della sentenza alla controparte. Il L. prevede che decorra un termine breve di 30 o 60 gg allorché la parte interessata sceglie di notificare la sentenza alla controparte. Il più delle volte la parte interessata a notificare la sentenza alla controparte per far decorrere il termine breve sarà la parte vittoriosa nel precedente grado di giudizio poiché vorrà affrettare il momento in cui si verrà a formare il giudicato, che consegue al mancato esperimento del mezzo di impugnazione ordinaria. Notificando la sentenza, la parte vittoriosa costringe la controparte, se ritiene di contestare la sentenza (non è un automatismo), ad agire se vuole evitare il giudicato.

Se la parte interessata sceglie di non notificare la sentenza, il L. prevede una misura residuale, che è data proprio dal termine lungo. Da quando decorre il termine lungo? Il 327 cpc ci dice di fare riferimento alla data di pubblicazione della sentenza, ossia una data che prescinde dall'inerzia delle parti, in quanto consiste nel deposito in cancelleria da parte del giudice (133 cpc). Se anche, quindi, la parte interessata

omette di notificare la sentenza alla controparte per far decorrere il termine breve, la legge prevede comunque un meccanismo che consente il conseguimento possibile del giudicato → termine lungo per impugnare decorrente da un accadimento che prescinde dalle parti.

Quando la sentenza passa in giudicato? Dipende da due elementi:

- a. **Se si applica il termine breve, in quanto la sentenza è stata notificata → la sentenza passa in giudicato se entro 30 o 60 gg non è stata proposta impugnazione.** Es. se entro 30 gg non è stato proposto l'appello avverso la sentenza di 1° grado o se entro 60 gg non è stato proposto il ricorso avverso la sentenza di appello.
- b. **Se si applica il termine lungo, in quanto la sentenza non è stata notificata → la sentenza passa in giudicato se il mezzo di impugnazione esperibile non è stato proposto entro 6 mesi dalla pubblicazione della sentenza.** Il deposito in cancelleria rende la stessa conoscibile dalle parti → perciò la legge presume che le parti conoscano la sentenza e siano in grado di impugnare.

Se l'appello, il ricorso per Cassazione, il regolamento di competenza e la revocazione ordinaria sono mezzi di impugnazione ordinaria, gli altri mezzi (ossia revocazione straordinaria ed opposizione di terzo) si dicono **mezzi di impugnazione straordinari**.

Cosa vorrà dire che revocazione straordinaria ed opposizione di terzo sono mezzi di impugnazione straordinaria? A contrario ex art 324 → possono essere esperiti anche nei confronti di sentenze che sono già passate in giudicato.

Anche i mezzi di impugnazione straordinari sono soggetti a termini decadenziali:

- Termine breve di 30 gg per revocazione straordinaria ed opposizione di terzo revocatoria. Da quando decorre questo termine? Decorre dal momento in cui è conosciuto o era perlomeno conoscibile l'errore della sentenza.
- L'opposizione di terzo ordinaria (che è un mezzo straordinario) è invece proponibile ad limitum, in qualunque momento.

Perché c'è questa differenza? Perché il dies a quo a partire dal quale l'impugnazione straordinaria è esperibile non è lo stesso di quella ordinaria?

Questo ci permette di capire il **vero fondamento della distinzione tra i due tipi**.

Il dies a quo del termine per impugnare in via ordinaria la sentenza entro il termine breve è la notificazione della sentenza perché **i mezzi di impugnazione ordinari sono stati pensati dal L. per censurare vizi o errori palesi della sentenza** → errori che la parte può percepire semplicemente leggendo ed esaminando la sentenza. Il vizio palese è quello percepibile senza nessun'altra fonte che sia il processo e la sentenza del processo.

**I mezzi di impugnazione straordinaria sono invece pensati per denunciare vizi occulti della sentenza, cioè errori della sentenza che non è possibile percepire tenendo conto solo del contenuto della sentenza e del processo che l'ha preceduta.** Si tratta di vizi la cui esistenza è percepibile solo sulla scorta di altre fonti di conoscenza estranee al processo.

Es. uno dei motivi per cui si può proporre la revocazione straordinaria è la collusione delle parti: casi in cui una parte si è messa d'accordo col difensore della controparte per indirizzare il processo a favore dell'una o dell'altra parte (es. il difensore non solleva un'eccezione) ← questo rende ingiusta la sentenza. Questo vizio, che è il dolo delle parti, è un vizio palese che emerge dalla sentenza? Evidentemente no. Anzi, in questo specifico caso è un vizio di cui il giudice nemmeno è consapevole, perché le parti lo fanno alle spalle anche e soprattutto del giudice. Nel momento in cui però la parte il cui difensore colluso ha prodotto questo tipo di vizio scopre l'esistenza del vizio, egli avrà tutto l'interesse a impugnare la sentenza. Il problema è che poiché il vizio è occulto non si sa e cioè non si può prevedere ex ante quando sarà scoperto → **ecco la ratio**. Il dies a quo del termine per l'impugnazione non è un evento che prescinde dalla conoscibilità del vizio (contrario delle impugnazioni ordinarie), ma coincide col momento in cui la parte ha conosciuto o poteva conoscere l'esistenza del vizio → se 10 anni dopo la sentenza la parte il cui difensore è stato colluso scopre il dolo, ha da quel momento 30 gg per proporre la revocazione straordinaria.

**La radice della distinzione è legata al tipo di vizio!**

La sentenza passa in giudicato se non è esperito un mezzo di impugnazione ordinario in quanto quel mezzo serve per censurare vizi palesi della sentenza.

Ci sono poi altre due importanti distinzioni tra i mezzi di impugnazione e che si sovrappongono alla distinzione fondamentale fatta sopra.

La prima distinzione è quella tra:

- **Mezzi di impugnazione a critica libera** → mezzi di impugnazione che lasciano massima libertà alla parte impugnante di censurare i vizi in procedendo ed i vizi in iudicando. Il principale mezzo di impugnazione a critica libera è l'appello.
- **Mezzi di impugnazione a critica vincolata** → mezzi di impugnazione in cui è la legge a predeterminare il catalogo degli errori che possono essere censurati. Eventuali vizi presenti ma non appartenenti al catalogo non sono censurabili. I principali mezzi di impugnazione sono il ricorso per cassazione (360) e la revocazione (395). Questi due articoli elencano tassativamente i casi in cui questi possono essere utilizzati.

Per regolamento di competenza ed opposizione di terzo possiamo dire che il primo è più simile ad un mezzo a critica vincolata, in quanto il possibile oggetto di cognizione dell'impugnazione è il vizio di competenza. L'opposizione è più vicina ai mezzi a critica libera, in quanto si ha ogni qualvolta il terzo lamenti di aver subito un pregiudizio dalla sentenza resa inter alios.

Tuttavia, la loro classificazione è stata talvolta un po' contestato. Ne parleremo.

La ratio è che il L. nel momento in cui predetermina i motivi di impugnazione vuole ottenere l'esercizio di quel mezzo impugnatorio. Attraverso la disciplina dei motivi di impugnazione dei mezzi a critica vincolata, il L. ordinario può andare ad incidere proprio sulla stessa possibilità di esercitare il mezzo impugnatorio → è evidente che il L. potrebbe ottenere un risultato identico a quello dell'abrogazione di un mezzo impugnatorio se fissasse motivi di impugnazione tassativi estremamente rarefatti → equivarrebbe ad un'abrogazione sostanziale del mezzo di impugnazione. Il L. deve bilanciare l'esigenza di certezza dell'ordinamento e l'esigenza di assicurare alla parte il potere di contestare la sentenza. I mezzi di impugnazione a critica libera danno maggior peso al potere di impugnazione a discapito della certezza del diritto → si aumentano le possibilità di impugnare e di rimandare la formazione del giudicato.

Altra distinzione è tra:

- **Mezzi di impugnazione a carattere devolutivo-sostitutivo** → appello. In questi casi, il giudice dell'impugnazione ha il potere sia di accertare il vizio sia di ridecidere quella parte della controversia che è stata annullata, cioè di ripronunciarsi sulla domanda o istanza di tutela la cui decisione è stata annullata. Si permette alla parte impugnante di devolvere e cioè di riproporre la domanda già decisa dal giudice precedente, al fine di vederla nuovamente decisa dal giudice dell'impugnazione. La nuova decisione è, però, condizionata all'accertamento del vizio. Si può ridecidere a patto che sia accertato l'errore. Fondamentale è il CARATTERE SOSTITUTIVO DELLA SENTENZA DI APPELLO: in quanto il giudice d'appello ridecide la stessa domanda o istanza decisa in 1° grado, la sua pronuncia (sentenza d'appello) sostituirà la sentenza precedente, a prescindere dal suo contenuto. la sentenza del giudice d'appello ha carattere sostitutivo.
- **Mezzi di impugnazione a carattere rescindente** → mezzi di impugnazione che operano attraverso due fasi processuali:
  1. La prima fase del processo impugnatorio (fase rescindente) è finalizzata esclusivamente all'accertamento del vizio denunciato
  2. La seconda fase del processo impugnatorio (fase rescissoria) e che si svolge davanti ad un giudice diverso da quello della 1° fase si ha in tutti i casi in cui all'annullamento della sentenza impugnata, raggiunto nella fase rescindente, sopravviene l'esigenza di ridecidere la domanda o in generale l'istanza di tutela la cui decisione è stata annullata. Nella fase rescissoria si ridecide la domanda o l'istanza di tutela la cui decisione è stata annullata nella fase rescindente. Non sempre questo accade, perché a volte l'impugnazione raggiunge il risultato voluto con la sua fase rescindente.

Questi mezzi sono ricorso per cassazione e revocazione. Nel primo, il carattere rescindente è legato al fatto che la corte di Cassazione è giudice di mera legittimità: può solo accertare la violazione della legge, ma non può entrare nel merito della domanda o dell'istanza la cui decisione è stata annullata. Dovrà essere il giudice del rinvio (giudice di merito) ad occuparsene.



L'annullamento è l'esito della impugnazione rescindente, la riforma è l'esito della impugnazione devolutiva-sostitutiva controlla.

## LE CONDIZIONI DELL'IMPUGNAZIONE:

Caratteri che sono comuni a tutti i mezzi di impugnazione, indipendentemente da tipo e categoria di appartenenza. Dobbiamo comunque tenere ben presenti le tre distinzioni viste: *mezzi ordinari* [esperibili nei confronti di sentenze non ancora passate in giudicato – mezzi di impugnazione il cui mancato esperimento comporta il passaggio in giudicato della sentenza, perché sono stati voluti dall'ordinamento per contestare vizi palesi della sentenza] e *mezzi straordinari* [esperibili nei confronti di sentenza passate in giudicato, il cui mancato esperimento è indifferente rispetto al passaggio in giudicato della sentenza, perché sono stati voluti per contestare vizi occulti che l'ordinamento vuole censurare] + *mezzi a critica libera* [consentono alla parte impugnante di individuare tutti i possibili errori presenti nella sentenza] e *mezzi a critica vincolata* [consentono alla parte impugnante di individuare gli errori previsti tassativamente dalla legge] + *mezzi di impugnazione a carattere devolutivo-sostitutivo* [consentono al giudice dell'impugnazione non solo di accertare l'esistenza del vizio denunciato, ma contestualmente di ridecidere la parte della decisione e cioè del merito che è stata annullata] e *mezzi di impugnazione a carattere rescindente* [consentono al giudice di esaminare soltanto l'esistenza del vizio censurato e l'effetto è l'annullamento della sentenza se il vizio è accertato].

Sulla base di queste tra differenze, studiamo i caratteri generali delle impugnazioni, cominciando da quelli essenziali, ossia le condizioni dell'impugnazione.

Anche rispetto al potere di impugnare la sentenza, così come rispetto all'azione, si individua una duplice condizione, un duplice requisito fondamentale:

1. **Legittimazione ad impugnare** → si è legittimati ad impugnare quando si è stati parte del precedente grado di giudizio. Il potere di contestare la sentenza è qualcosa che può riguardare solo chi ha preso parte al procedimento che ha portato alla pronuncia della sentenza che si vuole contestare. Sappiamo già che qualcosa si può derogare → abbiamo già accennato che ex art 323 è possibile anche l'opposizione di terzi. Alcuni non ritengono che questo sia un mezzo di impugnazione e la principale resistenza è proprio il fatto che chi si oppone non è stato parte del precedente giudizio.

Sono da fare alcune precisazioni al concetto di legittimazione ad impugnare.

In che senso "parte processuale"? noi sappiamo che il concetto di parte assume una duplice valenza: anzitutto, la parte è quella che può agire e compiere gli atti del processo. Ma sappiamo anche che la parte è anche un concetto che all'interno del processo significa titolare del diritto leso fatto valere → in dottrina, distinguono tra parte in senso processuale e parte in senso sostanziale ← di norma l'attore non è solo chi propone la domanda giudiziale, ma anche chi è titolare del diritto che con quella domanda fa valere. Es. io sono creditore (parte in senso sostanziale) ed attore (parte in senso processuale). Ci sono però situazioni in cui i due concetti fanno riferimento a due persone diverse. Es. **successione nel diritto controverso ex art. 111 cpc**. Colui che cede il diritto controverso nella pendenza della lite muta la sua condizione soggettiva nel corso del processo: all'inizio era al contempo parte processuale e sostanziale, era attore e proprietario del bene di cui rivendicava la titolarità. Dopo la cessione del bene ad un terzo, continua a restare parte in senso processuale e quindi attore, ma cessa di essere titolare del diritto e quindi parte in senso sostanziale. L'art. 111 consente che, a fronte di questa situazione, si possa arrivare alla sentenza senza che il titolare del diritto si sia costituito in quel giudizio → consente che quest'ultimo intervenga volontariamente nel processo o che sia chiamato in causa dalle parti, ma non è obbligato ad intervenire volontariamente né le parti sono obbligate a chiamarlo in causa. Può restarne fuori. Cosa accade se viene pronunciata la sentenza? Accade che chi è stato parte del precedente grado di giudizio può impugnarla → il cedente in questo caso, il dante causa, essendo rimasto attore, avrà anche legittimazione ad impugnare la sentenza. Ed il titolare del diritto che non si è costituito in giudizio? Può impugnare? Il 111 co. 3 ci dice che in ogni caso il cessionario può impugnare la sentenza, in quanto titolare del diritto fatto valere è colui su cui si producono le

conseguenze e cioè gli effetti della sentenza. Al cedente non importa di quegli effetti. La ragione della legittimazione ad impugnare anche del cessionario sta nel fatto che il cessionario è destinatario degli effetti della sentenza, cioè del contenuto sostanziale di essa. Il concetto di parte del precedente grado di giudizio che fonda la legittimazione ad impugnare non è solo quello di parte in senso processuale, ma è soprattutto quello di parte sostanziale.

Questo interrogativo ha importante significato anche in relazione al **sostituito processuale ex art 81**. Se pensiamo ad esempio all'azione surrogatoria, ci riferiamo ad un soggetto (creditore surrogante) che fa valere nel proprio interesse un diritto altrui. Il creditore surrogante è chiaramente parte in senso processuale, ma non in senso sostanziale. La domanda che sorge è: se ha senso pensare alla legittimazione ad impugnare del sostituto processuale (creditore surrogante), dobbiamo chiederci se ha altrettanto senso pensare ad una legittimazione ad impugnare del debitore surrogato o in generale del sostituto processuale, cioè della parte in senso sostanziale. La soluzione è data proprio dall'art. 83: il litis consorte necessario è il surrogato ed è quindi anche parte processuale. Dato che la ratio di fare riferimento alla "parte presente nel precedente grado di giudizio" è quella di colui che ha subito gli effetti della sentenza (seppure non abbia partecipato al processo) sul rapporto di cui è titolare, anche il sostituto processuale potrà impugnare la sentenza. La Cassazione in varie occasioni ha consentito che l'azione surrogatoria venisse esercitata mediante impugnazione della sentenza → il presupposto per agire in via di surroga, l'inerzia colpevole del debitore, si può rintracciare anche nella omessa proposizione dell'impugnazione avverso una sentenza che erroneamente nega il diritto di credito del debitore surrogato verso un terzo. Può anche darsi che l'inerzia si verifichi in un secondo momento: inizialmente il creditore ha agito in giudizio verso il proprio debitore e al termine del processo la sentenza nega il diritto di credito; il creditore surrogante, se ritiene che il diniego del diritto di credito, cioè il rigetto della domanda proposta dal suo debitore sia sbagliato per errore del giudice, può, in via di surroga, esercitare il diritto di azione mediante 'esplicazione della sua facoltà che è l'impugnazione. La Cassazione dice che può anche far valere la facoltà data dal potere di impugnare, ovviamente a patto che questa riguardi una sentenza sbagliata ← sia il sostituto che il sostituto processuale possono impugnare. Terza ipotesi su cui riflettere è quella del **litisconsorte necessario pretermesso (art. 102 cpc)**. In quanto pretermesso non è parte in senso processuale, ma in quanto contitolare del diritto fatto valere da uno o più degli altri contitolari è parte in senso sostanziale. Non c'è un fenomeno di sostituzione processuale, non può esserci, perché la titolarità del diritto è diffusa tra due o più soggetti. La mancanza di uno o più dei contitolari impedisce la sentenza possa produrre i suoi effetti → è un vizio processuale che ne comporta la nullità. Il litisconsorte necessario pretermesso potrà essere legittimato ad impugnare? Sì. In quanto, per effetto di un'attività illegittima come la pretermissione, è parte in senso sostanziale. È contitolare del diritto fatto valere → soggetti che non sono parti in senso completo, ma sono solo parti in senso sostanziale → li possiamo considerare comunque legittimati ad impugnare.

Per il caso della mancanza di un litisconsorte necessario, la giurisprudenza dice che può esercitare solo l'opposizione di terzo ← opinione aversata sia in dottrina sia da una parte della stessa giurisprudenza.

L'ultimo caso su cui soffermarsi è quello dell'**interventore adesivo (art. 105 co. 2 cpc)** → il terzo interviene senza far valere un proprio diritto → situazione diametralmente opposta alle prime tre: il soggetto si è costituito ed è quindi arte in senso formale, ma non è chiaramente parte in senso sostanziale (es. sub conduttore non è titolare del rapporto che intercorre tra locatore e conduttore + non fa valere il proprio rapporto giuridico di sub conduzione). La giurisprudenza esclude che l'interventore indipendente possa impugnare la sentenza. Qualcuno ha sollevato opposizioni: per legge anche l'interventore adesivo subisce gli effetti della sentenza. Questi effetti si producono in modo molto diverso rispetto ai modi in cui si producono gli effetti nei primi casi visti. Nei primi casi, infatti, gli effetti si producono direttamente verso le parti sostanziali del processo. Qui l'interventore adesivo non vede direttamente inciso il proprio rapporto giuridico. La sentenza non si pronuncia sul rapporto di sub conduzione.

2. **Interesse ad impugnare** → l'interesse ad impugnare viene a coincidere con quella nozione che tante volte anche parlando del processo di primo grado abbiamo evocato, cioè la soccombenza.



Non solo chi è stato parte nel precedente grado di giudizio può impugnare, ma solo chi è stato parte del precedente grado di giudizio e necessariamente ne è risultato soccombente.

Naturalmente tutti riusciamo un po' intuitivamente a capire cosa vuol dire soccombenza → vuol dire che la sentenza ci ha dato torto. Il punto è che da un lato dobbiamo cercare di raffinare un po' meglio il concetto di avere torto, dall'altro che non si ha sempre torto allo stesso modo. Anzitutto noi possiamo dare una definizione formale di soccombenza.

- Soccombenza formale → concetto statico. Dal pov formale si può dire che una parte è stata soccombente se confrontando la sentenza e la sua domanda risulta che la sentenza vi riconosce una tutela minore di quella che aveva richiesto. Es. chiedo una condanna per un risarcimento del danno di 100k ed il giudice o la rifiuta o la accetta per 20k → nel primo caso sono totalmente soccombente, nel secondo caso sono solo parzialmente soccombente. Ma basta questo per essere interessati ad impugnare? No, perché l'impugnazione resta sempre e solo uno strumento per contestare un errore della sentenza → non basta che la sentenza mi abbia dato torto, ma è anche necessario poter censurare un errore. È una dimensione più passiva: subisco quanto deciso dal giudice.
- Soccombenza sostanziale → concetto dinamico → la parte è realmente soccombente, cioè interessata ad impugnare, se è anche in grado, mediante la censura di un errore, di chiedere al giudice dell'impugnazione una tutela maggiore rispetto a quella concessa con il provvedimento impugnato. Non sono soccombente perché il giudice mi ha riconosciuto condanna a 80k invece che a 100k, ma se sono in grado di mostrare l'errore che ha condotto il giudice a riconoscermi una tutela inferiore. Questo errore mostra che io posso chiedere di più di quello che mi è stato concesso. Dobbiamo capire quale è il motivo per cui il giudice di 1° grado mi ha riconosciuto solo 80k invece di 100k. Se la motivazione del riconoscimento di 80k è ad esempio quella secondo cui la differenza non mi è stata riconosciuta in quanto richiesta a titolo di interessi legali non espressamente pattuito nel contratto di mutuo, è evidente che io sono soccombente anche in senso sostanziale → posso dire che il motivo è sbagliato, in quanto la legge presume l'onerosità del mutuo (art. 1815 cc). È una dimensione più attiva: quello che posso ottenere dal giudice dell'impugnazione è più di quanto ho già ottenuto? Se sì, sono davvero soccombente
- Soccombenza virtuale → non ha grandissima rilevanza pratica, ma è fondamentale per capire molti meccanismi dell'impugnazione. La contrapposizione è tra i primi due concetti insieme (a formare l'interesse ad impugnare) da un lato e soccombenza virtuale dall'altro. Cosa vuol dire soccombenza virtuale? Espressione usata per riferirsi a quella particolare situazione in cui si ha una soccombenza effettiva (formale + sostanziale) su una sentenza non definitiva. L'esame della soccombenza fatto finora ha avuto come riferimento la sentenza definitiva. Quella che chiude nel merito il processo. Oltre che alla sentenza definitiva c'è, talvolta, la sentenza non definitiva. La sentenza non definitiva è quella che si pronuncia su una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito nel senso di ritenere quella questione infondata → questo tipo di sentenza ha ad oggetto una questione che è in astratto idonea a definire la causa. Infatti, l'art. 187 cpc consente di rimettere la causa in decisione soltanto su una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, ma poi il giudice si accorge di aver commesso un errore di prognosi. In concreto, dopo che la causa è stata rimessa in decisione, il giudice si accorge di aver commesso un errore di prognosi. Se la questione gli sembrava infondata, adesso gli sembra infondata. Il giudice deve decidere, dato che ha rimesso la causa in decisione, ma non può definire la causa perché deve tornare ad esaminare il merito → lo strumento che la legge gli consente è la sentenza non definitiva. Essendo, però, una sentenza, genera comunque una soccombenza.

È soccombente in senso formale? Assolutamente sì, perché ha ottenuto una tutela minore di quella richiesta. È soccombente in senso sostanziale? Assolutamente sì. Se è in grado di dimostrare la sua posizione, potrà dimostrare un vizio → la legge ammette l'impugnazione anche immediata.

Il problema è che quella soccombenza che nella prospettiva della sentenza non definitiva è reale, nella prospettiva dell'intero processo che deve ancora prendere in considerazione il merito, è assolutamente provvisoria e virtuale. Perché per sapere se quella soccombenza sulla sentenza non definitiva è effettivamente effettiva, cioè se è davvero effettiva, bisogna aspettare cosa dice il giudice sul merito. Es. sentenza non definitiva mi rigetta l'eccezione di competenza. Sono soccombente davvero, ma poi il merito mi dà ragione condannando l'attore a pagarmi milioni di euro. La soccombenza sulla non definitiva, cioè sulla questione erroneamente ritenuta infondata sulla competenza, genera una soccombenza effettiva? Mi permette di avere più di quello che ho ottenuto? Naturalmente no. la sentenza definitiva di 1° grado sul merito mi tutela maggiormente. Il fatto che la tutela sia maggiore è dovuto soprattutto agli effetti sul giudicato → ottengo il riconoscimento di un diritto che posso opporre verso l'altra parte per sempre dopo il giudicato. Fintanto che non c'è la sentenza definitiva, la soccombenza sulla non definitiva resta virtuale. Non è definitiva. Pensiamo all'ipotesi opposta: nella sentenza definitiva ho torto e perdo sia sulla definitiva che sulla non definitiva → ho interesse a far valere la soccombenza anche nella non definitiva. Cerco di far ribaltare l'esito in entrambe → a quel punto posso ottenere davvero più di quello che mi è stato concesso.

Questi sono i requisiti di una delle forme di manifestazione dell'azione e NON dell'azione stessa.

### Come si esercita il potere di impugnazione?

L'atto di impugnazione rappresenta un atto processuale molto simile a quello con cui si propone la domanda giudiziale. Mentre con la domanda giudiziale si chiede la tutela giurisdizionale di un diritto, con la domanda di impugnazione si chiede la riforma della sentenza.

I modi in cui si può proporre l'atto di impugnazione sono due, cosa che non abbiamo per la domanda giudiziale. L'impugnazione si può proporre:

- **In via principale** → significa **proporre l'impugnazione in via esclusiva** (è l'unica impugnazione proposta avverso la sentenza) o **proporre l'impugnazione per primi** (in caso di più impugnazioni). In entrambe le ipotesi si parla di impugnazione in via principale. **L'impugnazione in via principale è quella che determina l'avvio del processo impugnatorio, che apre il grado impugnatorio del giudizio pendente.** Per quale ragione l'impugnazione in via principale può essere di questi due tipi? Perché **la soccombenza effettiva su sentenza definitiva può essere almeno di due tipi.** Talvolta è una **soccombenza totale ed unilaterale**, altre volte è una **soccombenza parziale e reciproca**. Nel primo caso ha torto solo una parte, nel secondo hanno parzialmente torto entrambe le parti. Il primo caso si ha quando il giudice rigetta integralmente la domanda di una delle parti e contestualmente accoglie integralmente le istanze della controparte. Nel secondo caso, invece, il giudice accoglie solo parzialmente la domanda di una delle parti, il che lascia soccombenti entrambe le parti per una parte della loro richiesta di tutela. Anche questa categoria della soccombenza parziale e reciproca si verifica molto spesso. O soccombenza totale unilaterale se il creditore chiede la condanna ad una somma di denaro ed il giudice rigetta integralmente la domanda. Soccombenza parziale e reciproca se la domanda del creditore è accolta solo parzialmente, solo per alcune delle prestazioni richieste in accoglimento di alcune delle difese del convenuto. Ormai è un principio consolidato quello secondo cui, in assenza di una diversa previsione di legge, la forma della domanda di impugnazione è la stessa della domanda giudiziale con cui si era aperto il processo di primo grado. Es. se la domanda giudiziale aveva la forma dell'atto di citazione, anche la domanda di appello avrà la forma dell'atto di citazione in appello → si applicano le stesse regole con adattamenti: l'atto di citazione in appello è un'impugnazione e quindi contiene elementi ulteriori rispetto a quelli presenti nella domanda giudiziale. L'unica eccezione è il ricorso per cassazione → indipendentemente dalla forma della domanda giudiziale, ha la forma del ricorso.

- **In via incidentale** → si propone successivamente all'impugnazione principale da un pov temporale. Il cpc prescrive però che **questa impugnazione non è un'impugnazione autonoma e può essere proposta solo nell'ambito dello stesso processo in cui è stata proposta l'impugnazione principale.**

Con l'impugnazione incidentale, quindi, si potrà far valere sia una soccombenza parziale e reciproca, sia una soccombenza virtuale, laddove questa, alla luce della sentenza definitiva si sia rivelata davvero effettiva, cioè laddove la parte soccombente sulla non definitiva è risultata soccombente anche sulla definitiva.

Es. la sentenza definitiva prevede una soccombenza parziale reciproca. È chiaro che entrambe le parti, sia l'attore che il convenuto, sono soccombenti sul piano formale. Ottengono meno di quanto richiesto. Se entrambi sono in grado di censurare la richiesta, saranno anche soccombenti in senso sostanziale. Entrambi possono, quindi, impugnare la stessa sentenza. Il primo che promuove l'impugnazione della sentenza dà origine all'impugnazione principale. L'altra parte potrebbe astrattamente fare due cose: disinteressarsi della scelta della controparte e proporre un'autonoma impugnazione in via principale. La legge però questo lo disincentiva fortemente, prevedendo che questa parte possa far valere le sue ragioni solo in via incidentale, cioè proponendo un'autonoma impugnazione all'interno dello stesso processo già pendente. Se non ci fosse questa disposizione, due giudici diversi potrebbero giungere a due soluzioni diverse e contrastanti ← si vuole evitare la contraddittorietà dei giudicati → onere di far valere in via incidentale la soccombenza parziale reciproca.

Quindi, l'impugnazione incidentale si fa valere nell'atto con cui la parte convenuta nel processo impugnatorio si difende. Così, se l'atto di appello è stato proposto con la forma della citazione, il convenuto in appello si costituisce con una comparsa di costituzione e risposta in appello (167) e così facendo prenderà posizione sulla domanda impugnatoria principale della controparte.

L'impugnazione incidentale consente di far valere anche la soccombenza virtuale. Davanti alla soccombenza virtuale la legge prevede due strumenti a disposizione della parte per far valere questa situazione di soccombenza:

1. **Impugnazione immediata.** È una soccombenza effettiva ancorché provvisoria? Sì, quindi impugnala subito, come davanti ad una sentenza definitiva. Questo non basta perché crea dei problemi → se impugno subito una sentenza non definitiva si apre un altro grado, ma nel frattempo va avanti anche un processo di 1° grado sul merito → rischio che arriviamo prima o poi a due sentenze: una sulla pronuncia non definitiva che dirà se quella era giusta o sbagliata + una che è la sentenza definitiva di primo grado che ci dice se la parte aveva ragione o torto. Queste due non sono indipendenti, ma sono strettamente dipendenti. Es. il giudice che si pronuncia sulla questione di incompetenza oggetto della sentenza non definitiva riformi quella sentenza, dicendo che in realtà il giudice era incompetente. Il giudice in 1° grado, ritenendosi competente, va a decidere nel merito → sentenza nel merito con cui il giudice ribadisce la propria competenza + sentenza impugnatoria sulla non definitiva che la riforma → contraddittorietà tra le due decisioni, una contraddittorietà difficilmente sanabile, visto che le due decisioni sono tra loro dipendenti. C'è uno strumento che pone rimedio a questa situazione, ma comunque l'ordinamento cerca di prevenire questi rischi, ed il meccanismo per prevenire contraddittorietà di giudicati è la riserva di appello
2. **Riserva di appello.** **Possibilità per la parte soccombente sulla non definitiva di dichiarare che impugnerà successivamente la sentenza non definitiva.** "Successivamente" cioè quando sarà pronunciata la sentenza non definitiva. Questo consente di prevenire il rischio di giudicati contrastanti.

Bisogna poi precisare una distinzione per quanto riguarda l'impugnazione incidentale:

- Impugnazione incidentale tempestiva
- Impugnazione incidentale tardiva

Il fatto che sia tempestiva o tardiva dipende dal fatto che il termine per proporre l'impugnazione incidentale è già decorso o meno nel momento in cui spira il termine per impugnare la sentenza.

**Il termine per impugnare la sentenza (articoli 325, 326 e 327) è lo stesso per ciascuna delle parti che sono interessate ad impugnare quella sentenza.**

Ipotizziamo per semplicità il termine breve per proporre l'appello, 30 giorni dalla notificazione della sentenza. 30 giorni vale sia per la parte che ha ricevuto la sentenza notificata (che sarà verosimilmente quella diciamo così un po' più inerte nel capire cosa fare dopo la sentenza), sia per la parte che ha chiesto la notifica, se è anch'essa parzialmente soccombente.

Ipotizziamo che una delle due, ad es. **quella destinataria della notifica si attiva tempestivamente quindi entro 30 giorni** da quando ha ricevuto la notifica della sentenza per proporre l'impugnazione principale. La proposizione dell'appello avviene con un atto di citazione → recherà la data dell'udienza d'appello con la conseguenza che **la controparte è chiamata a costituirsi, in particolare se vuole proporre l'appello incidentale, almeno 20 giorni prima dell'udienza**, esattamente come in 1° grado.

**Se il termine per proporre l'impugnazione incidentale, cioè 20 giorni prima della 1° udienza d'appello, è un termine che cade in un momento in cui sono già scaduti i 30 giorni dalla notifica della sentenza, l'impugnazione incidentale sarà ammissibile ma sarà giudicata tardiva, perché proposta fuori cioè oltre il termine per impugnare la sentenza, che sarebbe 30 giorni dalla notificazione.**

**Se invece, al contrario, il termine per proporre l'impugnazione incidentale** (cioè i 20 giorni prima dell'udienza per quel che riguarda ovviamente l'appello) **cade in un momento in cui il termine per impugnare - nel nostro esempio 30 giorni dalla notifica - non è ancora decorso allora l'impugnazione incidentale non è fuori termine.** È in termine e quindi tempestiva.

Chiaramente l'impugnazione incidentale tempestiva si verifica normalmente quando non c'è la notificazione della sentenza e quindi quando decorre il termine lungo per impugnare (sei mesi dalla pubblicazione).

La ragione pratica non emerge dalla legge, che pure conosce la differenza tra impugnazione incidentale tardiva e tempestiva negli articoli 333 e 334 che vedremo, ma dalla giurisprudenza → **l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile non solo se proposta nel termine per essa previsto dalla legge (cioè nel caso dell'appello 20 giorni prima dell'udienza) ma anche necessariamente se non è inammissibile l'impugnazione principale.** Viceversa, **questo secondo requisito - la ammissibilità dell'impugnazione principale - non c'è se l'impugnazione incidentale è tempestiva.**

Quindi, **se l'impugnazione incidentale è tempestiva, basta rispettare il termine previsto dalla legge per la proposizione dell'impugnazione incidentale riferendosi all'appello 20 giorni prima dell'udienza. Se invece l'impugnazione incidentale è tardiva, serve un requisito in più che prescinde da quello che fa la parte impugnante in via incidentale.**

La piena legittimità dell'impugnazione principale è ciò che consente di ritenere ammissibile un'impugnazione (quella incidentale tardiva) che altrimenti sarebbe soltanto un'impugnazione proposta fuori termine e quindi inammissibile. La sua intrinseca inammissibilità teorica non ha rilevanza perché la legge la fa tenere a galla dal fatto di andare a traino di un processo impugnatorio pienamente ammissibile → lo è solo se è ammissibile la domanda con cui è stato introdotto, cioè l'impugnazione principale. Pertanto, se l'impugnazione principale è inammissibile, ad es. perché la parte appellante non ha esplicitato motivi specifici, questo fatto oggettivo rende inammissibile anche l'incidentale tardiva; se invece l'incidentale è tempestiva, l'inammissibilità della principale è irrilevante e il processo impugnatorio proseguirà solo sull'impugnazione incidentale.

## RISERVA DI APPELLO:

### 340 cpc

Di fronte a una sentenza non definitiva, e quindi alla soccombenza virtuale, l'ordinamento prevede un meccanismo alternativo all'impugnazione immediata per impugnare la sentenza non definitiva ◊ ci occupiamo per ora di una soltanto delle due possibilità a disposizione della parte soccombente sulla non definitiva:

1. Impugnazione immediata → la vedremo dopo
2. Riserva di appello

## RISERVA D'APPELLO:

→ **si può far valere solo se la sentenza non definitiva è appellabile. Se la sentenza non definitiva non è appellabile, la riserva non si può fare.** Se fosse una sentenza non definitiva pronunciata in grado di appello, non posso fare la sentenza di appello, perché le sentenze di appello non sono appellabili ovviamente.

**Art. 340 cpc** → appartiene alla sezione del titolo III del II libro del codice dedicata alle regole sull'appello e che inizia con l'art. 339 cpc. Gli articoli da 339 a 359 sono dedicati all'appello.

È una dichiarazione, un atto processuale con cui la parte soccombente sulla non definitiva manifesta la volontà di riservarsi la proposizione dell'appello, cioè di rinviare l'esercizio del potere impugnatorio. Il cpc vuole che questa dichiarazione sia resa in giudizio entro il termine per proporre l'appello. Se decorre il termine breve, va presentata la dichiarazione entro 30 gg dalla notificazione.

Deve motivare la ragione per cui si riserva l'appello? No. A patto che sussista il presupposto necessario, la parte soccombente può fare la riserva.

Fino a quando dura la riserva? Ha una durata: l'evento che determina o scioglimento è indipendente dalla parte che ha fatto la riserva. Dipende da un fattore esterno, costituito da due fatti che devono entrambi verificarsi:

1. Viene pronunciata un'altra sentenza nell'ambito dello stesso processo. il 340 parla di "altra sentenza" e quindi in teoria potrebbe essere un'altra sentenza non definitiva, ma nella prassi non accade. L'altra sentenza sarà solo quella definitiva
2. Proposizione dell'appello avverso la sentenza definitiva. Ciò che scioglie la riserva di appello è l'appello avverso la sentenza definitiva. A quel punto, cioè quando la parte che ha fatto la riserva si vede notificato l'atto di citazione in appello della controparte soccombente sulla definitiva, sa che la sua riserva si è sciolta → onere di proporre appello avverso la non definitiva → come lo fa? La legge prescrive che anche in questo caso l'appello sia proposto in via incidentale, cioè all'interno dello stesso processo che ha ad oggetto l'appello sulla definitiva. La ragione è che, seppure l'oggetto dei due appelli sia diverso, sono due pronunce strettamente dipendenti.

Si può però dare un'altra possibilità → la sentenza si auto scioglie. Può anche darsi che la parte soccombente sulla non definitiva sia soccombente anche sulla definitiva → la stessa parte che ha fatto prima la riserva che risolvendosi ad impugnare la definitiva determina lo scioglimento della propria riserva. La parte impugna nell'unico atto di appello principale sia la definitiva che la non definitiva. Prima motiverà le ragioni di riforma della non definitiva e poi formulerà i motivi per riformare la definitiva che ha ad oggetto il merito.

La disciplina della riserva di appello va completata con una norma delle disposizioni di attuazione: art. 129 cpc. Il 129 è importante soprattutto per quello che ci induce a dedurre.

Il 129 delle disposizioni di attuazione fa riferimento all'eventualità in cui dopo la riserva di appello sulla non definitiva non interviene un'altra sentenza, ma un provvedimento che estingue il processo. non c'è una decisione sul merito, ma una pronuncia con cui il giudice prende atto che sono venuti meno definitivamente i presupposti per il processo.

I motivi che determinano l'estinzione del processo sono:

- Rinuncia agli atti del processo: 306 cpc. L'attore dichiara di rinunciare agli atti del giudizio. Questa dichiarazione, se viene accettata dal convenuto costituito, determina l'estinzione del processo.
- Inattività delle parti: 307 cpc. Ogniquale volta la parte richiede il compimento di un atto processuale a pena di decadenza, il mancato compimento dell'atto entro il termine assegnato determina immediatamente o entro 3 mesi l'estinzione del processo. nei casi più gravi l'estinzione è immediata. È possibile che le parti, a seguito della cancellazione della causa dal ruolo, riassumano la causa davanti allo stesso giudice, per riattivare il precedente processo. se anche dopo 3 mesi dalla cancellazione il processo non viene riassunto → estinzione.

Perché il 129 delle disposizioni di attuazione si occupa di questi casi? Perché la pronuncia dell'estinzione del processo impedisce la pronuncia della sentenza definitiva. E quindi che ne è della riserva di appello? Il 129 dice che una volta che il provvedimento che dichiara l'estinzione del processo diventa definitivo, si considera sciolta ex lege la riserva sulla non definitiva, che dunque potrà essere impugnata.

Importante è che tutto questo meccanismo vale solo se la non definitiva riservata è una sentenza non definitiva di merito, cioè che ha ad oggetto una questione preliminare di merito (es. prescrizione del diritto) ritenuta infondata. Perché? cosa succederebbe se non ci fosse questo meccanismo? Faccio la riserva di appello su una non definitiva di merito, c'è estinzione del processo → non potendo usare il 129 perché non esiste, non posso più appellare la sentenza non definitiva di merito. Questa passa quindi in giudicato. La questione di merito preliminare passa in giudicato, anche se io mi ero riservato di farne valere un errore. Se la sentenza invece è di rito, anche se non c'è uno scioglimento automatico ex lege della riserva e quindi la sentenza non definitiva passa immediatamente in giudicato, non succede nulla, perché si potrà sempre riproporre la domanda di merito davanti al giudice → *le ricadute del giudicato sul rito sono meno gravi delle ricadute sul giudicato di merito, perché non impediscono la riproposizione di quella medesima questione.* Viceversa, la sentenza non definitiva di merito tocca il merito e quindi rende incontestabile una parte essenziale della controversia.

Che i due strumenti (riserva di appello e impugnazione immediata) siano due strade tra loro concorrenti di tal che l'una esclude l'altra ce lo dice anche l'ultimo co. del 340 cpc, il quale stabilisce che la riserva di appello non può più farsi quando contro la sentenza da alcune delle altre parti sia proposto immediatamente appello. Se c'è stata la proposizione di un appello immediato, questo esclude la possibilità di riserva.

Dobbiamo poi sottolineare che il tema dell'impugnazione immediata della sentenza non definitiva di 1° grado è un tema di cui dobbiamo occuparci non in rapporto alle modalità di esercizio della impugnazione immediata, ma per rispondere alla domanda: quali sono le conseguenze della impugnazione immediata di una sentenza non definitiva di 1° grado? La mancata presentazione della riserva di appello o la sua sopravvenuta inefficacia (ai sensi dell'ultimo co. del 340) evidenzia come il meccanismo preventivo di contrasti dei giudicati non sia più applicabile. Il rischio di giudicati contrastanti deve essere risolto diversamente quando la sentenza non definitiva è impugnata subito → il rimedio non deve essere individuato prima che si apra un processo impugnatorio sulla non definitiva, ma il rimedio deve essere individuato a valle, ossia dopo la definizione di almeno uno dei due processi pendenti. Il rischio di giudicati contrastanti in caso di impugnazione immediata dipende dal fatto che sono contemporaneamente pendenti due processi: il processo impugnatorio sulla non definitiva ed il processo di 1° grado destinato alla trattazione ed istruzione nel merito della causa e alla sua decisione.

Questo rischia di produrre giudicati contrastanti perché c'è un legame di dipendenza logica tra i due processi. Le questioni oggetto della sentenza impugnata sono questioni pregiudiziali, sia che siano di rito sia che siano di merito.

La regola generale è l'art. 276 cpc → co. 2: il giudice prima decide le questioni pregiudiziali e poi il merito della causa. La norma recepisce un ordine logico e anche di economia processuale nella decisione delle domande e delle istanze poste dalle parti nel processo. L'esame nel merito dipende logicamente dalla soluzione di tutte le questioni che hanno rilevanza pregiudiziale. Il modo in cui l'ordinamento cerca di rimediare al rischio di giudicati contrastanti in caso di impugnazione immediata e formalmente duplice ma in realtà solo uno dei due strumenti offerti dalla legge è realmente applicato nella pratica.

1° RIMEDIO con cui si cerca di risolvere il rischio di giudicati contrastanti è il 279 co. 4. [Premessa: è una norma molto importante per l'impugnazione. Il 279 è una disposizione molto complessa in cui il L., sotto la rubrica "forme dei provvedimenti del collegio" individua in modo esaustivo i possibili esiti della fase decisoria del processo di 1° grado, anche se dal pov puramente descrittivo, i provvedimenti che possono scaturire dalla conclusione della fase decisoria in 1° grado sono una sentenza o un'ordinanza. L'attenzione va concentrata sul co.2, il quale contiene un elenco. Questo elenco indica le ipotesi in cui il collegio pronuncia sentenza → individua i casi in cui il processo di 1° grado si conclude con una sentenza. Il 279 si riferisce al collegio, ma in realtà si riferisce in tribunale al giudice (sia esso il tribunale in composizione collegiale o monocratica). Il 50 bis ed il 50 ter del cpc ci fanno capire come di regola il tribunale in primo grado sia in composizione monocratica e solo eccezionalmente in composizione collegiale. I primi tre numeri del co. 2 fanno riferimento alla sentenza definitiva. Al n. 3 si parla proprio della sentenza definitiva: il giudice pronuncia sentenza quando definisce il giudizio decidendo totalmente il merito. Ma la sentenza può essere definitiva anche nei numeri 1 e 2. Numero 1: individua il caso in cui il giudice definisce il giudizio

decidendo questioni di giurisdizione. Numero 2: individua il caso in cui il giudice definisce il giudizio decidendo questioni pregiudiziali attinenti al processo o questioni preliminari di merito. Questa scissione (n. 1 e n. 2) è dovuta solo alla particolare importanza che l'ordinamento processuale riserva al giudizio sulla giurisdizione. Ciò non toglie che anche il caso di cui al n.1 altro non è che una specificazione di una delle due ipotesi contemplate nel n.2, perché la questione di giurisdizione è una questione pregiudiziale di rito. La sentenza può quindi anche essere definitiva, pur senza pronunciarsi sul merito, ma solo su una questione pregiudiziale ← si riconosce la fondatezza della questione.

Lo stesso discorso vale anche per le questioni preliminari di merito: laddove l'accezione proposta dal convenuto è ritenuta fondata, avremo una sentenza definitiva che però attiene ad un profilo preliminare del merito che rende impossibile continuare il processo, in quanto lo definisce.

Il n. 4 del co. 2 fa invece riferimento alle sentenze non definitive, stabilendo che il giudice pronuncia sentenza anche quando, decidendo alcune delle questioni di cui ai precedenti tre numeri, non definisce il giudizio → in tal caso serve la sentenza, perché la questione da decidere è idonea astrattamente a definire il giudizio e quindi ad avere contenuto decisorio, ma che in concreto non è definitiva in quanto riconosce l'infondatezza della questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito.

Il n. 5 del co. 2 fa riferimento al fatto che in presenza di un giudizio soggettivamente complesso il giudice dispone la separazione delle cause (103 co.2). anche in tal caso il giudice deve adottare il provvedimento con sentenza. La norma richiama anche il caso del 104 cpc, in cui invece il processo è oggettivamente complesso ← la possibilità di separare le cause è consentita dall'ordinamento ed il provvedimento separatorio deve avere forma di sentenza. La ragione per cui, in tal caso, l'ordinamento esige la forma della sentenza deve essere ben chiara → il n.5 del 279 fa riferimento al caso in cui il giudice separa le cause riunite in quanto ne decide una. Cioè, non siamo davanti alla situazione a cui abbiamo fatto sempre riferimento pensando alle cause soggettivamente o oggettivamente complesse, cioè un provvedimento che, preso atto della differenza delle esigenze istruttorie delle due o più cause riunite, prima di averne decisa una ne dispone la separazione ← in questo caso è sufficiente disporre la separazione con ordinanza ← il co. 3 del 279 aggiunge che i provvedimenti per l'ulteriore istruzione previsti anche dal n.5 sono dati con ordinanza → se non c'è la decisione di una delle cause riunite, il provvedimento separatorio è solo l'ordinanza.

Il n. 5 ci riferisce all'ipotesi per cui il giudice, essendo già in grado di decidere una delle due cause, non si limita a disporre la separazione, ma quando ha deciso che una di esse è matura per la decisione e che quindi intende deciderla → pronuncia una sentenza sulla causa che ritiene già matura + dispone la separazione per l'altra.]

Il co. 4 fa riferimento proprio all'eventualità in cui sia immediatamente impugnata una sentenza non definitiva.

**1° RIMEDIO** → l'ordinamento prevede una sospensione del processo pendente (di 1° grado sul merito) in attesa della decisione sul processo di impugnazione sulla sentenza non definitiva. Se non è stato possibile esercitare il potere dell'appello si può prevenire il rischio di giudicati ...

È un rimedio di scarsa applicazione in quanto si tratta di una sospensione disposta dal giudice su istanza congiunta di tutte le parti, e non solo su iniziativa propria del giudice. Perché è difficile che le parti concordino sulla sospensione del processo dipendente? Perché l'interesse prevalente della parte che non ha impugnato (la parte vittoriosa) è quello ad arrivare il prima possibile ad una decisione sul merito.

**2° RIMEDIO** → si applica quando non solo non c'è stata riserva di appello (per impugnazione immediata della sentenza non definitiva) ma anche quando non c'è nemmeno stata una istanza congiunta di sospensione ai sensi del 279 co.4. Su questo secondo rimedio dobbiamo soffermarci.

Questo secondo rimedio, che è regolato dall'art. 336 cpc, e che quindi è una norma valevole per qualunque mezzo impugnatorio prevede che il rischio di giudicati contrastanti si possa prevenire senza ostacolare la contemporanea pendenza dei due processi ma espandendo gli effetti della sentenza che accoglierà l'impugnazione sulla sentenza non definitiva sulla sentenza definitiva di primo grado. Questo effetto si chiama infatti EFFETTO ESPANSIVO → evita il contrasto di giudicati in caso di impugnazione immediata della sentenza non definitiva consentendo la prosecuzione dei due processi, ma imponendo che l'esito del processo impugnatorio sulla sentenza non definitiva si espanda automaticamente, cioè travolga automaticamente, anche la sentenza definitiva di 1° grado che sia stata nel frattempo pronunciata, in quanto anche questo processo prosegue.



Come viene specificato questo effetto espansivo?

Il **336** contiene due commi, che sono le due declinazioni di questo principio.

**COMMA 1** → **EFFETTO ESPANSIVO INTERNO** → si realizza all'interno di una stessa sentenza, cioè tra i due o più capi di una stessa sentenza. Cosa vuol dire capo o parte di sentenza? Quella sezione della sentenza che contiene necessariamente almeno la decisione di una domanda giudiziale. Tante sono le domande giudiziali e tanti sono necessariamente i capi della sentenza. E siccome l'oggetto della domanda giudiziale è il diritto soggettivo, potremmo anche dire che tanti sono i diritti soggettivi fatti valere e altrettanti sono i capi di sentenza che si devono pronunciare su quei diritti. Se pensiamo all'effetto espansivo interno, dobbiamo pensare ad una situazione che non ha diretta rilevanza col nostro caso (impugnazione immediata della non definitiva). Dobbiamo un attimo lasciare in sospeso l'effetto espansivo in rapporto al nostro caso per esaminare il funzionamento di questo effetto all'interno di una singola sentenza.

Mettiamoci nella prospettiva di una sentenza DEFINITIVA di merito. Immaginiamo che questa sentenza contenga due capi, in quanto si è pronunciata su due domande giudiziali. Immaginiamo, nel caso di due domande proposte cumulativamente dalla stessa parte, che la sentenza definitiva si concluda rigettando entrambe le domande, cosicché la sentenza rende soccombente la parte attrice su entrambi i capi. Es. in via principale la domanda di adempimento e in via secondaria la domanda di risarcimento del danno.

