

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche

XXXI Ciclo

Curriculum di Diritto Processuale Civile e Diritto dell'Unione Europea

# **Il divieto di *novum* probatorio in appello**

Pirotta Giacomo

Matricola: 736053

Tutor: Prof.ssa Maria Cristina Vanz

Coordinatore: Prof. Maurizio Arcari

**ANNO ACCADEMICO 2017/18**



## INDICE

	pag.
INTRODUZIONE .....	1

### Capitolo 1

#### LE PRECLUSIONI PROCESSUALI E IL DIVIETO DI *NOVA* IN APPELLO

1. La preclusione come fenomeno processuale .....	3
2. Segue: le fonti della preclusione .....	13
3. Le preclusioni e il divieto di <i>nova</i> in appello .....	29
4. Segue: il divieto di <i>nova</i> come filtro limitativo della <i>cognitio appellationis</i> .....	37

### Capitolo 2

#### IL CONCETTO DI “NOVITÀ” E I LIMITI ESTERNI AL DIVIETO DI *NOVUM* PROBATORIO

1. Il concetto di novità, presupposto applicativo dell’art. 345, comma 3, c.p.c. ....	47
2. Le prove “non nuove” esenti dall’applicazione dell’art. 345, comma 3, c.p.c. ....	57
3. Le prove “nuove” esenti dall’applicazione dell’art. 345, comma 3, c.p.c. ....	68
4. Conclusioni sul concetto di “novità”: fattispecie esenti e soggette alla preclusione .....	80

### Capitolo 3

#### LE DEROGHE NORMATIVE E I LIMITI INTERNI AL DIVIETO DI *NOVUM PROBATORIO*

1. Introduzione all'ammissibilità della prova tardiva . . . . .	83
2. La deduzione di nuove prove per non imputabilità del ritardo: il concetto di non imputabilità . . . . .	84
3. Segue: l'estensione applicativa della fattispecie. . . . .	101
4. La deduzione di nuove prove indispensabili ai fini della decisione . . . . .	107
5. I giuramenti . . . . .	126

### Capitolo 4

#### L'APPELLO CIVILE FRANCESE: UN MODELLO PROCESSUALE PRIVO DEL DIVIETO DI *NOVUM PROBATORIO*

1. Introduzione al <i>novum probatorio</i> nell' <i>appel</i> civile francese . . . . .	131
2. L'ammissibilità del <i>novum probatorio</i> alla luce della natura del gravame: le caratteristiche generali dell' <i>appel</i> . . . . .	133
3. Segue: la rilevanza dell'effetto devolutivo nell' <i>appel-voie d'achèvement</i> . . . . .	137
4. Gli incessanti tentativi del legislatore francese di abbreviare la durata dell' <i>appel</i> . . . . .	151
5. I principi dell' <i>immutabilité du litige</i> , dell' <i>évolution du litige</i> e della <i>loyauté procédurale</i> nella determinazione dei limiti di ammissibilità di nuove prove . . . . .	161
6. Brevi riflessioni conclusive di comparazione . . . . .	167

CONCLUSIONI . . . . .	171
-----------------------	-----

BIBLIOGRAFIA . . . . .	175
------------------------	-----

## INTRODUZIONE

Il divieto di *novum probatorio* e – più in generale – la disciplina dei *nova* in appello costituiscono un *evergreen* con il quale gli operatori del diritto si scontrano quotidianamente nell'esercizio dell'attività professionale. La presente tesi intende chiarire la natura e la portata del meccanismo interdittivo considerando, altresì, i recenti mutamenti del giudizio d'appello; in effetti, per quanto le questioni non si sovrappongano, la progressiva evoluzione del gravame verso uno strumento propriamente impugnatorio è favorito dalla crescente chiusura ad elementi innovatori.