Cosa succede se la parte soccombente su entrambi i capi impugna parzialmente la sentenza e cioè solo uno dei due capi? La risposta che l'ordinamento dà è in parte implicita ed in parte esplicita. La parte implicita fa riferimento all'eventualità in cui i due capi sono indipendenti. Es. una sentenza con cui, avvalendosi della connessione soggettiva di azioni del 104, l'attore propone due domande non altrimenti connesse nei confronti dello stesso convenuto. Es. risarcimento del danno da adempimento contrattuale + risarcimento del danno da fatto illecito.

Cosa succede se la parte soccombente, cioè l'attore, impugna solo uno dei due capi? Non importa quale dei due essendo indipendenti. La risposta è implicita → la si deve desumere da una norma che implicitamente il 336 co. 1 richiama → **ART. 329 CPC** nella parte in cui stabilisce che l'impugnazione parziale di un capo indipendente di sentenza comporta **ACQUIESCENZA** (329) al capo non impugnato → comporta che per la parte non è più possibile impugnare in via ordinaria il capo non impugnato inizialmente, anche se il termine per proporre quel mezzo impugnatorio fosse ancora pendente → reclusione di impugnare il capo non impugnato.

L'acquiescenza è una sanzione, cioè un effetto che l'ordinamento processuale ricollega ad un determinato comportamento della parte soccombente. Questo consiste nella esclusione del potere di impugnare con mezzi ordinari la sentenza, anche quando sussistono le condizioni dell'impugnazione. Quale è il comportamento che determina acquiescenza? Il 329 individua due tipi di comportamento:

- a) **COMMA 1** → acquiescenza volontaria: la parte, pur essendo legittimata ed interessata ad impugnare e pur beneficiando delle condizioni per l'esercizio dell'impugnazione, manifesta la volontà di fare acquiescenza e cioè di rinunciare al potere di impugnare con mezzi ordinari. L'acquiescenza può essere definita come volontaria accettazione della sentenza. Può essere espressa o tacita. **ESPRESSA**: la volontà di accettare la sentenza o rinunciare l'impugnazione è manifestata con una dichiarazione esplicita, contenuta cioè in un atto processuale successivo alla pronuncia della sentenza o, trattandosi di una sentenza parziale, con una dichiarazione orale in udienza. **TACITA**: manifestazione della volontà per fatti concludenti. Quali sono i comportamenti che manifestano inequivocabilmente la volontà della parte di accettare la sentenza e rinunciare all'impugnazione? Bisogna guardare al tipo di tutela giurisdizionale concessa e quindi alla disciplina degli effetti della sentenza impugnabile. Immaginiamo che la sentenza impugnabile sia una sentenza di condanna. Il principale effetto della sentenza condannatoria è l'immediata esecutività. Il 282 impone alla parte condannata di adempiere immediatamente, in quanto concede immediatamente al creditore il diritto di agire esecutivamente nei suoi confronti. Il comportamento del condannato di dare adempimento immediatamente alla sentenza condannatoria sarà un comportamento concludente? Cioè che manifesta inequivocabilmente? Evidentemente no. Adempiendo la sentenza condannatoria, la parte fa ciò che la legge gli impone di fare → non determina acquiescenza. La parte condannata, anche dopo aver adempiuto, può impugnare. Immaginiamo invece che la sentenza di 1° grado sia costitutiva, che ad es. dispone l'annullamento del contratto per vizio del consenso. Rispetto alle sentenze costitutive, non esiste una regola come

quella del 282 → la natura degli effetti di questa sentenza ci porta a concludere che gli effetti presuppongono il suo passaggio in giudicato. Cosa accade se, davanti ad una sentenza che dispone l'annullamento del contratto, la parte che aveva ricevuto una prestazione la restituisce immediatamente? Questo comportamento è assolutamente legittimo. Però, per l'ordinamento, la situazione giuridica tra i due ex contraenti si viene a modificare realmente solo col passaggio in giudicato della sentenza → comportamento chiaramente concludente nel senso della volontà di accettare la sentenza e quindi di rinunciare all'impugnazione. Ciò in quanto non vi è un obbligo legale di dare immediata esecuzione alla sentenza. Questo obbligo sopravverrà nel momento in cui la sentenza passa in giudicato e non è più impugnabile.

Il comportamento della parte che, pur non essendo obbligata per legge a farlo, dà immediata esecuzione alla sentenza costitutiva senza attendere il giudicato, è un comportamento che manifesta la volontà inequivoca di accettare la sentenza.

Immaginiamo di trovarci davanti ad una sentenza costitutiva che annulla il contratto. la parte soccombente, stavolta, pochi giorni dopo aver ricevuto comunicazione della sentenza, comunica per iscritto alla controparte che intende impugnare la sentenza e quindi manifesta la volontà di impugnare la sentenza. Poi, però, dopo qualche settimana, quando è ancora pendente il termine per impugnare, restituisce la prestazione ricevuta in esecuzione del contratto annullato dal giudice ← comportamento che manifesta la volontà di accettare la sentenza. Quale volontà prevale? Non c'è acquiescenza perché manca il requisito della concludenza del comportamento, cioè della sua inequivocabilità. Non prevale nessuna delle due volontà, ma si annullano a vicenda, rendendo la volontà della parte soccombente equivoca e quindi inconcludente. Questo perché l'unione logica dei due comportamenti rende NON inequivoca l'intenzione della parte.

- b) **COMMA 2** → acquiescenza presunta o legale. Prescinde dalla volontà della parte. L'acquiescenza è indipendente dalla volontà che la parte abbia manifestato. Il potere di impugnare il capo non impugnato della sentenza è escluso ogni qualvolta la parte soccombente abbia impugnato solo una parte della sentenza. Se la parte soccombente sceglie, anche se per errore, di impugnare solo uno dei due capi della sentenza, l'altro si considera accettato. L'altro capo si considera come non più suscettibile di impugnazione, ancorché la volontà della parte fosse quella di impugnare entrambi i capi → **PRESUNZIONE LEGALE**. Ecco allora che se i due capi della sentenza sono indipendenti, la scelta della parte soccombente su entrambi di impugnarne solo uno, si traduce per legge nella acquiescenza presunta o legale sul capo non impugnato → perdita ex lege di impugnare il capo non impugnato.

C'è però una regola in cui l'acquiescenza legale non basta più → caso in cui **i due capi sono DIPENDENTI**. È il caso di una sentenza che, rigettando entrambe le domande dell'attore, nega sia risoluzione del contratto che risarcimento del danno. Perché qui l'acquiescenza non è una soluzione? Perché se si consentisse una preclusione legale all'impugnazione del capo dipendente, avremmo il rischio di un contrasto di decisioni.

Supponiamo che l'attore soccombente impugni solo il capo relativo alla risoluzione, se considerassimo acquiescenza legale, il secondo capo sarebbe automaticamente precluso → si verificherebbe un effetto sul capo dipendente che sarebbe in tutto e per tutto simile al giudicato. Peccato però che l'esito del giudizio impugnatorio sul capo pregiudiziale (cioè quello sulla risoluzione) potrebbe essere contrario → il giudice dell'impugnazione ritiene che il contratto sia da risolversi. Dall'altro lato però, il giudicato formatosi sul secondo capo, affermerebbe l'opposto → contrasto che dipende dalla dipendenza logica delle questioni.

La regola dell'effetto espansivo interno previene questo rischio → l'accoglimento dell'impugnazione produce i suoi effetti automaticamente anche sul capo dipendente non impugnato della sentenza di primo grado. Se c'è stata la riforma o la cassazione del capo impugnato, questa riforma o cassazione, ha effetto anche sul capo dipendente non impugnato, benché ne sia formalmente esclusa l'impugnazione per acquiescenza presunta o legale → **GIUDICATO VIRTUALE**: il capo dipendente non impugnato passa in giudicato, ma solo virtualmente, cioè momentaneamente. Per capire se il giudicato è confermato, bisogna verificare se si applica l'effetto espansivo o no. Se non c'è né riforma né cassazione del capo impugnato, il giudicato virtuale diventa effettivo.

Solo nel caso in cui il capo impugnato sia riformato o cassato si esplica l'effetto espansivo esterno  
→ la riforma o cassazione del capo impugnato travolge il capo non impugnato → giudicato che resta virtuale.

In presenza di un nesso di dipendenza logica tra due capi di sentenza, l'impugnazione di uno solo dei due capi comporta che l'accoglimento dell'impugnazione non può essere indifferente per la parte non impugnata. L'accoglimento dell'impugnazione si espande e travolge anche il capo dipendente, benché non impugnato e sostanzialmente passato in giudicato per acquiescenza presunta o legale.

## Effetto espansivo della sentenza che accoglie l'impugnazione

b) Se i due capi sono **dipendenti**:

- l'acquiescenza presunta o legale non può trovare pienamente applicazione in quanto l'esito dell'impugnazione sul capo pregiudiziale potrebbe **contrastare** col capo dipendente non impugnato e su cui si è formata acquiescenza
- si applica l'**effetto espansivo interno** (art. 336, comma 1): la riforma o la cassazione del capo impugnato **ha effetto anche** sul capo dipendente non impugnato benché formalmente ne sia esclusa l'impugnazione per acquiescenza presunta o tacita  
→ G: giudicato virtuale

La provvisorietà del giudicato virtuale dipende proprio dal fatto che trova attuazione il 336 co.1. secondo questa regola, la riforma o l'annullamento del capo pregiudiziale impugnato determina la riforma o l'annullamento del capo dipendente non impugnato, ancorché passato in giudicato per effetto dell'acquiescenza presunta o legale.

Questo stesso principio è applicato dal 336 co. 2 anche all'effetto espansivo esterno, cioè anche nel rapporto tra due provvedimenti pronunciati all'interno di uno stesso processo. i due provvedimenti sono la sentenza non definitiva immediatamente impugnata e la sentenza definitiva.

Non si pone più la differenza tra decisioni dipendenti ed indipendenti, perché la non definitiva non sarà MAI autonoma rispetto alla definitiva e viceversa. È impossibile che i loro contenuti siano indipendenti, dato che la prima è una sentenza che si è pronunciata su una questione che è astrattamente idonea a definire la causa → questione che ha ad oggetto un elemento di diritto o di merito pregiudiziale in senso logico.

Qui la soluzione è dunque soltanto una soluzione radicale. Il 336 co. 2 stabilisce che quando c'è un legame di dipendenza tra due provvedimenti nello stesso processo, la riforma o l'annullamento di quello pregiudiziale in senso logico determina automaticamente la riforma o l'annullamento del provvedimento dipendente, cioè della sentenza definitiva.

Cosa accade della sentenza definitiva con cui il giudice accoglie la domanda dell'attore, se successivamente interviene la sentenza di impugnazione sulla questione pregiudiziale di rito di incompetenza che è stata decisa con la sentenza non definitiva. Con la sentenza non definitiva il giudice ha rigettato la questione di incompetenza e si è dichiarato competente. Ma, davanti al giudice dell'impugnazione, l'esito della decisione è ribaltato: annulla la non definitiva e dichiara che il giudice originariamente adito dall'attore era incompetente. L'applicazione dell'effetto espansivo esterno fa sì che sia annullata anche la sentenza definitiva di 1° grado sul merito.

L'applicazione dell'effetto espansivo esterno non finisce qui → si applica anche nel rapporto tra un provvedimento ed un atto del processo (e non solo tra provvedimenti) → la differenza tra atto e provvedimento ha la sua rilevanza. L'atto è l'atto di parte, un atto cioè processuale in cui non si esplica l'esercizio di una funzione pubblica, mentre il provvedimento è espressione della funzione giurisdizionale. Quali sono quindi gli atti che possiamo considerare riformati o annullati dalla riforma o dall'annullamento della sentenza non definitiva? Dobbiamo cambiare prospettiva → dobbiamo immaginare che la sentenza sull'impugnazione della non definitiva intervenga prima che sia stata pronunciata la sentenza definitiva.

Se ci immedesimiamo in questa situazione, ci rendiamo conto che applicare l'effetto espansivo esterno anche ad una situazione di questo tipo può essere eccessivo o inutile → che bisogno c'è di travolgere atti del processo. basta che il giudice di 1° grado, quando si pronuncerà sul merito, si adegui all'esito del giudizio impugnatorio sulla non definitiva.

Il punto è che non è sempre così semplice.

Anzitutto, perché sperare nello spontaneo adeguamento del giudice è solo un auspicio. Non c'è un modo per fare l'enforcement della decisione del giudice prima che sia emanata + perché prima di arrivare alla pronuncia della sentenza definitiva possono essere compiuti atti di parte che sono strettamente connessi con quello che sarà l'esito del giudizio di merito. Il riferimento è soprattutto agli atti istruttori. Gli atti istruttori si realizzano compiutamente tramite un provvedimento del giudice, un'ordinanza istruttoria, ma scaturiscono da un'istanza di parte e si formano attraverso degli atti di parte (es. produzione di un documento in giudizio o formulazione dei capitoli di prova per l'interrogatorio del teste). In questi casi si hanno atti processuali che sono funzionali alla pronuncia della sentenza definitiva → in quanto tali, non sono sottratti dall'ordinamento all'effetto espansivo esterno. Sono anch'essi funzionali alla funzione giurisdizionale che si realizza nella pronuncia della sentenza definitiva → sono anch'essi travolti dalla riforma o dall'annullamento della sentenza non definitiva.

Si pongono a tal proposito due specifici interrogativi:

- **Tra gli atti di cui parla il 336 co. 2 ci sono anche gli atti esecutivi?** Gli atti di cui si parla nel 336 co. 2 sono atti del procedimento di 1° grado. Gli atti esecutivi sono atti del procedimento di 1° grado? No. Gli atti esecutivi, con cui si dà esecuzione alla sentenza condannatoria, non sono atti del procedimento di merito che ha portato alla sentenza condannatoria, ma sono atti che trovano la loro legittimazione nel 382, ossia nel fatto che la legge assegna efficacia immediatamente esecutiva alla sentenza condannatoria. Gli atti esecutivi, quindi, non sono esposti all'effetto espansivo esterno. L'annullamento/riforma della non definitiva travolge gli atti istruttori che servono per la pronuncia della definitiva, travolge la stessa sentenza definitiva, ma non travolge gli atti esecutivi → l'effetto finale è che gli atti esecutivi perdono efficacia, MA NON PER EFFICACIA DELL'EFFETTO ESPANSIVO ESTERNO, ma per il fatto che questo ha annullato la sentenza definitiva. Il risultato pratico è sempre quello di dire che gli atti esecutivi sono inefficaci. Sono inefficaci solo perché viene meno il titolo esecutivo, ossia la sentenza definitiva condannatoria.
- L'effetto espansivo esterno si applica tra due provvedimenti pronunciati all'interno dello stesso processo. ma possono darsi dei casi in cui i provvedimenti siano pronunciati in processi diversi contemporaneamente pendenti. Questo si realizza soprattutto in casi di pregiudizialità di merito in senso logico, ossia situa in cui da un titolo derivano più effetti, effetti che sono fatti valere tra le stesse parti in due procedimenti diversi. Ipotizziamo che, in relazione ad uno stesso contratto, le due o più parti contraenti istaurino due giudizi diversi, volti all'installazione di due distinte pretese che derivano dallo stesso contratto. Es. contratto di compravendita → in un processo si agisce per la condanna del compratore al pagamento del prezzo + in un altro si agisce verso il venditore per la condanna alla condanna del bene. C'è un legale di identità del titolo, per cui il convenuto poteva proporre una domanda riconvenzionale. Fa valere, quindi, il suo diritto in un autonomo processo. in una situazione di questo tipo ipotizziamo che nel primo processo si sollevi una questione di nullità del contratto. la questione di nullità, che è una questione pregiudiziale di merito in senso logico, viene risolta con una sentenza non definitiva dal 1° giudice che esclude la nullità e riconosce la validità del contratto. la sentenza è immediatamente impugnata. rispetto all'altro giudizio di merito pendente davanti ad un giudice diverso, si applicherà l'effetto espansivo esterno oppure no? Su questo punto la giurisprudenza di legittimità si è a lungo confrontata con esiti contraddittori, anche perché qualcuno ha voluto risolvere questa domanda in maniera omogenea anche per i casi di pregiudizialità di merito in senso tecnico (art. 34).  
Pronuncia delle sezioni unite del 2021 che ha chiarito la questione → si può applicare l'effetto espansivo esterno anche nel caso in cui il provvedimento dipendente è pronunciato in un processo diverso da quello che ha prodotto la sentenza non definitiva. Ma la necessità di tenere conto delle esigenze del caso concreto che, pur essendo legato a quello pendente nell'altro processo, è comunque diverso deve trovare applicazione in una situazione di questo

tipo anche il 337 co.2. Questa norma stabilisce un potere sospensivo del processo dipendente a discrezione del giudice → affermazione di una sorta di concorrenza a discrezione del giudice tra effetto espansivo esterno e potere sospensivo del processo dipendente ai sensi del 337 co.2. Se il giudice del processo dipendente ritiene che non vi siano particolari esigenze legate al caso concreto, può ignorare la pendenza di un processo di impugnazione sulla non definitiva che è pregiudiziale anche al suo processo e pronunciare comunque la sua autonoma sentenza definitiva. Sarà poi l'effetto espansivo esterno che ristabilirà le cose nel caso in cui i provvedimenti non siano omogenei. Se invece il giudice del processo dipendente ritiene che le esigenze nel caso concreto pendenti davanti a sé non tollerano la pronuncia di una sentenza definitiva che non sia da subito coerente con la questione pregiudiziale di merito in senso logico oggetto della definitiva del primo processo, allora potrà avvalersi del potere sospensivo del 337 co.2 senza applicazione del processo espansivo.

La pronuncia delle sezioni unite aveva un altro obiettivo → risolvere un conflitto interpretativo sull'art. 337 co.2. questo art. dice anche quando questo potere discrezionale può essere esercitato e specifica la condizione per l'esercizio di questo potere non nel senso di riferirsi alla pendenza di una impugnazione sulla sentenza definitiva in un altro processo ma quando l'autorità di una sentenza (pronunciata in un altro processo) è invocata in un altro processo, ma quella sentenza è stata impugnata.

Il 337 co. 2 quindi fa riferimento a tre concetti:

1. Autorità di una sentenza → cosa vuol dire? Per lungo tempo la giurisprudenza ha qualificato questa autorità come il giudicato. Il potere sospensivo discrezionale c'era solo se era stata fatta valere l'autorità di una sentenza passata in giudicato ed impugnata con mezzi straordinari. Quindi, questo potere era difficilmente applicabile. Un altro orientamento più moderno che poi è stato accolto dalle sezioni unite del 2021 parla di autorità della sentenza come di efficacia propria di una sentenza in quanto atto imperativo. Non dobbiamo per forza aspettare che passi in giudicato una sentenza perché sia vincolante tra le parti. questo è vero in particolare per la sentenza condannatoria. La sentenza ha cioè un'autorità nel momento in cui è pronunciata e pubblicata → vincola le parti all'adeguamento.
2. Invocazione di questa autorità in un altro processo → invocare l'autorità di una sentenza impugnata in un altro processo implica che ci sia un legame di dipendenza. La corte permette l'invocazione di una sentenza in quanto quella incide sul processo pendente, che ne è quindi dipendente → **dipendenza di merito in senso logico**. È qui che si è inserita la pregiudizialità di merito in senso tecnico (es. status di filiazione e credito alimentare). Le sezioni unite però lo escludono → la sospensione non può essere solo discrezionale, ma deve essere in questi casi necessaria. Quando c'è una questione di merito in senso tecnico, troverà applicazione la sospensione necessaria o obbligatoria.
3. Impugnazione della sentenza invocata → la sentenza è stata impugnata.

Adesso guardiamo all'influenza che la presenza di una pluralità di parti nel processo di 1° grado svolge sul giudizio impugnatorio avverso la sentenza che ha definito il giudizio di 1° grado.

Cambia qualcosa nel processo impugnatorio per il fatto che in 1 grado vi era una pluralità di parti? la risposta che dà il cpc è condensata in due disposizioni:

- Art. 331 cpc
- Art. 332 cpc

La prima indicazione che ricaviamo è che la legge non usa più le categorie che abbiamo fin qui utilizzato, che sono quella di litisconsorzio facoltativo e litisconsorzio necessario. Ricorre, invece, alla distinzione tra cause inscindibili e dipendenti da un lato e cause scindibili dall'altro.

Cosa vuol dire "causa" in queste due disposizioni? Come spesso accade nel cpc, il vocabolo causa fa riferimento alla domanda. Poiché la domanda giudiziale è l'atto processuale che è necessario e sufficiente per dar vita ad un processo, ciascuna domanda costituisce una causa. Dà cioè origine ad una questione controversa tra le parti.

Il 331 cpc considera unitariamente ai fini della disciplina dell'impugnazione l'ipotesi della causa inscindibile e delle cause dipendenti.

Prima di tutto vediamo di capire quale effetto processuale il cpc ricollega all'eventualità in cui l'oggetto del processo impugnatorio sia una sentenza che si è pronunciata su una causa, cioè una domanda inscindibile o su due o più cause o domande dipendenti. L'effetto è in questo caso la necessità che il processo impugnatorio si svolga tra tutte le parti che hanno partecipato al processo di 1° grado.

Se c'è una causa inscindibile o se ci sono 2 o più cause dipendenti che sono state decise nella sentenza di 1° grado, la ... è ammissibile se conviene in giudizio tutte le parti del precedente grado di giudizio. Quale è la ragione di ciò? rispetto ad una causa inscindibile è abbastanza evidente: se la causa era inscindibile in primo grado, resterà tale anche nel grado impugnatorio. C'è però qualcosa in più → il 331 vuole che in questi casi tutte le parti del precedente grado di giudizio partecipino anche all'impugnazione → vuole assicurare l'unitarietà della sentenza, cioè che, così come in 1° grado un unico provvedimento ha coerentemente risolto la causa inscindibile o le cause dipendenti, così anche nel grado impugnatorio si ha un unico provvedimento che coerentemente riesamina la decisione sulla causa inscindibile o sulle cause dipendenti.

Il 332 si occupa invece delle cause scindibili → il cpc ammette che l'impugnazione possa proporsi anche nei confronti soltanto di alcune delle parti presenti nel precedente grado di giudizio. Quello che interessa in queste ipotesi non è che vi sia un unico provvedimento che decida l'impugnazione avverso la sentenza su causa inscindibile o su cause dipendenti, ma che vi sia un unico procedimento impugnatorio in quanto il carattere scindibile della causa presuppone che vi sia comunque un qualche legame tra le stesse, un legame che si chiama connessione delle azioni e che giustifica la loro proposizione in via cumulata.

Nell'ipotesi delle cause scindibili, queste possono anche essere decise da due o più provvedimenti diversi. Quello che conta è che, se viene impugnato il provvedimento di 1° grado, nei confronti di alcune soltanto delle parti del precedente grado di giudizio, le altre, quelle non coinvolte, abbiano perlomeno la possibilità di costituirsi nel processo pendente. Se decideranno di costituirsi, sebbene non siano state destinatarie dell'atto di impugnazione, avremo oltre che unitarietà del procedimento anche unitarietà del provvedimento. Se decidono di rimanerne fuori, sarà comunque garantita unitarietà del procedimento, ma avremo provvedimenti diversi che decidono le cause scindibili.

Rispetto alle parti impuginate → sentenza di impugnazione.

Rispetto alle parti non impuginate → sentenza di 1° grado.

Questo non crea contraddizione perché le cause sono scindibili.

#### CAUSE INSCINDIBILI E CAUSE DIPENDENTI:

La causa è **inscindibile** quando la situazione giuridica o le situazioni giuridiche fatte valere deve o devono essere decise unitariamente.

Sono sicuramente ipotesi di cause inscindibili quelle in cui c'è un litisconsorzio necessario ai sensi dell'art. 102 → la presenza di una contitolarità di un diritto rende la sentenza efficace solo se pronunciata nei confronti di tutti i contitolari sia in primo grado sia in qualunque grado impugnatorio.

Ma la stessa conclusione vale anche per il cosiddetto litisconsorzio unitario → qui l'esigenza di una decisione unica per più parti non è di ordine sostanziale come nella contitolarità del diritto fatto valere, ma di ordine processuale → è la legge processuale che a fronte di un giudizio litisconsortile per iniziativa di parte impone che la trattazione e la decisione delle cause, cioè delle domande, sia unica o unitaria.

L'esempio più importante è quello della *impugnazione della delibera assembleare invalida*. Nessuna norma impone ai soggetti legittimati in via concorrente all'impugnazione della delibera di promuovere cumulativamente le loro azioni. Laddove, però, questo accada originariamente o per successivo intervento o in causa di uno dei progetti legittimati, si crea un litisconsorzio unitario ← cioè il 2378 del cc impone che le cause non siano più separabili e quindi siano trattate e decise congiuntamente.

Questa decisione del L. si perpetua anche in grado impugnatorio: se le due o più impugnazioni promosse da altrettanti soci nello stesso processo sono state necessariamente decise congiuntamente in primo grado, allo stesso modo l'impugnazione di quella sentenza dovrà essere proposta nei confronti di tutte le parti del precedente grado di giudizio e quindi anche di quei soci che hanno scelto di cumulare sin da subito nel corso del processo la loro autonoma impugnazione a quella già proposta da uno di loro.



La giurisprudenza però ha individuato anche qualche altra ipotesi interessante di causa a inscindibile ai fini dell'articolo 331.

Un'ipotesi che a prima vista potrebbe sembrare contraddittoria è quella dell'**interventore adesivo**, art. 105 co 2. Non ha un potere di impugnare autonomamente la sentenza come abbiamo visto parlando delle condizioni dell'impugnazione, ma se è stato parte del 1° grado di giudizio deve essere necessariamente parte anche del grado impugnatorio avverso la sentenza.

La Cassazione parla proprio in questo caso di un **unico giudizio inscindibile con pluralità di parti** che sono l'attore il convenuto e il terzo interventore adesivo. Quindi, nell'esempio, il locatore, il conduttore ed il sub conduttore, dove sta secondo la corte la natura inscindibile della causa? Naturalmente nel fatto che per legge la sentenza tra attore e convenuto produce comunque i suoi effetti anche nei confronti del terzo interventore articolo 1595 del codice civile per quel che concerne la sublocazione. se la sentenza trattore convenuto produce per legge i suoi effetti anche nei confronti di un terzo, questo terzo nella misura in cui è stato parte del processo di primo grado non può rimanere estraneo al giudizio impugnatorio. in quanto per legge viene a costituire una parte processualmente necessaria.

Altra ipotesi si ha nel caso del successore a titolo particolare nel diritto controverso. Anche in questo caso (art. 111) la cassazione stabilisce che in caso di mancata estromissione del dante causa, cioè del cedente, quest'ultimo e l'avente causa, cioè l'acquirente, sono litisconsorti necessari nel giudizio impugnatorio. Dal pov del potere di impugnare, la prospettiva è diversa da quella dell'interventore adesivo → l'avente causa è legittimato ad impugnare per legge anche se non è stato parte del processo di primo grado.

Ma dal pov della causa, la cassazione dice: l'esercizio del potere impugnatorio avverso la sentenza di primo grado rimettendo in gioco il merito della controversia deve necessariamente coinvolgere sia l'avente causa perché titolare del diritto sostanziale, sia il Dante causa se questi non è stato estromesso perché permane l'applicazione del meccanismo sostitutivo voluto dall'articolo 111 quindi se qualcuno propone l'impugnazione solo avverso l'avente causa o l'avente causa che ha il potere di impugnare la propone soltanto nei confronti della controparte senza convenire anche il Dante causa si ha un'impugnazione inammissibile ai sensi dell'articolo 331 in tutti i casi in cui il Dante causa in primo grado non è stato estromesso perché anche lui è parte necessaria del giudizio è coinvolto cioè nell'unica causa pendente. Diverso è per le cause dipendenti. Siamo davanti a cause scindibili ma non pienamente autonome. Il fenomeno delle cause dipendenti si presenta in molte situazioni. Sicuramente quando c'è pregiudizialità di merito in senso tecnico che coinvolge anche un soggetto ulteriore rispetto alle parti che hanno proposto la domanda dipendente. Le parti coinvolte nel rapporto di credito alimentare sono le stesse coinvolte nella questione relativa allo status di paternità. Ma possono esserci casi in cui la questione dipendente coinvolge anche una parte in più rispetto a quella del rapporto pregiudiziale, ma questo non è un problema perché la pregiudizialità di merito in senso tecnico attiene al fatto che il diritto pregiudiziale è elemento costitutivo del diritto dipendente. Che poi quest'ultimo intercorra anche nei confronti di un soggetto in più non è un problema.

Esempio controcredito.

es. il controcredito è contraddistinto da solidarietà nel lato attivo, cioè non c'è un unico controcredito, ma questo fa capo a più concreditori solidali → ciascun concreditore può chiedere all'unico debitore di adempiere per l'intero nei suoi confronti soltanto.

La dipendenza tra cause del 331 vale anche nei casi in cui c'è una pregiudizialità di merito in senso logico, cioè il caso in cui assumano rilevanza due o più effetti di uno stesso titolo. Applicando questo significato eterogeneo del concetto di cause dipendenti, la giurisprudenza ha fatto riferimento a due situazioni particolari:

1. Interventore principale, art. 105 co.1. L'interventore principale deve essere necessariamente coinvolto anche nel giudizio impugnatorio, in quanto il suo diritto incompatibile con la posizione di entrambe le parti ha una chiara rilevanza pregiudiziale in senso tecnico rispetto alla situa che l'attore in 1° grado ha fatto valere nei confronti del convenuto. Caso del terzo che ritiene di essere proprietario del bene già rivendicato tra attore e convenuto. C'è rapporto di dipendenza tra la causa tra attore e convenuto + la causa che intercorre tra il terzo ed entrambe le altre parti.
2. Il convenuto si difende contestando la legittimazione passiva dell'attore. la legittimazione ad agire è una condizione dell'azione che consiste nell'allegazione del rapporto giuridico fatto valere. Si è legittimati ad agire non solo se ci si afferma titolari del diritto, ma anche se si afferma che il



convenuto è il titolare del corrispondente obbligo. L'attore, quindi, può vedere dichiarato inammissibile la sua domanda pur avendo correttamente allegato che è titolare del proprio diritto, ma ha indicato come titolare del corrispondente obbligo un soggetto diverso da quello che ha convenuto in giudizio. Ciò accade nei casi in cui il soggetto obbligato è una società che appartiene ad un gruppo o nei casi in cui il soggetto obbligato è una società che ha sede all'estero ma ha una rappresentanza in Italia. può accadere che in questi casi l'attore per radicare la competenza o la giurisdizione del giudice adito in un luogo più comodo, pur dichiarando che ha un diritto vs una società straniera, propone una domanda nei confronti della sua rappresentanza in Italia → possibilità di proporre la causa in Italia. se nelle sue difese il convenuto chiede la chiamata in causa del vero obbligato, ossia la società estera, si verifica un'ipotesi di cause dipendenti. Quali sono? La prima è la causa proposta verso la società italiana, la seconda è quella che per effetto della chiamata in causa si volge tra convenuto e terzo chiamato (ossia la società straniera). La sentenza che quindi si pronuncerà su queste due cause dipendenti produce una situazione di dipendenza di cause che deve essere replicata anche nel giudizio impugnatorio, così che la impugnazione è ammissibile solo se proposta nei confronti sia del convenuto che del terzo chiamato. Anche in questo caso c'è un'ipotesi di vera e propria dipendenza in senso logico.

Cosa succede se si verifica uno di questi casi? Ce lo dice il 331 cpc con un meccanismo che garantisce l'unitarietà della decisione.

Laddove si rilevi la mancata partecipazione al processo impugnatorio di una delle parti del precedente grado di giudizio, il giudice dell'impugnazione ordina l'integrazione del contraddittorio entro un termine perentorio. Cosa vuol dire ciò? notificare l'atto di impugnazione anche alla parte che è stata lasciata fuori dal processo impugnatorio. Qui notificare significa proporre l'impugnazione anche nei suoi confronti. Quindi è la notifica dell'atto di citazione. Col provvedimento che integra il contraddittorio e fissa il termine per la notifica, il giudice fissa anche se necessario la data dell'udienza. "Se necessario" perché questa circostanza può essere derogata a seconda del mezzo impugnatorio. Se il termine decorre senza integrazione, l'impugnazione è inammissibile.

Se passiamo ad esaminare il 332, invece, troviamo qualcosa di diverso. Cause scindibili significa che le domande che sono oggetto di ciascuna causa sono tra loro autonome ed indipendenti, ma legate da un qualche nesso di connessione.

L'ipotesi più frequente è quella della connessione oggettiva (identità del petitum e/o della causa petendi). In questi casi c'è autonomia tra le due o più domande cumulate nello stesso processo. Tuttavia, l'esistenza della connessione oggettiva ha indotto le parti a proporle cumulativamente.

Il 332, in presenza di causa scindibili, non dovrebbe disporre nulla. Se è vero che le domande proposte in 1° grado potevano anche essere proposte autonomamente, la parte soccombente sulla sentenza definitiva potrà liberamente scegliere di proporre l'impugnazione solo nei confronti di alcune di quelle parti. C'è però un'obiezione che è accolta dall'articolo 332: ma se le parti nei cui confronti l'impugnazione non è stata proposta hanno ancora, per mancato decorso del termine, il potere di impugnare a loro volta la sentenza, questi lo faranno in un autonomo processo; non sono state coinvolte nel processo impugnatorio instaurato da una delle parti soccombenti → non potranno che far valere la loro soccombenza se ancora permane il termine per proporre l'impugnazione con un processo autonomo. Questo però crea un problema: originando due processi impugnatori si ha rischio di giudicati contrastanti → ecco il meccanismo del 332. Il giudice ordina la notificazione della domanda di impugnazione alle altre parti, nei cui confronti l'impugnazione non è stata originariamente proposta, se per queste l'impugnazione non è ancora preclusa o esclusa. Cosa vuol dire? Vuol dire che non si sono ancora verificate le condizioni che impediscono alle parti non coinvolte di proporre l'impugnazione.

Il 332 dice che la parte impugnante deve notificare l'impugnazione anche nei confronti delle parti. notificazione, però, ha un significato diverso da quello del 331.

Notificare la domanda di impugnazione significa solo notiziare, informare le parti non coinvolte nel processo impugnatorio che è pendente, processo impugnatorio sulla sentenza che riguarda anche loro. Cosicché, se vogliono impugnare quella sentenza, non devono farlo in un autonomo processo, ma nell'unico processo già pendente, proponendo un'impugnazione in via incidentale.

Questo garantisce che su una stessa decisione, l'impugnazione sia unica → NO contraddittorietà dei giudicati.

Sebbene non lo si desuma dal 332, è evidente che a seguito della notificazione imposta dal giudice, il processo resterà sospeso fino al decorso del termine per proporre impugnazione ordinaria.

A seguito dell'impugnazione a fini informativi il processo impugnatorio non può proseguire → bisogna verificare prima se le parti informate vogliono avvalersi o meno dell'impugnazione.

Nel 332, quindi, notificazione significa mera denuncia della lite.

Proporre l'impugnazione non è un atto solamente formale, ma è l'esercizio di una delle facoltà dell'azione, significa mettere in discussione la sentenza, ma che differenza ci sarà tra la notificazione dell'impugnazione nei confronti delle parti coinvolte e la notificazione dello stesso atto impugnatorio nei confronti delle parti solo informate? Che le censure che la parte impugnante muove alla sentenza impugnata sono fatte valere solo e soltanto nei confronti delle parti verso le quali l'impugnazione è stata proposta. Come vedremo quindi l'impugnazione si gioca sui motivi, sulle ragioni di contestazione, impugnare è sempre e solo sottoporre al giudice uno o più errori della sentenza.

Cosa succede se la domanda di impugnazione è inammissibile? Anzitutto, l'inammissibilità è la sanzione che il cpc prevede per la domanda impugnatoria che manca di un suo elemento essenziale.

Ci sono ipotesi in cui la legge espressamente prevede che la domanda priva di alcuni elementi è **inammissibile**. La mancata indicazione specifica dei motivi di impugnazione è motivo di inammissibilità. Ci sono dei casi in cui l'impugnazione è ammissibile anche qualora vi siano dei vizi, perché la legge ha scelto di non individuare tutti i requisiti formali necessari. Se manca un catalogo dei requisiti essenziali, evidentemente e ipotesi sanzionatorie per la mancanza di uno dei requisiti non può essere tassativa.

**Improcedibilità**: la domanda di impugnazione è improcedibile quando le parti e specialmente la parte impugnante è rimasta inattiva nel compimento di alcuni atti processuali. Ad esempio, l'appello è improcedibile se dopo la proposizione della domanda, la parte non si costituisce in giudizio. Le ipotesi di improcedibilità della domanda di impugnazione però sono tassative. Questo perché l'inattività della parte in alcuni casi non dà origine alla sola improcedibilità della domanda, ma anche all'estinzione del processo impugnatorio → per distinguere le ipotesi in cui l'inattività della parte determina solo improcedibilità o quelli in cui determina anche l'estinzione, è previsto un elenco tassativo. L'estinzione del processo è una possibile conclusione del giudizio impugnatorio, così come poteva essere una possibile conclusione della fase di 1° grado del processo. Ciò che termina il processo in qualsiasi grado è o la rinuncia agli atti accettata dalla controparte o l'inerzia delle parti in relazione al compimento di quegli atti processuali che la legge prescrive come indispensabili, assoggettandoli ad un termine perentorio.

In rapporto al processo impugnatorio, l'estinzione del processo assume rilevanza come sanzione per l'inattività delle parti. Questo perché nell'ambito della disciplina del processo impugnatorio dobbiamo tenere distinta l'estinzione e l'improcedibilità.

La rinuncia agli atti del giudizio può essere svolta anche nell'ambito del giudizio impugnatorio, qualora la parte che ha proposto la domanda davanti al giudice dell'impugnazione decide di rinunciare e se la parte contro cui la domanda è stata proposta la accetta, si ha estinzione del processo per rinuncia agli atti ex art. 306 cpc.

L'inattività delle parti, nei giudizi impugnatori, può dare luogo sia ad estinzione che ad improcedibilità. Sono sanzioni diverse conseguenti alla medesima causa. Es. di ipotesi di inattività è la mancata costituzione in giudizio dell'appellante determina l'improcedibilità della domanda.

A questo segue la irriproponibilità della stessa domanda, ma la proponibilità tramite un altro mezzo di impugnazione.

Con l'estinzione, invece, abbiamo la irriproponibilità per qualsiasi mezzo di impugnazione (solo con i mezzi straordinari).

Cosa succede se la domanda è giudicata **inammissibile o improcedibile**? Ce lo dicono il 358 per l'appello ed il 387 per la cassazione → la domanda NON SI PUÒ NUOVAMENTE PROPORRE, ancorché sia ancora presente il termine per farlo. Vi è una preclusione immediata all'esercizio dello stesso mezzo impugnatorio. Talvolta c'è una concorrenza, ci sono cioè due mezzi ordinari che possono concorrere tra loro (es. ricorso per cassazione e revocazione ordinaria). L'inammissibilità del primo impedisce la riproponibilità del ricorso

per cassazione, ma non esclude la revocazione ordinaria verso la stessa sentenza → la sanzione riguarda solo lo specifico mezzo impugnatorio dichiarato inammissibile.

Il 338 invece riguarda il passaggio in giudicato della sentenza impugnata in caso di estinzione del processo impugnatorio (promosso con un mezzo ordinario di impugnazione).

Adesso ci concentriamo su alcune questioni in una prospettiva casistica.

**SOCOMBENZA.** Abbiamo visto che la soccombenza viene a costituire, sotto forma di interesse ad impugnare, una delle condizioni...

È necessario cogliere la soccombenza non solo in una dimensione formale/statica, ma serve coglierla in una dimensione sostanziale e materiale.

Se sul piano formale, la soccombenza viene desunta dal confronto tra la tutela concessa dal giudice di 1° grado e la tutela concessa dalla parte con ..., la soccombenza sostanziale deriva da un confronto fra la tutela concessa dal giudice di 1° grado e la tutela che la parte che intende impugnare la sentenza può richiedere in sede di impugnazione.

Infatti, in senso formale → la parte è soccombente quando ottiene una tutela inferiore di quella richiesta con la domanda giudiziale. Questa condizione però spesso non è sufficiente per stabilire se la parte è effettivamente soccombente. Bisogna valutare anche la soccombenza materiale → valutare se la parte che è soccombente in senso formale può nel caso concreto richiedere al giudice dell'impugnazione una tutela maggiore di quella concessa in 1° grado.

## CARATTERISTICHE GENERALI DELL'APPELLO:

### 339-359 cpc

l'appello è anzitutto un mezzo di impugnazione ordinario. La spiegazione di questa caratteristica deve essere svolta su due livelli:

1. **Formale** → i mezzi di impugnazione ordinari sono esperibili contro sentenze che non siano già passate in giudicato
2. **Sostanziale** → sono mezzi di impugnazione ordinari quelli esperibili contro sentenze non ancora passate in giudicato in quanto pensati dall'ordinamento per censurare vizi palesi, cioè acquisibili direttamente dalla lettura e dall'esame della sentenza. Questo ci permette anche di spiegare perché la legge prevede soprattutto per i mezzi di impugnazione ordinari un termine perentorio o decadenziale per il loro esercizio, la cui decorrenza costituisce il primo e più semplice modo di formazione del giudicato → basta non impugnare la sentenza nel termine prescritto affinché la sentenza passi in giudicato.

L'appello è un **mezzo di impugnazione a critica libera** → non c'è un elenco tassativo di motivi di appello. La parte impugnante ha la massima libertà nell'individuare gli errori della sentenza e nel formulare i motivi, cioè le ragioni, di impugnazione, le ragioni per cui chiede la riforma della sentenza appellata.

L'appello è un **mezzo di impugnazione a carattere devolutivo e sostitutivo** → il giudice dell'appello non si limita ad accertare l'esistenza dell'errore denunciato, ma viene investito del potere di riesaminare nel merito quella parte della controversia di 1° grado, cioè quelle istanze di tutela (domande o eccezioni) che la parte impugnante ha scelto di devolvere, cioè di riproporre al giudice d'appello. Quindi, il giudice di appello ha un potere di riesame che potenzialmente si può estendere all'intera controversia di 1° grado, cioè a tutte le istanze decise in 1° grado, ma solo se questo è il risultato dell'effetto devolutivo, cioè della scelta della parte impugnante di impugnare integralmente la sentenza (← cosa che è possibile solo se c'è una soccombenza totale della parte e solo se su ciascun capo della sentenza è possibile enucleare un motivo di impugnazione). Il carattere sostitutivo è un corollario della natura devolutiva dell'appello → riguarda la sentenza d'appello. In quanto il giudice d'appello conosce nuovamente il merito della controversia, allora il risultato di questa attività cognitoria si deve sostituire sempre alla sentenza impugnata, indipendentemente dall'esito del giudizio impugnatorio, indipendentemente dal fatto che la sentenza di appello abbia accolto o rigettato l'appello.

Pertanto, anche quando la sentenza d'appello rigetta l'impugnazione e conferma il contenuto della sentenza di 1° grado, la sentenza d'appello sostituisce la sentenza impugnata → questo ha conseguenze importanti. Con la pronuncia della sentenza d'appello, che abbia natura condannatoria o che abbia almeno un capo condannatorio, il titolo esecutivo non è più costituito dalla sentenza di 1° grado, ma è sempre costituito dalla sentenza d'appello che lo sostituisce, anche se il contenuto condannatorio è lo stesso. Dopo la sentenza d'appello, quindi, il creditore non può pensare di usare l'azione esecutiva usando come titolo esecutivo la sentenza di 1° grado, ma dovrà impiegare la sentenza d'appello.

Dobbiamo poi ribadire che la tutela costituzionale del potere di impugnare è limitata al solo ricorso per cassazione, art. 111 co. 7 cost. → l'appello, o in generale il potere di instaurare un 2° grado di giurisdizione sul merito, non ha una salvaguardia costituzionale. tuttavia, la presenza di uno strumento come l'appello, è talmente radicato nell'ordinamento processuale civile, che una sua abrogazione creerebbe dei contrasti a livello giurisprudenziale e, soprattutto, produrrebbe una situazione di sostanziale incostituzionalità, legata ad una violazione del principio di uguaglianza (art. 3 cost.). Il fatto che l'appello non sia tutelato espressamente dalla Cost. non costituisce un momento di riflessione per l'ipotesi dell'abrogazione delle norme sull'appello, ma riguarda la possibilità che il L. ordinario limiti l'esercizio del potere di appello ← questo è possibile e legittimo, ma questa possibilità deve essere contenuta nel senso che non deve produrre una tale limitazione di questo diritto che si traduca in un forte ridimensionamento o in una abrogazione sostanziale del potere di appellare.

Sul piano della limitazione dell'appello, il cpc ha sempre cercato di trovare un **equilibrio** tra interessi contrapposti: la giustizia della sentenza (raggiungibile proprio con l'appello) e l'interesse della certezza del diritto (giudicato). In alcuni casi, questo equilibrio è stato raggiunto dal L. escludendo la appellabilità di alcune sentenze, che restano tuttavia in altro modo impugnabili (es. ricorso per cassazione).

In tempi più recenti, questo equilibrio è stato realizzato con l'introduzione del cd "filtro in appello". Questa espressione allude alla introduzione di un giudizio preliminare di ammissibilità dell'appello basato sul criterio della ragionevole probabilità di rigetto.

L'art. 348 bis cpc impone al giudice d'appello che non ritenga per altra ragione inammissibile la domanda d'appello (es. perché proposta fuori termine) di svolgere preliminarmente una valutazione di ragionevole probabilità di fondatezza o infondatezza della domanda di appello. Questa valutazione che consiste in una cognizione sommaria della domanda di impugnazione, se dà esito negativo (l'appello non ha probabilità di essere accolto), comporta che la domanda d'appello viene dichiarata inammissibile.

**È proponibile il ricorso per cassazione contro la sentenza di 1° grado, laddove l'appello sia stato dichiarato inammissibile** → sarà comunque possibile ricorrere per cassazione anche avverso il provvedimento che dichiara l'inammissibilità dell'appello ai sensi del 348 bis per effetto della previsione costituzionale del 111 co. 7 ← è necessario attribuire al provvedimento di inammissibilità la natura di sentenza, cioè di provvedimento decisorio e definitivo.

Il modo in cui il L. raggiunge tale equilibrio tra interesse alla certezza del diritto e interesse alla giustizia della sentenza si presta ad essere criticamente valutato → è ammissibile perché non c'è un limite costituzionale, ma ciononostante il L. ordinario deve comunque operare nel rispetto di alcuni precetti generali (es. principio di uguaglianza).

L'idea di limitare l'esercizio del potere di appello sulla base di un potere discrezionale del giudice significa creare disparità di trattamento tra situazioni simili. Es. situazioni di appelli analoghi che sono giudicati da giudici diversi come aventi gradi di ragionevole probabilità diversa, tale per cui in un caso l'appello è ammesso ed in un altro no.

Il problema di mancanza di tutela costituzionale dell'appello, quindi, non è un rischio di abrogazione dell'appello, ma è un tema che riguarda la definizione dei limiti da parte della legge ordinaria all'esercizio del potere di appello, e quindi all'equilibrio tra i due interessi di cui sopra.

La disciplina dell'appello è contenuta negli artt. **339-359 cpc**.

È un mezzo impugnatorio che anche nella topografia del codice assume molta importanza.

La sezione dedicata all'appello (sezione 2 titolo III libro II) precede il ricorso per cassazione (360 e ss.).

Queste norme ci fanno capire che il giudizio di appello, per effetto del principio devolutivo, produce un secondo grado di giudizio sul merito della controversia. Seppur nei limiti delle istanze devolute dall'appellante, il giudice d'appello è chiamato a riesaminare il merito della controversia.

Tuttavia, questa caratteristica è costruita nel nostro sistema processuale in maniera molto rigorosa → la disciplina dell'appello interpreta il principio devolutivo nel senso di non ammettere l'esercizio del potere di appellare se questo non implica la devoluzione al giudice superiore di almeno un'istanza relativa al merito della controversia → in sintesi, questo significa che nel nostro ordinamento non è ammissibile un appello solo sul rito.

Se si vuole appellare una sentenza nel capo relativo ad una questione pregiudiziale di rito, è necessario poter anche appellare quella stessa sentenza per una ragione di merito.

O appello la sentenza anche sul merito, o il mio appello sarà inammissibile, perché impedisce la piena espressione del principio devolutivo, cioè impedisce al giudice un riesame del merito della controversia. Se ponessi a fondamento dell'appello solo una questione pregiudiziale di rito, non consentirei al giudice di appello di riesaminare il merito.

Da questo derivano dei dubbi:

- Se la sentenza appellabile ha solo un vizio in procedendo, devo rassegnarmi a dare esecuzione ad una sentenza nulla, perché affetta da un errore in procedendo? La risposta a questa domanda è condensata in due momenti: è un rischio possibile ma accettato dall'ordinamento. L'esercizio del potere impugnatorio più forte, ossia l'appello, è voluto dall'ordinamento solo se si va a discutere della giustizia o ingiustizia della sentenza. Non è ammesso se si va a discutere solo di cavilli tecnici, quali sono le questioni di rito. Il L. processuale non accetta che l'esercizio del più forte potere impugnatorio sia legato solo alla violazione delle norme processuali. Vuole che sia sempre legato ad un vizio di ingiustizia della sentenza, un errore in iudicando → se la parte non può lamentare un errore in iudicando (e quindi che la sentenza è ingiusta nel merito) non può appellare la sentenza. Se la sentenza appellabile è affetta da un errore in procedendo su una questione di competenza del giudice, non sarà per ciò solo appellabile, ma sarà ricorribile per cassazione, non attraverso il ricorso per cassazione, ma attraverso il regolamento di competenza (323 cpc, altro mezzo di impugnazione ordinario).

#### QUALI SONO LE SENTENZE APPELLABILI?

Le sentenze appellabili sono **tutte le sentenze pronunciate in 1° grado** ← così prevede il 339 cpc.

Questo va però precisato. Riferirsi a tutte le sentenze pronunciate in 1° grado significa che l'appello è esperibile sia contro sentenze di 1° grado definitive che non definitive. Abbiamo visto, infatti, la riserva di appello come strumento con cui la parte soccombente in senso virtuale può riservarsi l'appello di una sentenza non definitiva di 1° grado. Se la parte soccombente su una sentenza non definitiva di 1° grado sceglie di non fare riserva di appello ma di appellare subito la sentenza non definitiva, potrà farlo, ma a condizione che sia una sentenza non definitiva di merito → non potrà proporre appello immediato contro una sentenza non definitiva di rito.

Tutte le sentenze pronunciate in 1° grado non sono solo le sentenze pronunciate dal tribunale, ma anche quelle pronunciate dal giudice di pace. Nell'ambito della giurisdizione ordinaria, infatti, gli organi giudiziari di 1° grado sono sia il GdP che il tribunale.

In materia di appello e in materia di impugnazione vige una regola, la cd "**competenza funzionale**" → inderogabile in ragione della funzione. Per l'appello, questa competenza funzionale è stabilita dall'art. 341 che stabilisce che il giudice funzionalmente competente a decidere l'appello avverso le sentenze pronunciate in 1° grado dal tribunale è la corte d'appello, mentre il giudice funzionalmente competente a decidere l'appello avverso le sentenze pronunciate in 1° grado dal GdP è il tribunale.

Il tribunale è un organo in composizione collegiale, così come lo è sempre la corte d'appello. Si è sempre voluto ragionevolmente pensare che un collegio giudicante elabori una decisione più giusta rispetto ad un organo monocratico. Il dibattito tra i giudici in composizione dispari che compongono il collegio dovrebbe offrire un maggiore apporto critico, quindi una maggiore resistenza logico-giuridica della decisione. Dal 1998, ai sensi del 50 ter del cpc, le cause di 1° grado che spettano alla competenza del tribunale sono trattate e decise dal tribunale in composizione monocratica.

La regola soffre alcune eccezioni. Il fatto che ci siano eccezioni si deduce dal 339, che nei suoi commi prevede ipotesi in cui è la legge o la volontà delle parti ad escludere l'appello.

Nel primo caso, le sentenze sono inappellabili per legge; nel secondo caso, sono inappellabili per volontà delle parti.

Anche quando la sentenza è resa inappellabile per le parti, si trova comunque sempre un modo con cui il L. ha cercato di trovare un equilibrio tra quelle esigenze contrapposte di cui sopra, solo che in questo caso ha demandato la ricerca dell'equilibrio alla scelta delle parti.

Vediamo le ipotesi di **ESCLUSIONE LEGALE** dell'appello:

- I) Era contenuta già nel codice del 1940. Si tratta dell'ipotesi dell'art. **114 cpc** → casi in cui **la sentenza di 1° grado**, quindi una sentenza astrattamente appellabile, **sia stata pronunciata dal tribunale secondo equità**. Il cpc al 113 prevede casi in cui il giudice decide la causa secondo diritto. si presuppone la conoscenza del diritto da parte del giudice, senza bisogno per le parti di provare l'esistenza del diritto. il giudice in quanto conosce autonomamente il diritto, non è vincolato dalla qualificazione giuridica del fatto operata dalle parti, potendo sempre riquilibrare il fatto come ritiene più opportuno. Il giudice è vincolato solo dalla ricostruzione fattuale operata dalle parti. la regola del 113 ha anche un'altra implicazione → nei casi posti dalla legge il giudice può decidere la causa secondo equità, cioè secondo un parametro diverso dal diritto. "equità" non va inteso secondo il significato che in materia contrattuale è sotteso a questo vocabolo nel cc, ad esempio come strumento per integrare le pattuizioni processuali. L'equità allude, secondo il 113, ad un diverso parametro di giudizio rispetto al diritto, che è il diritto in senso oggettivo, cioè la legge. il giudice è chiamato a decidere secondo equità la decisione può anche fondarsi su regole diverse da quelle stabilite dalla legge a condizione che da un lato rispondano alle specifiche caratteristiche del caso concreto e a condizione che rispettino comunque i principi generali dell'ordinamento.

Dobbiamo fare riferimento sia ai principi generali in materia processuale (una sentenza pronunciata secondo equità se violasse il principio del contraddittorio) e in materia sostanziale (regole basilari del processo civile, partendo dalla regola del 2043). Ma entro certi limiti si può legittimamente esercitare la decisione secondo equità.

Il 114 fa riferimento alla prima e più importante ipotesi di decisione secondo equità:

- **Il tribunale impiega l'equità in luogo del diritto per risolvere una questione di 1° grado → può farlo quando ci sono i presupposti previsti dal 114**, che sono due. La controversia deve avere ad oggetto diritti disponibili. Deve trattarsi di una controversia che attiene a diritti di carattere patrimoniale. È esclusa la ricorribilità all'equità per diritti indisponibili, che attengono a beni della vita legati strettamente alla persona e alla sua dignità (es. diritto al nome). L'impossibilità di rinunciare al diritto come metro di giudizio in favore di un criterio come quello dell'equità si giustifica con la motivazione della tutela di diritti caratterizzati da interessi personali o personalissimi che coinvolgono anche beni di rilevanza pubblicistica, perché impattano sulle aspettative del pubblico, cioè della collettività. La seconda condizione è che ci sia la richiesta concorde di tutte le parti → rinunciano al parametro certo (diritto) in favore di un parametro equitativo ← consente alle parti di indicare al giudice cosa intendono per equità nella loro vicenda concreta, cioè quali sono i parametri alternativi a quelli del diritto che vogliono come parametri guida per la decisione della loro controversia. Il 114 stabilisce la regola secondo cui queste sentenze non sono appellabili. Le sentenze pronunciate dal tribunale secondo equità non sono appellabili. Quale è la ragione di questa esclusione dell'appello? La ragione è legata all'eccessivo grado di arbitrarietà che l'appello potrebbe avere. Infatti, sarebbe evidente che lo stesso parametro di giudizio impiegato dal giudice di 1° grado dovrebbe essere impiegato anche dal giudice d'appello (es. secondo equità sia in 1° che in 2° grado). Far decidere un'impugnazione ad una sentenza in base all'equità, però, è troppo rischioso → rischio di una decisione d'appello estremamente arbitraria da parte del giudice superiore che può non condividere quella interpretazione di equità operata dal giudice di 1° grado e quindi modificare la sentenza di 1° grado solo perché impiega un diverso concetto di equità. Se il giudice dell'impugnazione potesse valutare la sentenza di 1° grado sulla base di

regole diverse, non ci sarebbe più una reale impugnazione, ma una nuova decisione del secondo giudice secondo un criterio diverso. Il rischio rende impossibile l'esercizio dell'impugnazione.

- **Art. 113 co 2** → originariamente, anche il GdP poteva decidere la controversia anziché secondo diritto, secondo equità (per equità intendiamo sempre il concetto di cui sopra). Tuttavia, nel 2017 questa regola è stata modificata → quella che era una vera e propria inappellabilità della sentenza pronunciata in 1° grado secondo equità dal **GdP**, è diventata semplicemente una **limitazione all'esercizio del potere di appello**.

Quali sono le situazioni in cui il GdP può decidere secondo equità ce lo dice il 113 co. 2 → cause il cui valore non eccede i 2500 euro, salvo che si tratti di controversie derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi ai sensi del 1342 (contratti conclusi senza trattazione e mediante la sottoscrizione di formulari). C'è quindi una significativa differenza rispetto all'ipotesi del 114: nel caso in cui sia il GdP a decidere secondo equità, si prescinde dalla natura della controversia e dall'istanza congiunta delle parti.

Cosa accade se ci si trova davanti ad una sentenza del GdP ai sensi del 113 co.2? La sentenza è appellabile sono in alcuni casi, datici dal 339 co.3 → **le sentenze del GdP pronunciate secondo equità sono appellabili esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento + per violazione di norme costituzionali o comunitarie + per violazione dei principi regolatori della materia** ← principi generali dell'ordinamento.

Il L. ha preso atto del fatto che se si ammette il ricorso ad una decisione secondo equità prescindendo dalla volontà delle parti, bisogna assicurare alle parti la possibilità di impugnare la sentenza nel caso in cui siano commesse violazioni particolarmente gravi → problema di prima: la decisione su un appello di una decisione secondo equità può essere foriero di una decisione molto arbitraria. Questo rischio può essere mitigato perché le possibilità di appellare la sentenza secondo equità è limitata ad ipotesi di violazione della legge → è limitata ad ipotesi in cui il giudice superiore ha un parametro diverso da quello dell'equità ma certo (principi processuale e generali dell'ordinamento).

- **Insieme dei casi in cui la legge espressamente prevede l'inappellabilità di sentenze di 1° grado che siano state pronunciate NON secondo equità, ma secondo il metodo tradizionale.** L'ipotesi più rilevante è la sentenza che decide l'opposizione all'esecuzione ← incidente cognitorio in sede esecutiva. Se viene posto in essere un atto esecutivo (es. notificato atto di pignoramento) da un creditore non munito in un titolo esecutivo valido, il debitore, per contestare l'illegittimità dell'esecuzione forzata nei suoi confronti deve instaurare un procedimento che è l'opposizione all'esecuzione che si propone davanti al tribunale ed ha ad oggetto non l'accertamento di un diritto soggettivo, ma l'accertamento dell'esistenza e della validità del titolo esecutivo. La sentenza di 1° grado con cui il tribunale decide l'opposizione all'esecuzione è per legge inappellabile. La ratio è legata alla volontà di evitare un esercizio pretestuoso dell'opposizione all'esecuzione da parte del debitore.

#### SENTENZE INAPPELLABILI PER VOLONTÀ DELLE PARTI:

Art. 360 co.2 prevede la possibilità che le parti si accordino per escludere l'appellabilità della sentenza di 1° grado, riservandosi esclusivamente la possibilità di ricorrere per cassazione avverso la sentenza di 1° grado. A questo istituto si dà il nome di **"RICORSO PER SALDUM"** → si salta l'appello e si va direttamente in Cassazione.

Perché è stato previsto questo istituto? La legge consente alle parti di pattuire l'esclusione dell'appello sia in un momento precedente la pronuncia della sentenza di 1° grado, sia in un momento successivo alla pronuncia della sentenza di 1° grado → la ragione di questo istituto è legata alla volontà della legge di consentire alle parti di utilizzare il potere di appellare la sentenza come strumento per transigere, cioè per conciliare la lite. Normalmente si ha il ricorso per saldum, cioè l'esclusione volontaria dell'appello, quando le parti hanno raggiunto, prima o dopo la sentenza, un accordo transattivo. Il più delle volte, tale accordo



prevede la acquiescenza espressa della sentenza se questa è già stata pronunciata, cioè l'esplicita volontà di rinunciare a proporre qualunque mezzo impugnatorio avverso la sentenza, o comunque la rinuncia all'azione (art. 310 cpc). La rinuncia all'azione è cosa diversa dall'acquiescenza volontaria, ma anche dalla rinuncia agli atti del giudizio. Nel caso della rinuncia all'azione, art. 310, si ha estinzione dell'azione, cioè impossibilità per la parte di riproporre la stessa domanda in quanto ha rinunciato proprio al diritto di far valere in giudizio una determinata situazione giuridica soggettiva. solitamente con le transazioni si ha una rinuncia all'azione.

Nel caso del 360 co.2 la parte, accordandosi con la controparte per escludere l'appello, fa una rinuncia al potere di proporre un determinato mezzo impugnatorio, cioè fa una rinuncia ad una specifica facoltà del diritto di azione, quella appunto di appellare la sentenza. Questo comporta che, quindi, altri mezzi impugnatori sono esperibili. Quali sono gli altri mezzi impugnatori esperibili? Sono solo il ricorso per Cassazione ← questo perché lo impone la legge al 360 co.2.

L'accordo del 360 co. 2 è stato definito un negozio processuale. È una sorta di atto negoziale posto in essere in un atto processuale. L'effetto di rendere inappellabile la sentenza è voluto dalle parti; però questo effetto non è interamente determinato dalle parti, ma è co-determinato dalla legge → se le parti escludessero l'appello, manterrebbero l'esperibilità degli altri mezzi impugnatori. Se le parti scelgono di rinunciare all'appello, resta esperibile solo il ricorso per Cassazione.

**Con il 360 co. 2, la legge ammette il ricorso per Cassazione ma limitatamente ad uno dei 5 motivi, quello indicato al n. 3 → violazione o falsa applicazione della norma di diritto.**

### COME SI PROPONE QUESTO MEZZO IMPUGNATORIO?

Una volta individuato il giudice funzionalmente competente e quali sono le sentenze appellabili, quale atto processuale devo compiere?

Il 342 cpc stabilisce, nella sua attuale versione del 2012, che l'atto di appello si propone con citazione contenente le indicazioni dell'art. 163. Questa disposizione rappresenta l'attuazione di un principio più generale, ossia quello della conservazione della forma in forza del quale la forma dell'atto di impugnazione è la stessa della domanda giudiziale. Siccome il cpc disciplina il 1° grado del giudizio di cognizione pensando ad una domanda giudiziale che ha la forma della citazione, dice che l'atto di appello deve avere la medesima forma, ossia citazione.

Lo stesso discorso vale se l'atto aveva la forma del ricorso.

Il 342 richiama poi il 163 cpc, ossia la disposizione che regola il contenuto formale della citazione → quegli stessi requisiti che costituivano il contenuto essenziale della domanda giudiziale, costituiscono il contenuto essenziale anche dell'atto di appello. Il richiamo al 163 è però un'applicazione speciale di un principio più generale, che è scritto nella legge, al 359. In quanto norma di chiusura, stabilisce che per tutto quanto non espressamente regolato dalle precedenti disposizioni, all'appello si applicano le norme sul processo ordinario di cognizione di 1° grado davanti al tribunale (artt. 163 e ss).

Il richiamo all'art. 163 vale nei limiti della compatibilità → è vero che è una domanda di impugnazione, ma la sua natura impugnatoria la rende comunque dotata di caratteristiche che sono completamente diverse da quelle della domanda giudiziale. I principali adattamenti riguardano due aspetti principalmente del contenuto formale della citazione:

- a) **Relativo agli elementi costitutivi dell'azione** → oggetto e titolo della domanda (**numeri 3 e 4 del 163**). Se trasferiamo questi concetti ad una domanda di impugnazione, non possono avere lo stesso identico significato della domanda giudiziale. Se anche la domanda di appello ripropone al giudice la stessa domanda proposta e decisa in 1° grado, il petitum e la causa petendi della domanda di appello sono inevitabilmente diversi da quelli della domanda giudiziale. L'oggetto della domanda di impugnazione non è lo stesso provvedimento richiesto in 1° grado. Potrà trattarsi di un provvedimento di natura diversa, secondo quelle che sono le ragioni dell'impugnazione. In secondo luogo, l'oggetto della domanda di impugnazione fa riferimento ad un provvedimento che accolga l'impugnazione. Sulla scorta dell'accertamento di questi errori, la sentenza di appello ridedicherà il merito della controversia → l'oggetto farà riferimento anche ad un provvedimento di tutela. Per quel che riguarda la causa petendi vale un analogo discorso → gli elementi di fatto e di diritto che

costituiscono la domanda, nella istanza di impugnazione si traducono in qualcosa di più rispetto al titolo della domanda giudiziale. Il titolo della domanda di impugnazione è composto anzitutto dalle censure mosse dalla parte impugnante, che vengono a costituire i motivi della domanda di impugnazione. Nel petitum ci rientra la richiesta del provvedimento conseguente all'errore denunciato. L'enunciazione del motivo rientra, invece, nella causa petendi.

- b) **Relativo alle decadenze in cui incorre il convenuto se sceglie di non costituirsi almeno 20 gg prima dell'udienza, che attengono all'esercizio delle difese consistenti nelle eccezioni in senso stretto, domande riconvenzionali e istanza di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo, n. 7 del 163.** Questo non va applicato alla istanza d'appello, perché siamo ben oltre quel limite. L'avvertimento è mantenuto relativamente al potere di avvalersi dell'appello incidentale. Il 143 prevede che l'appello incidentale si debba esercitare secondo le forme ed i termini di costituzione in giudizio del convenuto in appello → la proposizione dell'appello incidentale deve avvenire entro il termine perentorio di 20 gg prima della data della prima udienza in appello. La parte appellata, viceversa, decade dal potere di impugnare in via incidentale la sentenza.
- c) **Relativo al termine a comparire, 163 bis** → la parte appellante deve fare attenzione a rispettare il termine di 90 o 120 gg tra la data della notifica dell'atto di citazione in appello e la data della prima udienza che avrà fissato nello stesso atto di appello.

Il 342, poi, dice altre due cose:

**I motivi di appello**, che sono la parte più essenziale della domanda di appello, **devono essere formulati in modo specifico**. La norma diceva questa cosa espressamente fino al 2012. Dopo il 2012 dice solo che l'appello deve essere motivato, ma con una formulazione nuova indica gli elementi degli atti di appello essenziali per esplicitare le ragioni dell'impugnazione in modo specifico. È come se dicesse quale è il modo in cui si deve indicare in modo specifico la causa petendi della domanda di appello, quale è il modo in cui devono essere formulati i motivi di appello.

Cosa significa questo? Dal pov generale, specifico significa preciso. Ma questa precisione non significa solo che devono essere individuati degli errori della sentenza e che devono essere spostati in modo chiaro, ma significa anche una cosa in più → che l'atto di appello, per contenere motivi specifici, deve indicare quali sono gli argomenti fattuali e giuridici la cui applicazione può condurre il giudice di appello ad una decisione diversa rispetto a quella raggiunta in 1° grado.

**Motivi specifici** ← **bisogna spiegare perché il giudice ha sbagliato e dove o come ha sbagliato**. Nel fare ciò, la parte suggerirà anche il percorso logico-giuridico alternativo, cioè giusto secondo la sua visione per risolvere una certa istanza. In generale, il discorso sfugge un po'. Acquista un senso concreto solo in relazione ai singoli casi e non si può escludere che c'è un certo margine di discrezionalità del giudice nel considerare specifici i motivi di appello.

Tutto questo è stato esplicitato in 3 punti del nuovo art. 342 → un atto di appello contiene motivi specifici se:

1. **Indica le parti del provvedimento che si intendono appellare**. Bisogna, quindi, circoscrivere i singoli capi della sentenza, cioè le singole domande, su cui concentrare l'impugnazione.
2. **Indica le modifiche richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di 1° grado** ← allude ai casi in cui il motivo di appello attiene ad un errore in iudicando relativo alla ricostruzione fattuale, ossia alla valutazione delle prove. Questo implica che il giudice di 1° grado ha erroneamente valutato le risultanze probatorie e ha ricostruito uno o più elementi della vicenda nel modo sbagliato.
3. **Indica le circostanze da cui deriva la violazione della legge, unitamente all'indicazione della rilevanza di queste circostanze ai fini della decisione**. Le circostanze da cui deriva la violazione della legge possono essere sia errori in procedendo (violazione di norma processuali) sia errori in iudicando (violazione di norme sostanziali che servono al giudice per decidere la controversia). siamo davanti ad errore in iudicando anche se non c'è errore nella ricostruzione del fatto, ma il giudice ha applicato la norma sbagliata o ha applicato la norma giusta con una portata precettiva sbagliata. In questo caso non basta, perché i motivi siano specifici, indicare la circostanza da cui deriva la violazione → bisogna anche indicare necessariamente la rilevanza di questi errori ai fini

della decisione. Devono essere errori potenzialmente decisivi, in grado di modificare la conclusione raggiunta dal giudice di 1° grado.

**Il requisito della specificità dei requisiti continua anche dopo la novella del 2012 continua ad essere indicato dal L. a pena di inammissibilità** ← sanzione espressamente prevista dalla legge. Questo preclude la riproponibilità della stessa domanda.

La sanzione della inammissibilità ci fa capire che l'indicazione specifica dei motivi è estremamente importante anche dal pov pratico, perché viviamo in un regime normativo in cui l'appello è soggetto ad un vaglio preliminare di ammissibilità legato alla ragionevole probabilità di fondatezza o meno dell'appello stesso.

L'assenza totale o l'assoluta incertezza dei motivi di appello rende questo senz'altro inammissibile, perché manca un elemento della domanda, ma la sanzione della inammissibilità assume rilevanza anche quando il motivo di appello c'è, ma non è costruito in modo così specifico da permettere al giudice di dire che l'appello può essere fondato.

Se non supero questo vaglio, c'è il rischio che non riesco ad ottenere l'ammissibilità dell'appello.

### IL PRINCIPIO DEVOLUTIVO:

Dobbiamo cominciare a studiare il significato ed il funzionamento del principio devolutivo, che è il carattere essenziale e distintivo dell'appello. L'appello ha carattere devolutivo in quanto consente al giudice dell'impugnazione di riesaminare il merito della controversia, ma non come automatismo, bensì nei limiti di quanto le parti hanno deciso di devolvere al giudice dell'impugnazione per un nuovo esame. Tale possibilità dipende dalla possibilità di formulare dei motivi di impugnazione, ossia la possibilità di individuare degli errori in procedendo ed in iudicando o solo in iudicando con la conseguente possibilità di offrire al giudice dell'impugnazione i nuovi argomenti logico giuridici che consentono di risolvere correttamente l'istanza di tutela devoluta.

Vediamo di capire cosa vuol dire che il giudice d'appello è posto nelle condizioni di riesaminare e decidere nuovamente le parti della tutela di 1° grado che sono state impugnate. Ricordiamo che dietro il concetto di parti o capi di sentenza ci sono istanze di tutela giurisdizionale, cioè domande o eccezioni proposte dalle parti nel processo di 1° grado e risolte dal giudice nella sentenza.

Diciamo subito che si è soliti individuare un fondamento normativo del principio devolutivo. Se ci chiediamo da cosa capiamo che l'appello ha carattere devolutivo, la risposta è che questo carattere dell'appello è desumibile non solo da una lunga tradizione della procedura civile, ma anche ad una specifica disposizione, che è quella dell'art. 346 cpc → è rubricata decadenza dalle domande e dalle eccezioni non riproposte. La sua disposizione stabilisce sinteticamente che: "Le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di 1° grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate".

Il 346 si presta ad una duplice lettura:

1. Lettura basilare o primaria → consente di individuare il fondamento normativo del principio devolutivo
2. Lettura che fa riferimento ad una particolare declinazione del principio devolutivo e che attiene a quello che possiamo chiamare "potere di mera riproposizione" e che attiene alle questioni assorbite dal giudice di 1° grado

Per ora, però, limitiamoci a considerare solo questa primaria lettura del 346 → la norma fa riferimento alla situazione in cui la sentenza di 1° grado suscettibile di appello sia contraddistinta dalla presenza di 1 o più capi che non hanno accolto la domanda o l'eccezione proposta in primo grado. Il mancato accoglimento viene interpretato come riferimento al rigetto con decisione espressa della domanda o dell'eccezione proposta in 1° grado → il giudice ha ritenuto inammissibile o infondata la domanda o l'eccezione proposta. Già nell'interpretare l'espressione "non accolte nella sentenza" si può ricavare la seconda lettura → domanda ed eccezioni non accolte sono anche quelle decise implicitamente mediante assorbimento. Il 346 prende in considerazione poi il comportamento della parte soccombente → se questa, legittimata ed interessata ad appellare la sentenza, omette di riproporre espressamente in appello le domande o le

eccezioni rigettate, si determina un effetto automatico, una presunzione legale assoluta secondo cui la parte ha inteso rinunciare all'impugnazione di tali domande o eccezioni.

Secondo questa prima lettura, dunque, **il principio devolutivo deriva da una applicazione del principio dell'acquiescenza presunta o legale** (329 co.2). Si presume che la parte voglia rinunciare ad impugnare e quindi riproporre le relative istanze.

Questa interpretazione consente di ricavare il principio devolutivo a contrario → se le domande e le eccezioni non accolte e non espressamente riproposte in appello si intendono rinunciate, allora solo le domande e le eccezioni che la parte appellante ha espressamente riproposto mediante appello principale o incidentale possono essere riesaminate legittimamente dal giudice d'appello. La corrispondenza tra ciò che viene devoluto dalla parte appellante al giudice dell'impugnazione e ciò su cui il giudice dell'appello si deve pronunciare è una conseguenza della regola dell'acquiescenza presunta o legale applicata al mezzo dell'appello.

L'aspetto che in questa esposizione è utile per capire il funzionamento del principio devolutivo è il fatto che si riferisca alle domande e alle eccezioni non accolte, cioè ai capi di rigetto contenuti nella sentenza di 1° grado, perché questo ci fa capire che appellare la sentenza, cioè applicare il principio devolutivo, significa prestare attenzione in particolare a due atteggiamenti. Premesso che la parte appellante ha anzitutto l'onere di individuare la parte della sentenza che è affetta da errore e sfavorevole all'appellante, secondo quanto stabilisce anche il 342 cpc, due sono i momenti su cui si concentra l'attività di appello:

- I. Domandare al giudice di decidere nuovamente la domanda o l'eccezione che è stata rigettata nella sentenza impugnata
- II. Domandare al giudice di compiere questa nuova decisione della domanda rigettata risolvendo correttamente la questione o e questioni la cui soluzione è necessaria per decidere la domanda devoluta

→ appellare significa, quindi,

questo ci deve allora far distinguere in modo molto netto due momenti che determinano insieme l'ambito applicativo di questo principio:

1. **Oggetto del processo di appello** → è dato da quella parte dell'oggetto del processo di 1° grado che è stato erroneamente deciso dal giudice di 1° grado → si tratta cioè di quelle istanze di tutela che, essendo state erroneamente decise dal giudice di primo grado, sono anche devolute al giudice d'appello. Le istanze di tutela giurisdizionale devolute al giudice dell'impugnazione costituiscono il thema decidendum in appello, che può coincidere con quello del processo di 1° grado se il principio devolutivo è applicato al massimo (individua errori in ciascuno dei capi). Il principio devolutivo si può comprimere e concentrarsi solo su alcuni capi → il thema decidendum dell'appello è molto più ristretto.
2. **Ambito della cognizione del giudice di appello** → si riferisce alle questioni la cui soluzione è necessaria per la decisione di ciascuna istanza di tutela devoluta al giudice dell'impugnazione. Per decidere una domanda, bisogna risolvere una serie di questioni fattuali o giuridiche. Ci sono tante questioni da risolvere quanti sono gli elementi costitutivi della fattispecie da cui deriva il diritto dedotto nella domanda. Così, se ipotizziamo una sentenza che si pronuncia su una domanda di risarcimento del danno da fatto illecito, avremo un oggetto del processo di appello costituito dalla domanda risarcitoria decisa con la sentenza di 1° grado. Ma all'interno per così dire di questa domanda sono individuabili una serie di questioni che corrispondono ai passaggi logici necessari che il giudice deve fare per risolvere la domanda. La condotta, l'imputabilità per dolo o colpa della condotta stessa, il nesso di causalità tra la condotta imputabile e l'evento dannoso, l'evento dannoso stesso, nonché la conseguenza dannosa dell'evento se si determina nella sfera giuridica e patrimoniale del danneggiato. Tutti questi elementi sono costitutivi della fattispecie da cui deriva il diritto di credito → vengono a costituire potenziali questioni la cui soluzione è necessaria per decidere la domanda. Gli elementi costitutivi della fattispecie diventano questioni, cioè passaggi logici indispensabili per decidere la domanda, quando sono oggetto di contestazione ad opera della controparte. E la contestazione della controparte è, per altro, foriera di possibili ulteriori questioni, oltre a quelle che attengono a ciascun elemento costitutivo della fattispecie del diritto di credito (sappiamo che la controparte è legittimata ad eccepire fatti estintivi, modificativi o impeditivi del

diritto di credito). ciascuno di questi fatti diversi da quello costitutivo vengono a denuclearare ulteriori questioni la cui soluzione è necessaria per decidere quella stessa istanza. Se il convenuto eccepisce la prescrizione, questa diventa un'ulteriore questione necessaria per decidere la domanda di credito.

Il principio devolutivo si applica quindi in rapporto sia alle istanze di tutela che alle questioni la cui soluzione serve per decidere quelle istanze → si parla di ambito della cognizione del giudice più che di oggetto del processo.

Possiamo potenzialmente immaginare l'applicazione del principio devolutivo in relazione a numerose situazioni. Almeno 4 possibili situazioni e le esaminiamo nella prospettiva dell'oggetto → come il principio devolutivo si applica in relazione al thema decidendum:

- 1) Casi in cui la sentenza definitiva di primo grado si è pronunciata sulla domanda giudiziale dell'attore e sulle relative eccezioni proposte dal convenuto. la domanda giudiziale dell'attore può essere naturalmente anche complessa cioè si può trattare di due o più domande giudiziali legate come sappiamo da un vincolo di subordinazione. bene se ipotizziamo nel caso più semplice una singola domanda dell'attore con due eccezioni opposte dal convenuto, la situazione che si viene a determinare in vista dell'appello è questa: la sentenza avrà un unico capo con il quale decide la domanda giudiziale dell'attore in rapporto alle due eccezioni opposte dal convenuto. È chiaro, infatti, che se le eccezioni si riferiscono alla domanda la decisione della domanda deve necessariamente inglobare anche la decisione sulle relative eccezioni. pensate all'ipotesi più semplice e fatta tante volte delle eccezioni di merito eccezione di prescrizione ed eccezione di pagamento a fronte di una domanda di condanna del debitore al pagamento il giudice non può pronunciare la domanda se non attraverso la pronuncia sulle eccezioni del convenuto. È chiaro, infatti, che a seconda della sua convinzione sulla eccezione di prescrizione e sulla eccezione di pagamento, arriverà ad una specifica conclusione sulla domanda giudiziale. si ritiene ad esempio il debito prescritto e comunque pagato l'esito non potrà che essere il rigetto della domanda del giudice. in questo caso quindi come vi dicevo abbiamo un unico capo della sentenza. se la parte che ha proposto questa domanda è soccombente perché la domanda viene rigettata poniamo in accoglimento di entrambe le eccezioni di merito svolte dal convento qual è l'oggetto del processo di appello? l'oggetto del processo di appello verrà a coincidere con la domanda proposta in questo caso in via esclusiva in primo grado è decisa nell'unico capo della sentenza. vi è cioè una perfetta coincidenza tra il tema decidendum in primo grado e il tema decidendum in appello. Le eccezioni non sembrano essere toccate dal principio devolutivo, ma vedremo che così non è. La situazione è più complicata se le domande giudiziale proposte cumulativamente sono due o più legate tra loro, magari da un vincolo di subordinazione ← avremo più capi della sentenza per ciascuna domanda giudiziale cumulativamente proposta e su ciascuna di esse è possibile immaginare che il convenuto sollevi una o più eccezioni. ciascuna domanda è un potenziale oggetto del processo d'appello. Se il soccombente decide di censurare il capo con cui è stata decisa la prima domanda, l'oggetto del processo di appello sarà limitato al riesame di quella singola domanda decisa in 1° grado e devoluta dall'appellante → thema decidendum in appello più ristretto.
- 2) Casi in cui vi sia una domanda riconvenzionale proposta dal convenuto nei confronti dell'attore, il quale a sua volta si sia difeso con la proposizione di una o più eccezioni → l'oggetto del processo di appello corrisponde con la domanda riconvenzionale proposte dal convenuto in primo grado e da questi riproposte e devolute al giudice d'appello con l'impugnazione
- 3) Domanda di accertamento incidentale art. 34 → la domanda attiene ad un particolare elemento costitutivo della fattispecie di un diritto, ossia il diritto pregiudiziale ← situazione giuridica che, pur avendo rilevanza autonoma, è esaminata e decisa dal giudice di 1° grado in funzione della decisione del diritto dipendente dedotto in via principale dalla parte → la domanda è cumulata a quella che ha ad oggetto il diritto soggettivo dipendente, ma ha una sua rilevanza autonoma → può essere oggetto di una o più eccezioni. L'oggetto del processo viene a coincidere con le domande incidentali espressamente devolute dalla parte
- 4) Coinvolgimento di un terzo → domanda giudiziale proposta in via riconvenzionale dal terzo intervenuto volontariamente nel processo o proposta nei confronti del o dal chiamato in causa dal

processo. anche questa domanda, divenendo la domanda di una parte, è idonea a finire nell'oggetto del processo di appello.

Proviamo ad immaginarci **un esempio** → immaginiamo che il processo di primo grado aveva ad oggetto una domanda di condanna del debitore all'adempimento del contratto e in via subordinata una domanda di condanna al risarcimento del danno da ritardo o inadempimento relativo. L'attore chiede l'esecuzione del contratto e la condanna del debitore, cioè del contraente inadempiente, a risarcire il danno conseguente al ritardo nell'esecuzione della prestazione dovuta. Abbiamo due domande legate tra loro da un vincolo di subordinazione e pertanto cumulate nello stesso processo dall'attore.

La sentenza che definisce il giudizio di primo grado conterrà due capi, ciascuno per ogni domanda.

Ipotizziamo che il capo principale disponga l'accoglimento della domanda di condanna all'adempimento del contratto, riconoscendo pertanto l'imputabilità dell'inadempimento, mentre il capo dipendente rigetti la domanda subordinata di condanna al risarcimento del danno. Questo esito può dipendere ad esempio dal fatto che l'attore non è stato in grado di dimostrare l'ammontare del danno o la sua effettiva produzione nella sfera giuridico patrimoniale che gli appartiene.

Qual è la soccombenza formale e sostanziale? È evidente che nella prospettiva dell'attore vi è una soccombenza effettiva soltanto sul capo dipendente, quello relativo appunto alla domanda di risarcimento del danno.

Conseguentemente, la parte soccombente si troverà nelle condizioni per fare un appello parziale, cioè chiedere la riforma della sentenza di primo grado limitatamente al capo di condanna al pagamento dei danni. Questo implica un possibile diciamo passaggio in giudicato del capo principale non impugnato per effetto dell'acquiescenza presunta o legale, art. 329 comma 2.

Nella formulazione della domanda di appello parziale trova attuazione il principio devolutivo → la domanda di appello si concentra solo su quella porzione del thema decidendum in 1° grado su cui la parte appellante vuole il riesame da parte del giudice d'appello. Qui l'applicazione del principio devolutivo è molto semplice, è imposta dalla soccombenza parziale.

L'oggetto del processo d'appello, il thema decidendum, è concentrato sulla sola domanda del ...

Il giudice dovrà assumere alcuni elementi della vicenda come certi, tanto che su di essi si è formato il giudicato e queste riguardano la prima domanda, ossia quella di condanna al risarcimento del danno ← il giudice non può mettere in discussione che c'era un contratto valido ed efficace e che questo è stato inadempito per dolo o colpa del convenuto.

Ciò che dovrà essere riesaminato attiene alla produzione di un danno che segue all'inadempimento.

## AMBITO DELLA COGNIZIONE DEL GIUDICE DELL'APPELLO

→ come si completa l'attuazione del principio devolutivo.

Non dobbiamo fermarci al piano del thema decidendum, delle istanze di tutela che il giudice dell'impugnazione è chiamato a ridecidere, ma dobbiamo addentrarci in ciascuna istanza di tutela riproposta in sede di appello.

Quegli elementi che sembravano privi di rilevanza inizialmente, acquistano ora tutta la loro importanza → la sentenza che ha definito il giudizio di 1° grado pronunciandosi su ciascuna domanda giudiziale proposta lo ha fatto alla luce della soluzione di una serie di questioni che possono attenerne a ciascuno degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con quella domanda e contestati dal convenuto, ma possono riguardare anche ulteriori elementi non costitutivi, ma estintivi, modificativi o impeditivi opposti dal convenuto per ampliare la sua contestazione.

Nel momento in cui l'appellante decide di impugnare la sentenza devolvendo al giudice dell'appello l'esame di una domanda erroneamente decisa in 1° grado, deve tenere conto delle eccezioni sollevate in primo grado dal convenuto ed accolte dal giudice di 1° grado. Perché? perché l'accoglimento di quelle eccezioni fa riferimento ad elementi estintivi, modificativi o impeditivi che costituiscono i motivi del rigetto della domanda.

Se ci chiediamo perché il giudice di 1° grado ha rigettato a domanda dell'attore, la risposta è perché ha accettato una o tutte delle eccezioni proposte dal convenuto. Ma dal pov concreto significa che la domanda

è stata rigettata perché ha ritenuto il diritto dell'attore, ad esempio, prescritto, oppure estinto per pagamento ecc.

La motivazione della sentenza viene spesso a coincidere con l'accoglimento degli argomenti posti dalla parte a fondamento della propria istanza. In tal caso, gli argomenti che l'attore pone a fondamento, sono quelli che il convenuto ha posto a fondamento della sua domanda di tutela, cioè l'eccezione.

Gli elementi dedotti con l'eccezione vengono a costituire le questioni che il giudice deve necessariamente risolvere per decidere la domanda. Queste possono essere costituite anche dagli elementi costitutivi della domanda, ma generalmente il convenuto non si limita a difendersi negando i fatti costitutivi, perché il più delle volte questi sono provati in maniera adeguata. La difesa del convenuto si rafforza solo se è nelle condizioni di eccepire fatti ulteriori rispetto a quelli costitutivi ed aventi per così dire un segno diverso in quanto estintivi, modificativi o impeditivi.

L'ambito della cognizione del giudice è costituito dalle questioni che derivano dalle eccezioni → l'applicazione del principio devolutivo da parte dell'appellante deve anche concentrarsi sulle singole questioni devolute al giudice dell'appello.

Facciamo anche qui un **esempio**: immaginiamo la nostra sentenza definitiva di 1° grado e come abbiamo detto il capo dipendente di rigetto della istanza di condanna al risarcimento del danno da ritardo. L'attore è soccombente perché la sua domanda è stata rigettata, ma per quali motivi è stata rigettata? Qual è il suo interesse ad impugnare? La risposta a questa domanda ci fa dire se, oltre che in senso formale, la parte è soccombente anche in senso sostanziale e dunque reale o effettivo.

Bisogna vedere il più delle volte quali questioni sono state affrontate e decise dal giudice di 1° grado per rigettare la domanda di condanna al risarcimento del danno.

Può darsi che il convenuto si sia difeso eccependo la prescrizione del diritto di credito → in questo caso il rigetto è dipeso dall'accoglimento dell'eccezione di prescrizione. Oppure, può darsi che il rigetto della domanda dell'attore sia dipeso dall'eccezione con cui il debitore ha dimostrato l'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile → in questo caso la questione attiene all'impossibilità della prestazione. Ma può darsi anche che il rigetto della domanda sia dipeso dall'eccezione dell'assenza di un danno alla sfera patrimoniale dell'attore in conseguenza dell'inadempimento.

La carenza del danno è la questione che il giudice ha dovuto risolvere per rigettare la domanda.

+ nel momento in cui l'appellante va a formulare l'atto di appello deve non solo individuare la domanda o in generale l'istanza di tutela che devolve al giudice superiore per una nuova decisione nel merito, ma deve anche necessariamente individuare la questione o le questioni che in quanto erroneamente decise sono parimenti devolute al giudice superiore per una loro nuova soluzione. Se ipotizzassimo che in questo esempio tutte e tre le eccezioni sono state proposte dal convenuto, l'appellante dovrebbe andare a considerare quella che è stata erroneamente decisa, ponendo a fondamento del suo atto di appello soltanto quella che è stata erroneamente decisa.

Altro **esempio**: immaginiamo che il convenuto si sia difeso contestando il nesso di causalità dicendo che manca un elemento costitutivo della fattispecie, in quanto l'attore non ha adeguatamente dimostrato che l'inadempimento (cioè l'evento dannoso) era la conseguenza della sua condotta inadempiente. In questo caso, il giudice dell'appello sarà investito dall'appellante dell'onere di riesaminare la domanda rigettata e quindi di ripronunciarsi sulla responsabilità o meno del debitore circa la causazione del danno da ritardo; ma non lo farà riesaminando tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, bensì soltanto quello contestato dall'appellante → cioè quello relativo al nesso di causalità che viene a costituire una specifica questione, quella che è stata la motivazione del rigetto della domanda.

C'è una sorta di parallelo rispetto a quanto dicevamo prima in caso di pluralità di domande → se solo il capo dipendente è sfavorevole, il giudice dell'appello che si vede è riproposta la domanda dipendente deve considerare quanto è stato accertato dal capo pregiudiziale della sentenza (quello di condanna all'esecuzione del contratto) come assolutamente certo in quanto passato in giudicato → quindi non può mettere in discussione l'esistenza, la validità, l'efficacia del contratto ecc.

Qui possiamo fare lo stesso discorso con riguardo alle questioni necessarie → il giudice dell'appello che si vede devolve la sola questione relativa al nesso di causalità o ad uno dei fatti estintivi dovrà considerare tutto ciò che non è oggetto di quella questione come è assolutamente certa quindi tutti gli altri elementi



costitutivi della fattispecie diversi dal nesso di causalità la condotta l'imputabilità eccetera dovranno essere considerati assolutamente esistenti ed indiscutibili.

Il suo riesame si deve limitare alla nuova soluzione della questione devoluta → la nuova decisione non si svolgerà esattamente allo stesso modo del 1° grado, perché in 1° grado il giudice ha dovuto affrontare e risolvere tutti gli elementi costitutivi della fattispecie.

Il principio devolutivo opera invece chiaramente da filtro. Anche quando è devoluta quella domanda al giudice d'appello, la decisione di quella domanda avviene a condizioni che normalmente sono diverse → decide solo alla luce della questione relativa ad una delle eccezioni sollevate. Tutto il resto non è una questione perché non è stata oggetto di devoluzione.

Anche qui misuriamo l'elasticità del principio devolutivo → astrattamente, così come l'appellante può devolvere tutte le domande decise in 1° grado, può devolvere anche tutte le questioni che il giudice di 1° ha dovuto decidere per decidere la domanda.

### MOTIVI DI APPELLO:

È vero che dobbiamo trovare un errore nella decisione favorevole, ma dobbiamo individuare gli errori commessi dal giudice e prospettare la corretta interpretazione della norma o ricostruzione del fatto alla base di tale questione. Quindi, se la questione è di diritto perché si è tradotta in un'interpretazione erronea, allora il motivo di appello implica un'argomentazione giuridica volta a definire l'esatta portata precettiva della disposizione; se invece siamo davanti ad un'erronea ricostruzione del fatto perché si è ignorata la prescrizione del diritto allora dovremo prospettare l'esatta ricostruzione del fatto avvalendosi del significato probatorio dei mezzi istruttori.

### APPELLO INCIDENTALI E RIPROPOSIZIONE DELLE DOMANDE ED ECCEZIONI ASSORBITE:

Capiamo il secondo livello di interpretazione dell'art. 346.

In teoria non c'è niente da dire sull'appello in via incidentale, perché è solo una modalità imposta dal cpc per far valere le situazioni di soccombenza (parziale reciproca o virtuale) che attengono o allo stesso provvedimento già impugnato dalla controparte o ad un provvedimento che ha rilevanza pregiudiziale di rito o preliminare di merito rispetto a ... impugnato dalla controparte. La regola è quella secondo cui la parte soccombente sulla sentenza definitiva in senso parziale e reciproco o la parte soccombente in senso virtuale sulla sentenza non definitiva ha l'onere di far valere la sua contestazione nell'ambito dello stesso processo introdotto dalla controparte.

Ma per quel che concerne l'applicazione del principio devolutivo tutto quello che abbiamo detto per l'appello pensato fin qui come appello in via principale vale naturalmente anche per l'appello in via incidentale.

Dobbiamo fare un passo in più → esempio: immaginiamo che nel processo di primo grado sia stata proposta dall'attore la domanda di adempimento del contratto, ma che sia stato anzitutto sollevato dal convenuto un doppio strumento difensivo → sia un'eccezione in rito volta a denunciare la carenza della legittimazione ad agire, sia un'eccezione di merito, ad esempio un'eccezione di pagamento. Immaginiamo però anche che il giudice abbia rilevato d'ufficio la nullità del contratto. La sentenza di 1° grado si conclude in questo modo: vengono rigettate anzitutto entrambe le eccezioni del convenuto e viene rigettata anche la domanda di adempimento dell'attore, ma sul presupposto della nullità del contratto rilevata ufficiosamente dal giudice.

Questa sentenza si può appellare? Naturalmente sì → anzitutto, vi sarà un interesse della parte attrice che ha visto rigettata la domanda per nullità del contratto ad appellare in via principale la sentenza, naturalmente nella misura in cui possa enucleare un errore da parte del giudice o nella rilevazione della nullità del contratto oppure nella esistenza di questo vizio del contratto. La necessità di garantire il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio come ad esempio la nullità del contratto è prescritta a pena di nullità della sentenza quindi può darsi che il contratto sia effettivamente nullo ma il giudice dopo aver rilevato in sede decisoria la nullità non abbia garantito il contraddittorio scritto tra le parti previsto dall'articolo 101 del codice in questo caso la sentenza sarà ovviamente non ingiusta nel merito quindi affetta da un errore in giudicando perché per ipotesi il contratto era davvero nullo, bensì sarà nulla per un errore in procedendo cioè violazione di una norma processuale l'articolo 101.

Ma c'è solo la soccombenza dell'attore? O c'è anche una soccombenza del convenuto? c'è anche una soccombenza del convenuto.

Cosa succede nel momento in cui la domanda viene nuovamente devoluta al giudice dell'appello? Che quest'ultimo riesaminerà il merito della controversia, cioè rideciderà la domanda di adempimento e la questione di nullità del contratto, devoluta al giudice dell'appello dall'attore. Ma rimettendo in discussione il merito della controversia, il convenuto in questo caso acquisisce un interesse ad impugnare la sentenza non nel capo relativo al rigetto dell'eccezione di rito, perché se anche vicesse in rito otterrebbe qualcosa di meno rispetto a quello che la sentenza di primo grado gli ha dato cioè un giudicato soltanto formale e quindi interno. ma diverso sarebbe il discorso se potesse lamentare un errore nel rigetto delle eccezioni di pagamento cioè di merito. perché l'impugnazione in via principale rimettendo in discussione il merito della controversia seppur limitatamente alla nullità del contratto consente che l'esito sulla domanda di adempimento sia diverso cioè che la domanda anziché essere rigettata venga accolta perché il giudice d'appello rileva ad esempio che il contratto non era nullo. allora in questo caso il convenuto acquista un interesse ad impugnare cioè una soccombenza non solo formale ma anche sostanziale e quindi effettiva ha devolvere a sua volta al giudice dell'appello l'eccezione di pagamento. cioè a chiedere al giudice dell'appello di rigettare indipendentemente dall'esito dell'appello in via principale la domanda dell'attore in quanto il credito si è estinto per pagamento per intervenuto pagamento.

È un po' cioè come se il convenuto dicesse: nel caso in cui ritenessi soccombente l'attore e quindi riformarsi la sentenza di primo grado esamina nuovamente l'eccezione di pagamento che io ho proposto in primo grado e che ora devolvo nuovamente in sede di appello. perché il rigetto di questa eccezione in primo grado è stato affetto da un errore, la prestazione era stata effettivamente pagata. sulla scorta di questa nuova decisione devi quindi pronunciare una sentenza di appello che pur accogliendo l'appello dell'attore rigetta nel merito la domanda di adempimento del contratto. in questo caso cioè avremo una situazione che solo apparentemente sembra paradossale cioè una sentenza d'appello favorevole all'appellante ma una decisione sul merito della controversia a lui sfavorevole.

### TERZA IPOTESI →

#### SOCCOMBENZA CONSEGUENTE ALL'IMPUGNAZIONE, O MEGLIO ALL'APPELLO PRINCIPALE DELLA CONTROPARTE:

Qualcuno ha detto che questa terza ipotesi è un esempio di soccombenza virtuale, ma forse è meglio tenerle distinte: se è vero che anche in questo caso il convenuto, per sapere se è o no soccombente, deve attendere un evento diverso ed esterno alla propria decisione, è chiaro che qui l'evento esterno non è solo la sentenza definitiva, ma è qualcosa in più: è la scelta della controparte di impugnare la sentenza.

Nell'ipotesi di soccombenza virtuale, la parte soccombente virtuale sa se è davvero soccombente dall'esito della sentenza definitiva. In questo caso, invece, la parte soccombente deve attendere la scelta della controparte di impugnare in via principale la stessa sentenza definitiva.

Questa situazione va tenuta distinta, e qui entriamo nel secondo livello di lettura del 346, dalla figura dell'assorbimento. Già abbiamo accennato a che cosa è l'assorbimento: è una tecnica processuale con cui il giudice può risolvere una istanza di tutela, generalmente un'eccezione. è quella tecnica processuale con cui il giudice risolve una istanza senza deciderla espressamente, per effetto della decisione espressa di un'altra istanza che è ad essa logicamente pregiudiziale.

Una prima possibilità di applicazione del principio dell'assorbimento si ha in rapporto ai casi in cui la domanda è dichiarata inammissibile, in accoglimento di una eccezione di rito. Ciò che impone al giudice di giudicare prima le questioni pregiudiziali e poi il merito della causa è la legge, in ossequio ad un principio di economia processuale (276 co.2 cpc). L'accoglimento dell'eccezione di rito e la conseguente inammissibilità della domanda solleva il giudice dall'obbligo di decidere il merito della controversia. La domanda, dunque, non viene decisa nel merito, ma viene assorbita. Quella mancata pronuncia sulla domanda nel merito non è un vizio della sentenza, non è una omissione di pronuncia, ma è una conseguenza logica della rilevanza del potere assorbente di qualunque altra esigenza decisoria che consegue alla dichiarazione di inammissibilità della domanda, cioè all'accoglimento dell'eccezione di rito.

La stessa tecnica dell'assorbimento vale poi quando ci si trova davanti a due o più istanze di merito tra loro coordinate. Caso tipico: il convenuto si difende sollevando due o più eccezioni di merito. Il convenuto può difendersi rispetto ad una domanda condannatoria sia sul piano della prescrizione, sia sul piano dell'avvenuto pagamento, sia sul piano della compensazione con un controcredito → fatti estintivi che cercano di ottenere una decisione di infondatezza o rigetto nel merito della domanda dell'attore. Il principio di economia processuale impone al giudice di pronunciarsi sulla domanda dell'attore risolvendo una soltanto delle eccezioni opposte dal convenuto, fate attenzione delle eccezioni di merito proposte dal convenuto. Infatti, indipendentemente da quale e da quante eccezioni il giudice accolga nell'ipotesi in cui siano fondate il risultato della causa sul piano del merito è sempre lo stesso → se il giudice accoglie l'eccezione di prescrizione, si ha rigetto nel merito con giudicato sostanziale; se il giudice accoglie tutte e tre le eccezioni, eccezione di prescrizione eccezione di pagamento eccezione di compensazione, il risultato è sempre lo stesso: rigetto nel merito della domanda e giudicato sostanziale. È però evidente che è diseconomico esaminare ed istruire tutte e 3 le eccezioni, quando lo stesso risultato si ottiene dall'esame di una sola di esse.

PRINCIPIO DELLA RAGIONE PIÙ LIQUIDA → davanti a due o più eccezioni di merito proposte nei confronti dello stesso attore non può essere risolutivo il principio della pregiudizialità logica. Ciò che diventa dirimente è la maggiore rapidità di soluzione della eccezione, più esattamente della questione posta dall'eccezione. laddove il giudice ritenesse tutte e tre le eccezioni fondate, deve essere indotto dal principio della ragione più liquida a porre a fondamento del rigetto della domanda quella che è di più pronta soluzione, quella più liquida. In questo esempio, la prima delle tre eccezioni è quella di più pronta soluzione (eccezione di prescrizione presuppone una verifica istruttoria minimale).

Sia quando si applica il principio della pregiudizialità logica che quando si applica il principio della ragione più liquida, le eccezioni non esaminate non sono ovviamente rigettate, perché su di esse non c'è stata alcuna decisione espressa. Sono assorbite. Rispetto ad esse non si rende necessaria una decisione espressa, perché la decisione sull'istanza pregiudiziale o sull'istanza più liquida offre alla parte che l'ha proposta (il convenuto nei nostri esempi) la tutela che aveva richiesto. anche qui si pone una domanda: le questioni proposte in 1° grado e assorbite per effetto di una delle due regole sopra, sono per sempre perdute oppure la parte che le ha proposte può aspirare ad ottenere una decisione espressa su quelle istanze? Sicuramente c'è un'esigenza di fondo molto importante: nella misura in cui la legge riconosce a ciascuno il potere di proporre una domanda giudiziale, gli riconosce anche una legittima aspettativa ad avere una decisione espressa su quella istanza, anche quando la mancata decisione espressa sia legittimo (come nell'assorbimento).