A prescindere dall'interesse pratico e dall'evoluzione normativa, la presente ricerca costituirà inoltre l'occasione per tornare su tematiche già trattate, ma discordemente risolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Al di là delle plurime letture dei concetti d'indispensabilità e di causa non imputabile, la prima questione da appurare continua ad essere il concetto di "novità" del mezzo istruttorio; tale necessità emerge – ad esempio – dal fatto che, ad oltre vent'anni dall'approvazione dell'art. 345, comma 3, c.p.c., non si è ancora del tutto chiarito il fondamento della deducibilità della prova sopravvenuta. Anzi, proprio su questa fattispecie emergono plurimi contrasti interpretativi: se taluni, senza fornire alcuna motivazione, sostengono la libera introducibilità di tale prova, altri, invece, l'assoggettano al divieto di *nova* riconducendola alle deroghe tassativamente previste. A ciò, peraltro, si aggiunge che – a fronte di una riduzione delle eccezioni al divieto – si è persino suggerito un singolare "esodo" delle deduzioni più sfuggevoli (come la prova del fatto sopravvenuto, del fatto a rilevanza sopravvenuta, ecc.) dalle fattispecie abrogate verso quelle più longeve.

Nel tentativo di addivenire a delle utili conclusioni, si potrebbe quindi ipotizzare una rilettura del dato normativo che si focalizzi sul progressivo accrescimento del ruolo della preclusione; d'altro canto, non dovrebbe dimenticarsi che la stessa interdizione al *novum* probatorio potrebbe essere concepita come una manifestazione del fenomeno preclusivo ai poteri delle parti.

Per tali ragioni, la ricerca muoverà dall'esame della teoria chiovendiana di preclusione, quale collante delle situazioni giuridiche soggettive all'interno del cd. rapporto giuridico processuale; dopodiché, si valuterà la riconducibilità del divieto di *novum* probatorio al fenomeno preclusivo, al fine di tentare una ricostruzione sistematica della sua disciplina; infine, si rielaborerà la portata delle deroghe all'interdizione valorizzando i risultati previamente raggiunti.

Analizzata la normativa nazionale, si procederà poi con l'esame di un altro ordinamento di *civil law*, quello francese, con l'auspicio di potervi trarre alcune riflessioni di natura comparatistica.

## **CAPITOLO 1 – LE PRECLUSIONI PROCESSUALI E IL DIVIETO DI NOVA IN APPELLO**

SOMMARIO: 1) LA PRECLUSIONE COME FENOMENO PROCESSUALE; - 2) SEGUE: LE FONTI DELLA PRECLUSIONE; 3) LE PRECLUSIONI E IL DIVIETO DI *NOVA* IN GRADO D'APPELLO; - 4) SEGUE: IL DIVIETO DI *NOVA* COME FILTRO LIMITATIVO DELLA *COGNITIO APPELLATIONIS*.

### 1) LA PRECLUSIONE COME FENOMENO PROCESSUALE

L'individuazione degli attuali limiti all'introducibilità di nuove prove in appello richiede all'interprete un'attività ermeneutica che non si limiti alla mera esegesi del dato normativo; se è assodato, infatti, che il testo di legge prevede un gravame tendenzialmente chiuso a nuove difese, la concisione e l'oscurità del codice di rito impediscono di coglierne l'effettiva portata, generando dubbi ed equivoci negli operatori del diritto.

Tali incertezze possono chiarirsi estendendo l'oggetto della ricerca all'operatività del divieto di *nova* nella dinamica processuale; per questo motivo, prima di analizzare l'ammissibilità del *novum* probatorio, sarà indagata la tematica più generale delle preclusioni e della loro operatività nel processo, considerato che non può aprioristicamente escludersi la natura preclusiva del suddetto divieto.

Come sarà noto, il processo – primaria estrinsecazione della funzione giurisdizionale statale – è il principale strumento di attuazione del cd. diritto materiale<sup>1</sup>; esso si esprime mediante delle procedure che principiano da un atto di parte – la domanda – e terminano con un provvedimento giurisdizionale che detta la regola applicabile al caso concreto.

---

<sup>1</sup> Sul rapporto di funzionalità intercorrente tra diritto soggettivo e processo, si veda E. FAZZALARI, voce *Processo civile (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, 1987, pp. 118 e ss.; per una concezione più risalente, si cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, pp. 17 e ss.