Tuttavia, il meccanismo con cui la parte può cercare di ottenere malgrado l'assorbimento una pronuncia espressa sull'istanza assorbita non può essere l'impugnazione, che passa invece attraverso una pronuncia espressa viziata. In caso di assorbimento, delle due l'una: o il giudice ha erroneamente applicato la tecnica dell'assorbimento, oppure l'impugnazione non si può esperire nei confronti di una sentenza per aver assorbito una o più istanze.

La tecnica con cui la parte può riproporre le questioni (domande o eccezioni assorbite) sta scritta nel 346 cpc: "le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di 1° grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate ← principio della mera riproposizione delle domande e delle eccezioni assorbite in 1° grado.

Quando leggiamo che una domanda o un'eccezione è stata riproposta, dobbiamo verificare se "riproporre" è stato usato in maniera generica oppure se è stato impiegato in maniera rigorosa per implicare la riproposizione di domande o eccezioni che la sentenza di 1° grado non ha esaminato e deciso. Nel mancato accoglimento non c'è solo il rigetto ma c'è anche l'assorbimento.

È chiaro però che, se il mancato accoglimento equivale al rigetto allora si esercita il potere impugnatorio. Se, invece, il mancato accoglimento deriva dall'assorbimento legittimo, allora siamo in presenza di una mera riproposizione. (simile al principio devolutivo).

Che interesse ha la parte convenuto a riproporre in appello l'eccezione assorbita? Se torniamo all'esempio di prima ed ipotizziamo il rigetto della domanda per accoglimento dell'eccezione di prescrizione, ci rendiamo conto che la parte convenuta in appello sulla scorta di un appello principale, promosso da colui che in 1° grado era attore per veder accolta la propria domanda dal giudice superiore, la parte convenuta non ha solo interesse a difendersi dalla domanda di appello (cioè a ribadire che la domanda giudiziale

condannatoria è infondata per intervenuta prescrizione del diritto) e quindi a chiedere la conferma della sentenza di 1° grado, ma ha anche un interesse che deriva dalla possibilità che il giudice di appello intenda riformare la sentenza di 1° grado: rigettare l'eccezione di prescrizione e per l'effetto accogliere la domanda di condanna. Questo esito potrebbe per altro verificarsi perché il giudice d'appello rileva d'ufficio una questione rilevabile d'ufficio nel merito (es. nullità del contratto).

La possibilità data dal 346 di riproporre le questioni assorbite aumenta le possibilità di successo in appello della parte convenuta → quand'anche il giudice superiore decidesse di riformare la sentenza di 1° grado dovrebbe comunque riesaminare e decidere anche le eccezioni assorbite (in caso di riproposizione), giungendo ad un possibile esito favorevole al convenuto. Giungendo, quindi, ad una sentenza che, pur riformando una sentenza di 1° grado, è sempre favorevole al convenuto → la sentenza d'appello, infatti, se accoglie una delle eccezioni riproposte, può anche riformare la sentenza di 1° grado, riconosciuto che il diritto non si è estinto per prescrizione, ma ciononostante rigettare comunque la domanda giudiziale per intervenuto pagamento o compensazione, cioè per un altro fatto estintivo del diritto.

→ la riproposizione serve anche a garantire maggiori chances di successo alla parte che ha subito l'assorbimento in 1° grado. La riproposizione può superare l'esito del giudizio impugnatorio sulla domanda devoluta, oggetto cioè di uno specifico appello.

L'assorbimento può dare origine ad una impugnazione solo se c'è un vizio.

## Oggetto del processo di appello

### Oggetto del processo di appello

- **Domande (e relative eccezioni) rigettate in primo grado e impugnate e devolute dall'appellante al giudice d'appello**
  - Questioni di fatto e/o di diritto la cui soluzione è necessaria per decidere la domanda devoluta e che sono state risolte erroneamente dal giudice di primo grado (ambito della cognizione del giudice di appello)
  - Motivi di appello: indicazione degli errori commessi dal giudice di primo grado nel risolvere le questioni necessarie per decidere la domanda rigettata e devoluta al giudice di appello (e, cioè, più esattamente, nel motivare tale decisione di rigetto)
- **Domande ed eccezioni assorbite dal giudice di primo grado e riproposte da una delle parti al giudice d'appello ai sensi dell'art. 346 c.p.c.**

L'appellante può ampliare l'oggetto del processo di appello rispetto all'oggetto del processo di primo grado, proponendo istanze di tutela giurisdizionale o istanze istruttorie nuove, cioè non proposte in primo grado?

Il principio devolutivo NON consente che l'oggetto del processo in appello sia maggiore di quello in 1° grado. Però, nell'ordinamento ci sono i presupposti per poter andare oltre, cioè per proporre eccezioni e domande istruttorie nuove, diverse, ulteriori rispetto a quelle fatte valere in 1° grado.

Nella vigenza del principio devolutivo, questa vera e propria deroga al principio devolutivo spesso trova applicazione solo entro limiti molto rigorosi.

La norma fondamentale è **l'art. 345 cpc** → **DIVIETO GENERALE: RIBADISCE IL RIGORE DEL PRINCIPIO DEVOLUTIVO IN APPELLO. Non si possono proporre nuove domande, nuove eccezioni o nuove istanze istruttorie in appello.** L'appello è un giudizio in cui si svolge una revisio prioris instantiae ← non si tratta di un nuovo giudizio, ma dello stesso giudizio di 1° grado così come sottoposto dall'appellante al giudice di appello. Questo vale per effetto del principio devolutivo così come lo ricaviamo dal 346, ma vale anche sulla scorta del 345, che pone il divieto generale di far valere qualcosa di nuovo in appello.

I problemi interpretativi di questa norma riguardano le eccezioni. Per ciascun ambito del divieto (domande, eccezioni ed istanze istruttorie), i 3 commi del 345 prevedono qualche eccezione.

## MARGINI ENTRO CUI È POSSIBILE PROPORRE LEGITTIMAMENTE NUOVE DOMANDE IN APPELLO:

Art. 345 co.1.

Dopo aver stabilito il divieto di nuove domande in appello, comminando la sanzione di inammissibilità rilevabile d'ufficio delle domande nuove (e SOLO su quelle nuove, non va ad influire sulla domanda di appello), prevede una prima eccezione al divieto.

1. La prima eccezione al divieto di domande nuove sancito al co. 1 riguarda un particolare tipo di domande condannatorie: le domande di condanna agli **interessi, frutti e accessori** maturati dopo la sentenza impugnata e le domande di condanna al risarcimento dei **danni** sofferti dopo la sentenza impugnata. Interessi, frutti e accessori sono prestazioni accessorie e ad una prestazione principale previste per legge o per volontà delle parti quando è dovuta la prestazione principale. I danni sono invece una autonoma voce obbligatoria, ma che cosa hanno in comune da un lato interessi frutti accessori e dall'altro i danni conseguenti a un inadempimento contrattuale o un fatto illecito? Hanno in comune la caratteristica di svolgersi nel tempo. gli interessi i frutti e gli accessori maturano nel tempo generalmente fino al saldo cioè alla corresponsione della prestazione principale, ad esempio il capitale; analogamente nel perdurare di un evento dannoso i danni che questo è idoneo a generare si producono nel tempo a meno che non si ponga rimedio alla situazione produttiva di danni. Perché queste domande sono eccezioni rispetto al divieto del co.1? Perché sono domande nuove. Cosa vuol dire che una domanda è nuova? Ripensiamo allo ius poenitendi: tra le attività di trattazione della causa è consentito alle parti di precisare e modificare le domande per una esigenza individuale, indipendentemente dall'attività di controparte. La possibilità di mutare o modificare la domanda ha un grosso limite: è possibile solo se la modifica della domanda non implica una modifica del diritto fatto valere (ciò che per i diritti di credito consegue alla modifica del fatto costitutivo, o titolo della domanda). Es. a seguito della pronuncia della sentenza di 1° grado si apre un processo di appello. La prosecuzione della litis pendente fa perdurare la situazione di inadempimento o di fatto illecito da cui possono derivare interessi o danni, ma questa volta i danni che l'appellante può richiedere non si basano più sullo stesso fatto costitutivo, ma su un fatto costitutivo nuovo, cioè l'inadempimento o il fatto illecito che persiste dopo la sentenza di 1° grado. Il 345 co. 1 legittima la proposizione di una domanda nuova, cioè domanda di condanna basata su un fatto costitutivo diverso rispetto a quello dedotto in 1° grado. Va detto che la giurisprudenza ha posto un argine all'applicazione di questa eccezione: **rende ammissibile questa domanda nuova in appello SOLO SE è lo svolgimento logico e cronologico di una domanda già proposta in 1° grado** → ammette la domanda nuova a condizione che la parte che la propone in appello abbia già proposta in primo grado una analoga domanda, cioè una domanda di condanna agli interessi o ai danni maturati fino alla sentenza di 1° grado. Se ha fatto valere il diritto agli interessi o ai danni riguardanti la stessa vicenda, che poi si è protratta anche dopo, allora viene ammessa anche la domanda agli interessi o ai danni che si è protratta. La ratio è garantire una continuità di tutela alla parte che in appello vuole ottenere il riconoscimento degli interessi o tutti i danni che l'evento dannoso è idoneo a produrre, anche dopo l'appello. Si ha tutela completa solo se si è dimostrato fin dal 1° grado di voler ottenere interessi/danni ecc.

Questa eccezione non è ammissibile se la parte in 1° grado NON ha chiesto interessi o danni fino alla sentenza di 1° grado e poi in appello chiede interessi o danni maturati dopo ← solo parte degli interessi o danni. NON ammissibile perché non è lo svolgimento logico o cronologico di una domanda già proposta in 1° grado.

Se invece la parte chiede interessi o danni conseguenti alla sentenza di 1° grado e li aveva già chiesti prima, allora sarà ammessa. C'è continuità.

Infine, ricaviamo dalla ratio del 345 co. 1 due altre possibili eccezioni al divieto di domande nuove:

2. Le domande con cui si fanno valere **diritti autodeterminati** aventi a fondamento un titolo diverso da quello dedotto nella domanda giudiziale. Se l'appellante devolve al giudice di appello la decisione di una domanda di rivendica al cui fondamento pone un fatto costitutivo diverso rispetto a quello che ha dedotto a fondamento della stessa domanda in 1° grado, non siamo davanti ad una

vera e propria domanda nuova, perché nei diritti autodeterminati è irrilevante il titolo per identificare il diritto. l'appellante farà sempre valere lo stesso diritto di proprietà, ancorché in appello abbia devoluto una domanda di rivendica basata su un titolo diverso (usucapione invece di acquisto contrattuale). Questo è dovuto alla natura dei diritti autodeterminati. La modifica del titolo non cambia il diritto.

3. Le domande con cui si fanno valere **diritti etero determinati** aventi a fondamento un titolo diverso da quello dedotto nella domanda giudiziale nei casi in cui è ammessa dalla legge la mutatio libelli (modifica della domanda). Domanda che ha ad oggetto un diritto, tipicamente di credito, che si identifica sulla base del titolo. Di regola, porre a fondamento della domanda etero determinata devoluta al giudice dell'appello un fatto costitutivo diverso da quello dedotto in 1° grado, dà origine ad una domanda nuova, inammissibile in appello.

Ci sono dei casi in cui il cpc consente di modificare la domanda, anche se ha ad oggetto un diritto di credito, o in generale un diritto etero determinato. Es. 1453 cc: dopo aver chiesto l'esecuzione del contratto a seguito di inadempimento, la parte non inadempiente chiede la risoluzione del contratto. questo è possibile ai sensi del 1453, ma è possibile non solo in sede di trattazione della causa in 1° grado con esercizio dello ius poenitendi, ma è possibile anche in appello. La parte che appella la sentenza con cui è stata rigettata la domanda di esecuzione del contratto per inadempimento può devolvere al giudice superiore una domanda di risoluzione del contratto sulla base della stessa domanda. Si richiede, quindi, che il giudice dell'appello non ordini l'esecuzione del contratto, ma lo scioglimento. Il diritto fatto valere è diverso, ma è ammissibile poiché espressamente previsto dalla legge.

Non basta dire che possono essere proposte in appello eccezioni rilevabili d'ufficio. Bisogna anche verificare che queste eccezioni non siano già state rilevate d'ufficio in 1° grado. Il potere di rilievo ufficioso si consuma nel momento stesso in cui è esercitato. Se c'è una questione di rito o di merito rilevata d'ufficio in 1° grado, questa non potrà essere eccepita liberamente in appello. Essendo già stata rilevata d'ufficio la questione, può essere devoluta al giudice in appello solo per il tramite dell'impugnazione. Sono ammesse le eccezioni rilevabili anche d'ufficio che non siano già state rilevate d'ufficio in 1° grado.

Es. in 1° grado a sentenza si pronuncia su una domanda di risoluzione del contratto ← appellata. La parte convenuta in appello oltre a chiedere il rigetto della domanda di appello per le ragioni già proposte in 1° grado eccepisce anche la nullità del contratto per la prima volta. Questa eccezione è ammissibile benché nuova. Assolutamente sì perché rientra nel novero delle eccezioni ammesse ancorché nuove in appello dal secondo comma dell'articolo 345. ma ipotizziamo che la nullità del contratto sia stata rilevata d'ufficio dal giudice o eccepita nel corso del processo di primo grado dal convenuto e su di essa si sia quindi pronunciato il giudice di primo grado, ad esempio nel senso di ritenere il contratto non nullo. in questo caso, la parte che ad esempio ha eccepito la nullità del contratto disattesa dal giudice, non potrà semplicemente sollevare la questione di nullità del contratto in appello, ma potrà soltanto devolvere la questione attinente alla nullità del contratto per il tramite di un appello che probabilmente in questo esempio sarà un appello in via incidentale. quindi se la questione rilevabile d'ufficio è stata in concreto rilevata in primo grado, potrà essere riesaminata in appello solo attraverso l'esercizio del potere impugnatorio, cioè soltanto attraverso la devoluzione di quella questione al giudice superiore. E la ragione è che se la questione è stata effettivamente rilevata in primo grado è stata anche decisa dal giudice di primo grado. l'ambito di applicazione quindi del secondo comma è limitato alle eccezioni rilevabili d'ufficio che non sono già state rilevate in primo grado. in questo caso serve l'impugnazione cioè l'appello per consentire al giudice superiore di riesaminare quella stessa questione rilevata d'ufficio.

Nella individuazione dei limiti di questo divieto e della sua eccezione, si sono posti due problemi:

- 1) Che cosa vuol dire far valere un'eccezione ai fini del 345? L'eccezione è infatti un potere difensivo come sappiamo che consente di chiedere il rigetto della domanda avversaria sulla scorta di un fatto o più in generale di un effetto estintivo modificativo o impeditivo allegato e provato dalla parte che oppone l'eccezione. la giurisprudenza di legittimità si è interrogata se far valere l'eccezione ai fini dell'articolo 345 significa semplicemente allegare il fatto estintivo modificativo impeditivo o se significa anche necessariamente esercitare il potere di eccezione cioè chiedere espressamente il rigetto della domanda avversaria. Il quesito ha in realtà una rilevanza, perché non erano e non sono

rari in casi in cui soprattutto la parte appellata si difenda semplicemente ri-allegando quegli elementi di fatto che aveva già allegato in 1° grado al fine di ottenere il rigetto della domanda dell'attore. Ma, mentre in 1° grado il convenuto aveva poi chiesto nelle conclusioni il rigetto della domanda dell'attore, capita spesso che in appello il convenuto chieda semplicemente la conferma della sentenza di primo grado a lui favorevole, senza ribadire il rigetto la richiesta di rigetto della domanda giudiziale proposta dall'attore e dallo stesso devoluta in appello. Solo in quest'ultimo caso c'è propriamente esercizio del potere di eccezione. Se l'eccezione è un potere difensivo, devo ottenere un risultato giurisdizionale concreto che si chiama **“rigetto della domanda dell'attore”**. Se in appello la parte si limita ad allegare nuovamente dei fatti non esercita il potere di eccezione. Questo ha portato la giurisprudenza di legittimità a stabilire che l'art. 345 co. 2 trova applicazione sia quanto alla regola sia quanto all'eccezione solo in rapporto a un effettivo esercizio del potere di eccezione, in relazione cioè soltanto a quei casi in cui la parte appellata ha chiesto il rigetto della domanda giudiziale devoluta dalla parte appellante sulla base di un fatto estintivo modificativo impeditivo rilevabile d'ufficio. La mera allegazione di questo fatto estintivo modificativo o impeditivo, invece, ancorché rilevabile d'ufficio, non sarà ammissibile in appello se non comporta anche l'esercizio di un potere di eccezione, cioè se non si traduce nella richiesta di rigetto della domanda devoluta dall'appellante. **Eccepire quindi significa proprio chiedere un provvedimento sulla domanda giudiziale avversaria devoluta.**

- 2) Il secondo problema si riferisce ad un modo in cui il giudice d'appello si può e si deve confrontare con la sentenza di 1° grado. Vedremo che questa domanda ha particolare rilevanza quando parleremo del ricorso per Cassazione, ma facciamo già un accenno perché è proprio nel giudizio d'appello, che di regola è la premessa del giudizio di Cassazione che si pongono le basi del problema. Il problema è sostanzialmente questo: **ogni qualvolta il giudice di 1° grado si pronuncia sul merito della controversia, esprime implicitamente un giudizio di ammissibilità della domanda dal punto di vista dei presupposti processuali e in particolare di quelli che riguardano il suo ufficio**, cioè giurisdizione e competenza.

Anche quando non c'è una specifica eccezione di difetto di giurisdizione o di incompetenza, ma il giudice si pronuncia come deve sul merito, se ne può ricavare che implicitamente il giudice si è ritenuto dotato di giurisdizione e competenza. Questo ragionamento come vedremo parlando della Cassazione è particolarmente vero per la giurisdizione perché come diremo il difetto di giurisdizione cosiddetto relativo cioè il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti di un giudice speciale, ad esempio, il giudice amministrativo è per legge rilevabile d'ufficio in ogni Stato e grado del processo. però le sezioni unite della Cassazione qualche anno fa hanno di fatto suggerito un'interpretazione che finisce per abrogare parzialmente questa regola che sta scritta lo vedremo nell'articolo 37 del codice. Che cosa stabiliscono infatti le sezioni unite con un principio che investe anche direttamente il giudizio sull'appello? Stabilisce che ogni qualvolta c'è una decisione di primo grado sul merito e la parte soccombente nel proporre l'appello contesta soltanto il merito della sentenza di primo grado il capo implicito della sentenza sulla giurisdizione passa in giudicato. così che non è più censurabile per la prima volta in Cassazione. Ma capite che questo stride con una regola l'articolo 37 che invece dice che il difetto di giurisdizione è rilevabile sempre in ogni Stato e grado anche d'ufficio. Quindi, di fronte ad una sentenza di primo grado solo sul merito, non posso fare questo ragionamento laddove ritenga che il giudice non abbia la giurisdizione. per ora contesto il merito, poi, se nel corso del giudizio d'appello o addirittura in Cassazione, che, come vedremo, è un organo giudiziario che ha una particolare competenza sulle questioni di giurisdizione, potrò sollevare questa questione in quanto per l'articolo 37 è rilevabile in ogni Stato e grado del processo anche d'ufficio. questo ragionamento alla luce della giurisprudenza delle sezioni unite non posso più farlo → perché potrò investire la Cassazione della questione di giurisdizione solo se ho proposto appello avverso la sentenza di primo grado sia sul capo esplicito relativo al merito sia sul capo implicito relativo alla giurisdizione, dove per implicito significa che non sta scritto nella sentenza significa che il giudice di primo grado non ha esaminato esplicitamente la questione, ma l'ha data per implicita → nell'esercizio del potere d'appello bisogna prestare attenzione al fatto che una sentenza solo sul merito non è una sentenza solo sul merito, ma è una sentenza che avendo ritenuto la domanda ammissibile, si è implicitamente



pronunciata in modo favorevole anche sui presupposti processuali, in particolare su quelli attinenti al giudice. Se voglio mantenere viva non solo la questione di merito ma anche quella di giurisdizione, devo devolvere sia l'istanza di merito sia la questione di giurisdizione al giudice superiore. Il problema che ha determinato questa teoria (detta del giudicato implicito sulla giurisdizione) è che si va ad abrogare parzialmente l'art. 37.

Come giustifica questa abrogazione di fatto la giurisprudenza? Sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Ci sembra che la Cassazione limiti il potere di appellare o di ricorrere per cassazione sulla scorta di una decisione implicita → resistenze in dottrina.

Il terzo divieto attiene alle istanze istruttorie. Di regola non sono ammesse istanze istruttorie nuove in appello. Fanno eccezione a questo divieto quelle espressamente previste dal co. 3: mezzi di prova che la parte appellante non ha potuto proporre o produrre nel giudizio di 1° grado per causa ad essa non imputabile + il giuramento decisorio.

È significativo ricordare che nel 2012, quando è stato modificato il regime dell'appello, il L. ha modificato anche questo co. 3, eliminando una terza eccezione: mezzi di prova che, indipendentemente dal carattere colpevole dell'omissione non erano stati proposti o prodotti in 1° grado, ma avevano una rilevanza decisiva ai fini della causa. Mezzi istruttori decisivi, dalla cui conoscenza sarebbe dipesa una soluzione, un esito diverso della controversia.

Saranno ammissibili, anche se nuove, le istanze istruttorie che sono accessorie a domande o eccezioni nuove ammissibili ai sensi del co. 1 e 2. Del 345. Che senso avrebbe ammettere una domanda nuova senza consentire alla parte che l'ha proposta di fornire le prove? Saranno, dunque, ammissibili.

Con l'art. 345 abbiamo esaurito l'esame delle regole che ci permettono di capire su cosa si va a concentrare la cognizione e la decisione del giudice di appello.

### PROCEDIMENTO IN APPELLO:

Dal 2012, parlare del procedimento in appello significa parlare del cd "filtro in appello".

Il filtro in appello non è il primo filtro che il cpc in materia di impugnazioni ha conosciuto. Nel 2009 è stato inserito un filtro in Cassazione. Lo stesso meccanismo è poi stato applicato in appello. Nei due provvedimenti, del 2009 e del 2012, la finalità era sempre la stessa: deflazionare il processo civile. Negli ultimi decenni, per deflazionare il processo civile il L. ha inventato i filtri delle impugnazioni. Dal pov tecnico, per filtro dell'impugnazione si intende, sia in appello che in cassazione, **imporre un giudizio o vaglio preliminare di inammissibilità della domanda di impugnazione.**

Prima di un esame approfondito del merito della domanda di impugnazione, lo stesso giudice dell'impugnazione deve esaminare sommariamente la domanda per verificare se sussistono quelle condizioni minime necessarie imposte dalla legge che rendono economicamente sostenibile impiegare tempo e risorse per una cognizione approfondita del merito della domanda impugnatoria. In entrambi i casi, la legge ragiona in questi termini: prima di investigare secondo gli strumenti della cognizione impugnatoria la domanda di impugnazione, bisogna valutare se ci sono le condizioni minime sufficienti per ritenere quella attività di cognizione impugnatoria economicamente sostenibile.

Il punto fondamentale attiene ai criteri che la legge pone come parametri per selezionare le domande di impugnazione ammissibili da quelli inammissibili. È dall'esame di questi criteri che si può capire se sono o no strumenti efficaci per deflazionare il processo civile, e sono anche gli elementi per far capire quale è il prezzo che l'ordinamento paga per consentire al giudice dell'impugnazione di dichiarare inammissibile una domanda di impugnazione.

## Il «filtro» in appello

- Vaglio preliminare di **inammissibilità della domanda di appello** ad opera del giudice investito della trattazione della impugnazione
- Introduzione ad opera del d.l. n. 83/2012 con finalità deflattive del processo civile
- Nuovi artt. 348-bis e 348-ter
  - individuazione del criterio selettivo degli appelli inammissibili (art. 348-bis, comma 1)
  - ambito di applicazione del «filtro» in appello (art. 348-bis, comma 2)
  - procedimento di attuazione del «filtro» in appello (art. 348-ter, commi 1 e 2)
  - regime di impugnabilità della sentenza di primo grado (art. 348-ter, commi 3 e 4)
  - principio generale della c.d. doppia conforme (art. 348-ter, comma 5)

### CRITERIO SELETTIVO DEGLI APPELLI INAMMISSIBILI:

criterio che il giudice dell'appello deve applicare per determinare l'inammissibilità delle domande di appello.

Il 348 bis individua un criterio selettivo particolarmente elastico → assegna al giudice un potere molto discrezionale. Formalmente, il 348 bis impone al giudice d'appello di dichiarare inammissibile l'atto di appello quando ad una cognizione sommaria risulti che non ha una ragionevole probabilità di essere accolto.

Il criterio è quello della **PROBABILITÀ RAGIONEVOLE**. Cosa vuol dire dal pov tecnico? Non si sa. La probabilità deve essere quantificabile almeno come alta o bassa, ma ragionevole non si sa cosa voglia dire. Probabilità ragionevole, secondo la giurisprudenza, significa una **possibilità forte di infondatezza dell'appello** → carenza di elementi che già prima facie rendono l'impugnazione priva di un fondamento.

Questo, per altro, ci permette di fare due considerazioni:

1. La reale portata del criterio della probabilità ragionevole, cioè della carenza di elementi che rendono la domanda di appello fondata o infondata, dipende da come questo criterio trova applicazione nei singoli uffici.
2. La legge utilizza inappropriatamente la categoria della inammissibilità. *Il 348 bis, se letto in combinato disposto, con il 348 ter, ci fa capire che la sanzione della inammissibilità per mancanza di una ragionevole probabilità di accoglimento, significa **infondatezza nel merito della domanda di appello***. Perché? perché il co. 1 del 348 ter dice che il giudice d'appello applica il filtro, cioè svolge l'esame preliminare di inammissibilità per ragionevole probabilità solo se non sussistono altre ragioni di inammissibilità o improcedibilità della domanda di appello. Es. se la domanda di appello è stata proposta fuori termine, il 348 ter co. 1 dice al giudice di non perdere tempo a dichiarare la ragionevole probabilità.

Il criterio selettivo non è assolutamente selettivo → individua un parametro troppo generico come quello della probabilità ragionevole e assegna al giudice dell'appello fondamentalmente un ampio potere discrezionale sulla ammissibilità della domanda di appello foriera di applicazioni giurisprudenziali discordanti.

Questo **giudizio di ragionevole probabilità** quali ambito applicativo ha? Si applica a qualunque domanda di appello o ci sono alcune domande di appello che ne sono sopra? Lo stesso articolo 348 bis al co. 2 prevede **due eccezioni**:

1. la prima è quella in cui **l'appello è proposto su una causa in cui è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero** (art. 70 co. 1, es. querela di falso). Perché in questo caso non si deve sottoporre l'atto di appello ad un giudizio preliminare di ragionevole probabilità? **Perché c'è un interesse pubblico concorrente con quello privato che deve essere sottratto a qualunque giudizio non sufficientemente approfondito**. Se la causa coinvolge solo un interesse privato, l'esercizio del potere impugnatorio che consente un riesame nel merito della controversia (appello) può essere

valutato sulla base di un criterio puramente probabilistico. *Se, invece, coinvolge anche un interesse pubblico, allora questo non si può più fare perché implicherebbe una cognizione sommaria.*

2. **Caso in cui il processo di cognizione abbia seguito in 1° grado non il rito ordinario ma il rito sommario** (di cui al 702 bis e ss.). Il rito sommario come abbiamo accennato qualche volta identifica una modalità di svolgimento del processo di cognizione alternativa rispetto a quella del rito ordinario. quando si applica il rito sommario? *Si applica nei casi in cui la causa civile anzitutto spetta alla cognizione del tribunale in composizione monocratica, e in secondo luogo presenta un grado di complessità non elevato* per quel che concerne la trattazione e la istruzione della lite. Se sussistono queste due condizioni la causa può essere trattata e decisa secondo forme più semplici. E quindi anche più rapide rispetto al rito ordinario. Nel rito sommario, ad es., non è prevista la possibilità della trattazione scritta + è possibile derogare al deposito degli scritti conclusionali. In tal caso, l'appello avverso il provvedimento che ha forma di ordinanza con cui è definito il giudizio di 1° grado non è soggetto al filtro del 348 bis → già il giudizio di 1° grado si è svolto in forma sommarie, cioè con un grado di approfondimento nella trattazione ed istruzione che è sensibilmente più basso rispetto a quello del rito ordinario. Sottoporre una decisione scaturita da una trattazione della causa sostanzialmente sommaria ad un giudizio in sede di appello meramente probabilistico potrebbe implicare decisioni troppo superficiali, che non tengano conto di elementi contenuti nella domanda di appello che meritano di essere approfonditi. Il 702 quater è la norma di chiusura delle disposizioni sul rito sommario che definisce proprio l'appello.

Poiché è un vaglio preliminare che può precludere l'esame approfondito nel merito della domanda di appello, **il giudizio sul filtro si deve svolgere all'inizio della cd udienza di trattazione disciplinata dal 350.**

Le prime cose che deve fare il giudice dell'appello è **valutare se ci sono ragioni di inammissibilità o improcedibilità**. Se queste non risultano, applicare il filtro → **dichiararla inammissibile perché ha ragionevole probabilità di non essere accolta**. Questo garantisce l'**irriproponibilità della domanda impugnatoria in appello**, in coerenza con quanto disposto dal 348 ter a proposito dell'impugnazione avverso la sentenza di 1° grado dopo che è stata accertata l'inammissibilità dell'appello per ragionevole inammissibilità.

Vediamo come si può giungere alla pronuncia sulla inammissibilità dell'appello in sede di filtro.

Il 348 ter (riforma del 2012) disciplina in modo carente un procedimento sdi attuazione del filtro, un procedimento cioè attraverso cui il giudice di appello è chiamato ad effettuare la verifica preliminare sulla ragionevole probabilità di accoglimento della impugnazione.

Anzitutto, l'accertamento della ragionevole probabilità deve essere effettuato alla prima udienza. Il 38 ter richiama le attività che il giudice d'appello è chiamato a svolgere all'inizio. Stabilisce anche un vincolo di subordinazione rispetto alle ragioni di inammissibilità ed improcedibilità della domanda.

La domanda di appello sarà ammissibile se presenta tutti i suoi requisiti essenziali (proposta da una parte effettivamente soccombente, proposta nel termine breve o lungo, proposta da una parte che non ha fatto nemmeno tacitamente acquiescenza alla sentenza di 1° grado ecc.).

Accertata l'ammissibilità dell'appello per i requisiti formali, il giudice deve verificare la procedibilità, che viene a risolversi nella verifica della regolare costituzione in giudizio della parte appellante. Il giudice, poi, deve applicare il filtro.

Questo giudizio deve essere condotto, ex art 348 ter, "sentite le parti" ← questa precisazione serve per specificare che il giudizio sulla ragionevole probabilità, essendo un giudizio sul merito della domanda di appello, deve essere condotto nel contraddittorio tra le parti. C'è da chiedersi come si possa svolgere questo contraddittorio, tenuto conto che c'è esigenza di celerità di giudizio. Siccome il filtro è stato introdotto per deflazionare il processo civile, il giudizio deve essere condotto celermente dal giudice di appello.

"Sentite le parti" significa che il giudice di appello dovrà valutare sulla scorta degli atti introduttivi (atto di appello e atto difensivo della parte appellata). L'assolvimento dell'obbligo del contraddittorio in sede di filtro si ha anche attraverso l'attività di udienza, e dunque sicuramente è consentito al giudice d'appello rivolgersi alle parti (cioè tramite i loro procuratori) per trattare le questioni che sono indispensabili per comprendere se c'è o no la ragionevole probabilità di accoglimento o rigetto. Non serve la personale comparizione delle parti, perché sarebbe incompatibile con l'esigenza di celerità.

Non dobbiamo dimenticare che questo contraddittorio deve svolgersi mediante una cognizione sommaria. Questo è da ritenere indubbio, sia per le esigenze di celerità sia si deduce dal fatto che nelle battute iniziali dell'udienza di trattazione in appello, il giudice dell'impugnazione è chiamato ad esaminare una peculiare istanza che è l'istanza di sospensione della efficacia esecutiva della sentenza impugnata (cd istanza di inibitoria). Nel momento in cui la parte appellante impugna la sentenza di 1° grado, è legittimata dal 283 cpc a chiedere al giudice d'appello di sospendere l'esecuzione o la sola efficacia esecutiva della sentenza appellata.

La norma fa riferimento ad una cognizione sommaria dell'istanza di inibitoria. La cognizione del giudice di appello attiene a ciò che potremmo definire ragionevole probabilità di accoglimento o rigetto della domanda di appello. Infatti, il giudice di appello deve verificare se c'è una probabile fondatezza della domanda di appello. C'è anche qui un'esigenza di celerità che non è legata alla finalità deflativa del processo, ma all'urgenza di pronunciarsi su un'istanza che è riconducibile alla categoria delle domande cautelari.

Il giudice di appello, quando esamina, deve valutare se prima facie può ritenere la domanda di appello probabilmente fondata.

Resta da capire cosa vuol dire cognizione sommaria. Sommarietà non vuol dire cognizione superficiale. La cognizione sommaria deve essere condotta dal giudice sempre con il solito scrupolo. Sommarietà significa che le modalità di svolgimento della cognizione sono modalità più snelle, cioè regolate dalla legge con termine più ristretti e perentori e con una forte deformalizzazione del rito, cioè senza prevedere forme imposte dalla legge per il compimento di attività di trattazione. Questo lo ritroviamo anche nel 348 ter: la trattazione sulla ragionevole probabilità va condotta "sentite le parti", cioè omessa ogni formalità che non sia strettamente necessaria. Quindi, nel contraddittorio tra le parti svolto con cognizione sommaria → il giudice deve tenere conto degli atti introduttivi e della attività argomentativa in udienza dei procuratori delle parti. Cognizione sommaria significa che si deve svolgere omettendo le formalità che non sono strettamente necessarie per l'accertamento dell'ammissibilità.

Un'ultima conferma della sommarietà la abbiamo tenendo conto di ciò che il 348 ter prevede per l'esito di questo procedimento. Come si può concludere il giudizio? O nel senso che il giudice di appello ritiene che non sussista la ragionevole probabilità che l'appello non sia accolto (cioè rigettato) ← in tal caso pronuncia un'ordinanza di ammissibilità dell'appello con contestuale fissazione di una successiva udienza in cui si procederà alla trattazione piena della domanda di appello e delle difese svolte dalla parte convenuta. Se il giudice, invece, accerta che vi è una ragionevole probabilità che l'appello non sia accolto, allora deve pronunciare ordinanza di inammissibilità.

Il 348 ter prevede come l'ordinanza di inammissibilità debba essere succintamente motivata. Sempre il 348 ter prevede espressamente che la motivazione si può realizzare anche mediante il rinvio agli elementi di fatto allegati negli atti di causa ed il riferimento a precedenti conformi. Questo ultimo caso significa motivare per relationem.

Il fatto che la norma consenta la motivazione dell'ordinanza di inammissibilità anche mediante il rinvio agli elementi di fatto allegati negli atti di causa è un elemento di innovazione. Si intende sia negli atti introduttivi del processo di appello, ma anche negli atti introdotti nel processo di 1° grado. La parte che si costituisce in appello non solo deve depositare il proprio atto introduttivo (che sarà notificato), ma è chiamato a depositare anche il fascicolo di parte relativo al precedente grado di giudizio → la parte deve allegare all'atto introduttivo con cui si costituisce tutti gli atti di parte che ha prodotto in giudizio nel corso del 1° grado. Accedendo a questi elementi di fatto, il giudice di appello può andare ad esaminare personalmente e direttamente quelle situazioni che giustificano una ragionevole probabilità di accoglimento o di rigetto dell'appello. Può darsi che il giudice di appello decida per la ragionevole ammissibilità o meno per il fatto che sono ricavabili alla luce degli atti processuali commessi nel precedente grado di giudizio.

Esempio: l'appello si basa sull'erronea valutazione delle risultanze di una testimonianza svolta in 1° grado. L'appellante ritiene che il giudice abbia pronunciato una sentenza a lui sfavorevole, in quanto il giudice crede che il testimone abbia reso delle dichiarazioni che permettono di sostenere esistente l'intervenuto pagamento. In sede di attuazione del filtro, il giudice sarà autonomamente libero di esaminare i verbali della testimonianza, per verificare se effettivamente c'è stata una dichiarazione del testimone magari

travisata nel 1° grado. Se il giudice d'appello smentisce quanto sostenuto dall'appellante e dà ragione al giudice di 1° grado, potrà motivare anche solo rinviando al verbale del 1° grado con cui è stata acquisita la testimonianza.

Il 348 ter, inoltre, precisa che il filtro si applica sia all'impugnazione principale sia all'impugnazione incidentale di cui al 333 cpc.

Questo è importante, perché? Perché il vaglio preliminare di ragionevole probabilità va condotto anche sugli appelli proposti in via incidentale dalla parte appellata, ma solo quando questi sono il risultato di una notificazione dell'atto di appello ai sensi del 331 e 332. Siamo in una situazione in cui l'appello riguarda una sentenza pronunciata in 1° grado in un procedimento con pluralità di parti. che questa sia la conclusione lo ricaviamo dalla lettura del 333 richiamato dal 348 ter. Il 333 stabilisce che le parti, alle quali sono state fatte le notificazioni previste nel 331 e 332, debbono proporre a pena di decadenza le loro impugnazioni in via incidentale nello stesso processo. quali sono le notificazioni di cui parla il 333? Quelle da un lato che la parte appellante deve effettuare per proporre l'impugnazione anche verso le altre parti della causa inscindibile o dipendente nei cui confronti non ha illegittimamente proposto la domanda impugnatoria in origine (caso di notificazione ex art 331).

Cosa succede se in presenza di una causa inscindibile o dipendenti la parte impugnante omette di proporre la domanda impugnatoria vs tutte le parti della causa inscindibile o dipendente? Il 331 impone l'obbligo di integrare il contraddittorio proponendo la domanda di impugnazione anche vs le parti originariamente escluse entro il termine perentorio assegnato dal giudice.

Si parla di notificazione anche nel 332. La parte impugnante può proporre l'impugnazione anche solo verso alcune delle parti del giudizio di 1° grado, ma il 332 prevede che se le parti nei cui confronti non è stata proposta l'impugnazione sono nelle condizioni per impugnare la sentenza già contestata dalla controparte, la parte impugnante deve notificare l'impugnazione anche nei loro confronti (in questo caso la notificazione non equivale a proposizione dell'impugnazione, ma solo come denuncia della pendenza di un processo impugnatorio su una decisione che riguarda che la loro sfera giuridica). A fronte di questa notificazione-denuncia le parti notificate, se intendono a loro volta impugnare, devono farlo all'interno del processo pendente.

In entrambi i casi (331 e 332), le parti nei cui confronti è stata fatta la notifica e che intendono impugnare, possono e devono farlo con impugnazione in via incidentale, cioè all'interno dello stesso processo. questa impugnazione incidentale è soggetta alla valutazione di ragionevole probabilità.

Perché se invece ci troviamo davanti ad un appello incidentale fuori dai casi del 333 (es. per soccombenza virtuale), il 348 ter non prevede l'applicazione del filtro. La ragione è fortemente pratica ed è legata al fatto che quando l'impugnazione incidentale dipende da una soccombenza virtuale, o da una soccombenza parziale reciproca, il loro esito dipende fortemente dall'esito dell'impugnazione principale. Tanto è vero che abbiamo detto che se l'impugnazione incidentale è tardiva, è ammissibile solo se è ammissibile quella principale.

In questi due casi, quindi, l'esame della ragionevole probabilità di fondatezza dell'appello principale assorbe buona parte delle ragioni che giustificano anche la ragionevole probabilità di accoglimento o meno della impugnazione incidentale.

Questo è pienamente condivisibile con riguardo alla soccombenza virtuale, meno con riguardo alla soccombenza parziale reciproca. È vero che quest'ultima attiene alla stessa sentenza, ma fa riferimento a posizioni giuridiche soggettive magari profondamente diverse.

Per esempio nell'ambito di una sentenza che accoglie parzialmente la domanda dell'attore che chiedeva una condanna al pagamento di una determinata somma di denaro, la dichiarazione di inammissibile vita per carenza della ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello principale si riflette inevitabilmente anche sulla inammissibilità dell'appello incidentale, perché se non ci sono ragionevoli probabilità di impugnare validamente la sentenza da parte del creditore non ci sono nemmeno quelle ragionevoli probabilità di impugnare validamente la sentenza da parte del debitore.

La restante parte del 348 ter attiene al regime di impugnabilità della sentenza di 1° grado. Se l'ordinanza che conclude il procedimento di attuazione del filtro dichiara l'ammissibilità dell'appello, si ha la prosecuzione della causa n appello con cognizione piena.

Se invece l'ordinanza con cui si conclude il procedimento di attuazione del filtro dichiara inammissibilità dell'appello, il 348 ter consente alla parte appellante che ha visto dichiarato inammissibile l'appello il potere di proporre comunque impugnazione avverso la sentenza di 1° grado con ricorso per Cassazione. Per certi versi questa precisazione potrebbe apparire inutile, dato che c'è la garanzia del 111 co. 7 costituzione.

C'era però un evidente ostacolo → il decorso del termine breve o lungo per proporre il ricorso per cassazione finiva per dipendere dall'attività del giudice di appello e non dalla determinazione della parte soccombente, così che nel momento in cui la parte appellante vede rigettata la propria impugnazione si doveva arrendere al passaggio in giudicato della sentenza di primo grado ☒ è quindi stata espressamente prevista la possibilità di proporre il ricorso calcolando il termine breve o lungo per impugnare da quando è stata notificata l'ordinanza di inammissibilità.

Il 348 ter aggiunge un'ulteriore regola. I motivi tassativi per proporre ricorso sono 5, ma il 348 ter stabilisce che a seguito di pronuncia dell'ordinanza di inammissibilità, la sentenza di 1° grado può essere ricorsa per cassazione per tutti i motivi di cui al 360, tranne l'ultimo (numero 5) che attiene al vizio di motivazione, cioè all'omesso esame da parte del giudice della sentenza impugnata di un fatto decisivo ed oggetto di discussione tra le parti. il vizio di cui al n. 5 del 360 consente di censurare quell'errore della sentenza impugnata che consiste nel fatto che il giudice ha omesso di tenere in considerazione un fatto acquisito agli atti del processo nonostante questo fatto avesse rilevanza decisiva ai fini di decisione della causa.

Per quale ragione il L. del 2012 ha voluto fare ciò? la ragione è quella che aveva già elaborato la Cassazione prima che venisse introdotto il filtro. Si tratta della cd teoria della doppia conforme. Recepita dal L. con l'intervento del 2012. Cosa stabilisce? Stabilisce che la possibilità di censurare la ricostruzione del fatto operata dal giudice dinanzi alla corte di cassazione è possibile solo se non siano già intervenuti due giudizi conformi (1° grado e appello) sul merito della controversia, cioè sulla ricostruzione del fatto dedotto in giudizio. Il vizio di cui al n. 5 infatti è l'unico possibile modo di censurare la ricostruzione del fatto dinanzi alla Cassazione (giudice di mera legittimità).

L'unica censura in cui può emergere l'erronea ricostruzione del fatto in cassazione è quello del n.5, cioè l'omissione dell'esame di un fatto decisivo e controverso. Questo è appunto un giudizio di legittimità. Si limita a verificare se il giudice ha trascurato un fatto che invece è stato accertato nel giudizio.

Un ulteriore esame critico della sentenza ricorribile per cassazione sul fatto non è ammissibile se vi sono già due procedimenti che concordano nella ricostruzione del fatto. In sede di filtro abbiamo questi due provvedimenti (1° grado e ordinanza di inammissibilità). Ecco allora che non si può investire la corte della questione di fatto consistente nell'omesso esame del fatto decisivo e controverso quando l'appello avverso la sentenza di 1° grado è stato dichiarato inammissibile per carenza della ragionevole probabilità ← doppia conforme.

Questo principio è stato generalizzato dalla riforma del 2012, cioè applicato anche al di là dell'attuazione del filtro. Qual è quindi l'originario ambito di applicazione del principio della doppia conforme elaborato dalla giurisprudenza e recepito in toto dal legislatore del 2012? quello in cui la sentenza di appello conferma la decisione di primo grado quindi in una situazione in cui o non è necessario applicare il filtro perché siamo in una delle ipotesi eccezionali in cui il filtro non deve essere attuato, oppure perché il filtro è stato attuato e si è concluso con un giudizio di ammissibilità, conclusione che è stata smentita all'esito della trattazione della causa a cognizione piena. Infatti, il giudice dell'appello. A seguito della causa a cognizione piena, ha confermato la decisione di 1° grado. In questo caso, si ha una doppia conforme.

Due ultimi aspetti conclusivi:

1. Dove è scritto che se c'è una doppia conforme non è possibile ricorrere in cassazione ai sensi del n.5? Questa interpretazione, peraltro, si presenta molto problematica, perché tocca il ricorso per Cassazione, tutelato dalla costituzione. Il principio della doppia conforme è spiegato dalla Cassazione (e questa vale come ratio del 348 ter) con il principio che la Cassazione sta usando da molto tempo per snellire molti passaggi dello stesso giudizio di Cassazione: principio della ragionevole durata del processo. sulla base di questo precetto, la Cassazione ha ormai elaborato delle interpretazioni costituzionalmente orientate che favoriscono una riduzione dell'ambito applicativo di molte norme di legge ordinaria, anzi nel caso della doppia conforme, di un principio costituzionale (111 co.7). nel caso della doppia conforme, è addirittura una norma della

costituzione che si adegua per effetto di un bilanciamento ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, che si adegua all'altro precetto della ragionevole durata. Il risultato è foriero di grosse tensioni a livello di gerarchia delle fonti – il principio della doppia conforme elaborato in giurisprudenza si può giudicare costituzionalmente coerente, ma nei limiti in cui rappresenta il risultato di un corretto bilanciamento tra precetti costituzionali equivalenti (ricorso per cassazione e ragionevole durata del processo).

2. Il 348 ter stabilisce quale è il regime di impugnabilità della sentenza di 1° grado, ma che ne è dell'ordinanza di inammissibilità del 348 bis? È un provvedimento del giudice e anch'esso può essere oggetto di un errore in procedendo o in iudicando. È stabilito che anche l'ordinanza di inammissibilità è ricorribile per cassazione. Il presupposto per questa conclusione è legato al contenuto decisorio dell'ordinanza. La ricorribilità per cassazione dell'ordinanza è il risultato di un'applicazione del 111 co. 7 cost. Il punto problematico è che il 111 ammette la ricorribilità per cassazione solo contro le sentenze. L'ordinanza di inammissibilità è una sentenza in senso sostanziale? Evidentemente la Cassazione la ritiene tale, riconoscendo che tale ordinanza, essendo un giudizio sommario sulla probabile fondatezza, ha il duplice requisito della decisorietà (idoneo ad incidere su diritti soggettivi) e definitivo (idoneo a passare in giudicato).

È frequente che la parte soccombente sull'ordinanza di inammissibilità voglia impugnare sia l'ordinanza di inammissibilità che la sentenza di 1° grado. Può la parte soccombente cumulare in un unico ricorso per cassazione l'impugnazione avverso entrambi i provvedimenti? Si a patto che vi sia un ordine logico di decisione delle 2 domande di impugnazione cumulate. È necessario che il giudice di cassazione prima decida il ricorso sull'ordinanza e solo se la ritiene corretta (cioè non accogliere tale procedimento) proceda ad esaminare la sentenza di 1° grado.

## TRATTAZIONE E DECISIONE DELLA CAUSA IN APPELLO:

Come si fa quindi a trattare e istruire la causa nel procedimento di appello? La disciplina del codice è sensibilmente più contenuta rispetto a quella della trattazione e decisione della causa in primo grado. Le ragioni di questa minore attenzione del L. alla trattazione della causa in appello si giustifica con due motivi:

1. Il giudizio di appello consente un riesame nel merito della causa nei limiti di quanto devoluto dall'appellante. Non è la prima volta che un G. si occupa della causa, c'è già stata una cognizione piena sulla controversia ad opera del giudice di primo grado. Oltretutto, l'oggetto del processo d'appello è solitamente più piccolo rispetto all'oggetto del processo di 1° grado, in quanto di regola solo alcune delle domande decise in 1° grado sono devolute dall'appellante al giudice superiore (o perché alcune istanze sono state accolte dal G. e quindi la parte non è soccombente, o perché alcune istanze sono state rigettate ma non per effetto di un errore palese individuato dall'appellante).
2. La norma di chiusura delle disposizioni sull'appello (359) opera un rinvio generale alle norme sul processo di 1° grado, ritenendole applicabili anche in appello in quanto compatibili. Una prima applicazione di questo principio generale la abbiamo già vista: il 342, nel definire il contenuto della domanda di appello, rinvia al 163 che riguarda il contenuto formale dell'atto di citazione in 1° grado. Laddove manchi una disciplina specifica della trattazione ed istruzione della causa in appello, è possibile rifarsi alle norme su trattazione ed istruzione della causa in 1° grado in quanto compatibili.

**Trattazione della causa** → approfondimento del thema decidendum (insieme delle istanze di tutela delle parti)

**Istruzione della causa** → definizione del thema probandum (degli strumenti, mezzi di prova, che consentono di dimostrare le allegazioni fattuali poste a fondamento di ciascuna istanza).

Le possibilità di approfondire il thema decidendum ed approfondire il thema probandum sono limitate entro i confini di questo procedimento di 2° grado, confini che sono definiti dal principio devolutivo, dal divieto di nova in appello e dal potere di mera riproposizione delle istanze assorbite.



Vediamo come sono compiute queste attività.

Quale è la **sede** in cui si può trattare ed istruire la causa in appello? Il 350 cpc ci dice che è l'**udienza di trattazione**.

Tuttavia, la trattazione della causa in appello si compone potenzialmente di due momenti: verifica della regolare costituzione delle parti in appello + vero e proprio approfondimento del thema decidendum.

Quale è il G. che dirige la trattazione della causa in appello? Il 350 ci dice che se la causa spetta alla competenza della corte d'appello (organo collegiale); la trattazione della causa deve essere collegiale. Nella prassi ciò accade molto raramente → il collegio delega uno dei componenti del collegio all'assunzione dei mezzi istruttori. Possiamo quindi dire che il contraddittorio delle parti per approfondire il thema decidendum si svolge davanti al collegio, mentre le attività consequenziali che servono per acquisire un mezzo di prova sono dirette dal giudice delegato.

Il 350 cpc stabilisce che tutte le attività spettano al tribunale in composizione monocratica → non vi è alcuna esigenza di delega, dato che tutto il processo si svolge dinanzi ad un giudice singolo in funzione di tribunale.

Anche nel processo d'appello, così come in 1° grado, anche il G. d'appello deve anzitutto verificare la regolare costituzione delle parti.

Il 350 cpc propone una disciplina che, sotto questo pov, richiama quella primo grado. Come in 1° grado il giudice istruttore deve verificare nelle battute iniziali che il presupposto del contraddittorio si sia validamente instaurato, assegnando eventualmente i procedimenti necessari per sanare eventuali vizi, così deve fare il giudice d'appello.

L'attività sarà analoga ma non identica al 1° grado → tra le attività che il G. d'appello deve compiere per verificare la regolarità del contraddittorio, vi è quella che attiene alla verifica della regolare costituzione in giudizio delle parti. come già abbiamo visto parlando per la domanda d'appello, anche la disciplina per la trattazione della causa in appello è stabilita dal L. avendo in mente un procedimento che si instaura nelle forme della notificazione dell'atto di citazione. Il 342 richiama infatti il 163 per definire il contenuto della domanda d'appello ← questo influisce anche sul modo in cui si instaura il processo. L'appellante avrà a disposizione il termine perentorio di 10 gg per la costituzione in appello mediante deposito in cancelleria dell'atto di citazione in appello notificato ed il convenuto, cioè l'appellato, avrà l'onere di costituirsi al più tardi entro l'udienza ex art. 350 fissata dall'appellante sull'atto di citazione, oppure almeno 20 gg prima di quella data se vuole avvalersi di quel potere di appellare in via incidentale la sentenza impugnata dalla controparte. L'appellante dovrà fare attenzione a che decorra il termine minimo a comparire di 90 o 150 gg tra la data della notifica e la data dell'udienza fissata in citazione.

**Cosa succede se ci troviamo davanti ad un vizio dell'atto di citazione in appello?** Troveranno applicazione le regole che valgono per l'accertamento della nullità e della sanatoria per l'atto di citazione in 1° grado. Il G. d'appello, rilevata anche d'ufficio la nullità della notifica, assegnerà un termine per la rinnovazione. Può darsi che l'instaurazione del contraddittorio presenti altre forme di irregolarità che sono relative specificamente al fatto che siamo in un processo d'appello. Il G. d'appello può aver sollevato la pretermissione di un litisconsorte necessario o la pretermissione di una parte necessaria in presenza di una causa inscindibile o in presenza di due cause dipendenti, ex art. 331 ← il G. d'appello, rilevato anche d'ufficio il vizio, assegna un termine perentorio per l'integrazione del contraddittorio mediante notifica dell'atto di citazione alla parte pretermessa. Notificazione significa proposizione della domanda d'appello anche nei confronti della parte pretermessa.

Un ordine analogo può essere disposto anche nel caso del 332, in presenza di cause scindibili → la notificazione alla parte di causa scindibile nei cui confronti la domanda di appello non è stata spontaneamente proposta dall'appellante funge solo da denuncia della lite, da atto comunicativo alla parte estranea al processo di appello che è pendente un giudizio di appello nei confronti della sentenza che la riguarda. Anche in tal caso il 332 parla di notificazione, ma con un significato diverso → notificazione non è proposizione della domanda di appello, ma è mera denuncia della lite. Perché deve essere fatta la denuncia della lite? Perché la parte lasciata legittimamente estranea al processo di appello è ancora legittimata ad appellare a sua volta quella stessa sentenza. Se invece per la parte rimasta estranea la legittimazione ad appellare quella sentenza fosse esclusa o preclusa dalla legge non ci sarebbe alcun obbligo di notificazione

ex art. 332 cpc. Es. caso dei condebitori solidali che ottengono una sentenza di rigetto del creditore in primo grado → il creditore può scegliere di proporre l'appello solo nei confronti di un condebitore solidale. Tra le misure che il 350 richiede al giudice di appello di assumere all'inizio dell'udienza, vi sono quelle attinenti alla contumacia della parte appellata. Se la notificazione dell'atto di appello è avvenuta regolarmente e l'appellato non si è costituito in giudizio, così come in 1° grado, il G. ne deve dichiarare la contumacia. Se in 1° grado la contumacia può riguardare anche l'attore, oltre che il convenuto, questo non accade in appello. Perché? Perché **la mancata costituzione in giudizio dell'appellante comporta, ex art 348, l'improcedibilità della domanda di appello**. Il processo NON può proseguire nella contumacia dell'appellante. Questa regola sacrifica l'interesse dell'appellato, che potrebbe avere interesse a proseguire la causa in appello.

Se l'appellato ha proposto a sua volta una domanda di appello incidentale, il processo prosegue pur a fronte della improcedibilità dell'appello principale, per decidere l'appello incidentale. È quindi una domanda che avrebbe potuto fare valere in un processo autonomo.

Se l'appellato si è difeso solo prendendo posizione su una domanda di appello principale, è evidente che il suo interesse a veder dichiarata improcedibile ed ingiustificata nel merito la domanda di appello, viene "sacrificato" dalla legge. L'impossibilità di ottenere una sentenza di appello che confermi quella di 1° grado, è un interesse tutto sommato ragionevolmente sacrificabile.

Riunione degli appelli separatamente proposti contro la stessa sentenza, 355 cpc.

È una norma di chiusura del sistema per i casi in cui la parte appellata abbia messo di proporre l'impugnazione in via incidentale, ma abbia consapevolmente o meno proposto un autonomo processo avverso quella stessa sentenza. L'applicazione di questa norma deriva da una violazione degli articoli 333 e 334.

Es. soccombente parziale reciproco che, anziché appellare in via incidentale la sentenza già appellata dalla controparte in via principale, si fa un autonomo processo, cioè promuove un suo appello principale davanti ad un altro giudice. Il rischio è quello di decisioni contrastanti su una stessa sentenza di 1° grado, perché può darsi che i due G. di d'appello separatamente aditi giungano a due conclusioni diverse.

Il G. d'appello dinnanzi al quale è eccepita la contemporanea sentenza di un'impugnazione avverso la stessa sentenza deve disporre la riunione dei due procedimenti → **principio della prevenzione: si riassume la causa di appello sulla stessa sentenza instaurata successivamente davanti al giudice di appello che è stato adito per primo**.

Cosa succede se il potere non è esercitato e si giunge a sentenze connesse ma decise da giudici diversi ed in modo contraddittoria lo vedremo parlando della revocazione.

### Sospensione dell'efficacia esecutiva:

Terza situazione → ci sono ottime probabilità che la maggior parte delle chances di arrivare o meno ad una decisione a cognizione piena dell'appello si determinano nelle battute iniziali dell'udienza di trattazione → il G. deve stabilire subito se la domanda è inammissibile o improcedibile e poi deve passare ad esaminare se la domanda, procedibile ed ammissibile, è per caso inammissibile ai sensi del 348 bis (ragionevole probabilità). Se anche questo ostacolo alla decisione piena sulla domanda d'appello è superato, può accadere che il G. d'appello si trovi ad affrontare un ulteriore passaggio preliminare: quello imposto dalla **istanza di sospensione della provvisoria esecutività**. La discussione riguarda solo le sentenze di 1° grado a **contenuto condannatorio** → tutte le sentenze di 1° grado condannatorie sono immediatamente esecutive. Con la definizione della causa in 1° grado, quindi, il creditore vittorioso è pienamente legittimato ad instaurare subito una procedura esecutiva, laddove il debitore condannato non adempia spontaneamente quanto disposto nella sentenza.

Via evidente che l'efficacia immediatamente esecutiva della sentenza di condanna in quanto effetto della decisione condannatoria presuppone che tale decisione sia valida e giusta. Cosa accade se la sentenza di 1° grado immediatamente esecutiva è affetta da un errore in procedendo o in iudicando? La sentenza resta immediatamente esecutiva. Il creditore vittorioso è pienamente legittimato ad agire esecutivamente nei confronti del debitore.

La scelta del L. di dare questo potere di immediata esecutività alla sentenza di 1° grado non può essere assoluta → deve assicurare un margine di tutela delle ragioni del debitore. Il 283 cpc ed il 351 cpc

prevedono un 1° fondamentale limite alla immediata esecutività della sentenza condannatoria di 1° grado → il 283 consente al debitore che decida di appellare la sentenza di 1° grado di chiedere contestualmente la sospensione della efficacia esecutiva della sentenza di 1° grado, o se l'esecuzione è già iniziata di chiedere la sospensione dell'esecuzione della sentenza. Si parla di sospensione dell'efficacia esecutiva se la sentenza di 1° grado non è ancora stata messa in esecuzione, se l'esecuzione non è ancora stata avviata. Si parla di sospensione dell'esecuzione se il procedimento esecutivo è già stato avviato, con l'atto di pignoramento.

Questo assetto normativo che risale al 1990 rappresenta il ribaltamento di prospettiva rispetto alla normativa previgente: all'inizio il cpc prevedeva che anche la sentenza di condanna produceva un'efficacia esecutiva dopo il passaggio in giudicato. C'è della ragionevolezza in tale scelta → solo quando la decisione condannatoria è certa e NON più modificabile è consentita la produzione dell'effetto che incide sul patrimonio del debitore. questa prospettiva antica tutelava le ragioni del debitore davanti alla perdurante incertezza delle ragioni del creditore. fintanto che non c'è il giudicato, evitiamo l'esecuzione forzata. Questa normativa è diventata sempre meno tollerabile nella logica della rapida circolazione della ricchezza attraverso il credito.

Così nel 1990 si introduce la regola del 282 → la prospettiva è totalmente ribaltata → si tutelano le ragioni del creditore a scapito di quelle del debitore. anche quando c'è il rischio che la sentenza condannatoria sia sbagliata, la stessa resta immediatamente esecutiva; cioè non solo impone un obbligo al debitore condannato di adempiere subito, ma il creditore può subito agire in sede esecutiva per ottenere l'espropriazione del patrimonio del debitore che non adempie.

L'unico argine posto a ciò è l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva conseguente all'impugnazione mediante appello della sentenza condannatoria di 1° grado.

Con tale istanza, che prende anche il nome di inibitoria, mira ad ottenere qualcosa che è molto simile ad una tutela cautelare, anche se si obietta che quella del 283 sia una vera e propria misura cautelare.

Laddove l'istanza di sospensione sia accolta dal G. d'appello, il debitore ottiene il risultato di veder inibita dal G. la possibilità del creditore vittorioso in 1° grado di agire esecutivamente nei suoi confronti. Se l'istanza di sospensione è accolta, il debitore condannato in 1° grado e appellante avverso la sentenza di 1° grado ottiene un risultato temporaneo che anticipa quelli che saranno gli effetti della futura sentenza di appello secondo la prospettiva dello stesso debitore appellante (ossia una sentenza che riformi quella di 1° grado).

Se il debitore soccombente vuole impedire l'esecuzione forzata nei confronti del proprio patrimonio, deve appellare la sentenza di 1° grado e contestualmente scrivere un'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva.

Quali sono i presupposti su cui si basa tale istanza? Ce li dice il 283 → **gravi e fondati motivi**. Dietro tale espressione, la prassi giurisprudenziale individua da sempre due presupposti:

- 1) **Probabile esistenza del diritto fatto valere dalla parte istante** ← nel caso del debitore appellante si traduce nella probabile inesistenza del diritto di credito della controparte creditrice. Questo presupposto si chiama **FUMUS BONI IURIS**. Da dove si desume che non c'è una probabile esistenza del diritto di credito? Si desume dai vizi della sentenza di 1° grado che la parte appellante (debitore) è in grado di denunciare. La loro effettiva e certa esistenza sarà accettata dal giudice di appello nel corso della cognizione piena. Il giudice di appello, se c'è l'istanza di sospensiva, è chiamato a verificare sommariamente quei vizi della sentenza, per verificare se sono fondati. Cosa è questo se non lo stesso giudizio di ragionevole probabilità? È la stessa cosa. Con cognizione sommaria probabilistica decide sia l'istanza di sospensiva che l'inammissibilità in sede di filtro ed è chiaro che le due decisioni saranno coerenti.
- 2) **Periculum in mora** ← rischio che il creditore subisca un pregiudizio patrimonialmente valutabile nel caso in cui l'efficacia esecutiva fosse per effetto della sospensione ritardata (ritardo rispetto al momento idoneo, ossia la pubblicazione della sentenza di 1° grado). Un conto è il pregiudizio che può subire una grande spa quotata in borsa a fronte della sospensione dell'efficacia esecutiva di una sentenza in suo favore per pochi k, un altro conto è il pregiudizio patrimoniale che subirebbe dalla sospensione dell'efficacia esecutiva per gli stessi k un creditore che sia un piccolo consumatore. In entrambi i casi ci può essere il fumus, cioè l'errore della sentenza di 1° grado che rende probabile l'inesistenza del credito, ma è evidente che il periculum è diverso. Per la prima spa

ricevere pochi k oggi o dopo l'appello è superfluo; diverso è quel pericolo in relazione ad un piccolo consumatore. Gravi e fondati motivi non vuol dire solo che l'istanza di sospensione deve scaturire da un atto di appello che appare fondato, ma significa anche che le ragioni del creditore siano significativamente lese dalla sospensione dell'efficacia esecutiva. Significa anche che la sospensione determina un pregiudizio serio o grave. La concessione della inibitoria dipende anche dall'apprezzamento del caso concreto.

***Il 351 stabilisce che, accanto alla regola secondo cui l'istanza di inibitoria proposta con la domanda di appello sia decisa dal giudice nella prima udienza, possa essere decisa su specifica istanza dell'appellante anche prima dell'udienza ex art 350, addirittura se del caso inaudita altera parte, cioè senza previo contraddittorio con l'appellato (creditore).***

Alla regola generale ci sono due possibili eccezioni:

- Laddove sussistono particolari ragioni di urgenza legate al pregiudizio patrimoniale che subirebbe il creditore, o il debitore, anzi soprattutto quest'ultimo, l'appellante può chiedere che il giudice di appello esamini l'istanza in un'apposita udienza. Si dice in camera di consiglio tra le parti. quale è la ragione di questa specifica udienza anteriore a quella di trattazione dedicata solo all'inibitoria? È legata al fatto che l'udienza di trattazione è fissata con gli stessi meccanismi: spetta all'attore fissare la data, ma nel rispetto del termine minimo a comparire. Inoltre, sappiamo che tale data può essere spostata d'ufficio. Nel caso del 168 bis co. 5 fino a 45 giorni. Può darsi che tutto questo sia un lasso di tempo troppo lungo per tutelare le ragioni. Pensiamo al caso in cui sia il debitore a subire un pregiudizio patrimoniale se l'efficacia esecutiva non è sospesa (es. impresa a rischio di fallimento). Il fatto di poter ricevere subito le risorse che la sentenza gli ha negato in 1° grado possono giustificare non solo l'appello e l'istanza di sospensione, ma anche l'anticipazione dell'istanza di sospensione di qualche mese. Il debitore è un imprenditore condannato a pagare subito 300k. Il debitore ritiene quella sentenza invalida o ingiusta. Vi è un interesse non solo ad ottenere la riforma della sentenza e la sospensione della esecutività, ma anche ad ottenere l'inibitoria il prima possibile. Anche solo pochi giorni di efficacia esecutiva della sentenza rischiano di farlo fallire.
- Se le ragioni di urgenza sono particolarmente forti, l'ordinamento tollera che il debitore condannato non solo formuli istanza di sospensione ma ne richieda anche l'esecuzione inaudita altera parte, cioè senza la fissazione di alcuna udienza. In assenza di qualunque contraddittorio con le altre parti.

Una volta pronunciatisi sull'istanza di inibitoria, il G. d'appello deve fissare la data di un'udienza in camera di consiglio nella quale il creditore appellato può far valere le proprie ragioni contro l'istanza di sospensione, indipendentemente dal fatto che essa sia stata concessa o negata. Il contraddittorio in prima battuta, quindi, non è rispettato seppur legittimamente, ma deve essere poi tempestivamente recuperato.

I gravi e fondati motivi, per quel che riguarda il periculum in mora, devono essere considerati sempre non solo nella prospettiva del creditore, ma anche nella prospettiva del debitore. In particolare, quando li si considera dalla prospettiva del debitore, emergono ragioni di particolare urgenza nell'ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva → non basta per il G. dell'appello e per l'interprete considerare la posizione del creditore (e quindi l'interesse a veder rigettata l'istanza di sospensione), ma bisogna sempre considerare anche l'interesse del debitore a veder accolta l'istanza di sospensione.

Quello che deve compiere il giudice di appello è un giudizio di bilanciamento → è evidente che c'è un pregiudizio patrimoniale per il creditore nel caso in cui venga ingiustamente concessa la sospensione dell'efficacia esecutiva, ma è altrettanto evidente che c'è anche un potenziale pregiudizio patrimoniale del debitore nel caso in cui la sospensione dell'efficacia esecutiva venga negata → a seconda del caso concreto si può avere:

- Una **contrazione dell'interesse del creditore** e quindi un'espansione dell'interesse del debitore, nel caso in cui il pregiudizio patrimoniale maggiore è quello del debitore → **aunderanno le possibilità che il giudice d'appello conceda l'inibitoria**, cioè la sospensione dell'efficacia esecutiva a tutela dell'interesse del debitore.

- Viceversa, *se è l'interesse del creditore ad espandersi e quello del debitore a contrarsi*, avremo una situazione in cui il *giudice d'appello sarà portato maggiormente a negare la sospensione dell'efficacia esecutiva*.

→ tutto questo esula dal fumus, cioè dall'esistenza id probabili vizi della sentenza di primo grado ← quello è il presupposto che va accertato subito.

#### DECISIONI DELL'APPELLO:

Quali sono le attività di trattazione della causa, una volta superati questi vagli preliminari, che si possono svolgere in appello?

Sono tutte quelle attività dell'art. 183 cpc? È vero che l'art. 359 cpc richiama le norme del giudizio di primo grado, ma le richiama in quanto compatibili → non è un rinvio generico → le attività di trattazione del 183 non si applicano integralmente al giudizio di appello, poiché non tutte compatibili. Quelle sicuramente compatibili sono quelle dei co. 4 e 5 del 183.

Quindi rispettivamente l'**attività di trattazione della causa conseguente al rilievo officioso del giudice** (co. 4) e l'**attività di trattazione della causa conseguente all'attività processuale della controparte** (quindi allegazioni o istanze che sono conseguenza delle domande o delle eccezioni avversarie). Il co. 5 prevede anche lo ius penitendi. Questa attività è possibile? Nei limiti della precisazione sì, per quel che concerne la vera e propria attività di modifica delle istanze non sarà ammissibile ai sensi del 345, divieto di nova in appello.

L'attività di trattazione ammissibile in appello sono quelle del 183 co. 4 e co. 5 prima parte.

Si può fare in appello la trattazione scritta della causa ai sensi del co. 6? No. non solo perché il 350 non prevede la possibilità che la trattazione si possa svolgere per iscritto, ma anche perché la logica del procedimento di appello contrasta col fatto che essa si svolga con le tre memorie, anche per rispettare una ragionevole durata del processo. ciò impone che la trattazione si svolge in modo concentrato davanti al G. in udienza → NO MEMORIE SCRITTE DEL CO. 6.

#### ***L'attività di istruzione in appello segue le regole dell'istruzione probatoria del processo di***

***primo grado.*** Quali sono le situazioni in cui può esserci istruzione probatoria in appello? Lo spazio per l'istruzione probatoria in appello è legato non solo ai margini molto ristretti dell'art. 345 co. 3 cpc, in cui sono ammesse nuove prove per la prima volta in appello (prove che la parte non ha potuto introdurre in primo grado per causa ad essa non imputabile o il giuramento decisorio), ma ***l'istruzione probatoria può avere rilevanza in maniera molto più ampia quando uno dei vizi della sentenza di primo grado, censurati dall'appellante, attiene all'acquisizione del mezzo istruttorio.***

Es. è stata acquisita in primo grado la prova testimoniale, ma il giudice ha erroneamente ammesso solo alcuni dei capitoli di prova, cioè delle circostanze di fatto su cui interrogare il teste, indicate dalla parte istante, impedendo che il teste rilasciasse dichiarazioni su circostanze decisive ai fini della controversia → se quella scelta è immotivata, accade non solo che la sentenza di primo grado risulterà ingiusta, perché basata su una ricostruzione di fatto sbagliata o parziale, ma imporrà, una volta accertato il vizio, che si riacquisisca quello stesso mezzo istruttorio davanti al giudice d'appello → cioè che il teste sia nuovamente interrogato sui capitoli di prova erroneamente non ammessi dal giudice di primo grado davanti al giudice d'appello.

Per quel che concerne poi il passaggio alla fase decisoria, tutto è molto simile a quanto accade in 1° grado → c'è l'udienza di precisazione delle conclusioni (PC), una volta terminata l'istruzione probatoria + lo scambio degli scritti conclusionali, che nell'ipotesi della modalità ordinaria di discussione della causa sono anche in appello le comparse conclusionali entro 60 giorni dall'udienza di PC e le memorie di replica entro i successivi 20 giorni. Su istanza di parte, a seconda che ci si trovi davanti alla corte d'appello o al tribunale in funzione di giudice d'appello, possono trovare applicazione le forme alternative di discussione della causa → la discussione della causa dinanzi al collegio (art. 275 cpc) ovvero la discussione mediante trattazione mista o orale dinanzi al tribunale in composizione monocratica (art. 281 quinquies e 281 sexies cpc)

→ ***le regole sono le stesse del processo di primo grado e sono identiche anche le alternative alla regola.***

### ESITI DEL PROCESSO D'APPELLO:

Quale può essere l'esito della fase decisoria in appello?

- A) **Inammissibilità o improcedibilità della domanda in appello** → la conseguenza è la irriproponibilità dell'appello, anche se è ancora pendente il termine per la proposizione dell'appello. Nel caso della inammissibilità da filtro, dobbiamo ricordare che si ha ricorribilità per cassazione avverso la sentenza di 1° grado tranne che per il n.5.
- B) **Decisione sul merito, o di accoglimento o di rigetto** →
- Di rigetto → la sentenza di appello conferma quella di 1° grado
  - Di accoglimento → la sentenza riforma nei limiti del devoluto quella di 1° grado

Ci può essere un caso in cui il contenuto della sentenza di appello, indipendentemente dal fatto che ci sia accoglimento o rigetto della domanda, sia diverso rispetto a quello che era il contenuto della sentenza di 1° grado? Stando alla situazione sopra sintetizzata, c'è sempre uno stesso oggetto del processo.

Ciò che viene ad essere deciso in appello è ciò che è stato deciso in primo grado. Ma ci può essere una situazione in cui il giudice d'appello decide qualcosa di nuovo? Sì → Come? Nei limiti in cui sono possibili i nova in appello (art. 345 cpc) → sono proposte nuove domande, nuove eccezioni → si amplia l'oggetto del processo d'appello e quindi anche la sentenza → oltre a riformare i capi devoluti aggiungerà qualcosa in più a quello che era stato deciso in primo grado. È chiaro che in base alle nuove domande e alle nuove eccezioni i margini di fare qualcosa di nuovo sono molto risicati → l'art. 345 cpc ha dei margini molto modesti di applicazione. C'è però una seconda possibilità, che ha dei margini più significativi di ampliare il processo di appello → il potere di mera proposizione (art. 346 cpc). Se alcune eccezioni sono state assorbite in primo grado e queste sono state riproposte, generalmente dalla parte appellata, la sentenza di appello pronunciandosi espressamente sulle eccezioni assorbite avrà un contenuto maggiore rispetto a quello che era l'oggetto del processo di primo grado. La sentenza di primo grado, avendo semplicemente assorbito, la decisione di quelle eccezioni non si è legittimamente pronunciata su di esse.

### RIMESIONE AL PRIMO GIUDICE:

Ci sono delle ipotesi tassativamente previste dal 353 e 354 cpc in cui eccezionalmente l'appello non funziona come mezzo impugnatorio a carattere devolutivo. L'appello è e resta di regola un mezzo impugnatorio devolutivo. Il G. d'appello non solo accerta i vizi della sentenza impugnata, ma contestualmente ridecide nel merito le istanze e le questioni devolutive. Se la decisione coincide con quella della sentenza impugnata, la sentenza rigetta d'appello; se invece diverge da quella di 1° grado, la sentenza di appello riforma quella di 1° grado.

Gli artt. 353 e 354 prevedono ipotesi in cui al giudice è solo concesso di accertare il vizio denunciato dall'appellante e per effetto annullare la decisione di 1° grado, senza poter ridecidere il merito della sentenza devoluta. Questo è il comportamento tipico del G. nelle impugnazioni a carattere rescindente.

La ragione per cui, in queste 6 ipotesi, il cpc consente al G. d'appello di annullare la sentenza di 1° grado in caso di accertamento del vizio denunciato senza ridecidere il merito è quello di assicurare talvolta un doppio grado di giurisdizione sul merito e altre volte la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale.

Gli artt. 353 e 354 non stabiliscono in modo chiaro se i casi previsti sono tassativi o meno, ma in giurisprudenza non c'è dubbio che debbano essere interpretati come tali → non possono essere estesi in via analogica a casi simili. Casi simili ce ne sono eccome, ma per essi non vale la possibilità che si deroghi al principio devolutivo → nei casi NON contemplati, ma simili, la legge processuale rinuncia a salvaguardare un doppio giudizio sul merito e la salvezza degli effetti sostanziali o processuali della domanda.

Di cosa si tratta? Sono 6 casi tassativi. Si tendono a considerare insieme i casi del 353 e l'ultima ipotesi del 354, in quanto sono i due casi in cui la deroga del principio devolutivo serve per tutelare il doppio giudizio sul merito → la parte che ha proposto la domanda può avere due giudizi sul merito. I due casi sono:

- **353 → legato alle ragioni di giurisdizione** → il G. di 1° grado rigetta la domanda e la dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione. La sentenza di 1° grado viene appellata. Nell'appello, la parte appellante censura il vizio (verosimilmente un errore in procedendo) con cui il G. si è ritenuto privo di giurisdizione e ripropone le domande non decise dal G. di 1° grado. Cosa accadrebbe se il G. di appello facesse un giudizio devolutivo? Si pronuncia sul motivo di appello attinente alla



giurisdizione e, se lo ritiene fondato, annulla la sentenza di 1° grado e riesamina nel merito ← in realtà è un 1° esame, dato che le domande non erano mai state decise nel merito. L'appellante ripropone anche le domande di merito che non sono state decise. Se non ci fosse la regola del 353, il G. d'appello, una volta deciso il motivo di appello, passerebbe ad esaminare il merito delle domande riproposte dall'appellante ← in tal caso la decisione sulle domande di merito sarebbe la prima ed unica decisione che la parte avrebbe sul merito. In tal caso, il 353 garantisce in deroga al principio devolutivo il doppio giudizio sul merito → il G. di appello, accertato il vizio in procedendo sulla giurisdizione, annulla la sentenza di 1° grado, ma rimetta le parti al primo giudice → rinvia la causa in 1° grado.

- **Ultima ipotesi 354 → estinzione del processo** → non c'è stata una decisione sul merito, solo che il processo si è concluso anziché con una sentenza definitiva di rito, con una sentenza o una ordinanza dichiarativa dell'estinzione del processo. ad es. per rinuncia agli atti del giudizio accettata dal convenuto, oppure perché le parti non sono comparse a due udienze consecutive ecc. Se la dichiarazione di estinzione del processo è affetta da un errore, il provvedimento è appellabile. Cosa succede se l'appello è ritenuto fondato? Se si applicasse il principio devolutivo, avremmo ancora una volta il problema di avere un primo ed unico giudizio sul merito → per garantire due gradi di giurisdizione sul merito, si dispone la rimessione della causa in 1° grado.

Le altre 4 ipotesi che raggruppiamo nel secondo gruppo di fattispecie in cui vi è rimessione al 1° giudice sono tutte regolate dal 354. Sono 4 ipotesi da considerare:

- **Nullità della notificazione dell'atto di citazione, inteso come domanda giudiziale, come atto che ha introdotto il processo in 1° grado** → il vizio che ha un'evidente natura processuale attiene all'atto, la notificazione, con cui si propone la domanda giudiziale. In forza del principio di tassatività, non può essere confuso con il caso della nullità dell'atto di citazione. Solo la nullità della notifica consente la rimessione al 1° giudice e non anche la nullità della citazione. Pertanto, se il vizio censurato con l'atto di appello riguarda anzitutto la nullità dell'atto di citazione, il giudice d'appello è non solo legittimato ma anche obbligato, una volta accertato tale vizio, a ridecidere il merito della controversia. C'è un problema di carenza del doppio grado di giurisdizione nel merito? No. Il vizio attiene alla nullità dell'atto di citazione, ma questo vizio non ha impedito che si arrivasse ad una pronuncia sul merito. Lo stesso, benché giunga ad una decisione diversa, riguarda l'ipotesi in cui la nullità riguarda la notificazione dell'atto di citazione. In questa prima ipotesi non solo bisogna evitare confusione con l'ipotesi della nullità della citazione, ma bisogna anche sottolineare come non c'è un tema di carenza del doppio grado di giurisdizione sul merito, ma vi è un'esigenza diversa.
- **Omessa integrazione del contraddittorio nei confronti di un litisconsorte necessario pretermesso (102 cpc)** → il 102 cpc è stato violato dal giudice di 1° grado. Si tratta di un caso in cui non solo le parti, ma nemmeno il giudice ha rilevato la carenza di un litisconsorte necessario. Se la carenza del litisconsorte necessario fosse stata rilevata, il giudice in applicazione del 102 avrebbe assegnato un termine per integrare il contraddittorio. Se tale integrazione non fosse avvenuta, ci sarebbe stata estinzione del processo. Il 354 fa riferimento al caso in cui NESSUNO si è accorto che mancava un litisconsorte necessario e ciononostante il giudice si è pronunciato sul merito. Anche qui, il cpc impone al giudice d'appello che accerti il vizio di rimettere la causa al 1° giudice.
- **Erronea estromissione di una parte dal processo (es. caso dell'art. 111 cpc con riferimento alla possibile estromissione del dante causa del diritto controverso)** → in questo caso la parte si era costituita nel processo, ma per effetto di un provvedimento erroneo del giudice è stata estromessa. Il 111 prevede che l'intervento in causa dell'avente causa (cioè acquirente del diritto controverso) consente a certe condizioni l'estromissione del dante causa. Una di queste condizioni è il consenso di tutte le parti e la formulazione di istanza congiunta al giudice. Se invece il giudice ha disposto autonomamente la sua estromissione a seguito del mero intervento in causa dell'acquirente, senza istanza congiunta, saremmo in presenza di un'ipotesi di illegittima estromissione. Anche in tal caso è evidente che il giudice di 1° grado è comunque giunto a pronunciarsi sul merito → il 354 impone al giudice d'appello che accerti il vizio di rimettere la causa al 1° giudice.



- **Nullità della sentenza di 1° grado ai sensi del 161 co.2 cpc** → ipotesi di inesistenza della sentenza. Il 354 fa riferimento al co. 2 del 161 (norma sulla nullità della sentenza). Il co. 1 fa riferimento alla regola della conversione automatica dei vizi di nullità della sentenza in motivi di impugnazione ordinaria → se la sentenza è affetta da un vizio di nullità – propria o derivata – c'è un solo modo per far valere questa nullità: proporre un mezzo di impugnazione ordinario con cui si denuncia la violazione del cpc. Il fatto che il cpc del 1940 abbia fatto riferimento ai mezzi di impugnazione ordinaria ha un suo significato ← i mezzi di impugnazione ordinaria sono legati al rispetto di un termine decadenziale per la loro proposizione. Il decorso del termine comporta il passaggio in giudicato della sentenza. Se il vizio di nullità della sentenza non è tempestivamente censurato, non è più censurabile. Il vizio resta. Se la parte tarda ad attivarsi per la censura dell'invalidità della sentenza, non può esserci una seconda possibilità, dovendo prevalere la decisione sul merito della controversia. Il co. 2 ci dice che il co. 1 non si applica in caso di mancanza della sottoscrizione del giudice. La sottoscrizione del giudice è un requisito essenziale, è ciò che rende una sentenza un provvedimento giurisdizionale. La carenza della sottoscrizione rappresenta un vizio di nullità della sentenza → è una carenza formale grave. Tuttavia, la legge considera questo vizio di nullità (proprio) più grave di altri, perché la carenza della sottoscrizione è addirittura un vizio che impedisce di identificare l'atto come tale. Una sentenza priva della sottoscrizione è una sentenza che non può nemmeno essere riconosciuta come tale. Il vizio è quindi molto grave. Si ritiene però che questo caso (161 co. 1) NON sia tassativo. In questo caso e in casi analoghi, riconducibili alla categoria dell'inesistenza della sentenza, non si applica il co.1 del 161 cpc → il vizio di nullità che determina l'inesistenza della sentenza non si converte automaticamente in motivo di impugnazione ordinaria → può essere fatto valere, se ne ricorrono i presupposti, con un mezzo di impugnazione straordinario (anche dopo il decorso del termine dell'impugnazione ordinaria). Può darsi però che l'inesistenza non sia censurabile con un mezzo di impugnazione straordinario. Ciononostante, è comunque accertabile con un'autonoma azione di accertamento del vizio di inesistenza, ossia la actio nullitatis → un autonomo giudizio di cognizione che ha ad oggetto un mero fatto e non un diritto soggettivo. In tal caso, il fatto è appunto il vizio di inesistenza (es. mancanza di sottoscrizione). Prima del cpc del 1940, l'actio nullitatis era molto diffusa. Nel caso di inesistenza di sentenza, siamo davanti ad una sentenza affetta da un vizio di nullità, cioè da un errore in procedendo, come la mancata sottoscrizione, ma nondimeno essa si è pronunciata sul merito → il 354 impone al giudice di appello di limitarsi all'annullamento della sentenza e alla rimessione della causa al 1° giudice.

L'elemento comune a queste 4 ipotesi è che in 1° grado c'è stata una pronuncia sul merito – magari anche giusta. Perché il 354 vuole che si debba ripartire da capo? Cioè che la sentenza di 1° grado vada annullata e che, anziché essere ridecisa in appello, venga rimessa al 1° giudice? Per garantire che vi sia un doppio grado di giurisdizione sul merito che sia svolto nel rispetto della legge processuale, cioè avendo sanato quel vizio che ha portato alla rimessione al 1° giudice (cioè questi 4 vizi visti) → si deve ricreare il 1° grado di giudizio non perché non c'è stato un giudizio sul merito, ma affinché esso sia nuovamente svolto nel rispetto delle condizioni processuali. Il 354 vuole salvaguardare tutti gli effetti della domanda giudiziale proposta in 1° grado (effetti processuali e sostanziali). Rimettendo la causa al 1° giudice, è consentito alle parti di sanare il vizio → far sì che tutti gli effetti della domanda giudiziale siano conservati. Questo incide sul piano della sospensione della prescrizione, per esempio, e sul piano del decorso degli interessi sugli interessi.

## IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE:

Il giudizio di cassazione *costituisce solitamente il 3° grado di giurisdizione nell'ambito della cognizione ordinaria* → scaturisce solitamente dall'impugnazione di una sentenza di appello.

Ci sono tuttavia dei *casi in cui la Cassazione non è affatto il terzo grado di giudizio*. Questo accade per esempio perché la legge prevede espressamente che una sentenza di 1° grado sia o possa diventare ricorribile per Cassazione (es. sentenza di 1° grado in caso di pronuncia dell'ordinanza di inammissibilità ex art 348 bis).

Parlando delle sentenze appellabili abbiamo parlato del cd ricorso per saltum → si tratta del risultato di un accordo tra le parti nel corso o al termine del giudizio di 1° grado finalizzato a saltare l'appello avverso la sentenza di 1° grado → semplice ricorribilità per cassazione della sentenza di 1° grado.

Che questo sia così è vero anche da un altro pov → il giudizio di cassazione ci può essere anche nel caso in cui una legge ordinaria dichiara una sentenza inimpugnabile. In tal caso, siamo in una situa in cui c'è spazio per un ricorso per cassazione avverso una sentenza che sicuramente non sarà una sentenza di 2° grado, non essendo essa impugnabile. Anche in questo caso il 111 co. 7 cost sancisce il ricorso per cassazione come uno strumento impugnatorio fondamentale, non abrogabile dalla legge ordinaria.

Questo si spiega non tanto con l'evoluzione storica della normativa processuale sul giudizio di cassazione, ma già con l'evoluzione storica del giudice di cassazione, che è un giudice peculiare.

Oggi la corte di cassazione è un organo giudiziario unico su tutto il territorio nazionale e ha sede a Roma. È un organo giudiziario collegiale, in quanto decide sempre le domande di impugnazione in una composizione che può essere di 5 o di 9 componenti. Si tratta di una collegialità molto più forte di quella di tutti gli altri organi → tribunale e corte d'appello formano il collegio in 3 componenti.

La cassazione giudica collegialmente con 5 membri nei "casi ordinari". La composizione della corte di cassazione in 5 componenti prende il nome di **SEZIONE SEMPLICE**. Quando la decisione è presa da una sezione semplice, significa che la decisione è assunta da un collegio di 5 giudici di cassazione.

La composizione maggiore, quella con 9 giudici, prende il nome di **SEZIONI UNITE**. La controversia è decisa a sezioni unite nei "casi speciali". Tipicamente si decide a sezioni unite quando vi sono contrasti interpretativi su una stessa questione di diritto. Spetta, quindi, alla composizione più autorevole decidere.

La situazione non è sempre stata così → nel nostro ordinamento non è esistita sempre e solo un'unica corte di cassazione a livello nazionale. Dobbiamo fare dei passi indietro.

L'origine profonda della cassazione risale ad un'epoca storica che è quella dell'ancien regime in Francia (17° sec.). L'origine storica è individuabile nel cd consiglio del Re: organo collegiale con funzioni puramente consultive. Il regime processuale francese pre unificazione prevedeva la possibilità del ricorso al re. Si trattava di un'istanza di natura giurisdizionale con cui chi aveva subito una sentenza in ultima istanza che era affetta da una violazione della legge poteva chiedere una revisione della sua decisione. Questa revisione non mirava ad ottenere una nuova decisione sul merito della controversia, bensì semplicemente ad ottenere l'accertamento della violazione della legge da parte della sentenza ricorso al re. L'esito di questa istanza era quella che il re, se avesse accertato la violazione della legge, avrebbe annullato la sentenza. Chi decideva il contenuto non era il sovrano, ma il consiglio del re. Questo organo collegiale, quindi, ha trovato la sua ragione storica nella complessità dell'ordinamento giuridico di molti stati europei nell'epoca anteriore alle codificazioni. L'idea di istituire il ricorso al re per rimediare alla sentenza di ultima istanza era un rimedio ad un sistema normativo positivo estremamente complesso.

Dopo un po' di tempo arriva la Rivoluzione francese che ha abbandonato la maggior parte degli istituti che facevano riferimento allo stato assoluto. tra quei pochi che ha conservato vi fu il consiglio del re.

Ovviamente disciplinato in modo diverso e denominato in modo diverso. Una legge del 1790 scritta da Robespierre ha introdotto l'istituto del tribunale di cassazione, che, qualche anno dopo, è stato chiamato corte di cassazione.

Divenne un vero e proprio organo giurisdizionale, in pieno rispetto del principio della separazione dei poteri. Conservò, però, la sua funzione di tutela della legge, cioè di repressione delle ipotesi di violazione della legge commesse dai giudici, ed in particolare da quelli di ultima istanza. Questo portò anche gli stati

italiani pre-unitari a dotarsi spesso di tribunali o corti di cassazione che svolgessero questa funzione di salvaguardia.

Nel 1865, dopo l'unità, vennero istituite prima 4 corti di cassazione (Torino, Firenze, Napoli, Palermo). Nel 1875 venne aggiunta la quinta che era a Roma.

Salvaguardare la corretta interpretazione della legge ad opera di 5 organi di cassazione rischiava di creare dei contrasti interpretativi → gradualmente ci si è avvicinati ad un accentramento. Questo fu segnato da due tappe:

- 1) Assegnare alla sola corte di Cassazione di Roma la funzione di risolvere i conflitti interpretativi insorti tra le altre corti di Cassazione.
- 2) Nel 1923 il regio decreto abolì le altre 4 corti, lasciando solo quella di Roma ← scelta contestata per diverse ragioni. Un po' perché alcuni stati pre-unitari erano "affezionati" al tribunale del riesame che aveva non solo funzioni di accertamento di violazione della legge, ma anche di riesame nel merito. D'altra parte, le critiche hanno riguardato anche il fatto che quell'accertamento delle funzioni proprie della cassazione in un unico organo giudiziario rispondeva ad una certa visione politica di quell'epoca che aveva un'ispirazione unitaria.

Nonostante le critiche, però, la scelta fu confermata dalla costituzione nel 1948.

Non è casuale che il giudizio di cassazione abbia certe caratteristiche che sono del tutto uniche rispetto agli altri giudizi. Il giudizio di cassazione è un giudizio di mera legittimità → **il giudizio di cassazione investe la corte di cassazione solo del potere di esaminare l'esistenza o meno del vizio denunciato a carico della sentenza impugnata al fine di stabilire se c'è stata o meno una violazione della legge processuale o sostanziale, senza decidere il merito della controversia.**

Il fatto che la cassazione non si occupi del merito non è una questione di sofisticazione personale, ma solo perché la sua funzione originaria la pongono come giudice che presiede alla interpretazione della legge uniformemente sul territorio nazionale.

Il giudizio di cassazione non ha carattere devolutivo ma **rescindente** → si compone di due momenti:

- 1) Fase **necessaria** → fase **rescindente** → fase che si svolge davanti alla corte per **l'accertamento del vizio (ammissibilità e fondatezza dei motivi di cassazione)**. L'esito di questa fase può essere quello del rigetto per inammissibilità o infondatezza del ricorso con conferma della sentenza impugnata, o quello di accoglimento del ricorso con conseguente annullamento o cassazione della sentenza impugnata. Cassazione viene dal verbo francese "casser" che significa sciogliere. Il compito della cassazione è eliminare la sentenza impugnata. In certi casi la cassazione/annullamento è sufficiente per definire la causa. È possibile che l'esito della fase rescindente culmini nella cd cassazione senza rinvio, cioè senza necessità di rimettere la decisione della causa ad un giudice di merito che ridecida la controversia. Più spesso, il giudizio si conclude con la cassazione con rinvio → si può aprire il secondo momento, il giudizio di rinvio. **È preclusa la possibilità di riesaminare e decidere nuovamente il merito della controversia.** Il rinvio dà luogo alla seconda ed eventuale fase del ricorso per cassazione.
- 2) Fase **eventuale** → fase **rescissoria** → **giudizio di rinvio**. Non si svolge davanti alla cassazione, ma davanti al giudice dello stesso grado di quello che ha pronunciato la sentenza annullata. Se la parte interessata riassume la causa dinanzi al giudice di rinvio entro 3 mesi dalla sentenza di cassazione, il giudizio di cassazione prosegue, altrimenti tutto il processo si estingue.

A questa funzione di salvaguardia della legge – propria ed esclusiva della corte di cassazione – è stato da sempre assegnato un nome, un'etichetta: **FUNZIONE DI NOMOFILACHIA**. Questo attiene proprio alla salvaguardia della legge. La cassazione ha una funzione nomofilattica in quanto, decidendo questioni di mera legittimità, assicura l'uniforme interpretazione e l'esatta applicazione della legge (cioè del diritto positivo) su tutto il territorio nazionale. Questa espressione "uniforme interpretazione ed esatta applicazione" è scritta nella legge, all'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario (regio decreto del 1941).

## IL RICORSO PER CASSAZIONE:

Il ricorso per cassazione condivide con altri mezzi impugnatori il fatto di essere un **mezzo di impugnazione ordinario**. Il termine breve per proporre il ricorso per cassazione è 60 gg e non 30 gg come per gli altri mezzi di impugnazione.

L'esame del giudice è legato a vizi cd palesi della sentenza, vizi cioè percepibili attraverso l'esame della sentenza e del procedimento che è sfociato nella sentenza, senza la necessità di avere conoscenza di fatti esterni al procedimento e alla sentenza.

Il ricorso per cassazione è un **mezzo di impugnazione a critica vincolata**. Il carattere vincolato dei motivi di ricorso per cassazione non dipende solo dal fatto che c'è una norma di legge (360 co. 1 cpc) che elenca i tipi di errori censurabili con questo mezzo impugnatorio. Il carattere vincolato dipende anche dal fatto che tutti questi errori hanno in comune il fatto di essere errori di mera legittimità, cioè violazioni di legge (in coerenza col 111 co.7). Non vi è possibilità di censurare con il ricorso per cassazione un errore in iudicando dovuto ad una errata ricostruzione del fatto da parte del precedente giudice → solo vizi di legittimità indicati dal 360.

Il ricorso per cassazione è un mezzo di impugnazione che ha **carattere rescindente** (vd sopra).

Vediamo quali sono i **5 motivi di ricorso per cassazione** (360 co.1 cpc):

- 1) Motivi attinenti alla **giurisdizione**
- 2) Violazione delle norme sulla **competenza** quando non è prescritto il regolamento di competenza
- 3) Violazione o falsa applicazione di **norme di diritto**
- 4) Nullità della **sentenza** o del **procedimento**
- 5) Omesso esame di un **fatto decisivo** per il giudizio ed **oggetto di discussione** tra le parti

Si tratta di motivi che attengono alla violazione della legge. Perlopiù si tratta di motivi attinenti alla violazione della legge processuale, vizi di cui ai numeri 1, 2, 4 e alcune volte anche 3. Sono tutte ipotesi in cui rileva la violazione della legge processuale.

1 → giurisdizione; 2 → competenza; 4 → nullità di sentenza o procedimento.

In misura minore, assume rilevanza anche la violazione delle norme sostanziali. Qui facciamo riferimento di nuovo al 3 ed anche al 5. Le norme di diritto del n. 3 sono prevalentemente le norme di diritto sostanziale, le norme che il giudice impiega come metro di giudizio per risolvere la controversia.

Per quel che concerne il vizio di cui al n. 5 → situazione particolare di errore in iudicando → violazione di una norma sostanziale che si è manifestata nella sentenza impugnata con l'omissione dell'esame, cioè della considerazione di un fatto decisivo da parte del giudice, il quale non ha posto a fondamento della sua decisione un fatto decisivo che era stato provato nel precedente grado di giudizio.

### 1) **MOTIVI ATTINENTI ALLA GIURISDIZIONE:**

Cosa è la giurisdizione? È un presupposto processuale attinente all'ufficio giudiziario. Nel 360 il vocabolo giurisdizione allude al potere del giudice ordinario di decidere la controversia in rapporto ad altri giudici non ordinari (speciali) dell'ordinamento italiano, o in rapporto a giudici stranieri. L'attribuzione del potere giurisdizionale dipende da regole processuali.

Le regole attributive della giurisdizione non sono più contenute solo nel cpc → grande distinzione:

- **difetto assoluto di giurisdizione del giudice ordinario** → non vi è un altro organo giudiziario dell'ordinamento nazionale a cui può essere attribuito il potere giurisdizionale su una singola controversia. Pertanto, se la giurisdizione non spetta al giudice ordinario italiano, non può spettare a nessun altro giudice nell'ordinamento italiano, ma spetterà ad un giudice straniero. Qui si inserisce anche la categoria del conflitto di attribuzione, perché in determinati casi il potere di trattare una determinata situazione non spetta alla giurisdizione del giudice italiano in quanto spetta alla PA. In relazione a certe materie possono esserci dei conflitti di attribuzione (e non di giurisdizione in quanto i contendenti non sono entrambi organi giurisdizionali) in cui si deve stabilire se il risolvere una certa situazione spetti al giudice ordinario o alla PA. Se il potere spetta alla PA, avremo difetto assoluto di giurisdizione. Si parla di giurisdizione volontaria in tutti i casi in cui il giudice è chiamato a svolgere l'attività giurisdizionale ma non allo scopo di risolvere

una controversia, bensì allo scopo di gestire una situazione. Si parla di “volontaria” perché fa riferimento ad una situazione inter volentes. Il caso tipico è la nomina del tutore per il minore che abbia perso i genitori. la legge processuale individua una serie numerosa di soggetti che hanno legittimazione ad agire affinché il giudice civile nomini il tutore del minore. La funzione giurisdizionale non è esercitata per risolvere una controversia, ma solo per soddisfare l’interesse alla nomina del tutore.

- **difetto relativo di giurisdizione del giudice ordinario** → il difetto del potere giurisdizionale in capo al giudice ordinario significa che il potere giurisdizionale spetta invece ad un giudice speciale, cioè ad un giudice dell’ordinamento italiano ma non appartenente alla giurisdizione ordinaria. La giurisdizione speciale si contrappone a quella ordinaria perché riguarda o soggetti o situazioni giuridiche soggettive diverse rispettivamente dai privati o dai diritti soggettivi. Esempio tipico è la giurisdizione amministrativa (la specialità attiene a rapporti controversi tra la PA ed il privato cittadino + al fatto che le situazioni soggettive fatte valere dai privati nei confronti della PA non sono qualificati come diritti soggettivi ma come interessi legittimi). Se ci chiediamo come si fa a stabilire se il giudice ordinario italiano ha giurisdizione rispetto al giudice straniero, non dobbiamo più esaminare come in passato le norme del codice, ma dei provvedimenti normativi diversi. Se il giudice straniero, la cui giurisdizione concorre con quella del giudice italiano è un giudice comunitario, ci si dovrà rifare alle norme del regolamento dell’UE 1215/2012. I principi basilari dettati dal regolamento sono due:
  - la giurisdizione, nel rapporto tra giudici di stati membri, dipende non più come in passato dalla cittadinanza del convenuto, ma dalla residenza o dal domicilio del convenuto, indipendentemente dalla sua cittadinanza → spetta al giudice italiano la giurisdizione in una controversia che vede coinvolto un cittadino che ha residenza in Italia, anche se la cittadinanza è straniera.
  - regime di rilevanza del difetto di giurisdizione → il difetto di giurisdizione del giudice adito deve essere fatto valere a pena di decadenza dal convenuto nel 1° atto difensivo. Decorso il termine, il convenuto vede preclusa la possibilità di lamentare il difetto di giurisdizione, anche in sede impugnatoria. Ci sono dei casi in cui il difetto può essere rilevato ex officio (il convenuto è contumace o la controversia ha ad oggetto diritti su beni immobili, spettando la giurisdizione al giudice dello stato in cui il bene è situato. Una regola analoga vale anche ai sensi della legge n. 218/1995 → legge sul diritto internazionale privato e che si applica ai casi in cui su una controversia vi sia conflitto di giurisdizione tra il giudice italiano ed un giudice straniero non comunitario.

Molto diverso è il discorso per il difetto relativo di giurisdizione → dobbiamo fare riferimento ad una norma del cpc che non potrebbe essere diversamente, poiché il difetto relativo si riferisce ad una situazione in cui ci sono due giudici italiani che si contendono la giurisdizione sul singolo caso → **art. 37 cpc → è previsto che quello che noi chiamiamo il difetto relativo di giurisdizione è rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado del processo** → la questione di giurisdizione può arrivare anche davanti alla cassazione.

Se è il cpc a stabilire quando ricorre un difetto relativo di giurisdizione, sono poi le leggi processuali relative alle giurisdizioni speciali che ci permettono volta per volta di individuare il criterio attributivo della giurisdizione a ciascun giudice speciale.

In relazione al difetto relativo, ci interessa capire come la questione di giurisdizione può essere risolta quando viene posta davanti ad un giudice ordinario.

Cosa succede se la questione di giurisdizione viene sollevata davanti al giudice di 1° grado? Spetterà a quest’ultimo risolvere la questione e l’esito della sua decisione può essere duplice (non solo nel senso che la questione può essere fondata o meno, ma anche nel senso che la questione può essere risolta autonomamente o insieme al merito).

**Se la questione di giurisdizione è risolta insieme al merito → la causa di 1° grado si concluderà con una sentenza definitiva di merito, contenente un capo pregiudiziale in cui il giudice ha rigettato la questione di giurisdizione ritenendosi dotato di essa.**

**Se la questione di giurisdizione è esaminata e decisa autonomamente → sentenza di rito attinente solo alla giurisdizione. Questa sentenza di rito può essere definitiva o non definitiva.**



È definitiva quando la questione è ritenuta fondata, cioè quando il giudice riconosce il proprio difetto di giurisdizione in favore di un giudice speciale, mentre sarà non definitiva quando il giudice ritiene la questione infondata → con ordinanza dispone la prosecuzione e la trattazione della causa nel merito. Una volta che la questione è stata sollevata e decisa in 1° grado, può entrare a far parte di un giudizio impugnatorio? Sì. Per capire come dobbiamo tenere conto di alcune caratteristiche proprie della questione di giurisdizione e del mezzo impugnatorio che si intende esperire.

Es. la sentenza di 1° grado è appellabile anche sulla questione di giurisdizione, ma essendo l'appello un mezzo di impugnazione devolutivo, sarà possibile censurare la decisione di 1° grado nella parte relativa alla giurisdizione se si potrà impugnare anche il capo dipendente o i capi dipendenti di quella stessa sentenza di 1° grado sul merito. In quanto mezzo devolutivo, l'appello non consente solo la censura di vizi procedurali. All'esito del giudizio di appello, la sentenza sarà ricorribile per cassazione.

La questione di giurisdizione, per il tramite dell'impugnazione, può arrivare dinnanzi alla corte di cassazione. Il ricorso per cassazione può riguardare anche soltanto la giurisdizione.

C'è poi un altro strumento da considerare attraverso cui può essere sottoposta alla corte la questione di giurisdizione in un caso di difetto relativo → **regolamento preventivo di giurisdizione (art. 41 cpc)**.

Il regolamento preventivo di giurisdizione si propone con ricorso alla Cassazione, che deciderà a sezioni unite. **Non è un mezzo di impugnazione** → non è nell'elenco del 323/324 cpc.

**Consente alle parti del giudizio di 1° grado di chiedere alle sezioni unite di risolvere la questione di giurisdizione prima che il giudice di 1° grado si sia pronunciato sulla controversia.** Il 41 dice "finché la causa non sia decisa nel merito in 1° grado", ma la stessa Corte interpreta questa condizione dicendo che **ciò che esclude la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione non è solo la pronuncia sul merito, ma qualunque pronuncia sulla controversia, fosse anche sul rito della controversia.** Così il giudice risolve anche implicitamente la questione di giurisdizione. Diversamente si creerebbe un conflitto potenziale di giudicati (la pronuncia del giudice e la pronuncia della Sezioni Unite).

→ non c'è solo la via dell'impugnazione, cioè la proposizione dei motivi di cui al n. 1 avverso la sentenza di appello per proporre la questione davanti alla cassazione, ma c'è anche il regolamento.

La questione di giurisdizione può essere portata all'esame della corte per una terza ed ultima ragione. Questa ultima ragione trae la sua origine dall'art. 111 co.8 → contro le decisioni del consiglio di stato e della corte dei conti, il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

L'aspetto più sorprendente è il fatto che anche in questi casi il ricorso per cassazione è ammesso → il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione ai sensi del 360 è espressione del potere di impugnare una sentenza pronunciata da un giudice ordinario, seppur di grado superiore (appello). Il co.8 del 111 consente di far decidere una questione di giurisdizione alla corte di cassazione, cioè ad un giudice ordinario, sebbene quella questione risulti da una decisione di un giudice speciale (come il consiglio di stato o la corte dei conti).

Questa norma costituzionale ha trovato due attuazioni, entrambe contenute nel 362 cpc:

- co. 1 → ricorribilità per cassazione delle decisioni in grado di appello o in unico grado di un giudice speciale per motivi attinenti alla giurisdizione. Questo, quindi, amplia la tutela assicurata dal 111 co.8 cost, perché non si riferisce solo al giudice amministrativo e al giudice contabile, ma a qualunque giudice speciale.
- Co. 2 → amplia il potere decisorio della corte sul tema della giurisdizione perché ammetta la possibilità di adire la corte anche quando si presenta conflitto di giurisdizione non solo tra un giudice speciale ed uno ordinario, ma anche tra due giudici speciali.

→ quindi la differenza tra co. 1 e co. 2 quale è? È l'esistenza di conflitto di giurisdizione → si ha quando ci sono due giudici che si pronunciano contraddittoriamente sulla giurisdizione relativa allo stesso caso. Il conflitto si dice negativo quando ci sono due o più giudici che si affermano titolari della giurisdizione sulla stessa controversia.

Il conflitto si dice negativo quando due giudici si dicono entrambi privi della giurisdizione.

→ ci sono tre strade possibili per proporre la questione di giurisdizione davanti alla cassazione.

Per quale ragione alla cassazione è attribuito questo potere ampio in tema di giurisdizione? Si tratta di un corollario della funzione nomofilattica che è attribuita alla corte non solo da una lunga tradizione storica

ma anche dalla legge sull'ordinamento giudiziario. L'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario stabilisce che la corte anzitutto assicura l'uniforma interpretazione e l'esatta applicazione della legge + assicura il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni, regolando anche i relativi conflitti.

Anche far rispettare i limiti delle giurisdizioni, cioè risolvere le questioni di giurisdizione, è un modo di svolgere la funzione di nomofilachia in quanto garantisce che l'uniforma interpretazione e l'esatta applicazione della legge siano assicurati dal giudice che la stessa legge pone come arbitro delle controversie che afferiscono a ciascuna materia.

La posizione di vertice della cassazione assicura la posizione migliore per risolvere i conflitti di giurisdizione. L'attribuzione anche della tutela della giurisdizione alla corte è un'applicazione della funzione nomofilattica.

#### TEORIA DEL GIUDICATO IMPLICITO SULLA GIURISDIZIONE:

L'ultimo punto con riferimento al 360 n. 1 fa riferimento alla [TEORIA DEL GIUDICATO IMPLICITO SULLA GIURISDIZIONE](#). Questa si applica nel caso in cui la giurisdizione è portata alla corte proprio attraverso il meccanismo delle impugnazioni-

Questa teoria stabilisce questo → il principio costituzionale della ragionevole durata del processo impone al giudice di legittimità di ritenere inammissibile il motivo di ricorso attinente alla giurisdizione in tutti i casi in cui la questione di giurisdizione non sia stata esplicitamente dedotta e decisa in sede di appello.

Sentenza di 1° grado → si pronuncia solo sul merito. L'appello si concentra solo sul merito. La sentenza di appello, riguardando per effetto del principio devolutivo, le istanze devolute dall'appellante, atterra solo al merito. La parte soccombente in appello, sulla scorta dell'art. 37 cpc (che ammette la censurabilità del difetto relativo di giurisdizione anche d'ufficio in ogni stato e grado) propone un ricorso per cassazione ai sensi del n. 1 del 360, sollevando per la 1° volta in cassazione la questione di giurisdizione. Questo ricorso è inammissibile, per effetto del principio della ragionevole durata.

Cosa avrebbe dovuto fare secondo la logica della corte la parte interessata ad una corretta decisione sulla questione di giurisdizione? Avrebbe dovuto riconoscere che la sentenza di 1° grado sul merito contiene anche un capo pregiudiziale implicito sulla giurisdizione. Se pertanto la parte soccombente appellasse la sentenza di 1° grado solo sul merito, rinunciando ad appellare e quindi impugnare tempestivamente la sentenza anche sul capo pregiudiziale relativo alla giurisdizione che pertanto passerebbe in giudicato.

→ di conseguenza il ricorso per cassazione motivato ex n. 1 avverso la sentenza di appello finisce per essere inammissibile per effetto di un precedente giudicato (implicito) sulla giurisdizione, poiché si forma su un capo della sentenza di 1° grado implicito.

Se la parte soccombente in 1° grado vuole assicurarsi la possibilità di ricorrere in cassazione ex n. 1, deve appellare la sentenza NON SOLO sui capi relativi al merito, ma anche sul capo pregiudiziale implicito relativo alla giurisdizione.

Quale è il problema di questa pronuncia confermata anche dalle sezioni unite? È che questa interpretazione finisce per abrogare il 37 del cpc, che invece afferma esattamente il contrario ("in ogni stato e grado del processo"). la garanzia che il codice attribuisce alla parte di censurare il difetto di giurisdizione è massima, sottratta a qualunque preclusione.

Come fa la giurisprudenza della corte a giustificare ciò? Con un principio legale sovraordinato alla legge ordinaria, che è il principio della ragionevole durata del processo (art. 111 co. 2 cost).

#### 2) [VIOLAZIONE DELLE NORME SULLA COMPETENZA:](#)

**La competenza assegna il potere di decidere la competenza ad un determinato ufficio giudiziario ordinario in luogo degli altri uffici giudiziari ordinari italiani.**

I criteri attributivi della competenza sono 3:

- [Materia](#)
- [Valore](#)
- [Territorio](#)

Materia e valore sono inderogabili. Il criterio per territorio è derogabile → il 28 cpc individua una serie di materie sulle quali la competenza per territorio stabilita dalla legge è inderogabile → in ogni altro caso le parti possono derogare pattiziamente alle regole sulla competenza per territorio.



Tra le materie in cui la competenza per territorio è **inderogabile** c'è il **procedimento esecutivo** o quello **cautelare**.

**In ogni altro caso, le parti possono applicare regole derogatorie.** La normale condizione richiesta è che sia adottata per iscritto. La deroga non si basa sulla scelta del tribunale, ma si gioca sul territorio, sulla circoscrizione dell'ufficio giudiziario prescelto.

**Quale è il regime di rilevanza della questione di competenza? ART. 38 CPC → l'incompetenza è un'eccezione di rito in senso stretto → eccezione che può essere fatta valere mediante la costituzione 20 gg prima della 1° udienza.** Il decorso del termine perentorio comporta la decadenza dal potere di contestare la competenza del giudice adito. Stando agli artt. 37 e 38, c'è una grande differenza nella preoccupazione della parte convenuta circa la tempestività sulla contestazione del difetto.  
→ il giudice si pronuncia sulla questione o autonomamente o insieme al merito.

Il giudice che si pronuncia sulla competenza unitamente al merito, pronuncerà una sentenza definitiva di merito che conterrà anche un capo pregiudiziale implicito sulla competenza.

L'alternativa è data dalla pronuncia autonoma del giudice di 1° grado sulla competenza, che può essere una sentenza definitiva di rito o una non definitiva di rito, a seconda che la questione di competenza sia ritenuta rispettivamente fondata o infondata.

**Cosa succede se la sentenza che si pronuncia sulla competenza e sul merito (sentenza definitiva di merito) è appellata?**

Se è appellata su entrambi i capi → nuova decisione sul merito e sulla competenza da parte del giudice d'appello → la decisione d'appello sarà ricorribile per cassazione relativamente al capo sulla competenza ai sensi del n. 2 del 360.

L'appellante, se vuole sottoporre al giudice d'appello la questione di competenza, deve censurare non solo il capo sulla competenza ma anche il capo sul merito (visto il carattere devolutivo dell'appello).

Il ricorso per cassazione, che non è un mezzo devolutivo, può riguardare anche solo la questione di competenza.

Qui il discorso cambia rispetto a quanto detto sulla giurisdizione → **il n. 2 ammette il ricorso per violazione delle norme sulla competenza, ma fa salva l'esperibilità del regolamento di competenza.**

Cosa è il regolamento di competenza? È un mezzo di impugnazione ordinario. Il regolamento di competenza si propone dinanzi alla corte di cassazione che lo deciderà a sezioni semplici.

Esistono due tipi di regolamento di competenza:

1. **necessario** → quando (ex art. 42 cpc) è obbligatorio, cioè **è l'unico strumento esperibile contro la decisione sulla competenza. Questo accade in tutti i casi in cui la pronuncia riguarda solo la questione di competenza.** Quali sono questi casi? Sono quelli in cui il giudice adito si ritiene incompetente → deve pronunciare un provvedimento con cui dichiara la propria incompetenza e definisce in rito la causa. Contro questo provvedimento è esperibile solo il regolamento necessario di competenza. L'ambito di applicazione del motivo di cui al n. 2 si interpreta in questo senso → contro una sentenza ricorribile per cassazione si può proporre ricorso per violazione delle norme di competenza ai sensi del n.2, a meno che non si tratti di un provvedimento che riguarda solo la questione di competenza ← in questo caso è obbligatorio solo il regolamento necessario di competenza.
2. **facoltativo** → artt. 43 e ss. In questo caso non siamo davanti ad un mezzo impugnatorio esclusivo, ma ad un mezzo impugnatorio concorrente o alternativo al mezzo di impugnazione ordinaria. Il regolamento facoltativo può trovare applicazione **solo nei casi in cui il provvedimento di 1° grado o l'appello si pronuncia sia sulla competenza sia sul merito.** Il capo sulla competenza sarà in questo caso una pronuncia che dichiara infondata la questione di competenza, una pronuncia con cui il giudice si afferma competente. Davanti a questa sentenza è possibile per la parte soccombente proporre l'impugnazione ordinaria, ad esempio l'appello sia sulla competenza sia sul merito. La censura in rito sarebbe ammissibile perché si accompagna ad una sul merito. L'art. 43 assegna alla parte soccombente un'alternativa, cioè la possibilità di scindere l'impugnazione della sentenza in due momenti: 1. impugnare autonomamente il capo sulla competenza col regolamento facoltativo + 2. impugnare autonomamente il capo sul merito mediante impugnazione ordinaria.

C'è un evidente rischio di giudicati contrastanti → il 43 consente un coordinamento tra i due strumenti → stabilisce che se la parte soccombente decide di impugnare il capo sulla competenza proponendo il regolamento facoltativo, il termine per proporre l'appello viene sospeso, fino a quando la corte di cassazione non si pronuncerà sul regolamento facoltativo. Se invece il regolamento facoltativo è proposto successivamente all'impugnazione ordinaria, in quanto la parte ha scelto prima di impugnare il merito e poi decide di impugnare poi anche la competenza, la sopravvenuta proposizione del regolamento facoltativo determina la sospensione del regolamento impugnatorio ordinario pendente.

→ *sia per la questione di giurisdizione che per la questione di competenza si verifica una situa per la quale eccezionalmente un giudicato sul rito è idoneo a valere al di fuori del processo in cui è pronunciato.*

### 3) VIOLAZIONE O FALSA APPLICAZIONE DI NORME DI DIRITTO:

L'ambito di applicazione di questo motivo riguarda gli **errori in iudicando sotto il profilo della violazione della legge sostanziale**. Il n. 3 fa riferimento alla **violazione o falsa applicazione di norme di diritto**.

Cosa sono le norme di diritto? Norme giuridiche impiegate nel caso concreto dal giudice per risolvere la domanda giudiziale proposta dall'attore, o in generale l'istanza di tutela giurisdizionale fatta valere. In tal caso, la norma di diritto è la regola di giudizio dalla cui applicazione si può stabilire chi ha ragione e chi ha torto.

Normalmente questa regola di giudizio è la legge civile sostanziale, ma ci sono dei casi in cui invece la regola per stabilire chi ha ragione e chi no è una norma processuale. Ed è entro questo limite che anche l'errore in procedendo può dare origine ad un motivo in cassazione → casi di opposizione all'esecuzione e di opposizione agli atti esecutivi.

Siamo nell'ambito della giurisdizione esecutiva: non ha funzione cognitoria, ma serve per dare concreta soddisfazione alla pretesa accertata in sede cognitoria.

La legge processuale prevede, però, (art. 615 e ss.), la possibilità per le parti del processo esecutivo (e soprattutto per il debitore esecutato) di introdurre incidenti cognitori ← veri e propri processi di cognizione ordinaria che non hanno ad oggetto direttamente l'accertamento di un diritto, ma la regolarità formale della procedura esecutiva. Infatti, l'opposizione all'esecuzione consente di contestare l'esistenza del titolo esecutivo o la sua regolarità.

L'opposizione agli atti esecutivi è invece un processo parimenti cognitorio che ha ad oggetto l'accertamento di un atto del procedimento esecutivo posto in essere a seguito della notificazione del titolo esecutivo. Il primo atto del processo esecutivo è il pignoramento e l'ultimo è il decreto con cui il giudice assegna il ricavato della vendita forzata del patrimonio a creditore.

→ in entrambi i casi, il giudice competente dovrà stabilire se l'atto esecutivo è regolare o no. deve applicare non la legge sostanziale ma la legge processuale → anche in questi casi si può avere una violazione o falsa applicazione della regola di giudizio, che sarà una norma di diritto processuale.

Nel definire l'ambito della norma di diritto di cui parla il n.3 è necessario riferirsi alle norme comunitarie e alle norme straniere → la giurisprudenza esclude, al contrario, che la norma di diritto straniero rientri nell'ambito di applicazione del n. 3 → un giudice italiano (la cassazione) può sindacare l'uniforme interpretazione e l'esatta applicazione della sola legge nazionale.

Con la riforma del 2006, la legge ha ampliato l'ambito applicativo di questo motivo → accanto alla violazione o falsa applicazione di norme di diritto ha aggiunto anche come vizio censurabile in cassazione la violazione o falsa applicazione degli accordi o contratti collettivi nazionali di lavoro.

L'accostamento tra norma di diritto e norma collettiva di lavoro è un accostamento stridente. La norma collettiva in materia di lavoro ha un ambito applicativo ristretto ad una determinata categoria. Nondimeno, il L. ha ritenuto che questo accostamento si possa fare esclusivamente al fine di garantire il controllo in sede di legittimità della violazione e falsa applicazione di queste norme.

Violazione e falsa applicazione sono vizi diversi → la **violazione** consiste **nell'errore compiuto dal giudice nell'individuare ed interpretare la norma applicata**.

In caso di violazione il giudice individua la norma sbagliata in relazione al caso concreto o più spesso individua la norma giusta ma ne determina erroneamente la portata precettiva.

Un esempio di violazione possiamo trovarlo nel contratto di mutuo. Ipotizziamo che la sentenza ricorso per cassazione abbia disposto il rigetto di una domanda di condanna al pagamento di una somma di denaro nella parte relativa agli interessi dovuti su una somma prestata a mutuo dal creditore. Alla base della vicenda processuale c'è un contratto di mutuo tra Tizio e caio e nelle varie clausole le parti non hanno espressamente pattuito l'obbligo del mutuatario di corrispondere gli interessi oltre alla restituzione del capitale ricevuto. Facendo erroneamente applicazione della disposizione 1815 sul contratto di mutuo, il giudice accoglie la domanda dell'attore nella parte in cui chiedeva la condanna del mutuatario alla restituzione del capitale, ma la rigetta nella parte in cui chiedeva la condanna del mutuatario alla corresponsione degli interessi sull'importo a titolo di capitale, giustificando ciò con la mancanza di una previsione contrattuale sugli interessi → censurabile per cassazione → è una violazione di una norma di diritto, del 1815 ← questo art. prevede che il contratto di mutuo si presume a titolo oneroso. La legge presume che l'accordo delle parti per la dazione di una somma a titolo di mutuo avviene sulla base di una controprestazione del mutuatario (ossia il pagamento degli interessi) → le parti non hanno l'onere di prevedere una clausola relativa alla dazione degli interessi per poter ritenere il mutuatario vincolato al pagamento anche degli interessi. Semmai, è vero che le parti devono espressamente pattuire l'ESCLUSIONE degli interessi.

Se il giudice rigetta la domanda di condanna al pagamento degli interessi stabilendo che gli interessi non sono dovuti in quanto non sono stati pattuiti nel contratto, in ciò illegittimamente derogando al 1815, commetterebbe un'evidente violazione del 1815. In tal caso commette un errore grave nell'interpretazione della norma.

La **falsa applicazione** è, invece, un **errore di sussunzione** → il giudice ha individuato la portata precettiva della norma, ma ha applicato la norma ad una fattispecie concreta diversa da quella astratta, da quella cioè che la legge voleva regolare. Si ha falsa applicazione quando davanti ad un caso che è un fatto illecito il giudice applica il 1218 sulla responsabilità contrattuale → sbaglia perché sussume una fattispecie concreta in una fattispecie astratta che non è stata dettata per essa.

Un esempio ancora più evidente è quello in cui il giudice, davanti ad un caso in cui il danno subito dal danneggiato è dipeso – ad esempio – dalla rovina di un bene immobile (edificio), applica a questa disposizione la regola generale del 2043cc, anziché la norma speciale del 2051, dove trova espressione una presunzione di responsabilità di colui che ha il potere di gestire il bene immobile (es. proprietario).

**Il vizio di cui al n. 3 è un errore in iudicando**, in quanto si traduce normalmente nella erronea considerazione di una norma di diritto sostanziale (violazione o falsa applicazione). **Seppur in via residuale, il vizio di cui al n. 3 può anche essere un errore in procedendo, ma solo in quei casi in cui violazione o falsa applicazione riguardino una norma di diritto processuale che nella specificità del singolo tipo di provvedimento funziona eccezionalmente come regola di giudizio** (opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi).

#### 4) **NULLITÀ DELLA SENTENZA O DEL PROCEDIMENTO**

In tal caso, abbiamo dinnanzi a noi un **errore in procedendo** (come al n. 1 e 2) → il n. 4 è descritto attraverso un rimando ad atti del procedimento (sentenza o procedimento) + si riferisce anche alla nullità (e sappiamo che la nullità dell'atto processuale è la sanzione che segue alla violazione di una norma processuale).

Il vizio di cui al n. 4 rappresenta il genere a cui appartengono anche i vizi di cui ai n. 1 e 2 ← anche in 1 e 2 siamo davanti ad ipotesi di nullità della sentenza → **violazione di una norma processuale**.

*Possiamo dire che le ipotesi di cui ai n. 1 e 2 sono superflue in quanto assorbite dal n. 4? In una certa misura, la risposta può essere positiva*, in quanto anche 1 e 2 determinano nullità della sentenza.

*Il fatto che il L. del 1940 abbia voluto dare autonomo rilievo a 1 e 2 è dovuto a specifiche ragioni*.

**Per il n. 1**, la ragione è legata alla previsione dell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario, ossia *la disposizione in cui è definita la funzione nomofilattica della corte* e che fa riferimento anche alla funzione di controllo del rispetto dei limiti sulla giurisdizione.

**Per il n. 2**, l'esplicita indicazione della possibilità di ricorrere per violazione delle norme sulla competenza serve soprattutto a coordinare questo motivo con il regolamento necessario di competenza → mezzo di impugnazione ordinario che esclude l'applicazione del motivo di ricorso di cui al n. 2.

Il fatto che il 4 faccia riferimento anche alla nullità del procedimento, ci fa capire quanto sia ampia la possibilità di applicazione di questo motivo di impugnazione → **si ribadisce la differenza tra nullità propria e derivata della sentenza. Può darsi che la nullità della sentenza sia la conseguenza di una carenza formale della sentenza, ma può anche essere che sia una nullità derivata da una nullità di un atto processuale anteriore** → la nullità non sanata dell'atto di citazione o della notificazione dell'atto di citazione, pur attenendo ad uno dei primi atti del processo, finisce per trasmettersi lungo tutta la serie degli atti del procedimento fino alla sentenza.

Per quel che concerne la censura della nullità del procedimento, avremo la censura di un vizio di nullità derivata della sentenza attraverso l'indicazione che è stata erroneamente individuata o applicata una norma che regola il processo ordinario di cognizione relativamente ad un atto di quel procedimento. La nullità del procedimento è una nullità derivata della sentenza.

**SECONDO ASPETTO DA EVIDENZIARE** → dobbiamo tenere presente che **quando la cassazione è chiamata a sindacare il motivo di cui al n. 4, è chiamata di fatto ad indagare sul procedimento** → non solo sul singolo atto processuale denunciato dalla ricorrente, ad esempio la sentenza affetta da una nullità propria, oppure l'atto di citazione che ha determinato in quanto nullo la nullità derivata della sentenza, **bensì tutto il processo**, più esattamente tutto quel fatto che è il processo. Quando la Corte è investita della cognizione del motivo di cui al n. 4, **è pienamente legittimata a conoscere autonomamente e quindi ad autonomamente ricostruire il fatto processo**, anche in relazione a quei passaggi che non sono direttamente attinenti nella ricostruzione della parte impugnante al vizio di nullità censurato. Questo non significa che la corte può cassare la sentenza impugnata per un vizio di nullità diverso da quello censurato dal ricorrente. **Può farlo solo se si tratta di una questione pregiudiziale di rito rilevabile d'ufficio ex lege.** Può però comunque conoscere interamente il fatto processo in funzione della cognizione circa l'ammissibilità o la fondatezza del ricorso per cassazione → può darsi che il ricorrente, sulla base dei fatti processuali considerati, giunga a conclusione che vi è nullità della sentenza o del procedimento, ma al tempo stesso trascuri un atto processuale che ha sanato quella nullità. **Il fatto che questo ulteriore fatto processuale non sia stato posto dal ricorrente a fondamento della sua censura non impedisce alla corte di andare ad accertarlo mediante ricostruzione del processo** → importanza fondamentale: contrasta con l'atteggiamento cognitorio che la corte può avere sul merito della controversia, cioè la vicenda sostanziale → **su questo diverso fatto, la corte non ha poteri cognitori, ma è vincolata solo alla ricostruzione del fatto contenuta nella sentenza impugnata.**

Pertanto, se il giudice di appello non ha accertato e quindi dichiarato nella sentenza che si è verificato, ad es., un evento interruttivo della prescrizione, la corte di cassazione non potrà, ancorché ci siano degli elementi che consentono di ritenere che vi sia stato un evento interruttivo della prescrizione, considerare il fatto che le cose sono andate diversamente sul piano della vicenda sostanziale.

**La corte deve considerare la vicenda storica così come è descritta nella sentenza di appello** ← conseguenza della natura del ricorso per cassazione come **STRUMENTO DI MERA LEGITTIMITÀ** → è possibile esaminare errori in procedendo ed in iudicando che attengono solo all'applicazione della legge. Errori che consistono in ipotesi di violazione della legge.

**Esempio:** se qualcuno censura la tardività di un atto processuale, censura la nullità della sentenza o del procedimento in conseguenza del fatto che un atto processuale (costituzione in giudizio terzo o interveniente volontario) è avvenuta fuori termine non impedisce alla corte anche in assenza dell'indicazione sul piano probatorio da parte del ricorrente della tardività dell'atto di andare ad indagare la data in cui è il terzo si è costituito sulla base delle risultanze del fascicolo.

## 5) OMESSO ESAME DEL FATTO DECISIVO E CONTROVERSO

La formula attualmente vigente è stata disposta dal **d.l. 83/2012** (è il provvedimento che in tema di appello ha introdotto il filtro di appello + provvedimento che ha indicato come devono essere formulati i motivi di appello). La norma è intervenuta anche in tema di giudizio di cassazione e ha riformulato il motivo di cui al n. 5.

Il L. del 2012 ha chiuso un cerchio: la formula introdotta riflette quella che era la versione originaria del n. 5 del cpc del 1940, dalla quale negli anni ci si era allontanati.

Perché questo interesse del L. sulla definizione dell'ambito di applicazione del motivo di cui al n. 5? La ragione principale attiene al fatto che **questo motivo di ricorso per cassazione è l'unico che tradizionalmente si è maggiormente avvicinato all'esame del merito della controversia**. Anche il motivo di cui al n. 5 fa riferimento ad un vizio di legittimità, ad un'ipotesi di violazione della legge → errore il cui esame non richiede lo svolgimento di un'attività istruttoria della causa. La corte non è chiamata a riesaminare nel merito e a ridecidere una domanda. Ciononostante, il n. 5 ha sempre avuto una stretta correlazione con il merito della controversia.

**OGGI** → l'attuale formulazione parla di omesso esame di un fatto decisivo ed oggetto di discussione tra le parti (controverso). *In quale errore è caduto il giudice del precedente grado di giudizio? È un errore consistito in una negligenza → ha trascurato un fatto decisivo e controverso nel momento in cui ha risolto nel merito la controversia.*

Es. di prima: il giudice di appello aveva evidenza probatoria del fatto interruttivo della prescrizione, ma ciononostante, ignorando il documento, ha omesso di esaminare quel fatto nel momento in cui ha deciso nel merito.

**Da dove si ricava questo errore? Dalla motivazione della sentenza impugnata.** Il vizio di cui al n. 5 viene definito da sempre come un **vizio di motivazione**, cioè un vizio che consiste nella erronea ricostruzione del fatto oggetto della controversia risultante dal fatto che il percorso argomentativo adottato nella sentenza impugnata presenta una lacuna sulla questione di fatto → *impedisce l'individuazione del criterio logico posto a fondamento della decisione* → impedisce la comprensione del perché è stata presa una certa decisione.

**La sentenza è annullabile se nel suo percorso motivazionale trascura di esaminare una questione fattuale in modo tale da rendere incomprensibile la ragione per cui si è arrivati a quella decisione.**

Come era formulato prima del 2012 il n. 5? *“omesso, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio”* ← l'ambito di applicazione di questo motivo appariva più ampio di quello attuale → *si faceva riferimento a tutte quelle situazioni che comportavano l'omissione* (cioè la mancanza di una motivazione, la sua insufficienza (condizione in cui la motivazione non era omessa, ma pur essendoci non era in grado di giustificare la conclusione decisoria) e la *contraddittorietà della motivazione*.

**Nel passaggio della formula anteriore al 2012 e quella attuale, c'è stato un reale cambiamento? Nella sostanza un grande cambiamento non c'è stato.** Deduzioni:

- *qualunque modifica alle condizioni per l'accesso alla corte è potenzialmente molto meno rilevante di quello che non sembra, perché poi sarà la stessa corte ad interpretare quella norma, stabilendone quelli che sono in concreto i confini. Quella interpretazione sarà di fatto insindacabile, perché la pronuncia della corte non è più impugnabile.*
- La giurisprudenza della cassazione dice che *l'omesso esame del fatto rilevante ai sensi del nuovo n. 5 si verifica in tutti i casi in cui l'errore del giudice a quo consistente nell'aver trascurato un fatto come fondamento della sua decisione si è tradotto in una motivazione della sentenza omessa, insufficiente o contraddittoria* → **stesso ambito applicativo del previgente n. 5**. Può darsi che la scelta del giudice d'appello di omettere l'esame di un fatto possa produrre risultati che possono essere una motivazione omessa, una motivazione insufficiente ed una motivazione contraddittoria.
- Si può restringere quanto si vuole l'ambito di applicazione del n. 5, ma quello che esce dalla porta rientra dalla finestra → *se anche il nuovo n. 5 impedisce oggi di censurare quei casi in cui la motivazione è carente, cioè omessa, insufficiente o contraddittoria per ragioni diverse*



dall'omissione dell'esame di un fatto, ciò non esclude che anche queste ipotesi possono comunque essere censurate in cassazione, sulla scorta del precedente motivo di cui al n. 4 → **se avremo una motivazione omessa, insufficiente o contraddittoria per una ragione diversa dall'omissione di un fatto, avremo comunque una sentenza nulla.**

1° REQUISITO →

2° REQUISITO → **per quel che concerne la natura controversa del fatto decisivo, essa consiste nel fatto che quella circostanza è stata oggetto di discussione tra le parti** → il n. 5 non parla di fatto controverso, ma di fatto oggetto di discussione tra le parti → **per poter fondare un omesso esame, il fatto deve essere passato attraverso il contraddittorio delle parti.** in 1° grado o appello, le parti devono aver contraddetto su quel fatto: aver svolto istanze, aver dedotto ragioni modificative, estintive o impeditive del fatto ecc.  
→ solo questi due requisiti, se sussistono contestualmente a qualificare il fatto non esaminato, giustificano il ricorso di cui al n. 5.

SENTENZE RICORRIBILI PER CASSAZIONE:

Quali sono le sentenze ricorribili per cassazione?

**Art. 360** → essendo il giudizio di cassazione il 3° grado di giudizio, **sono ricorribili per cassazione le sentenze pronunciate in grado di appello.** Queste non sono solo quelle della corte di appello, ma anche quelle del tribunale, quando è giudice di appello sulle sentenze di 1° grado del GdP.

**Sono ricorribili per cassazione anche le sentenze pronunciate in un unico grado, cioè che sono inappellabili ex lege.** Sono, di regola, sentenze pronunciate in unico grado dal giudice di appello, che però non svolge le funzioni di giudice di appello, ma le funzioni di unico grado di merito.

Es. prima la legge Pinto disponeva che la domanda di risarcimento dovesse essere presentata davanti alla corte d'appello competente in unico grado → non si poteva appellare la sentenza, ma solo di ricorrere per Cassazione.

**Sono ricorribili per Cassazione anche le sentenze di 1° grado.** In particolare, si tratta anzitutto di sentenze del tribunale che sono di per sé appellabili, ma sulle quali le parti si sono accordate per omettere l'appello → il 360 consente alle parti di **ricorrere per saltum** direttamente davanti alla Cassazione.

**Il ricorso per saltum non si può fare sulle sentenze di 1° grado decise dal GdP.**

**La norma limita la ricorribilità per saltum della sentenza di 1° grado del tribunale alla censura delle sole ipotesi del motivo di cui al n. 3** → ragione legata al fatto che il L. da un lato rispetta la scelta dell'autonomia negoziale delle parti di omettere l'appello, dall'altro lato il L. sa di non poter tradurre la volontà delle parti in una condizione di assoluta inimpugnabilità della sentenza, vigendo il principio del 111 co. 7 → **lascia aperta la strada al ricorso per cassazione limitatamente a quel vizio che identifica la violazione della legge per come la intende la costituzione, cioè violazione o falsa applicazione di una regola di giudizio.**

Si può avere violazione di legge anche sulle norme processuali, ma si tratta di una violazione di tipo diverso.

**Non è possibile il ricorso per saltum per ragioni di nullità della sentenza → se le parti vogliono censurare dei vizi processuali devono farlo con l'appello.**

Il L. più si sale nei gradi di giudizio meno vuole che la prosecuzione del processo dipenda da cavilli giuridici, cioè da questioni di rito, se sono svincolate dal merito della controversia, cioè dall'esigenza di ottenere una giustizia sostanziale.

**C'è poi un altro caso di sentenza di 1° grado ricorribile per cassazione → 348 bis → se l'atto di appello è giudicato inammissibile per sussistenza di una ragionevole probabilità che non sia accolto, la sentenza di 1° grado può essere ricorso per cassazione.** Ma, per il principio della doppia conforme, per tutti i motivi del 360 tranne che il n. 5.

**Sono ricorribili anche le sentenze non definitive pronunciate in grado di appello.** Precisazione: il loro trattamento impugnatorio è profondamente diverso rispetto alle non definitive di 1° grado. Le non definitive di 1° grado, si possono contestare con appello immediato o riserva di appello (impugnazione in via incidentale conseguente all'appello in via definitiva operato dalla controparte). Per le sentenze non definitive in appello, la parte soccombente sulla non definitiva di appello non può ricorrere immediatamente avverso la sentenza, ma deve attendere che sia impugnata la sentenza che definisce in

tutto o in parte il processo nel merito per poter a sua volta ricorrere per cassazione in via incidentale la sentenza non definitiva d'appello ← tutto questo senza necessità di riserva.

In tutti questi casi si parla di **RICORSO ORDINARIO PER CASSAZIONE** → in tutti questi casi è il cpc a stabilire che una certa sentenza. **Ma noi sappiamo che il ricorso per cassazione è possibile anche in tutti i casi in cui il cpc non lo dice, per effetto del 111 co. 7 ← RICORSO STRAORDINARIO PER CASSAZIONE.**

Al di là del fatto che il 111 co. 7 consente l'esperibilità del ricorso anche quando la legge ordinaria tace, ***questa distinzione è una distinzione che è venuta meno*** → con la riforma del 2006 del giudizio di Cassazione, cioè con il d.lgs. 40/2006 è stato aggiunto anche il co. 4 del 360 dove si dice che il co. 1 (motivi di ricorso per cassazione) si applica alle sentenze e ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per Cassazione per violazione di legge. **Le ragioni per cui si può proporre ricorso per Cassazione anche quando la legge non lo prevede espressamente (inteso come legge ordinaria) sono gli stessi in cui si può proporre ricorso ordinario per cassazione → i motivi di ricorso straordinario sono gli stessi del ricorso ordinario.**

La violazione della legge di cui al 111 co. 7 sono tutti i 5 motivi del 360.

**Ricorso straordinario, quindi, è una formula in cui si ricomprendono i 5 motivi del 360 co.1.**

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO PER CASSAZIONE:

### **COME SI SVOLGE IL PROCESSO PER CASSAZIONE NELLE DUE FASI CHE LO CONTRADDISTINGUONO?**

Ricordiamo che, ***mentre la fase rescindente è una fase necessaria, la seconda fase cioè quella rescissoria è eventuale***, poiché viene a dipendere dall'esigenza di un riesame nel merito della lite conseguente all'annullamento della sentenza impugnata.

***C'è un caso in cui si può avere una decisione nel merito anche se non c'è una fase rescissoria, ma è un'ipotesi residuale.***

***Ricordiamo che la fase rescissoria è eventuale perché c'è un onere di riassunzione entro 3 mesi che ne condiziona l'apertura*** → anche quando la fase rescindente si conclude con una sentenza di cassazione con rinvio, in cui si manifesta l'esigenza di riesame, l'apertura della fase rescissoria non è un automatismo, ma è una conseguenza della scelta della parte interessata di far proseguire il processo.

### FASE RESCINDENTE:

**La forma della domanda di impugnazione è pre-determinata dalla legge** → il cpc prevede che, indipendentemente dalla forma della domanda giudiziale e dell'eventuale domanda di appello, **il giudizio di cassazione si può aprire solo con una domanda impugnatoria avente la forma del RICORSO.**

La caratteristica principale del ricorso è che **non contiene una vera e propria vocatio in ius del convenuto**, in quanto non deve esplicitare la data della prima udienza → **spetta alla corte fissare le date di svolgimento del procedimento.**

***Il ricorso ha anche un'altra caratteristica***, data dal fatto di ***far precedere il deposito in cancelleria alla sua notificazione alla controparte*** → prima la conosce il giudice e poi la controparte (opposto all'atto di citazione). **Questa caratteristica NON vale per il ricorso per cassazione** → il cpc prevede che **la domanda impugnatoria con forma di ricorso si propone con la notificazione alla controparte entro il termine breve o lungo per proporre l'impugnazione.** Il termine lungo è 6 mesi dalla pubblicazione, quello breve è 60 gg dalla notificazione della sentenza.

**Successivamente alla notifica, decorre un termine perentorio di 20 gg per il deposito del ricorso e della documentazione presso la cancelleria della Corte.**

Per quel che concerne il completamento del rapporto processuale con la possibile costituzione in giudizio della controparte, il giudizio di cassazione vanta un'ulteriore disciplina peculiare: **a differenza dell'appello**, in cui la costituzione in giudizio dell'appellato dipende dalla data della 1° udienza (udienza di trattazione, 350), **la costituzione in giudizio del cd resistente o controricorrente (convenuto in cassazione) dipende dalla data di deposito del ricorso**, o meglio dalla scadenza del termine per presentare ricorso → **dalla scadenza di quel termine decorrono ulteriori 20 gg entro cui il controricorrente ha l'onere di notificare il proprio atto (ossia il contro ricorso) al ricorrente.** Il contro ricorso, anche quando non contiene



un'impugnazione incidentale ma solo la presa di posizione sull'impugnazione avversaria, deve essere anzitutto notificato alla controparte.

Infine, **dopo la notificazione anche il controricorrente deve costituirsi in giudizio. Il termine è di 20 gg dalla notificazione del contro ricorso.**

→ **3 termini di 20 gg consecutivi.**

*L'intenzione del controricorrente di impugnare in via incidentale la sentenza NON deve esser fatta valere entro un termine anticipato, come accade invece in appello (20 gg prima dell'udienza, se invece non vuole appellare, fino all'udienza).*

La possibilità che scelte legittime delle parti costituite possano incidere sulla durata del processo per cassazione non è ammessa ← si può svolgere il giudizio per cassazione senza un ricorso: ci sono casi in cui, pur in assenza del ricorso, la corte può comunque decidere.

ESAMINIAMO MEGLIO QUESTE FASI DA UN POV CONTENUTISTICO → gli artt. **366 e 365** ci permettono di capire **quale è il contenuto formale essenziale del ricorso per cassazione.**

Tra i contenuti formali che il 366 individua nell'elenco del co.1, ci dobbiamo soffermare su quelli di cui ai n. 4 e 6.

n. 1 → indicazione delle parti

n. 2 → indicazione della sentenza impugnata

n. 3 → indicazione sommaria dei fatti della causa

n. 4 → **indicazione dei motivi per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione delle norme di diritto su cui si fondano.** La formulazione dei motivi di ricorso esige una **formulazione specifica ed esaustiva.** È evidente che si può avere un reale motivo di cassazione della sentenza solo se questo è ben chiaro e specificato. Il n. 4 richiede anche l'indicazione delle norme di diritto su cui il motivo si fonda. Questo sarà sempre possibile, dal momento che il ricorso per cassazione è un motivo di impugnazione di mera legittimità, attinente quindi sempre e solo alla mera violazione della legge → **è indispensabile che, censurando la sentenza impugnata per un motivo attinente alla giurisdizione, si indichino anche le norme che sono state violate nella decisione sulla questione di giurisdizione.**

*È inammissibile un ricorso per cassazione in cui il ricorrente afferma che la sentenza ha violato o falsamente applicato il cpc nel risolvere la controversia, lasciando alla corte la libertà di individuare quale norma è stata violata.*

n. 5 → indicazione della procura.

n. 6 → **indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda** → il motivo deve essere talmente specifico da contenere anche l'indicazione di quei documenti o atti processuali da cui risulta la violazione di legge e su cui si fonda la motivazione del ricorso per cassazione.

Questa indicazione, letta insieme al n. 4, ha portato la giurisprudenza della corte ad elaborare il **principio della AUTO-SUFFICIENZA DEL RICORSO.** Partendo dal presupposto che il 366 richiede al ricorrente uno sforzo di specificazione e chiarezza nel formulare i motivi di impugnazione superiore alla media, e tenuto conto anche del principio della ragionevole durata del processo, *la giurisprudenza della Cassazione ha offerto un'interpretazione del 336 n. 6 che è diventata sempre più rigorosa* ← fino agli anni 2000, numerose sentenze della corte dichiaravano inammissibili le domande che non contenessero la trascrizione dell'atto processuale o del documento su cui il ricorso si fondava secondo l'impugnante.

Se ricorriamo all'es. sul 1815 del cc fatto nella scorsa lezione, la giurisprudenza avrebbe imposto a pena di inammissibilità del ricorso che il ricorrente trascrivesse nel ricorso il contratto o le clausole contrattuali che attenevano alla questione di diritto. Non è che la corte permettesse di recuperare la lacuna → se non rilevava quanto necessario, dichiarava inammissibile → non c'era sentenza sul merito → la sentenza passava in giudicato.

*A partire dagli anni 2000, la giurisprudenza della corte si è "allentata" → ha sempre mantenuto un'interpretazione ferma del **principio di autosufficienza del ricorso** (cioè che il ricorso sia idoneo da solo a dare una rappresentazione completa ed idonea di per sé a decidere la controversia senza necessità di ulteriori indagini sul fascicolo in cui sono contenuti in copia gli atti ed i documenti di tutto il processo) →*

**questa autosufficienza viene oggi interpretata nel senso che il ricorrente deve specificare dove la corte può rinvenire gli atti ed i documenti ed all'interno di questi le parti che sono essenziali per capire quale è il fondamento del motivo di ricorso.**

Il ricorso sarà ammissibile e soddisferà il principio di autosufficienza il rinvio al documento specificamente contenuto ed indicato nel fascicolo di parte senza necessità di una sua trascrizione integrale nel ricorso. Sarà bene specificare anche la parte (es. la clausola) che è direttamente fondativa del motivo di ricorso. Questa sorte di equilibrio assicura un utilizzo della sanzione della inammissibilità più ragionevole. La giurisprudenza della corte di giustizia ha confermato la legittimità di questa lettura dell'autosufficienza "moderata".

**ART. 365** → completa quanto prevede il n. 5 dell'art. 366.

**n. 5 → indicazione della procura.** Per procura si intende la **procura alle liti che il ricorrente deve rilasciare in favore del proprio legale procuratore.**

In realtà, non qualunque avvocato può patrocinare la parte davanti alla cassazione. Il ricorso è ammissibile solo se sono rispettate, nel rilascio della procura, le condizioni del 365. **La condizione principale è legata al fatto che deve trattarsi di un avvocato iscritto nell'apposito albo. A questa condizione se ne aggiunge una seconda, secondo cui la procura deve essere speciale.**

Il legale che può patrocinare una parte rispetto alla cassazione deve essere iscritto in una speciale parte dell'albo degli avvocati. L'albo è composto da varie sezioni e la principale distinzione è quella tra avvocati appartenenti alla "sezione ordinaria" e quella di avvocati che possono patrocinare davanti "alle supreme magistrature". **Come si fa a diventare tali avvocati? Non serve niente se non l'anzianità di servizio.** basta essere iscritti da 12 anni alla sezione ordinaria dell'albo per poter fare richiesta. Nel 2012 è stata introdotta una legge che ha voluto sottoporre l'iscrizione a tale albo ad un concorso specifico. Tale legge non è mai entrata in vigore.

Per quanto riguarda la procura speciale, è indispensabile che nella procura si faccia menzione del fatto che questo si compie per svolgere un giudizio di cassazione.

**La carenza dei requisiti determina inammissibilità del ricorso.**

**Una volta che il ricorso è notificato, deve esser depositato in cancelleria.** Il 369.2 ci dice quali documenti devono corredare il deposito (LEGGI!). È importante soffermarci sul **n. 4 → il fascicolo deve contenere anche gli atti processuali, i documenti e i contratti o accordi successivi sui quali si basa il ricorso.**

**CONTRO RICORRENTE → art. 370 cpc** → al contro ricorso si devono applicare gli artt. 366 e 365 in quanto possibile. Cosa succede se il contro ricorrente decide di impugnare a sua volta la sentenza impugnata? Si ha il **ricorso incidentale per cassazione.**

Il contro ricorrente, quando vuole impugnare a sua volta la sentenza, non deve farlo in un termine anticipato rispetto alla normale costituzione in giudizio.

Coerente con questo principio, si ha il 360 → **quando il ricorso incidentale non è reso possibile da una soccombenza parziale e reciproca, ma da una soccombenza virtuale** (cioè su una sentenza non definitiva in appello), **il ricorso incidentale che ha ad oggetto la non definitiva di appello, non esige né la formulazione di una riserva di ricorso per cassazione, né una proposizione immediata del ricorso, ma lascia libero il contro ricorrente di impugnare in via incidentale la sentenza nel momento in cui si costituirà in giudizio → non è né obbligato a ricorrere immediatamente contro la non definitiva, né a fare riserva di ricorso per cassazione.** Nel più assoluto silenzio, nel momento in cui sarà convenuto davanti alla corte, potrà in veste di contro ricorrente, oltre che difendersi, proporre anche un ricorso incidentale contro la sentenza non definitiva (da cui quindi non è decaduto).

*Anche rispetto al ricorso incidentale, possiamo mantenere la distinzione tra ricorso incidentale tempestivo e tardivo. Questo dipende dal fatto che, nel momento in cui il contro ricorrente si costituisce in giudizio per la proposizione del ricorso incidentale, sia o non sia già decorso il termine breve o lungo per impugnare.*

L'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile solo se è ammissibile l'impugnazione in via principale.

La giurisprudenza della corte, rispetto al ricorso incidentale, ha pronunciato una regola diversa che vale solo per il ricorso per cassazione → **RICORSO INCIDENTALE CONDIZIONATO: ogni qualvolta vi si ha un**

**ricorso incidentale per soccombenza parziale reciproca o per soccombenza virtuale, l'esame del ricorso incidentale dipende dall'ammissibilità e dall'accoglimento del ricorso principale.**

Fintanto che siamo in un contesto di soccombenza parziale e reciproca, questa regola possiamo accettarla perché di fatto si tratta di una pronuncia sulla stessa sentenza. È, invece, più difficile da accettare nel momento in cui si fa valere la soccombenza virtuale, perché questa derivando da una sentenza non definitiva avrà ad oggetto o una questione pregiudiziale di rito o una questione preliminare di merito, cioè una questione che logicamente ha la precedenza rispetto al merito oggetto della domanda di impugnazione principale. Ciononostante, **la giurisprudenza della corte dice che il ricorso incidentale potrà essere esaminato condizionatamente all'ammissibilità e all'accoglimento dell'impugnazione principale cioè del ricorso.**

Prima di vedere se è vero o no che, magari, il diritto è prescritto, vado sempre e comunque a vedere se il ricorso principale che chiede l'accertamento del credito e la condanna della controparte è ammissibile e fondato. Solo se è ammissibile e fondato, esamino il ricorso incidentale.

*Perché la cassazione impone questo ribaltamento dell'ordine logico? Per la ragionevole durata del processo.*

prima di perder tempo sulle ragioni pregiudiziali/preliminari, voglio andare a vedere se il ricorso vale la pena di essere approfondito al punto da andare a sindacare le questioni fatte valere dal contro ricorrente.

**La logica di questo ribaltamento è legata al fatto che un esame nel merito della causa non c'è** (ossia le prove ecc., perché è solo un giudizio di mera legittimità).

Infine, il 370 richiama il 369 per quel che riguarda i documenti da depositare in cancelleria unitamente al contro ricorso. Se il contro ricorrente propone ricorso incidentale egli deve ovviamente produrre anche i motivi sui quali si fonda il ricorso. **Anche per il contro ricorrente vale la procura speciale a pena di inammissibilità.**

#### **ISTANZA DI SOSPENSIONE DELL'EFFICACIA ESECUTIVA:**

Una delle questioni che la corte NON si trova ad affrontare è quella del 373, ossia l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza impugnata.

Abbiamo visto che un'istanza analoga può essere proposta dall'appellante unitamente all'appello della sentenza condannatoria di 1° grado. La ragione di quella previsione è l'immediata esecutività della sentenza condannatoria. Analogamente, la premessa della sospendibilità dell'efficacia esecutiva della sentenza condannatoria d'appello è l'immediata esecutività anche della sentenza condannatoria d'appello.

Prima della riforma del 1990, che ha modificato il 282 prevedendo l'efficacia esecutiva immediata, il 373 già prevedeva questa stessa regola per la sentenza condannatoria d'appello. **Il 373 prevede che la proposizione del ricorso per cassazione non sospende l'efficacia esecutiva della sentenza impugnata.**

Nel 1940 questa immediata esecutività era più accettabile rispetto a quella che sarà la regola del nuovo 282, perché la condanna in appello giungeva dopo 2 gradi di accertamento nel merito → se 2 giudici diversi hanno confermato la condanna, possiamo pensare che quella sia corretta.

*Il 373 per la sentenza di appello consente al ricorrente di chiedere la sospensione di quella efficacia esecutiva immediata. Ma a questo punto le cose sono molto diverse dall'appello.* In appello, l'istanza di sospensione va proposta unitamente alla domanda di impugnazione → il giudice che decide l'appello e l'istanza di sospensione è lo stesso.

*Nel caso del 373,* invece, poiché il giudice vuole che l'istanza di sospensione sia decisa da un giudice diverso da quello dell'impugnazione, **richiede che l'istanza di sospensione sia proposta separatamente, quindi anche prima o dopo la proposizione del ricorso per cassazione.** Ovviamente sarà un'istanza separata ma dipendente, e quindi legata ai motivi di ricorso per cassazione.

Perché il L. ha voluto tenere le cognizioni delle due domande? Anzitutto vediamo **chi è il giudice che decide l'istanza di sospensione → è la corte d'appello, ossia lo stesso giudice che ha deciso la sentenza impugnata, ma in composizione diversa.** Questo perché si chiede al giudice di verificare fatti che sono attinenti al merito della controversia, soprattutto per quel che concerne l'accertamento del periculum → attività estranea ad una cognizione di mera legittimità.

**→ la domanda d'impugnazione va proposta davanti alla corte di cassazione, l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva va proposta autonomamente davanti al giudice dell'appello che ha pronunciato quella sentenza.**

Altra differenza importante attiene ai presupposti → i presupposti per la concessione della sospensione sono molto più rigidi di quelli del 283. Infatti, più si accede ad un grado di giudizio superiore, più la possibilità di ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva si deve comprimere, perché l'accesso al 3° grado di giudizio implica già 2 gradi di giudizio nel merito dai quali è emersa una condanna del debitore ad eseguire una certa prestazione.

Mentre il 283 condiziona la sospensione ai gravi e fondati motivi, il 373 li condiziona a qualcosa di più severo, cioè al pericolo di un **GRAVE ED IRREPARABILE DANNO** → fumus (ossia probabile fondatezza dei motivi di ricorso) + rischio per la parte di subire un danno che va interpretato più rigorosamente ← il danno deve essere IRREPARABILE. **La sospensione è concessa in sede di appello solo se nel caso concreto risulta chiaramente che la sospensione è l'unico strumento con cui si può evitare il prodursi di quel danno.**

Il giudice che deve decidere l'istanza deve tenere conto sia delle esigenze del debitore istante che delle esigenze del creditore contro cui è fatta valere l'istanza. Non si deve solo pensare alla condizione patrimoniale del debitore, ma anche delle ragioni economiche del creditore.

ELEMENTI DAI QUALI ELEMERGE CHE NEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE LA CORTE NON RISOLVE SOLO LE CONTROVERSIE, MA SVOLGE ANCHE QUELLA FUNZIONE DI GARANZIA DELLA UNIFORME INTERPRETAZIONE ED ESATTA OSSERVANZA DELLA LEGGE, OSSIA LA NOMOFILACHIA.

**PRIMO ASPETTO** → **principio di diritto**. Il presupposto è che il giudizio di cassazione è un giudizio di mera legittimità. Assicura la corretta interpretazione della legge. *L'ordinamento, consapevole che la corte è organo di ultima istanza, assicura a quella interpretazione della legge un valore orientativo per i comportamenti delle parti e per le successive decisioni dei giudici su questioni analoghe. Se ciascuna parte interessata e ciascun giudice chiamato ad esaminare una questione analoga potesse ricavare autonomamente l'interpretazione della legge offerta da un precedente della corte, ci sarebbe il rischio di risultati contrastanti.*

→ **il cpc impone alla corte di formulare apertamente il principio di diritto, cioè la regola formulata in termini generali e astratti che esplicita la portata precettiva di una norma che è oggetto della questione posta dal ricorrente.**

Il principio di diritto, quindi, condensa in poche parole il modo in cui la norma o le norme, la cui applicazione viene impugnata davanti alla corte, devono essere interpretate.

Nel nostro ordinamento, **il precedente delle SU della corte tende ad assumere una valenza** che, perlomeno per le SS della stessa corte, tende ad essere qualcosa di più di un convincimento legato all'autorità dell'organo giudicato o alla raffinatezza dell'argomentazione giuridica → **tende ad avvicinarsi a qualcosa di più simile ad un vincolo giuridico di conformità.**

Il precedente giurisprudenziale è qualcosa di diverso dal principio di diritto, in quanto il precedente si compone anche del caso sostanziale che ha portato a quella decisione, a quel principio. Spesso si applicano i precedenti perché sulla base del principio di diritto, troviamo una regola che ci torna utile. Ma vediamo che, talvolta, il caso pratico non ha niente a che fare con il caso pratico che abbiamo in esame ← principio di diritto ma non precedente, perché manca il principio dell'analogia.

Spesso il precedente si compone dell'obiter dictum, ossia il pronunciamento incidentale della corte, inteso come un pronunciamento che non attiene all'economia della motivazione, perché non è decisivo ai fini della statuizione finale. Tuttavia, la corte sceglie di dire qualcosa su una questione tangenziale rispetto alla questione da risolvere ← anche questo può costituire parte del precedente, laddove tale questione diventi centrale di un'altra controversia.

La corte enuncia il principio di diritto, come dice il 384 co.1, in due occasioni

- 1) **quando decide il ricorso proposto ai sensi del 360 co. 1 n. 3** → la corte si occupa del diritto nella sua funzione più fondamentale, ossia stabilire chi ha ragione o chi ha torto. Quella che è la reale portata precettiva della norma sul punto controverso è importante poiché guida coloro che sono interessati ad applicare quella norma. ci dice cosa una norma vuol dire nel caso specifico
- 2) **in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza** → cosa vuol dire questione di particolare importanza? Non vuol dire affatto questione dibattuta tra più decisioni della stessa corte. La questione di particolare importanza può anche essere una questione di cui la corte non si è nemmeno mai occupata. *È una questione che è particolarmente significativa per la vita sociale, per la regolazione di alcuni rapporti civili,*

*commerciali, privati che giungono all'attenzione della corte sulla scorta di una violazione delle norme di legge che tentano di regolare quelle situazioni.*

- 3) **363 → caso in cui la corte giudichi il ricorso inammissibile**, a patto che la questione sia sempre di particolare importanza. Anche se non c'è un diretto interesse ad una decisione sul merito dell'impugnazione poiché la domanda è inammissibile, **la corte, se la questione sottostante è di particolare importanza, pronuncerà comunque il principio di diritto**. indipendentemente dal vizio censurato, anche quando il ricorso è inammissibile, se la questione sottostante si rileva oggettivamente importante, la corte pronuncia il principio di diritto.

Quel **principio di diritto**, se di regola ha una funzione di adeguamento spontaneo delle parti e dei giudici, e se, trattandosi di un principio di diritto emanato dalle SU, ha una valenza più importante per le SS, **ha una valenza assolutamente vincolante per il giudice del rinvio**, ossia il giudice che in caso di cassazione con rinvio sia chiamato a decidere la causa nel merito.

**La funzione nomofilattica è espansa al massimo nel 363 cpc.** Questa norma fa riferimento ai casi in cui la corte si pronuncia non su un ricorso, cioè su una domanda di impugnazione, **ma su una questione di diritto, cioè su un'ipotesi di violazione della legge nell'interesse della legge stessa** ← interesse della legge significa nomofilachia.

*I casi in cui il 363 consente alla corte di occuparsi di una questione di diritto nell'interesse della legge sono due:*

- 1) Quando **manca un ricorso per cassazione che poteva esserci**, ossia quando le parti hanno ommesso di ricorrere per cassazione (decorso del termine breve o lungo) o vi hanno espressamente rinunciato
- 2) Quando **il provvedimento non è ricorribile per cassazione o non è altrimenti impugnabile** ← il ricorso non poteva esserci

Come può la questione di diritto arrivare alla cassazione se nessuno impugna? **Lo fa il PM presso la corte di Cassazione ossia il procuratore generale presso la corte di cassazione.** Come fa il procuratore a sapere che c'è una questione di diritto? Qualunque sia la fonte di conoscenza va bene.

La cosa importante è che se non c'era ricorso perché non c'era controversia, il principio di diritto è fine a sé stesso, non serve a risolvere una controversia. La richiesta è descritta dal 363 come enunciazione nell'interesse della legge a cui il giudice del merito avrebbe dovuto attenersi se il ricorso fosse stato presentato o presentabile, anche se la soluzione della questione di diritto offerta dalla corte rivela che l'applicazione della legge fatta dal giudice d'appello era illegittima, perché la soluzione condensata nel principio di diritto contrasta con quella che ha voluto accogliere il giudice d'appello → non importa. Resta, perché è passata in giudicato.

**L'ULTIMO STRUMENTO CHE MANIFESTA LA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELLA CORTE È IL CD FILTRO. Il filtro è un giudizio preliminare di inammissibilità della domanda di impugnazione.**

Il filtro in cassazione è stato introdotto nel 2009 (l. 69/2009) ← questa disposizione ha anche introdotto una nuova sezione della corte di cassazione. All'inizio la corte costava di 3 sezioni, poi se ne sono aggiunte altre. La 4° fu introdotta nel 1973 e si occupa di diritto del lavoro. La 5° si occupa delle questioni di diritto tributario. Nel 2009 è stata istituita la 6° che si occupa del filtro, cioè di compiere un esame preliminare di inammissibilità di tutti i ricorsi per cassazione.

Il filtro in cassazione consiste in un giudizio di fondatezza o infondatezza del ricorso. Non si tratta di una inammissibilità che consegue alla mancanza di requisiti formali, ma di una inammissibilità che consegue ad una carenza di fondatezza della domanda di impugnazione. In cassazione questa è declinata sulla base di **due criteri stabiliti dal 360-bis:**

- A. Primo parametro di cui al n. 1 → **la questione di diritto sollevata col ricorso è già stata decisa dalla giurisprudenza della corte.** Questo criterio riguarderà soprattutto i motivi di cui ai **numeri 3 e 5 dell'art. 360**, perché è soprattutto in relazione a questi motivi che la questione di diritto soprattutto quella che deriva da un errore in iudicando assume rilevanza in confronto in rapporto alla giurisprudenza della corte



Si compone di *due valutazioni* che la corte deve compiere per dire se il ricorso è ammissibile o no:

- 1) **Confronto tra la sentenza impugnata e la giurisprudenza della corte per stabilire se la sentenza impugnata ha risolto la questione di diritto secondo la giurisprudenza della corte oppure no.** Se la sentenza impugnata ha risolto la questione disapplicando la giurisprudenza della corte il ricorso è già ammissibile senza dubbio. Se invece ha risolto la questione applicando la giurisprudenza della corte, non si può ancora dire se il ricorso è ammissibile o no. bisogna completare il giudizio con il secondo elemento
  - 2) **Esaminare i motivi di ricorso → l'impugnazione è inammissibile se il ricorrente non è stato in grado di formulare motivi di ricorso idonei a favorire un mutamento dell'orientamento della corte.** Quindi, il ricorso è inammissibile solo se il ricorrente non è in grado di suggerire ragioni che inducano la corte ad una nuova riflessione sulla questione di diritto.
- B. Secondo parametro → **attiene alla violazione delle norme sul giusto processo** → il filtro opera soprattutto in rapporto ai ricorsi per motivi di cui ai n. 1, 2 e 4.

Ora dobbiamo completare il discorso esaminando lo **svolgimento del giudizio di Cassazione sia nella fase rescindente che nella fase rescissoria**. Questa parte della disciplina è stata oggetto di vari interventi riformatori → così tanti che non sono da ricordare. Sono stati fondamentalmente tre gli interventi normativi che hanno inciso in maniera più forte:

- **Riforme del 2006** → profili della trattazione del giudizio di Cassazione
- **Intervento del 2009** → ha introdotto l'art. 360-bis, ossia il filtro di Cassazione
- **DI 168/2016** → ha modificato nuovamente la fase di decisione e trattazione del giudizio dinanzi alla Cassazione, e quindi la fase rescindente

#### FASE RESCINDENTE:

Il cpc non contiene una disciplina dettagliata secondo il modello del giudizio di cognizione in 1° grado o in appello. Tuttavia, dobbiamo ricordare alcuni principi che distinguono questo giudizio.

**La fase rescindente si apre sulla scorta di un giudizio di non ammissibilità del ricorso ai sensi del 360-bis.** La Corte, attraverso la 6° sezione, deve verificare se ricorrono quelle condizioni che impediscono la trattazione nel merito della domanda di impugnazione → numeri 1 e 2 del 360-bis.

**Numero 1** → fa riferimento al fatto che **la questione di diritto oggetto del ricorso è stata decisa dalla sentenza impugnata conformemente alla giurisprudenza della corte + al fatto che il ricorso si riveli incapace di fornire degli argomenti che modifichino la conclusione della corte** → che siano in grado di indurre la corte a raggiungere una conclusione diversa da quella fatta propria dalla giurisprudenza fino a quel momento → **il ricorso è inammissibile.**

**Numero 2** → sono inammissibili i ricorsi in cui viene denunciata la violazione di una norma sul giusto processo che appaia manifestamente priva di fondamento. Questo secondo motivo attiene al fatto che, in concreto, la violazione processuale denunciata dal ricorrente appare manifestamente infondata.

Si discute su quali siano i principi del giusto processo → i principi regolatori, ai fini del 369-bis, sono tutti quelli regolati da norme processuali che salvaguardano prerogative fondamentali delle parti nel processo (es. diritto alla prova o diritto al contraddittorio).

Una volta superato questo vaglio preliminare di inammissibilità, il ricorso viene esaminato dalla corte.

Essendo un giudizio di mera legittimità, l'esame del ricorso ad opera della Corte è un esame in punto di diritto → la corte deve verificarne la violazione in senso lato, nei limiti delle censure mosse dal ricorrente.

Precisazioni:

1. **Distinguere l'ambito della cognizione della corte a seconda del tipo di ricorso fatto valere → quando viene censurato un errore in procedendo (cioè quando viene dedotto un motivo di cui ai n. 1, 2 o 4 del 360), l'ambito di cognizione della Corte è più ampio rispetto ai casi in cui i motivi di ricorso censurati sono quelli di cui ai numeri 3 e 5, attraverso i quali si fa valere un errore in iudicando su questioni di diritto.** La ragione di questa diversa estensione dell'ambito di cognizione si giustifica col fatto che, mentre la conoscenza del fatto sostanziale che sta alla base della

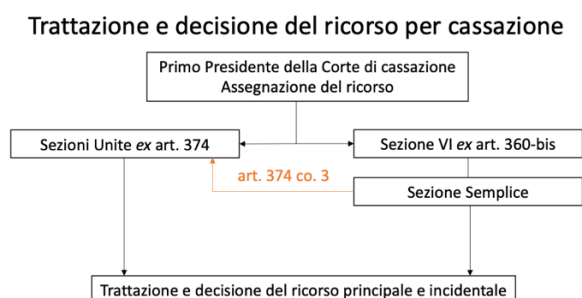
cognizione dell'errore in iudicando è necessariamente solo quella determinata dalla sentenza impugnata (senza che la corte possa fare alcun ulteriore approfondimento istruttorio), il fatto processo, cioè il procedimento nelle sue precedenti fasi (1° e 2° grado), può essere conosciuto ed esaminato dalla corte direttamente, al di là di quella ricostruzione del fatto processuale che può essere contenuta nella sentenza impugnata. Il fatto sostanziale è qualcosa che si è verificato prima e quindi al di fuori del processo → la Corte può conoscere limitatamente a quanto accertato dal giudice della sentenza impugnata. Il fatto processo, invece, è un accadimento che continua a verificarsi anche dinnanzi alla Corte, che quindi può averne conoscenza diretta con accesso agli atti dei precedenti giudizi.

2. **La cognizione della corte può avere ad oggetto questioni rilevabili d'ufficio che siano rilevate dalla Corte per la 1° volta in Cassazione** → una reale novità ammissibile in Cassazione (altrimenti, nulla di nuovo può essere introdotto. Più rigoroso di quanto sia già ai sensi del 345 per l'appello). Deve trattarsi di questioni rilevabili d'ufficio in ogni grado e stato del processo che non siano già state rilevate precedentemente. Se la questione è già stata rilevata nel precedente grado di giudizio, questa non potrà essere rilevata nuovamente ex officio in cassazione, ma può essere riesaminata criticamente dalla Corte solo se il ricorrente sceglie di impugnare la sentenza di appello anche nel caso in cui ha deciso la questione rilevata d'ufficio in appello → l'esercizio di potere di rilievo ufficioso consuma la possibilità di riesercitare in futuro quel potere.
3. **Fenomeno dell'assorbimento** → cosa succede se l'assorbimento è legittimamente operato dal giudice d'appello? L'ambito di decisione della corte può estendersi all'esame e alla decisione delle questioni assorbite in appello ed eventualmente riproposte dal ricorrente? **No. Se la Corte potesse esaminare o decidere le questioni legittimamente assorbite nella sentenza impugnata, questa si occuperebbe chiaramente del merito della controversia.** Il potere di riproposizione delle questioni assorbite in appello è precluso al ricorrente per Cassazione → non ci sarà una decadenza del ricorrente del potere di riproporre le questioni assorbite per il fatto di averle riproposte con il ricorso o contro ricorso in cassazione → **la legge ammette la riproposizione delle questioni assorbite nella fase rescissoria.** C'è quindi una possibilità in cui la questione relativa all'assorbimento sia dedotta nel ricorso o nel contro ricorso → violazione della legge processuale → il giudice di appello sbaglia nell'applicare la tecnica processuale dell'assorbimento (anziché assorbire il merito nella questione preliminare di rito, fa il contrario).

**Art. 372 cpc** → **divieto di allegazione di nuovi fatti ad opera delle parti e di produzione di nuovi mezzi istruttori.** Le uniche **eccezioni** che questo divieto soffre sono legate, oltre alle questioni rilevabili d'ufficio che siano rilevate per la prima volta in Cassazione, ad un particolare tipo di prove che individua espressamente il 372 → **documenti (sole prove precostituite) concernenti la nullità della sentenza o l'ammissibilità del ricorso o del contro ricorso.** Queste ultime ipotesi, in realtà, non sono affatto delle eccezioni, poiché i fatti su cui possono essere prodotti i documenti per la prima volta dinnanzi alla corte, corrispondono ad accadimenti che le parti non potevano conoscere e provare prima del ricorso per cassazione → questi accadimenti sono la nullità della sentenza impugnata e l'ammissibilità del ricorso o del contro ricorso.

Come si svolge la fase di trattazione e decisione del ricorso per Cassazione?

### Fase rescindente





A chi spetta, a seconda dei casi, trattare e decidere il ricorso?

A seguito della proposizione del ricorso per cassazione, spetta al Primo Presidente della Corte di Cassazione (presidente della 1° sezione della corte) disporre la sua assegnazione ai fini della trattazione.

L'assegnazione del ricorso da parte del Primo Presidente avviene in favore della 6° sezione, almeno a seguito della riforma del 2009 che ha introdotto il 360-bis. Siccome il vaglio di ammissibilità è preliminare alla trattazione del ricorso, il ricorso deve essere assegnato alla 6° sezione perché ne esamini l'ammissibilità o meno.

Ci sono, tuttavia, dei casi in cui la legge prevede che la trattazione e la decisione del ricorso debba spettare alle SU della Corte ← in questi casi (374 cpc) il Primo Presidente deve assegnare la trattazione e decisione del ricorso alle SU → la valutazione di inammissibilità del ricorso di cui al 360-bis sarà svolta dalle stesse SU.

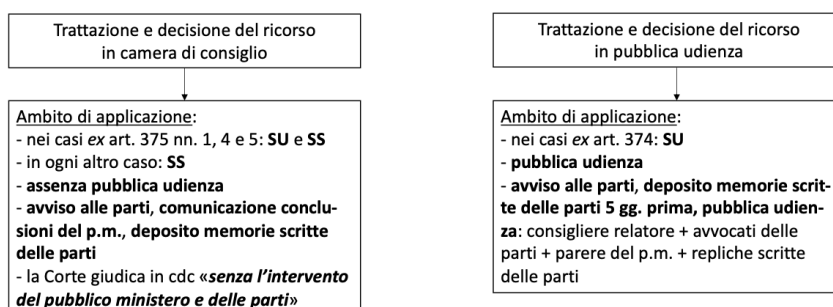
Quali sono i casi in cui il ricorso deve essere assegnato alle SU? Sono 3 casi:

- I. **La corte deve decidere per la 1° volta una questione attinente alla giurisdizione** → il ricorso potrà essere fondato come ricorso ordinario per cassazione sul motivo di cui al n. 1 del 360, o potrà essere un ricorso con cui è fatto valere un regolamento preventivo di giurisdizione (341), o potrà essere un ricorso con cui il ricorrente fa valere un conflitto di giurisdizione (362). **Se la questione di giurisdizione sollevata con uno di questi strumenti è già stata decisa da una pronuncia delle SU, non vi è più l'obbligo di assegnazione del ricorso alle stesse SU**, ma sarà sufficiente l'assegnazione ad una SS, previo superamento del filtro ad opera della 6° sezione. Il fatto che spetti alle SU la trattazione dei ricorsi in questo tema si spiega nel fatto che la funzione nomofilattica della Corte si realizza anche attraverso l'interpretazione delle regole sul riparto di giurisdizione.
- II. **Viene rilevata l'esistenza di un contrasto interpretativo tra due o più pronunce della stessa Corte su una questione di diritto OPPURE**, pur non essendoci un contrasto interpretativo all'interno della Corte, **ha rilevanza una questione di diritto che la legge definisce "di massima di particolare importanza"**, cioè una questione giuridica che, in relazione all'impatto che l'interpretazione di una norma può avere su rapporti individuali che non sono dedotti in giudizio ma sono comunque soggetti all'applicazione di quella norma, riveste una particolare importanza. Previene, per esempio, soluzioni disomogenee nella prassi. Impedisce che l'affermarsi di una certa applicazione di una norma produca diseguaglianze. In alcuni casi si previene il contrasto interpretativo tra i giudici di merito e la Corte, su una norma il cui contenuto interpretativo è incerto
- III. Si verifica la seguente situazione: **una SS a cui il ricorso è stato assegnato non condivide l'orientamento delle SU su una determinata questione di diritto rilevante nel caso concreto**. In questo caso, il 374 consente alla SS di manifestare il proprio dissenso, impedendole di doversi adeguare al precedente delle SU. La norma, tuttavia, obbliga la sezione a rimettere la questione con ordinanza motivata con cui giustifica le ragioni del proprio dissenso, al Primo Presidente, affinché riassegni la questione alle SU. Questo avvicina il nostro ordinamento alla regola dello stare decisis.

Una volta superato il vaglio di ammissibilità, il Primo Presidente assegnerà la questione ad una delle SS → sono 5 ed ognuna è specializzata in una certa materia. Una volta individuata la composizione assegnataria della corte, si apre la trattazione e la decisione della causa.

Abbiamo due modalità di trattazione e decisione del ricorso:

#### Modalità di trattazione e decisione del ricorso per cassazione



- 1) **In camera di consiglio** (modalità semplificata)
- 2) **In pubblica udienza** (modalità ordinaria)

L'attuale assetto della distribuzione dei ricorsi ad una modalità o all'altra risale al 2016 → cambiamento radicale → la modalità di trattazione e decisione in pubblica udienza ora è l'eccezione, e la regola è la trattazione e decisione in camera di consiglio (prima era il contrario).

**Quale è la differenza tra camera di consiglio e pubblica udienza? Quest'ultima comporta appunto un'udienza pubblica** → attività processuali che garantiscono la trattazione e comprensione della questione pubblicamente.

L'espressione **camera di consiglio**, invece, allude al momento in cui il giudice di riunisce per deliberare la sentenza. Se il giudice è collegiale, la camera di consiglio è una realtà fisica e lì si devono riunire i giudici per deliberare la decisione. **L'attività in camera di consiglio non possiede tutte le attività processuali che assicurano la conoscibilità pubblica della attività di trattazione e decisione, che invece possiede la trattazione pubblica della questione.**

**PUBBLICA UDIENZA** → modalità ordinaria e residuale di trattazione e decisione → **viene dato alle parti avviso della pubblica udienza** (che è appunto pubblica). Vi è poi un **termine perentorio di 5 giorni per il deposito di memorie scritte delle parti** (unica reale attività di trattazione che si può fare in Cassazione). Segue poi lo svolgimento della pubblica udienza → le parti, attraverso i propri difensori, intervengono. **Interviene per primo il Consigliere Relatore** (uno dei membri del collegio) che svolge una relazione della controversia, cioè che espone il contenuto del ricorso e del contro ricorso, enucleando i motivi di ricorso ed i principali argomenti posti a fondamento. Egli sarà colui che redigerà la motivazione della pronuncia finale. **Seguono gli interventi degli avvocati delle parti e, da ultimo, il parere del PM**, che è il procuratore generale presso la Cassazione → caratteristica unica del ricorso per cassazione. Infatti, nel processo civile il PM interviene solo raramente. **Il PM deve esprimere il proprio parere su ammissibilità e fondatezza del ricorso, perché il giudizio di cassazione è funzionale ad offrire quella esatta osservanza ed uniforme interpretazione della legge** → per arrivare a questo risultato serve anche un parere nell'interesse della legge, e non solo nell'interesse delle parti.

Prima che sia dichiarata chiusa la pubblica udienza, è consentita alle parti la possibilità di pubblicare delle memorie scritte, che servono anche per replicare alle affermazioni del PM.

La decisione del ricorso avviene con **sentenza**.

**CAMERA DI CONSIGLIO** → non c'è una pubblica udienza → **l'attività di trattazione avviene interamente per iscritto**. A seguito dell'avviso alle parti dell'assegnazione del ricorso in camera di consiglio, spetta alle parti ed al PM rassegnare (cioè depositare) le proprie osservazioni. **Spetta dapprima al PM comunicare le proprie conclusioni e, successivamente, spetta alle parti comunicare le proprie memorie scritte**.

La Corte decide in camera di consiglio senza l'intervento del PM o delle parti. non c'è possibilità di interloquire in camera di consiglio. Resta una riunione riservata ai membri del collegio giudicante.

→ profonda differenza tra modalità semplificata e ordinaria: nella prima manca l'udienza!

Per capire come mai la modalità semplificata è la regola, dobbiamo fare riferimento al 375 (modificata nel 2016) → strumento normativo con cui si stabilisce quando il ricorso debba essere trattato con una modalità semplificata o con una modalità ordinaria.

**Il ricorso è trattato e deciso in camera di consiglio ogniqualvolta il ricorso ha ad oggetto una delle situazioni di cui ai n. 1, 4 e 5 del 375:**

1. Quando deve essere dichiarata l'**inammissibilità del ricorso**
2. Quando sono presentate istanze di **regolamento di competenza o di giurisdizione**
3. Quando vi è manifesta **fondatezza o infondatezza del ricorso**

Che cosa ne è dei numeri 2 e 3 del 375? Facevano riferimento in passato a situazioni che imponevano la cognizione del ricorso alle SS, ma nel 2016 sono stati abrogati.

**I casi in cui il ricorso è trattato e deciso con la pubblica udienza sono quelli del 374, ossia quelli trattati dalle SU, ad esclusione di quelli richiamati dal 375 che appunto seguono la modalità semplificata.**

## ESITI DELLA FASE RESCINDENTE DEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE:

### Possibili esiti della fase rescindente del giudizio di cassazione

- **Inammissibilità o infondatezza** del ricorso: **conferma** della sentenza impugnata (giudicato)
- **Ammissibilità e fondatezza** del ricorso: **annullamento** della sentenza impugnata
  - Cassazione **con rinvio** alla fase rescissoria
  - Cassazione **senza rinvio** ma **con giudizio nel merito**
  - Cassazione **senza rinvio e senza giudizio nel merito**
- **Accoglimento del ricorso senza annullamento** della sentenza impugnata ma **con correzione della motivazione**

La declaratoria di inammissibilità o infondatezza del ricorso dichiara la conferma della sentenza impugnata, ma anche il suo definitivo passaggio in giudicato. A seguito della pronuncia della Cassazione, si esaurisce il potere di ulteriormente svolgere il processo civile.

È possibile, invece, che il ricorso sia ritenuto fondato → annullamento della sentenza impugnata. Il panorama dei possibili esiti si complica. Sono 3:

1. [cassazione con rinvio alla fase rescissoria](#)
2. [cassazione senza rinvio con giudizio nel merito da parte della Corte](#)
3. [cassazione senza rinvio e senza giudizio nel merito](#)

L'ultimo possibile esito è quello dell'accoglimento del ricorso senza annullamento della sentenza impugnata ma con correzione della motivazione → situa nelle quali la motivazione della sentenza è sbagliata, ma accidentalmente il dispositivo è corretto. Una ragione riconducibile alla ragionevole durata del processo consente alla corte di accogliere il ricorso, perché il motivo è fondato, ma senza annullare la sentenza, bensì confermandone il dispositivo e correggendone la motivazione.

## CASSAZIONE CON RINVIO – FASE RESCISSORIA

Il ricorso è pronunciato ammissibile e fondato → cassazione → annullamento totale o parziale della sentenza impugnata.

L'annullamento comporta l'eliminazione della sentenza impugnata nella parte in cui aveva deciso erroneamente quelle domande o quelle eccezioni.

Siccome la Cassazione è giudice di legittimità, [spetta ad un giudice di merito svolgere la successiva fase del giudizio di Cassazione, ossia la FASE RESCISSORIA](#). La fase rescissoria è una fase del giudizio di cassazione. Il giudizio impugnatorio non si svolge davanti ad un unico stesso organo giudiziario, ma nei casi di cassazione con rinvio si svolge dinnanzi ad uffici giudiziari diversi.

[La fase rescissoria non è un automatismo conseguente alla cassazione, ma è il risultato di un onere riassuntivo ad opera della parte interessata che va adempiuto entro 3 mesi dalla pubblicazione della sentenza di cassazione.](#)

Se il termine perentorio non è osservato si ha l'[estinzione del processo](#).

[La fase rescissoria è destinata a riesaminare o ridecidere le domande o eccezioni la cui decisione è stata annullata](#). Non vi è spazio per introdurre nuove domande o nuove eccezioni nel giudizio di rinvio. Nella fase rescissoria, le parti non possono né chiedere la tutela di diritto soggettivi diversi da quelli già fatti valere, né possono modificare quelle che erano le loro istanze originarie.

Ci sono delle eccezioni a questo divieto di modifica delle istanze originarie:

domande od eccezioni assorbite in appello che non potranno essere riproposte dinanzi alla cassazione, ma potranno essere riproposte dinanzi al giudice del rinvio nella fase rescissoria.

Questo ci permette anche di capire quale è il giudice del rinvio → la fase rescissoria si svolge dinnanzi ad un giudice dello stesso grado di quello che ha pronunciato la sentenza annullata.

Quale è il potere del giudice del rinvio e quali sono i poteri delle parti? I poteri delle parti li abbiamo già definiti con il divieto di modificare le stanze originarie. Laddove le parti possono proporre domande o eccezioni nuove, queste avranno anche dei poteri di trattazione ed istruzione della causa limitatamente alle

domande o eccezioni nuove o modificate. Questi poteri saranno svolti secondo le regole del giudizio a cui appartiene il giudizio di rinvio.

La decisione del giudice del rinvio è libera, ma il giudice del rinvio sarà vincolato all'interpretazione della legge offerta dalla sentenza di cassazione nel principio di diritto. In alcuni casi il principio di diritto deve essere formulato dalla corte nella sentenza, ed in altri no. Se non viene esplicitamente elaborato, questo dovrà essere ricavato.

Il discorso è più complicato per gli **ALTRI DUE POSSIBILI ESITI**. In entrambi i casi non c'è una fase rescissoria. Perché? Nel caso del 384 co. 2, la fase rescissoria non c'è perché si svolge dinnanzi alla stessa corte di cassazione → in questa ipotesi le due fasi rescindente e rescissoria si svolgono unitariamente davanti alla corte.

L'ipotesi di cassazione senza rinvio di cui al 382 co. 3 è un'ipotesi senza rinvio giustificata dal fatto che non sussiste la possibilità né la necessità di svolgere un giudizio di rinvio, e quindi di aprire una fase rescissoria. Iniziamo da questa seconda eventualità → **la cassazione senza rinvio (382 co. 3) si verifica quando a fronte dell'annullamento totale o parziale della sentenza impugnata non si rende necessaria alcuna decisione sul merito della causa**. Questo può dipendere o dal fatto che l'annullamento, al termine della fase rescindente, è stato determinato da un difetto di giurisdizione, o dal fatto che tale annullamento è stato determinato da improponibilità della domanda o improcedibilità del giudizio.

Cosa succede se la corte, decidendo un motivo di ricorso di cui al n. 1 del 360, accoglie il ricorso, riconoscendo la carenza di giurisdizione del giudice? Accade che l'annullamento della sentenza non consente la possibilità di riassumere quella causa dinnanzi ad un altro giudice. Questo ci fa capire la differenza tra riassunzione e riproposizione della domanda. L'attività materiale da fare è sempre la stessa; si ha riassunzione quando l'attività di proposizione della domanda consente la prosecuzione dello stesso giudizio → la parte che riassume il giudizio di cassazione davanti al giudice del rinvio non propone una nuova domanda, ma riassume lo stesso processo attraverso la ripresentazione della stessa istanza. La riassunzione garantisce la prosecuzione dello stesso giudizio pendente.

La riproposizione, invece, è un'attività che è slegata dall'attività precedente. Il processo precedente è stato definito. La parte conserva il potere di far valere nuovamente il diritto con una nuova domanda. È una domanda diversa che dà origine ad un nuovo autonomo processo.

**Questi due fenomeni costituiscono due situazioni in cui non c'è necessità di una decisione sul merito.**

Anzitutto, cosa si intende per **irriproponibilità della domanda**? Questa non riguarda la domanda di impugnazione, ma la richiesta originaria di tutela giurisdizionale → l'annullamento della corte è stato motivato con la carenza di un presupposto processuale che rendeva la domanda non solo inammissibile, ma anche improponibile.

Il caso tipico è quello in cui si scopre l'esistenza ad es. di una convenzione di arbitrato, cioè un accordo con cui le parti convengono di sottrarre al giudice statale la decisione di una determinata controversia o di future controversie tra loro intercorrenti per assegnarla al potere decisorio di un giudice privato ☐ arbitro. Talvolta, la convenzione di arbitrato è un accordo autonomo, che ha ad oggetto una controversia già esistente (in questo caso si chiama compromesso), ma più spesso ha ad oggetto controversie future che intercorreranno tra le parti (→ clausola compromissoria → clausola contrattuale con cui le parti contraenti stabiliscono che le controversie derivanti dall'applicazione o dalla interpretazione del presente contratto sono devolute ad un arbitro secondo le forme che le parti scelgono).

In questo caso, se si scopre per effetto del giudizio di cassazione, che la causa non poteva essere promossa in sede giurisdizionale, ma doveva essere devoluta agli arbitri, la domanda era sia inammissibile che improponibile ← non avrebbe senso una fase rescissoria perché non sarebbe individuabile alcun giudice pubblico dinnanzi al quale riassumere la causa. La domanda va riproposta dinnanzi ad un collegio arbitrale.

**IMPROCEDIBILITÀ DEL GIUDIZIO** → la domanda originariamente era ammissibile e proponibile. Non ci sono difetti o carenze sulla domanda, ma **nel corso del processo è venuto meno un requisito che ne consentiva la prosecuzione**. Un caso di improcedibilità del giudizio è ad esempio quello di inammissibilità della domanda di impugnazione. Es. in cassazione si accerta l'inammissibilità della domanda di appello perché proposta fuori termine (vizio non rilevato dal giudice di appello). Cosa succede se la cassazione annulla l'appello?

Diverso è il caso della **CASSAZIONE SENZA RINVIO MA CON ACCERTAMENTO NEL MERITO** → la legge consente eccezionalmente che la decisione sul merito sia presa dalla cassazione, che diventa quindi giudice nel merito. Quando può la corte ampliare i suoi poteri oltre il piano del puro diritto? Il 384 co. 2 definisce queste situazioni con un'espressione apparentemente chiara → la corte può decidere il merito della controversia a seguito della cassazione quando non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto; quindi, quando non è necessario l'espletamento di alcuna attività istruttoria oltre a quella già rilevata nei precedenti gradi di giudizio. La corte, a seguito dell'annullamento, possiede già tutti gli strumenti istruttori per poter decidere nel merito la controversia.

In questo senso, la riforma che nel 2006 ha introdotto la cassazione sul merito, ha avuto di mira un chiaro intento deflazionario del processo → il L. ha anticipato l'applicazione delle istanze istruttorie già in capo alla corte.

Non è facile, però, individuare le situazioni in cui non è necessario effettuare ulteriori accertamenti di fatto. → la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato una casistica di situazioni in cui sono sicuramente necessari ulteriori accertamenti di fatto:

- a) **Assorbimento** → se nel ricorso o nel contro ricorso la parte allega l'esistenza di questioni assorbite in appello che intende riproporre a seguito dell'annullamento in sede rescissoria, la pronuncia della sentenza di annullamento non giustificherà l'applicazione del 384 co.2, in quanto la riproposizione delle questioni assorbite renderà necessari ulteriori accertamenti di fatto
- b) **Violazione o falsa applicazione di norme di diritto** (n. 3 360) → casi in cui l'annullamento della sentenza impugnata passa attraverso una corretta interpretazione giuridica di alcuni fatti dedotti nei precedenti gradi di giudizio dalle parti. Es. può darsi che la sentenza d'appello consideri il termine degli 8 gg entro cui far valere la garanzia per vizi della cosa venduta come un termine prescizionale, dando rilevanza ad un evento interruttivo di tale termine. Il ricorso per cassazione vs questa sentenza porterà la corte ad annullare la sentenza, qualificando il termine di 8 gg come un termine decadenziale. In questi casi emerge, all'esito della fase rescindente, la necessità di accertare fatti che prima erano qualificati in modo diverso (erroneamente).

Ultimo dei tre esiti → **ACCOGLIMENTO DEL RICORSO SENZA ANNULLAMENTO DELLA SENTENZA MA CON CORREZIONE DELLA MOTIVAZIONE** → esprime la funzione nomofilattica della corte. Se c'è accoglimento del ricorso, c'è accertamento di un errore. Questo imporrebbe l'annullamento della sentenza. Ma siccome la corte si avvede che il dispositivo della sentenza casualmente è corretto, conserva la sentenza offrendo, mediante correzione della motivazione, la corretta interpretazione ed applicazione della legge.

VIDEO GABOARDI:

### LA TUTELA CAUTELARE:

La tutela cautelare costituisce il **terzo ed ultimo tipo di tutela giurisdizionale** che conosce il nostro ordinamento processuale. Accanto alla tutela giurisdizionale cognitoria, che è volta all'accertamento ed alla dichiarazione di diritti soggettivi, vi è non solo la tutela giurisdizionale esecutiva, diretta a dare attuazione materiale ai diritti di credito portati da un titolo esecutivo (es. sentenza di condanna), ma anche la tutela giurisdizionale cautelare.

Se la tutela di cognizione e quella esecutiva sono disciplinate rispettivamente nel libro II e III del c.p.c., la tutela cautelare è regolata all'interno del **libro IV** ← raccoglie le **norme sui c.d. procedimenti speciali** → procedimenti che hanno perlopiù la *natura di processi di cognizione, ma che sono caratterizzati da forme processuali sommarie* → procedimento più snello e termini processuali più contingentati rispetto a quelli del rito ordinario di cognizione (art. 163 e ss. c.p.c.).

Un esempio tipico di processo sommario di cognizione, avente natura non cautelare, è costituito dal **PROCEDIMENTO PER DECRETO INGIUNTIVO** → la pronuncia del provvedimento di ingiunzione è consentita in assenza di ogni contraddittorio con il debitore. Il decreto ingiuntivo può essere pronunciato quando il



credito vantato con il ricorso è dotato di alcuni requisiti essenziali: certo, liquido ed esigibile + documentalmente provato.

Ferma restando la possibilità per il debitore ingiunto di instaurare un procedimento ordinario a cognizione piena mediante l'opposizione di cui all'art. 645 cpc entro 40 gg dalla notifica del decreto, [la legge 69/2009 ha addirittura introdotto un generale rito sommario di cognizione](#) → art. 702 bis, ter e quater cpc → [applicabile in tutte le cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica ex art. 50 ter cpc e la questione oggetto del processo sia tale da non presentare punti controversi particolarmente complessi e bisognosi dell'istruzione probatoria tipica del processo ordinario](#), e quindi sia tale da poter essere decisa in maniera sommaria, cioè omettendo ogni formalità non essenziale al contraddittorio e compiendo gli atti istruttori rilevanti nel modo che il giudice ritiene più opportuno.

Anche la tutela cautelare si realizza attraverso uno specifico procedimento a cognizione sommaria che è regolato dagli art. 669 bis e ss. → [procedimento cautelare uniforme](#) → trova applicazione in tutti i casi in cui la tutela cautelare può essere concessa, in base non solo alle previsioni del codice, ma anche in base al cc ed alle leggi speciali in quanto compatibile.

Le disposizioni degli art. 669 e ss. sono state introdotte con la l. n. 353/1990 che [ha ampliato la disciplina codicistica delle misure cautelari mediante l'introduzione di un rito uniforme](#), valevole per la concessione di qualunque misura cautelare.

**Definizione della tutela cautelare** → se la tutela cognitoria serve ad accertare i diritti soggettivi in modo incontrovertibile, cioè con quel grado di certezza che deriva dalla formazione del giudicato sostanziale, [la tutela cautelare serve ad assicurare, sulla base di una cognizione sommaria dei diritti soggettivi, che il tempo necessario per pervenire all'accertamento pieno di tali diritti](#) (che consegue alla cognizione ordinaria degli art. 163 e ss.) [non pregiudichi la parte che ha ragione](#). La tutela cautelare [serve ad assicurare che la tutela giurisdizionale per eccellenza sia effettiva](#) → sia cioè in grado non solo di produrre un provvedimento formale, ma anche di [garantire una tutela sostanziale](#), cioè un [rimedio effettivo alla lesione subita](#).

*Il tempo necessario per la pronuncia della sentenza o del provvedimento che accerta in via ordinaria il diritto soggettivo può rendere materialmente inutilizzabile la sentenza*, cioè può rendere impossibile o estremamente difficile conseguire quel risultato sostanziale a cui dà diritto il riconoscimento della situazione giuridica soggettiva contenuto nella sentenza.

L'esempio tradizionale è quello del [sequestro conservativo](#) → [misura cautelare che consente al creditore di ottenere un temporaneo vincolo di indisponibilità a carico del patrimonio del debitore per tutto il tempo necessario ad ottenere una sentenza di condanna del debitore stesso](#). Sarebbe infatti inutile la tutela ottenuta dal creditore con la sentenza di condanna se il patrimonio del debitore, che costituisce la garanzia su cui può essere soddisfatta la pretesa sostanziale del debitore, fosse incapiante nel momento in cui la sentenza è pronunciata o è posta in esecuzione. Il tempo necessario per la pronuncia della sentenza aumenta infatti il rischio che il debitore riduca il proprio patrimonio, precludendo o riducendo la possibilità per il creditore di essere soddisfatto.

Va ricordato incidentalmente che quando si parla del tempo necessario per arrivare alla pronuncia della sentenza che accerta un diritto soggettivo ci si riferisce al tempo fisiologico, ossia il tempo che è naturalmente necessario per lo svolgimento e la conclusione di un processo ordinario di cognizione.

Questa fondamentale finalità della tutela cautelare ha portato la giurisprudenza della corte cost. a riconoscere una [rilevanza costituzionale anche a questa forma di tutela](#), sulla scorta del principio generale dell'art. 24 co. 1 cost. → [tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi](#) → [sarebbe una garanzia puramente formale ed astratta se non fosse garantita la concreta possibilità di realizzarsi](#), di tradursi in un risultato concreto per la parte che ha ragione. [La misura cautelare mira ad ottenere questo risultato: porre le condizioni affinché la cognizione ordinaria del diritto soggettivo si possa concretamente realizzare a vantaggio della parte che ha ragione](#).

Questo ragionamento ci fa capire una prima importante caratteristica della tutela cautelare → [strumentalità](#) → ogni misura cautelare è strumentale alla cognizione ordinaria di un diritto soggettivo.

La misura cautelare non è un provvedimento giurisdizionale fine a sé stesso, ma **serve solo a creare delle condizioni temporanee** (es. un vincolo di temporanea indisponibilità) **che assicurino che il tempo necessario per la cognizione ordinaria non sia pregiudizievole per la parte che ha ragione.**

Sul piano processuale, questa caratteristica della tutela cautelare si traduce nel fatto che la domanda cautelare con cui si chiede la concessione di una misura cautelare deve sempre indicare, **a pena di inammissibilità**, anche la tutela di merito (es. la pronuncia di una sentenza di condanna) **che la parte vuole conseguire con il processo di cognizione** ed il cui effettivo conseguimento deve essere salvaguardato mediante la misura cautelare.

È quindi chiaro che la tutela cautelare deve **possedere anche un altro requisito** → **temporaneità**. Non può mai essere l'ultima parola del giudice, perché è destinata necessariamente a perdere i suoi effetti nel momento in cui sarà pronunciata la sentenza di merito che assicura la possibilità di conseguire la tutela cognitoria.

- *Se la sentenza di merito rigetterà la domanda dell'attore, l'infondatezza di questa domanda comporterà anche l'inefficacia della misura cautelare che si basava su un accertamento sommario del diritto soggettivo, che è stato riconosciuto inesistente dal giudice della cognizione ordinaria.*
- *Se invece la sentenza di merito accoglierà la domanda dell'attore, la fondatezza nel merito della domanda comporterà l'assorbimento degli effetti della misura cautelare, che si consolideranno quindi negli effetti della sentenza di merito.*

→ **in ogni caso, la misura cautelare è destinata a venire meno**, o perché è dichiarata inefficace, o perché i suoi effetti sono assorbiti dalla sentenza di merito.

Questa caratteristica della tutela cautelare giustifica l'introduzione della regola secondo cui **la misura cautelare perde automaticamente** i suoi effetti se non è proposta la domanda giudiziale per la tutela di merito nel termine perentorio di 60 gg dalla pronuncia del provvedimento che concede la misura cautelare. **Con riferimento alle misure cautelari c.d. anticipatorie**, il L. ha però previsto un'eccezione a questa regola → ha stabilito che le misure cautelari anticipatorie, una volta che il provvedimento giurisdizionale con cui sono state concesse è diventato definitivo, restano efficaci anche se non è instaurato il giudizio di merito ← eccezione che vale solo per questo tipo di misure cautelari.

### La strumentalità e la temporaneità sono dunque le due caratteristiche principali della tutela cautelare.

Da quanto fin qui detto, è facile capire che per la concessione della misura cautelare serve l'accertamento da parte del giudice di due fondamentali condizioni:

- la **probabile esistenza di un diritto soggettivo leso** ← costituirà l'oggetto della futura domanda giudiziale di merito → c.d. *fumus boni iuris*, che **allude alla probabile esistenza di un diritto soggettivo** → si riflette il fatto che la tutela cautelare è una tutela cognitoria sommaria → *l'accertamento delle situazioni giudice soggettive si realizza attraverso una cognizione più veloce e semplificata rispetto alla cognizione ordinaria*. Il giudice cautelare è chiamato a pronunciarsi sulla misura cautelare sulla base degli elementi e delle prove forniti dalle parti negli atti introduttivi del procedimento cautelare, essendo molto limitata la possibilità di espletare un'attività istruttoria nel corso del procedimento, perché l'attività istruttoria contrasta con le esigenze di celerità che caratterizzano la tutela cautelare.
- il **rischio che il tempo necessario per ottenere la tutela di merito arrechi un pregiudizio patrimoniale alla parte che richiede la misura cautelare** → c.d. *periculum in mora* → pericolo nel ritardo, cioè **pericolo che il decorso del tempo impedisca la realizzazione concreta e sostanziale della tutela giurisdizionale di merito**. Se non c'è ragione di prevenire o impedire che continui a prodursi un pregiudizio patrimoniale, non c'è ragione di concedere una misura cautelare.

Il pericolo che giustifica la concessione della misura cautelare non è sempre solo il pericolo di subire un pregiudizio legato al fatto che il tempo necessario per ottenere la sentenza di merito rischia di rendere irrealizzabile la tutela sostanziale sul merito; anche un pericolo diverso da questo può giustificare la misura cautelare → *casi in cui ciò che colui che richiede la misura cautelare lamenta è il fatto che il processo ordinario di cognizione dura comunque un certo periodo di tempo, durante il quale il diritto fatto valere dalla parte resta insoddisfatto* → in questi casi il pericolo non consegue al rischio di subire un pregiudizio



perché non si potrà dare concreta attuazione alla sentenza di merito, ma è implicito nella durata del processo che protrae nel tempo lo stato di insoddisfazione del diritto ◊ stato che è assolutamente fisiologico e legittimo, perché il processo non può essere istantaneo. Tale protrarsi nel tempo di questo stato di insoddisfazione del diritto può in concreto creare un pregiudizio alla parte.

1. Nel primo caso, si parla di **misure cautelari conservative**, in quanto hanno come obiettivo quello di porre un **vincolo di indisponibilità su un bene determinato o su un intero patrimonio di un debitore**, al fine di assicurare la fruttuosità, cioè la realizzabilità in concreto della sentenza di merito. Es. sequestro conservativo e giudiziario.
2. Nel secondo caso, si parla di **misure cautelari anticipatorie**, in quanto **puntano a sterilizzare gli effetti pregiudizievoli della mera durata del processo**, mediante l'anticipazione di tutti o parte degli effetti della futura sentenza di merito. Es. sospensione di una delibera invalida di una SPA ex art. 2378 cc proposta contestualmente alla domanda di impugnazione della delibera.

Se per lungo tempo la distinzione tra misure cautelari conservative ed anticipatorie era rimasta una distinzione fondamentalmente teorica, a partire dal 2005, quando è stata approvata un'importante riforma delle norme del cpc sulla tutela cautelare, questa distinzione ha assunto anche rilevanza pratica → si è stabilita la c.d. **strumentalità attenuata delle misure cautelari anticipatorie** → espressione con cui si allude al fatto che **le misure anticipatorie restano efficaci quando è divenuto definitivo il provvedimento concessorio, anche se non è tempestivamente instaurato il giudizio di merito**.

Nella pratica, la concessione della misura cautelare anticipatoria *induce la parte*, che avrebbe potuto essere convenuta nel giudizio di merito, *a comportarsi come se la tutela di merito ad essa sfavorevole fosse già stata concessa* ← questo perché nella cognizione sommaria la parte convenuta vi leggeva una prognosi affidabile del futuro esito del giudizio di merito → non c'è nessun automatismo logico in un ragionamento di questo tipo, in quanto da un pov puramente giuridico, nulla toglie che il giudice di merito, chiamato a compiere una cognizione piena e non sommaria, avrebbe potuto arrivare a una conclusione diversa da quella del giudice cautelare. Tuttavia, l'esperienza insegna che quando il giudice cautelare concede la misura cautelare la sua conclusione viene confermata dalla cognizione piena del giudice di merito.

## SINGOLE MISURE CAUTELARI:

Passiamo ora ad esaminare le **SINGOLE MISURE CAUTELARI**.

Il nostro sistema di misure cautelari è caratterizzato dal principio di **tipicità** → **le esigenze di tutela cautelare che sono salvaguardate nel nostro ordinamento sono solo quelle predeterminate dalla legge**. Solo entro limiti molto rigorosi la legge stessa consente alla parte di individuare la misura che soddisfa la specifica esigenza cautelare nel caso concreto. Il caso più significativo di misura cautelare atipica è costituita dal c.d. **provvedimento d'urgenza** → art. 700 cpc. Ci sono poi anche altre previsioni che concedono l'adozione di altre misure cautelari atipiche, come ad es. la disciplina del fallimento (liquidazione giudiziale dal d.lgs. 14/2019, in vigore dal 16 maggio 2022).

Le misure cautelari regolate dal cpc sono i **SEQUESTRI**. L'ordinamento processuale conosce due tipi di sequestro:

1. **Sequestro conservativo** → **beni indeterminati che costituiscono il patrimonio del debitore**
  2. **Sequestro giudiziario** → **beni determinati che costituiscono l'oggetto della futura controversia di merito** → strumento che garantisce la soddisfazione della pretesa creditoria di chi richiede la misura cautelare
- hanno in comune la medesima natura conservativa → consistono nell'imposizione di un vincolo temporaneo di indisponibilità su beni determinati o indeterminati.

## IL SEQUESTRO CONSERVATIVO:

Questa misura cautelare conservativa trova un primo riconoscimento normativa nel 1905 → disposizione con cui l'ordinamento completa la disciplina degli strumenti giurisdizionali di conservazione della garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.) → regola secondo cui **il patrimonio del debitore costituisce per legge la garanzia principale dei suoi creditori**.

La garanzia patrimoniale è tutelata attraverso vari strumenti conservatori → es. azione surrogatoria (art. 2900 c.c.) e revocatoria (art. 2901-2904 cc rende inefficace nei confronti del creditore l'atto con cui il debitore ha indebitamente disposto del proprio patrimonio). **Il 2905 cc consente al creditore di chiedere il sequestro conservativo dei beni del debitore, allo scopo di assicurarsi la possibilità di ottenere la concreta realizzazione della futura sentenza di merito** → il sequestro conservativo è anzitutto strumentale ad assicurare la fruttuosità di una futura sentenza di condanna del debitore, quando vi è il pericolo che questi depauperi il proprio patrimonio nel tempo necessario a pronunciare la sentenza di condanna + strumentale ad assicurare la fruttuosità di una sentenza revocatoria, con cui sarà reso inefficace l'atto con cui il debitore aveva disposto di tali beni in favore di un terzo ← in questo caso, l'utilità del sequestro conservativo deriva dal fatto di poter essere chiesto anche nei confronti dei beni del terzo avente causa del debitore. Il 2905 co. 2 consente il sequestro conservativo die beni che sono stati ceduti fraudolentemente al terzo dal debitore, quando la misura cautelare è strumentale ad assicurare la fruttuosità di una sentenza che dichiara l'inefficacia dell'atto dispositivo.

L'art. 2905 stabilisce anche **che le condizioni per la disposizione del sequestro conservativo sono stabilite dalle norme del cpc** → l'art. 671 c.p.c. stabilisce che **il creditore può chiedere il sequestro conservativo dei beni del debitore quando ha il fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito** ← prima condizione che giustifica la concessione del sequestro conservativo → **periculum in mora**: rischio che il debitore, nel tempo necessario per ottenere la tutela di merito, depauperi il proprio patrimonio.

La norma non è specifica nello stabilire in cosa debba consistere l'altra condizione per la concessione della misura cautelare. Sappiamo che consiste nel fumus boni iuris → probabile esistenza del diritto che deve essere tutelato in via cautelare. È evidente che il diritto da tutelare è il diritto di credito → la dimostrazione del fumus è una questione di valutazione delle prove da parte del giudice cautelare che deve tenere conto sia dell'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale provvisoria in tempi rapidi, sia dell'esigenza di un giudizio probabilistico circa l'esistenza del diritto ← elementi che giustificano un giudizio sommario del giudice sulle istanze istruttorie, ossia un giudizio non superficiale, ma compiuto allo stato degli atti, cioè compiuto sulla base delle risultanze istruttorie prodotte fino a quel momento dalle parti.

Le cose cambiano se il diritto da tutelare in via cautelare è un diritto che necessita la valutazione di prove costituenti per la dimostrazione della sua esistenza ← in questo caso, la possibilità di ottenerne una tutela in via cautelare diventa estremamente più difficile, a causa dei limiti stretti entro cui si può svolgere l'attività istruttoria nel processo cautelare.

Dal momento che il sequestro conservativo è un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale, i beni del debitore sui quali può essere disposto il sequestro, non sono individuati dalla legge se non genericamente, con riferimento ai beni mobili ed immobili che costituiscono il patrimonio del debitore. Siccome, però, il sequestro conservativo è strumentale ad assicurare la realizzazione di una pretesa sostanziale, il giudice cautelare, nel concedere il sequestro conservativo, è tenuto anche **ad individuare l'estensione del vincolo di disponibilità sul patrimonio del debitore** → l'estensione del sequestro conservativo dipende dall'oggetto della prestazione dedotta nel diritto di credito → per **il credito pecuniario**: il sequestro riguarda beni mobili o immobili il cui valore è stimabile come corrispondente all'importo del credito; per **il credito che ha per oggetto una prestazione di dare specifica**: il sequestro riguarda lo specifico bene mobile o immobile oggetto della prestazione.

La norma precisa anche che **i beni assoggettabili a sequestro conservativo sono gli stessi che sono assoggettabili al PIGNORAMENTO**. Il pignoramento è l'atto con cui inizia il processo esecutivo.

Questo riferimento al pignoramento permette di applicare al sequestro sia le disposizioni del cpc con cui si esegue il pignoramento (→ **il sequestro si deve eseguire nelle stesse forme con cui si esegue per legge il pignoramento**), sia le disposizioni del cpc che escludono la pignorabilità di determinati beni, come beni essenziali per lo svolgimento della vita professionale ← **beni non pignorabili e quindi anche non sequestrabili**.

Il richiamo al pignoramento serve anche a ricordare che **il vincolo di indisponibilità temporanea disposto con la concessione del sequestro si converte automaticamente nel vincolo di indisponibilità definitiva che**

**consegue alla notificazione dell'atto di pignoramento una volta che il creditore ha ottenuto la sentenza esecutiva di condanna.**

Quindi, **se ho ottenuto un sequestro conservativo, non ho bisogno di notificare il pignoramento al debitore per avviare l'azione esecutiva nei suoi confronti quando ho ottenuto la sentenza di condanna → il sequestro ottenuto molto tempo prima della sentenza di condanna si converte automaticamente in pignoramento al momento della trascrizione della sentenza → posso chiedere subito al giudice dell'esecuzione la vendita all'asta o l'assegnazione dei beni del debitore sequestrati.**

Va infine ricordato che il giudice cautelare, quando concede il sequestro conservativo, è anche tenuto a **nominare un custode dei beni sequestrati** → il sequestro rende indisponibili i beni sequestrati e quindi impedisce al debitore di poterne disporre → **i beni sequestrati devono comunque essere amministrati e conservati, affinché il debitore non subisca dei pregiudizi patrimoniali.**

La nomina del custode consente di garantire la conservazione e l'amministrazione dei beni sequestrati. Il custode ha un **potere di ordinaria amministrazione** dei beni sequestrati e ha la legittimazione processuale a rappresentare in giudizio i beni sequestrati, cioè il patrimonio del debitore assoggettato al sequestro. **Può compiere atti di straordinaria amministrazione sui beni sequestrati solo previa autorizzazione del giudice.** Il custode può essere individuato dal giudice sia in un soggetto terzo, che in una delle parti del giudizio cautelare → anche nello stesso debitore sequestrato.

Quando, però, sceglie a quale dei due contendenti (creditore o debitore) vuole affidare la custodia dei beni sequestrati, il giudice deve tenere in considerazione **quali dei due offra maggiori garanzie** di una corretta amministrazione e conservazione dei beni + **quale dei due offra una cauzione**, ossia una somma di denaro con cui assicurare eventuali perdite patrimoniali derivanti da omissione o negligenza nella conservazione o amministrazione dei beni sequestrati, ferma restando la responsabilità civile o penale del custode per gli atti commessi o per le omissioni.

#### SEQUESTRO GIUDIZIARIO:

Accanto al sequestro conservativo c'è un altro tipo di sequestro → **sequestro giudiziario.**

Questa seconda tipologia di sequestro si distingue dalla prima perché non ha ad oggetto la garanzia patrimoniale del debitore, ma ha ad oggetto beni determinati che costituiscono l'oggetto del futuro giudizio di merito. I beni che possono essere assoggettati a sequestro giudiziario sono di due tipi, ex art. 670 cpc:

- 1) **BENI MOBILI O IMMOBILI DETERMINATI, COMPRESSE LE AZIENDE E LE ALTRE UNIVERSALITÀ DI MOBILI DI CUI SIA CONTROVERSA LA PROPRIETÀ O IL POSSESSO** → il sequestro è strumentale ad una tutela di merito che accerti il diritto di proprietà o la situazione di possesso sul bene sequestrato.

Es. controversia sulla proprietà di un bene conteso tra i due soggetti, uno dei quali ne ha anche la disponibilità materiale, cioè la detenzione. Se colui che vuole rivendicare la proprietà del bene teme che il tempo necessario per la pronuncia della sentenza che accerta la proprietà e condanna il convenuto alla restituzione del bene pregiudichi la concreta possibilità di ottenere la restituzione del bene rivendicato, può chiedere (anteriormente alla proposizione della domanda di rivendica) il sequestro giudiziario di tale bene. Per assicurare la materiale restituzione del bene, il locator potrebbe per esempio chiedere un sequestro giudiziario del bene che era stato locato e di cui è controversa la detenzione.

Il periculum che giustifica la concessione del sequestro giudiziario è il timore che, nelle more del giudizio di merito, colui che ha la disponibilità materiale del bene ne disponga, seppure illegittimamente, in favore di terzi o lo distrugga → rendendo impossibile la realizzazione materiale della sentenza.

- 2) **COSE COME DOCUMENTI O REGISTRI DA CUI LA PARTE PRETENDE DI DESUMERE ELEMENTI DI PROVA** → beni che hanno importanza ai fini del futuro giudizio di merito poiché **costituiscono elementi conoscitivi idonei a fornire in giudizio la dimostrazione di fatti rilevanti ai fini della decisione sul merito.** Il sequestro giudiziario di beni, in tal caso, è strumentale al riconoscimento da parte del giudice del merito che esiste il diritto di esibire o comunicare tali beni nel corso del processo → mentre la 1° ipotesi di sequestro giudiziario è fondamentale per salvaguardare la

realizzazione di un diritto soggettivo sostanziale, questa 2° ipotesi di sequestro giudiziario è strumentale a salvaguardare la realizzazione di un diritto soggettivo processuale, ossia quello alla esibizione o alla comunicazione nel processo di prove documentali. Mentre l'esibizione si riferisce a qualunque mezzo documentale, la comunicazione riguarda solo le scritture contabili dell'imprenditore.

**Il periculum che giustifica la concessione del sequestro è il rischio che, nel tempo necessario perché il giudice del processo accerti l'esistenza del diritto processuale all'esibizione o comunicazione della prova, vi sia una distruzione della prova da parte del soggetto terzo o della parte che ne ha la disponibilità materiale.**

Il sequestro giudiziario non è strumentale – in questo caso – ad assicurare la fruttuosità di una sentenza di merito, ma piuttosto ad *assicurare la fruttuosità di una decisione di rito* pronunciata dal giudice del merito a seguito della decisione di una delle parti di contestare il diritto, che è appunto un diritto processuale, della controparte di esibire o comunicare una data prova. Anche in questo caso, *la tutela cautelare resta strumentale alla realizzazione di una tutela di merito*, dal momento che la salvaguardia del diritto processuale all'esibizione o alla comunicazione della prova è funzionale ad acquisire appunto una prova, ossia qualcosa che consente una più giusta decisione di merito.

Es. una parte chiede al giudice di ordinare alla controparte l'esibizione di un documento, ad es. un contratto o la comunicazione di un bilancio di esercizio che non sia nella sua disponibilità, ma di cui la parte istante voglia comunque avvalersi a fini istruttori. Se la controparte contesta il diritto della parte istante a chiedere l'esibizione del documento, ad es., perché si tratta di un concorrente commerciale che accedrebbe a informazioni riservate, e se d'altra parte c'è il pericolo che nel tempo necessario perché il giudice stabilisca se la parte istante ha diritto all'esibizione il documento sia distrutto o comunque alterato la parte istante può chiedere anche il sequestro giudiziario del documento a seguito o contestualmente alla formulazione della istanza di esibizione.

Per entrambe le ipotesi di sequestro giudiziario, l'art. 670 individua una condizione ulteriore rispetto a quella generale del periculum per la concessione della misura cautelare → **OPPORTUNITÀ DI PROVVEDERE ALLA CUSTODIA TEMPORANEA DEI BENI DA SEQUESTRARE.**

Non bisogna confondere questa condizione col periculum: infatti, periculum → *rischio di disposizione in favore di terzi dei beni di cui sia controversa la proprietà o il possesso o un rischio di distruzione o alterazione delle cose da cui si possano desumere elementi di prova e di cui sia contestato il diritto alla esibizione o comunicazione.* Questa ulteriore condizione richiede che, ai fini della concessione del sequestro giudiziario, vi sia comunque anche la necessità di provvedere alla custodia temporanea dei beni. Diciamo però che generalmente quando vi è il timore di una dispersione dei beni vi è anche una conseguente opportunità di sottoporre i beni ad una custodia per evitare che il sequestro possa generare qualche pregiudizio in assenza di una conservazione e in alcuni casi anche di una gestione dei beni da parte di un custode.

Ultimo aspetto da prendere in considerazione → **PERDITA DI EFFICACIA DEL SEQUESTRO SE AD ESSO NON È DATA ESECUZIONE DALLA PARTE ISTANTE (che ha ottenuto il provvedimento cautelare) ENTRO 30 GIORNI DALLA CONCESSIONE DEL SEQUESTRO** → art. 675 cpc.

Questo NON è da confondere con la regola generale della strumentalità della tutela cautelare → l'obbligo di dare esecuzione al sequestro entro 30 gg dalla sua concessione, pena la perdita di efficacia del provvedimento cautelare, nulla ha a che vedere con l'obbligo generale di instaurazione del giudizio di merito entro il termine perentorio di 60 gg dalla concessione della misura cautelare.

**La regola del 675 serve solo a responsabilizzare la parte che ha ottenuto il sequestro, affinché non tardi a darvi esecuzione, allo scopo di permettere alla parte che subisce il sequestro di sapere se potrà o no disporre dei propri beni.**

La regola generale all'avvio del processo di merito entro 60 gg serve invece a completare la tutela giurisdizionale a cui la parte ha diritto con la tutela nel merito.

## SEQUESTRO LIBERATORIO:

### Terzo tipo di sequestro → sequestro liberatorio, 687 cpc.

Questo tipo di sequestro può essere richiesto dal debitore sulle somme o sulle cose che ha offerto o comunque messo a disposizione del creditore per essere liberato dalla sua obbligazione. In particolare, questa richiesta può essere formulata dal debitore quando sia sorta una controversia tra lui ed il creditore sull'esistenza dell'obbligazione o sul modo dell'adempimento o sull'idoneità della cosa offerta.

La situazione in cui può trovare applicazione il sequestro liberatorio è quella in cui il debitore, al momento della scadenza dell'obbligazione, per sottrarsi agli effetti pregiudizievoli della mora del debitore, effettua un'offerta della prestazione dovuta al creditore, il quale tuttavia rifiuta di ricevere l'offerta contestando l'esistenza dell'obbligazione (o più spesso il suo modo di essere o l'idoneità della cosa offerta).

In questo caso, **il debitore può cautelarsi dai pregiudizi conseguenti al tempo necessario perché il giudice del merito accerti l'esistenza dell'obbligo o il suo modo d'essere chiedendo il sequestro di ciò che ha offerto al creditore per evitare la mora debendi.**

### \*COMPLETAMENTO DELL'INTRODUZIONE ALLA TUTELA CAUTELARE\*:

L'altra misura cautelare che è necessario esaminare per inquadrare il sistema della tutela cautelare è quella che la disposizione dell'**ART. 700 CPC** definisce come **PROVVEDIMENTO D'URGENZA**. Questa misura cautelare è contraddistinta da tre caratteristiche fondamentali:

1. **Misura cautelare anticipatoria** → con la quale cioè il L. consente al giudice cautelare di concedere che tutti o parte degli effetti della sentenza di merito si producano anticipatamente rispetto al momento in cui sarà pronunciata la sentenza di merito favorevole alla parte istante.
2. **Misura cautelare atipica** → il contenuto della misura cautelare non è predeterminato dalla legge. Questa caratteristica del provvedimento d'urgenza è estremamente importante, perché l'elasticità del suo contenuto consente al provvedimento d'urgenza di soddisfare le più disparate esigenze cautelari, essendo sufficiente per la sua concessione che vi sia il bisogno di prevenire un pregiudizio che la legge definisce come imminente e irreparabile.
3. **Misura cautelare residuale** → ex art. 700, ad esso si può ricorrere solo nel caso in cui non si applicabile alcuna misura cautelare tipica prevista dal cpc, come ad es. un sequestro per soddisfare l'esigenza cautelare della parte. Pertanto, ex art. 700, **fuori dei casi in cui la legge processuale prevede una misura cautelare tipica, chiunque abbia il timore che il tempo necessario a far valere un diritto soggettivo in via ordinaria (cioè attraverso un'azione di merito) minacci di provocare un pregiudizio imminente ed irreparabile a tali diritto è legittimato a rivolgersi al giudice cautelare per chiedere la concessione di quel provvedimento d'urgenza che appaia secondo le circostanze più idoneo ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.** Dobbiamo comunque tenere presente che la giurisprudenza tende ad interpretare in maniera piuttosto ampia il requisito della residualità → benché l'art. 700 si riferisca alle misure cautelari previste dal cpc, l'inciso iniziale della norma è interpretato come un più generale riferimento a tutte le misure cautelari tipizzate dalla legge, anche se al di fuori del cpc stesso.

**Primo requisito** per la concessione di questa misura cautelare atipica → **L'URGENZA**, che costituisce il **periculum in mora del provvedimento cautelare ex art. 700.**

Urgenza significa che **l'anticipazione provvisoria degli effetti della sentenza sul merito è possibile solo quando è idonea in concreto a prevenire quel pregiudizio imminente e irreparabile al diritto soggettivo** che dipende dal tempo necessario per lo svolgimento del processo di merito, e quindi per il conseguimento della tutela di merito. Pregiudizio imminente → destinato a concretizzarsi in breve tempo; irreparabile → non altrimenti evitabile.

Una fattispecie in cui frequentemente si ricorre all'art. 700 è, ad es., quella in cui **si vuole ottenere la cancellazione di una notizia falsa o offensiva pubblicata su un giornale o online** → è evidente che il tempo necessario per ottenere una sentenza di merito che accerti la lesione del diritto soggettivo del singolo a non vedere pubblicate notizie personali riservate e la conseguente condanna alla cancellazione delle notizie a carico di chi le ha pubblicate impedisce alla parte di prevenire o ridurre il pregiudizio alla propria sfera privata → la giurisprudenza di merito tende a **riconoscere l'esistenza di un periculum in mora tale da**



**giustificare una anticipazione degli effetti della sentenza** e quindi l'immediata **ma provvisoria** condanna della controparte alla cancellazione delle informazioni pubblicate.

Sarà poi la sentenza di merito che disporrà definitivamente la condanna del responsabile alla cancellazione della notizia, senza che il tempo necessario per lo svolgimento del processo di cognizione abbia consentito un pregiudizio alla sfera soggettiva del singolo interessato.

**Secondo requisito → PROBABILE ESISTENZA DEL DIRITTO FATTO VALERE INVIA CAUTELARE.** Questo requisito è comune ad ogni misura cautelare, è il *fumus boni iuris*, ma assume una particolare rilevanza con riguardo al provvedimento d'urgenza → **la domanda cautelare** (e quindi non solo quella ex art. 700, ma qualunque domanda cautelare) **se non contiene un'indicazione del petitum e della causa petendi dell'azione di merito che si intende esercitare per la tutela cognitoria del diritto soggettivo, va considerata assolutamente inammissibile**, in quanto non consente al giudice cautelare non solo di statuire sulla propria competenza, ma non gli consente nemmeno di capire qual è la tutela di merito i cui effetti devono essere anticipati in via cautelare.

→ chi chiede una misura cautelare deve prestare particolare attenzione ad indicare nella domanda cautelare il petitum e la causa petendi dell'azione di merito che intende esercitare → attraverso queste indicazioni si rappresenta il diritto di cui si chiede la tutela → il petitum è l'oggetto dell'azione, cioè il diritto soggettivo di cui si chiede la tutela mentre la causa petendi è la fattispecie costitutiva di tale diritto.

I principali problemi interpretativi posti dall'art. 700 non sono legati soltanto alla individuazione del *fumus*, ma sono legati anche e soprattutto al carattere della residualità della misura cautelare dell'art. 700.

Infatti, la casistica giurisprudenziale sull'art. 700 è davvero molto vasta.

Ogni misura cautelare tipica fa riferimento per definizione ad una esigenza cautelare tipica. Es. il sequestro conservativo (misura cautelare tipica) fa riferimento ad una specifica esigenza cautelare che è quella di conservare la garanzia patrimoniale del debitore rispetto agli atti dispositivi fraudolenti in favore di terzi.

Al contrario, **una misura cautelare atipica rimanda sempre ad un'esigenza cautelare che è altrettanto atipica** → una tale esigenza cautelare, per essere soddisfatta con una misura atipica, deve essere necessariamente un'esigenza cautelare diversa da qualsiasi esigenza cautelare che è stata già tipizzata dalla legge.

La esperibilità del sequestro conservativo esclude qualunque altra misura cautelare, non solo tipica ma soprattutto atipica.

Il punto problematico è un altro → in molti casi è chiaro che l'esigenza cautelare è atipica, è lasciata senza risposta dalla legge.

Ci sono casi in cui è difficile capire se la misura tipica è in grado o meno di soddisfare la singola esigenza cautelare. Questo discorso è particolarmente importante ad es. in materia societaria, per esempio per l'impugnazione di delibere assembleari invalide. L'art. 2378 del cc consente alla parte che impugna una delibera assembleare di chiederne in via cautelare la sospensione. In questo caso siamo chiaramente di fronte ad una misura cautelare anticipatoria tipica. Se l'azione di merito è volta ad ottenere l'annullamento, cioè la costituzione di una situazione giuridica di assoluta inefficacia della delibera impugnata, la domanda cautelare di sospensione mira ad evitare che il persistere dell'efficacia vincolante della delibera invalida per tutto il tempo del processo di merito produca un pregiudizio alle ragioni sostanziali della parte impugnante.

→ in questo senso **la sospensione dell'efficacia della delibera**, consentendo un'anticipazione provvisoria degli effetti della sentenza di annullamento, **impedisce che la delibera invalida** (o almeno ritenuta tale dalla parte impugnante) **possa produrre effetti pregiudizievoli sulla sua sfera giuridica nel tempo necessario per raggiungere la pronuncia della sentenza sul merito**. Quindi, di fronte all'esigenza di evitare che l'efficacia di una delibera impugnata produca un pregiudizio alla parte impugnante, abbiamo una **risposta cautelare tipica** → sospensione dell'efficacia della delibera impugnata ai sensi dell'articolo 2378.

Però, non sempre la misura cautelare è tipica → ci sono delle esigenze cautelari ricollegabili alla pronuncia di una delibera assembleare invalida che non possono essere soddisfatte con la sospensione della delibera impugnata. Ad es., la giurisprudenza afferma che **la sospensione della delibera impugnata può riguardare solo quelle delibere che hanno bisogno di un'attività esecutiva, cioè di attuazione, ma non può riguardare le delibere che hanno una natura puramente dichiarativa**, cioè di mera ricognizione della situazione giuridica della società (es. approvazione del bilancio di esercizio) ← si parla di delibere self-executing, cioè delibere che non hanno bisogno di un'attività di attuazione di quanto deciso in sede assembleare → **NON È**



**POSSIBILE SOSPENDERE GLI EFFETTI DI UNA DELIBERA CHE HA GIÀ PIENAMENTE REALIZZATO I PROPRI EFFETTI**, nel momento stesso in cui è stata adottata.

Nondimeno, resta il fatto che la delibera sia pregiudizievole nei confronti dell'impugnante già prima che intervenga la sentenza di annullamento.

Inoltre, *la giurisprudenza riconosce anche che la sospensione non può riguardare tutti gli atti esecutivi della delibera impugnata, ma può riguardare solo quelli che non sono stati già compiuti al momento della proposizione della domanda di annullamento*. Es. delibera di ricostituzione del capitale sociale sceso al di sotto del minimo legale → se l'aumento del capitale deliberato è stato pienamente sottoscritto e versato prima della proposizione della domanda di impugnazione, si deve escludere la proponibilità dell'istanza di sospensione dell'efficacia della delibera, in quanto sottoscrizione e versamento ha di fatto esaurito l'esecuzione della delibera → spetterà al giudice del merito disporre l'annullamento con efficacia retroattiva della delibera impugnata.

→ questo non deve sorprenderci, perché se è vero che il periculum è uno dei presupposti fondanti la tutela cautelare, è innegabile che **quando la delibera ha già trovato piena esecuzione, il pregiudizio che potrebbe lamentare la parte che richiede la sospensione si è già interamente prodotto e non è quindi possibile tutelarla in via cautelare**, cioè sostanzialmente prevenirlo mediante la sospensione di una delibera che ha già esaurito tutti i suoi effetti. In tutti questi casi in cui la misura cautelare tipica non è applicabile → applicazione art. 700.

Ad es., *la giurisprudenza sembra dare spazio all'art. 700 prima che sia proposta la domanda di annullamento della delibera; ma la giurisprudenza sembra dare spazio l'art. 700 addirittura prima che la delibera sia adottata dall'assemblea della società*, cioè più esattamente con riferimento agli atti prodromici (cioè preparatori) allo svolgimento dell'assemblea → in questo caso, il ricorso all'art. 700 sarebbe possibile perché la misura cautelare, riguardando atti prodromici all'assemblea, mira a tutelare un interesse diverso dal diritto soggettivo che potrebbe essere leso dalla futura delibera → interesse che potremmo definire procedimentale al corretto svolgimento della deliberazione assembleare.

**Casi emblematici** di applicazione dell'art. 700 in questo ambito sono stati ad es. quelli di cui si è occupato il Tribunale di Milano in varie occasioni → es. il provvedimento d'urgenza concesso dal giudice cautelare consisteva in un ordine al presidente dell'assemblea di ammettere al voto alcune azioni il cui voto era oggetto di delega, oppure il caso in cui il provvedimento d'urgenza consisteva più semplicemente nella sospensione della convocazione dell'assemblea ← in tutti questi casi, *la difficoltà maggiore per la concessione della misura cautelare riguarda la possibilità di qualificare gli interessi procedurali come l'esercizio del voto assembleare alla stregua di veri e propri diritti soggettivi tutelabili in sede giudiziaria*.

Non dimentichiamoci che l'art. 700 si riferisce espressamente al tempo necessario per la tutela in via ordinaria di un diritto. Il dubbio deriva dal fatto che questi interessi tendono ad essere privi di una rilevanza esterna al procedimento assembleare → per questo è difficile giustificarne la natura di veri e propri diritti soggettivi, come accade invece per le delibere assembleari, che producono i loro effetti nei confronti di tutti i soci.

Non mancano i provvedimenti che concedono la tutela cautelare d'urgenza anche in favore degli interessi procedurali sulla scorta di una loro qualificazione alla stregua di veri e propri diritti soggettivi. La questione è complicata dal fatto che il carattere atipico della misura di cui all'art. 700 rende particolarmente importante l'indicazione dell'azione di merito che si intende esercitare a tutela del diritto soggettivo cautelando.

Ma la possibilità di indicare l'azione di merito non è sempre qualcosa di scontato → va detto preliminarmente che questo aspetto finisce per essere un corollario della questione precedente relativa alla configurabilità degli interessi procedurali alla stregua di veri e propri diritti soggettivi. Se infatti si esclude la natura di diritti soggettivi, è ovvio che diventa impossibile enucleare nella domanda cautelare un'azione di merito che è appunto un'azione a tutela di diritti soggettivi. *Però, pur ammettendo che tali interessi procedurali siano qualificabili come diritti soggettivi, vi potrebbe essere pur sempre qualche problema nell'individuare in concreto l'azione di merito*.

Pensiamo al caso di prima in cui il provvedimento d'urgenza consiste nell'ordine di ammettere al voto una determinata categoria di azioni ← in questo caso, si potrebbe pensare che l'azione di merito da specificare nella domanda cautelare sia una semplice azione di mero accertamento del diritto al voto assembleare. Ma, ammesso che il diritto al voto assembleare sia un vero e proprio diritto soggettivo, dobbiamo dire che

difficilmente una tale azione di merito potrà essere esercitata in concreto e quindi difficilmente potrà soddisfare il requisito formale della domanda cautelare in cui va indicata l'azione di merito che si intende esercitare, fermo restando che tale indicazione ha senso ed è quindi ammissibile nella misura in cui chiaramente si riferisce ad un'azione esercitabile sia in astratto che in concreto.

Ma perché un'azione di mero accertamento del diritto di voto in assemblea sarebbe difficilmente esercitabile a seguito di una ammissione al voto in via cautelare ex art. 700? Perché è evidente che, se il socio che ne è titolare è stato ammesso al voto sulla scorta del provvedimento cautelare ex art. 700, ben difficilmente tale socio, dopo aver esercitato il diritto di voto, promuoverà l'accertamento di un diritto già esercitato. Anzi, se lo farà, la sua domanda rischia di essere giudicata inammissibile per carenza di interesse ad agire. Sarà invece più probabile che siano i soci contrari alla delibera adottata e verosimilmente anche all'ammissione al voto del socio che ha ottenuto il provvedimento di urgenza ad impugnare la delibera assembleare chiedendone anche la previa sospensione cautelare.

→ **prima importante conclusione** su questo punto → ferma restando la strumentalità attenuata per le misure cautelari anticipatorie come l'art. 700, **l'azione di merito che deve essere indicata nella domanda cautelare ai fini della sua ammissibilità dev'essere un'azione di merito effettivamente esercitabile in concreto e l'azione di mero accertamento di un diritto di voto che è già stato esercitato per effetto del provvedimento cautelare ex articolo 700 non è chiaramente esercitabile in concreto**, perché il socio avendo votato in assemblea non può lamentare una lesione di tale diritto e quindi non ha propriamente un interesse ad agire per il suo accertamento.

Un altro caso l'ultimo estremamente importante di applicazione dell'art. 700 in materia societaria nel quale ha fatto scuola la giurisprudenza del Tribunale di Milano è quello della **IMPUGNAZIONE DELLA CD DELIBERA NEGATIVA**. La delibera negativa è quella delibera assembleare con cui viene rigettata la proposta di approvare in assemblea una determinata decisione. Malgrado il suo carattere negativo, la delibera è da ritenere come una decisione collegiale dell'assemblea a tutti gli effetti e come tale è da ritenere suscettibile di essere anche impugnata con l'azione dell'articolo 2377. **In questo caso saranno legittimati a proporre l'impugnazione i soci che hanno votato non contro, ma a favore della proposta** che non è stata invece adottata dalla maggioranza. In questo caso sono, infatti, **i soci che hanno votato a favore della proposta che vanno qualificati come dissenzienti**, in quanto con la loro contrarietà alla delibera negativa (che è stata però ugualmente adottata) dimostrano di essere soci dissenzienti.

**Che cosa deve fare il giudice del merito quando viene impugnata una delibera negativa?** La domanda è molto complessa → la risposta più convincente è quella secondo cui **il giudice del merito, quando ha accertato il vizio denunciato dalla impugnante, non può limitarsi a disporre l'annullamento della delibera, ma deve accertare la delibera positiva**, cioè l'accoglimento della proposta assembleare che illegittimamente non è stata adottata. Ad es., se il vizio della delibera negativa è consistito in un illegittimo conteggio di alcuni voti nel quorum deliberativo (ad es. perché esercitati da soci in conflitto di interessi), **il giudice del merito dovrà rifare il procedimento deliberativo cioè dovrà eliminare i voti illegittimamente conteggiati nel quorum e registrare il risultato deliberativo che non è stato proclamato**, ad es. l'accoglimento della proposta assembleare.

→ tutto questo porta ad **escludere la possibilità che sia ammissibile la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione** ai sensi dell'art. 2378, in quanto essendo tale delibera priva di efficacia e quindi di esecuzione, **non vi è chiaramente spazio per una sospensione cautelare della delibera**. L'impossibilità di ricorrere alla tutela cautelare tipica rende possibile concedere quella atipica dell'art. 700, ad es., come accaduto in giurisprudenza al fine di far dichiarare immediatamente il risultato deliberativo che c'è stato e che illegittimamente non è stato proclamato.

## IL PROCESSO CAUTELARE UNIFORME:

Dobbiamo considerare due dati:

1. **Le caratteristiche generali della tutela giurisdizionale cautelare** → **strumentalità e temporaneità**.  
La tutela giurisdizionale cautelare si realizza attraverso un procedimento che ha una natura cognitoria, che ha cioè ad oggetto l'accertamento di diritti soggettivi al pari della tutela giurisdizionale cognitoria. Tuttavia, l'accertamento dei diritti che si realizza attraverso la tutela cautelare persegue finalità diverse rispetto a quelle della tutela di cognizione → queste finalità si riassumono nell'assicurare la realizzabilità in concreto della sentenza con cui viene definito nel merito il processo di cognizione → per fare ciò serve che il tempo necessario per giungere alla sentenza definitiva di merito non rappresenti un impedimento alla concreta realizzazione della tutela di merito. La durata fisiologica del processo civile di cognizione può rappresentare un elemento che ostacola il conseguimento concreto della tutela di merito → ottenere la pronuncia della sentenza non equivale per ciò solo ad ottenere anche la soddisfazione concreta della pretesa accertata dalla sentenza (es. sentenza condannatoria: il creditore ottiene una sentenza di condanna ed ottiene un titolo idoneo a promuovere il processo esecutivo, ma non ottiene per ciò solo la soddisfazione della pretesa materiale contenuta della condanna → dipende dall'adempimento dell'obbligazione condannatoria da parte del debitore condannato. Questa caratteristica di permette di individuare i due requisiti di cui sopra: strumentalità e temporaneità.  
**Strumentale** → non è fine a sé stessa. Serva ad assicurare la piena realizzazione della tutela di merito. Se non c'è l'esercizio dell'azione di merito, la tutela cautelare è destinata a perdere efficacia.  
**Temporanea** → siccome la tutela cautelare deve intervenire affinché il tempo necessario per la tutela di merito non vada a vantaggio della parte che ha ragione, essa deve essere al contempo **tempestiva** (deve produrre la misura cautelare in tempi molto rapidi) e **destinata a risolversi prima o poi in qualcos'altro** ← che può essere sia la tutela di merito, sia l'inefficacia della misura cautelare. In ogni caso, la misura cautelare p destinata a venir meno ← temporanea.  
Su questa ultima caratteristica incide anche il fatto che il L. costruisce la disciplina del processo cautelare come un processo cognitorio sommario. Il carattere sommario significa che attività di istruzione e trattazione della causa sono snellite, meno complesse (rispetto al regime della cognizione ordinaria).
2. **Il fine è quello di assicurare il raggiungimento di quell'obiettivo specifico di questa forma di tutela** → **assicurare la realizzabilità concreta della futura tutela di merito** → da un lato, si ha la misura cautelare concessa se c'è accertamento della mera probabilità di esistenza del diritto (fumus boni iuris), e dall'altro se c'è un pericolo che si produca un pregiudizio per il tempo necessario ad ottenere la tutela di merito (periculum in mora).  
Possono esserci anche altre finalità per cui la legge impone una tutela formale → 702-bis e ss. cpc prevedono il rito sommario di cognizione che su determinati tipi di controversia si pone come alternativo al rito ordinario di cognizione ← la cognizione è sommaria perché si deve conseguire una sentenza di merito che ha il contenuto decisorio della sentenza di merito pronunciata secondo il rito ordinario. La finalità, quindi, è assicurare più rapidamente il risultato di accertamento del diritto soggettivo.

La disciplina del procedimento cautelare è contenuta **nel libro IV**, il quale raccoglie la disciplina di una serie di procedimenti diversi da quello ordinario del libro II.

Tra questi c'è → **PROCEDIMENTO CAUTELARE REGOLATO DAGLI ARTT. 669-BIS // 669-quater-decies**.

Una caratteristica molto importante di tali norme è che regolano un procedimento cautelare che la legge qualifica come uniforme ← ciò significa che queste regole si devono applicare ogni qualvolta è proposta una domanda cautelare → non solo quando con la domanda cautelare è chiesta l'emissione di una delle misure cautelari previste dal cpc, ma anche quando con la domanda cautelare è chiesta l'adozione di una misura cautelare regolata dal cc o dalle leggi speciali. In questa 2° eventualità c'è un limite → **compatibilità**: l'applicazione del rito uniforme deve essere compatibile con la loro disciplina speciale.

## PROPOSIZIONE DELLA DOMANDA CAUTELARE:

La domanda cautelare può essere proposta mediante ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente. Una volta appurato che la forma della domanda cautelare è quella del **RICORSO** (e non della citazione) – e ciò in funzione della **possibilità di richiedere la misura cautelare inaudita altera parte**, cioè senza previa installazione del contraddittorio – resta il problema di capirne il contenuto formale.

**Il 669-bis non menziona, a pena di inammissibilità della domanda cautelare, l'indicazione dell'azione di merito a cui la misura cautelare richiesta vuole essere strumentale.** Però, che unitamente all'indicazione del petitum e della causa poetendi del diritto fatto valere, il ricorrente debba anche specificare quale è l'azione di merito che intende esercitare successivamente alla concessione della misura cautelare è un dato assolutamente certo, e lo è per almeno due motivi:

- I. **Regola sulla competenza del giudice cautelare** → bisogna sottolineare che il cpc ammette la proposizione della domanda cautelare non solo unitamente alla proposizione dell'azione di merito (o successivamente), ma anche e soprattutto **anteriamente**. Il 669-quater stabilisce che nella pendenza del giudizio di merito (quindi quando l'azione di merito è già stata proposta), la domanda cautelare va proposta al giudice adito per la decisione della causa pendente, anche se questo giudice sia per ipotesi incompetente a decidere la causa nel merito, anche se cioè la parte che ha già agito esercitando l'azione di merito ha sbagliato ad individuare il giudice competente. Ciononostante, se l'azione di merito è già pendente, la domanda cautelare deve essere proposta davanti allo stesso giudice, ancorché incompetente nel merito ma competente per la domanda cautelare. Ciò si giustifica con l'esigenza di assicurare una uniformità di giudizio sull'esistenza del diritto soggettivo fatto valere.  
Ci sono dei casi in cui questa uniformità di giudizio deve essere derogata. I casi più importanti riguardano:

- **l'eventualità in cui la domanda cautelare sia proposta nella pendenza del termine per proporre l'impugnazione** → **la domanda cautelare deve essere proposta davanti al giudice che ha pronunciato la sentenza impugnabile**. La ratio è legata al fatto che il giudice che ha pronunciato la sentenza è a conoscenza del merito della controversia che è coinvolto nella decisione sulla concessione della misura cautelare.
- **la causa di merito è pendente davanti al GdP** → il cpc prevede l'attribuzione del potere cautelare al tribunale, anche se la domanda di merito è pendente davanti al GdP → deroga al 669-quater.

Quando abbiamo parlato di competenza del giudice ordinario, abbiamo menzionato (a proposito della competenza per territorio) all'art. 28, in cui si stabilisce che le parti possono derogare la competenza per territorio stabilita dalla legge salvo che per le cause relative a procedimenti cautelari. La ragione di questa seconda deroga è legata alla maggiore esperienza e capacità di giudizio che il L. riconosce ad un giudice togato piuttosto che onorario (GdP).

Quando la **domanda cautelare è proposta ante causam** → il 669 ter prevede che il ricorso cautelare si propone davanti al giudice competente a conoscere il merito della causa. Questa regola conferma che la domanda cautelare deve indicare la domanda di merito che il ricorrente vuole proporre. Se non fosse specificata l'azione di merito, sarebbe impossibile verificare se esiste o meno la competenza del giudice cautelare adito.

- II. **Modalità di instaurazione del giudizio di merito** → è evidente che ci sarà l'instaurazione del giudizio di merito quando l'esito del giudizio cautelare è stato positivo per il ricorrente, cioè quando la domanda cautelare è stata accolta (ovviamente è possibile anche quando questa viene rigettata). Nel caso in cui la domanda cautelare sia stata proposta ante causam, il 669-octies prevede che **l'ordinanza che accoglie la domanda cautelare deve fissare un termine perentorio non superiore a 60 gg per l'inizio del giudizio di merito + se il termine non è stato fissato dal giudice, la causa di merito deve comunque essere iniziata entro e non oltre il termine perentorio di 60 gg**. Il carattere perentorio del termine rende evidente che in mancanza della tempestiva instaurazione dell'azione di merito, la misura cautelare è destinata

a perdere i suoi effetti, poiché viene a mancare quel risultato a cui la misura cautelare è strumentale (l'avvio della causa di merito). Il 669-novies prevede l'inefficacia della misura cautelare come sanzione del mancato avvio del giudizio di merito, anche se richiede che l'inefficacia sia dichiarata su domanda di parte da un provvedimento del giudice. Il 669-octies prevede che la regola della tempestiva instaurazione dell'azione di merito non si applica ai provvedimenti di urgenza dell'art. 700 e a tutti gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito. Il fatto che non si applichi la regola della instaurazione del processo di merito entro il termine perentorio di 60 gg non significa che l'azione di merito non sia esercitabile, significa solo che in tal caso la scelta del ricorrente di non instaurare il giudizio di merito non determina l'inefficacia del provvedimento cautelare anticipatorio, che resta quindi efficace. In questa regola è come nascosto il rischio che una misura giurisdizionale pensata per essere provvisoria finisca per essere definitiva.  
→ strumentalità attenuata delle misure cautelari anticipatorie → non è piena in quanto la misura cautelare svolge un suo ruolo anche in piena autonomia, senza l'azione di merito.

Questo rischio è prevenuto:

- *sia dalla possibilità della parte soccombente di impugnare l'ordinanza cautelare → reclamo cautelare → la misura cautelare può venire meno in conseguenza di un errore commesso dal giudice cautelare in 1° grado*
  - *sia dalla possibilità di chiedere la revoca o la modifica dell'ordinanza cautelare → istanza di revoca o modifica dell'ordinanza cautelare → la misura cautelare può venire meno in conseguenza del venire meno o del modificarsi delle esigenze cautelari*
- questi due istituti assumono una funzione di prevenzione del rischio visto prima in rapporto alle misure cautelari anticipatorie, in quanto misure a strumentalità attenuata.

Art. 669-sexies → **SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO CAUTELARE**: procedimento a cognizione sommaria contraddistinto da una significativa riduzione delle attività processuali di trattazione ed istruzione della causa. Questa compressione dipende non solo dall'esigenza di tempestività della tutela cautelare, ma anche dalla sufficienza di un giudizio di verosomiglianza del diritto fatto valere. Infatti, *il L. prevede che in sede cautelare la trattazione della causa deve assicurare solo il contraddittorio tra le parti, omettendo invece ogni formalità non essenziale.*

Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, **il ricorrente può chiedere anche ante causam che il giudice cautelare si pronunci inaudita altera parte**, quindi senza il contraddittorio con la controparte, ma dopo aver solo assunto sommarie informazioni ← questa eventualità è considerata dall'ordinamento eccezionale ed ammissibile nella misura in cui sia indispensabile per garantire l'attuazione della misura cautelare. Infatti, il 669-sexies aggiunge che una volta che il giudice cautelare si è pronunciato inaudita altera parte sulla domanda cautelare, il contraddittorio con la controparte debba essere immediatamente recuperato → con il provvedimento con cui il giudice si pronuncia inaudita altera parte sulla misura cautelare deve fissare anche l'udienza di comparizione delle parti entro un termine non superiore a 15 gg ← questo assicura la salvaguardia del contraddittorio e la possibilità che al termine dell'udienza il giudice cautelare possa decidere di confermare, modificare o revocare la sua decisione inaudita altera parte ← *deroga al contraddittorio limitata*, funzionale ad impedire che la misura cautelare diventi inattuabile se la controparte sa che il giudice potrebbe concederla nei suoi confronti.

**L'istruzione probatoria deve essere limitata agli atti ritenuti indispensabili in relazione ai fini del provvedimento richiesto** → la legge ha voluto deformalizzare l'istruttoria cautelare alla luce dell'esigenza di celerità del procedimento. Può ad es. utilizzare prove che si sono formate al di fuori del processo, laddove queste siano ritenute credibili ed affidabili.



### POTERE DI CHIEDERE LA REVOCA O MODIFICA DELL'ORDINANZA CAUTELARE ED IL POTERE DI RECLAMARE L'ORDINANZA CAUTELARE:

Sotto il primo profilo, dobbiamo tenere conto che *l'esigenza cautelare può variare nel tempo*, pur essendo presente in un dato momento (ad es. prima della proposizione della domanda di merito), può successivamente venire meno e viceversa. Pur essendo insussistente in un dato momento, può sopravvenire nel corso del processo.

→ questo fatto giustifica la regola dell'**art. 669-septies** → l'ordinanza di rigetto della domanda cautelare (con cui la domanda cautelare è ritenuta infondata nel merito), non preclude la riproposizione della domanda cautelare quando si verificano dei mutamenti nelle circostanze fattuali che servono per decidere la domanda cautelare, OPPURE quando il ricorrente rebus sic stantibus (senza mutamenti di fatto) può dedurre nuove ragioni di fatto o di diritto a fondamento della sua domanda. Può darsi che l'evolvere della situazione di fatto giustifichi la concessione di una misura cautelare che in precedenza era stata negata.

### ART. 669-DECIES E 669-TER-DECIES.

Il **669-DECIES** prevede che **nel corso del diritto di merito, ciascuna delle parti può chiedere la modifica o la revoca del provvedimento cautelare, quando si verificano mutamenti nelle circostanze di fatto rilevanti ai fini della tutela cautelare** (stesso presupposto per cui si può anche riproporre la domanda cautelare ai sensi del 669-septies), **oppure quando la parte allega fatti ulteriori di cui abbia avuto conoscenza successivamente all'emanazione del provvedimento cautelare.**

Es. debitore che, dopo aver subito un sequestro conservativo del proprio patrimonio, riceve un'importante donazione che arricchisce il suo patrimonio. Questa circostanza comporta una riduzione nel sequestro conservativo originario.

I presupposti per chiedere la revoca o la modifica della misura cautelare, quindi, sono 2:

1. mutamenti nelle circostanze di fatto rilevanti per la tutela cautelare
2. allegazione di fatti anteriori di cui la parte ha avuto conoscenza dopo l'emanazione del provvedimento cautelare

Il **669-TER-DECIES** ammette, invece, il **reclamo contro l'ordinanza che ha concesso o negato il provvedimento cautelare nel termine perentorio di 15 gg dalla pronuncia o dalla comunicazione dell'ordinanza.**

Il **giudice competente** a decidere il reclamo cautelare è il tribunale in composizione collegiale quando l'ordinanza cautelare impugnata è stata pronunciata dal tribunale in composizione monocratica (non Appello, ma stesso tribunale in composizione collegiale).

Per il reclamo è **competente un'altra sezione dello stesso tribunale** quando l'ordinanza cautelare impugnata è stata pronunciata dal tribunale in composizione collegiale.

**Il reclamo cautelare deve contenere l'indicazione dei motivi di invalidità o ingiustizia dell'ordinanza cautelare → spetta al giudice del reclamo sindacare questi motivi anche attraverso l'assunzione di informazioni e l'acquisizione di nuovi documenti** → il giudizio di reclamo è diverso dal giudizio di appello e non è regolato da un rigoroso principio devolutivo o da un divieto di nova in appello. Al procedimento di reclamo si applicano le disposizioni sui procedimenti in camera di consiglio (738 cpc), secondo cui in questi procedimenti sommari **il giudice è sempre legittimato ad assumere informazioni anche d'ufficio.**

Anche se di regola la proposizione del reclamo non sospende l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, è però possibile la sua sospensione quando sopravvengono motivi di invalidità o di ingiustizia dell'ordinanza che arrecano un grave danno alla parte che subisce l'esecuzione.

L'ordinanza con cui il giudice del reclamo conferma o revoca il provvedimento impugnato è definita come **NON IMPUGNABILE** → trattandosi di un provvedimento di 2° grado, questo significa che non è ricorribile per cassazione. Tuttavia, il principio del 111 co. 7 Cost. farebbe pensare che anche l'ordinanza del giudice del reclamo sia comunque ricorribile in via straordinaria per cassazione. Ma, nonostante ciò, **la cassazione ha concluso per l'inammissibilità del ricorso straordinario per Cassazione contro l'ordinanza pronunciata in sede di reclamo cautelare** ← sulla base della constatazione che *tale ordinanza è comunque destinata a*



*perdere tale efficacia a seguito della decisione di merito* e quindi è inidonea a produrre quegli effetti processuali e sostanziali con l'autorità di cosa giudicata → l'ordinanza non ha un contenuto propriamente decisorio né definitivo → *non solo non è idonea ad incidere su diritti soggettivi, ma non è nemmeno idonea a passare in giudicato e quindi a divenire definitiva*, poiché destinata a perdere efficacia.  
→ non possiamo ricorrere al principio generale del 111 co. 7, perché ciò che manca è il dato sostanziale.