Tale attività costituisce, quindi, un mezzo di applicazione del diritto sostanziale delimitato, da un lato, dagli atti introduttivi del giudizio e, dall'altro, da un atto conclusivo proveniente dallo Stato. La sua vera essenza si coglie però soffermandosi sulla sequenza variabile di atti, che ne definiscono la complessità e la lunghezza. Tale variabilità discende dal susseguirsi di una serie di situazioni giuridiche processuali (facoltà, poteri, doveri) che – se esercitate – legittimano il compimento dei cd. atti di giudizio<sup>2</sup>.

Per garantire la proficuità della tutela del diritto sostanziale, occorre che codesto “procedere giuridico” sia sistematico, spedito e coerente; per perseguire questo fine, il legislatore si avvale di una pluralità di istituti (come i termini perentori, l’acquiescenza, la consumazione del potere d’impugnazione, ecc.) riconducibili al concetto più generale di preclusione.

Come desumibile dall’etimologia della parola “preclusione” (derivato di *præcludere* – composto di *præ-* [innanzi, avanti] e *cludere* [chiudere]), questo fenomeno comporta l’introduzione di impedimenti e/o interdizioni all’esercizio di

---

<sup>2</sup> Di questo avviso, E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano 1986, pp. 819 e ss.; a questa visione dinamica del processo, si contrappone la più statica teoria del cosiddetto “rapporto giuridico processuale” prima sviluppata e diffusa soprattutto da Chiovenda (si veda G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pp. 83 e ss.) e poi abbracciata da Liebman (si veda E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi* (a cura di V. COLESANTI – E. MERLIN) Milano, 2012, pp. 40 e ss.). Secondo questa teoria, il rapporto processuale costituisce un rapporto giuridico (ossia «una relazione tra due o più persone regolata dalla volontà della legge e formatasi per il verificarsi di un fatto») «autonomo e complesso» appartenente al diritto pubblico. *Autonomo*, in quanto ha vita e condizioni proprie, indipendenti dalla esistenza della volontà concreta di legge affermata dalle parti, poiché essa si fonda su un'altra volontà di legge, sulla norma cioè che obbliga il giudice a provvedere sulle domande delle parti (...). Altro è (...) il rapporto processuale altro è il rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio. (...) *Complesso*, in quanto non comprende un solo diritto od obbligo ma un insieme di diritti indefinito» (così, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 3 e 49 e ss.). Si osservi, però, che questa contrapposizione tra teorie dovrebbe essere attenuata posto che il concetto di “procedimento” non esclude, ma ricomprende quello di “rapporto giuridico”; infatti, come è stato correttamente osservato da V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, pp. 443 e ss., «una volta individuate nel processo le specifiche caratteristiche del procedimento, la considerazione elementare che gli atti di cui si compone sono compiuti (...) da soggetti di diritto, comporta *ex necesse* l'esistenza di un rapporto giuridico». La visione innovativa e dinamica di Andrioli emerge, ancor più evidente, quando afferma che «la qualità delle situazioni soggettive, suscettibili di entrare a far parte del rapporto processuale, dipende non solo, e non tanto dalla sequenza temporale dei vari atti (...) quanto, e soprattutto dal nesso funzionale con il provvedimento finale». Per un'altra autorevole lettura del processo inteso come realtà dinamica, si veda E. REDENTI, voce *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 105 e ss.



quei poteri<sup>3</sup> che, in un processo ispirato al “principio di libertà delle deduzioni”<sup>4</sup>, sarebbero altrimenti fruibili.

Il fenomeno preclusivo, ora più che mai, rappresenta «un ingrediente di cui non si può fare a meno per costruire la nozione del processo, inteso come una serie di

---

<sup>3</sup> Per potere si intende quella situazione giuridica positiva generalmente contrapposta – anche nel diritto processuale – alla situazione passiva di dovere (utilizza anche per il processo civile le categorie generali individuate dalla teoria generale del diritto F. CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile italiano*, I, Roma, 1956, p. 176). Ciò premesso, occorre specificare che, all’interno della generale categoria dei poteri processuali, permangono una molteplicità di differenti situazioni giuridiche soggettive che godono di peculiarità che consentono di dare loro diverse qualificazioni. Nel corso della lite, quindi, i soggetti del processo (ossia il giudicante, gli ausiliari del giudice, le parti e i loro difensori) sono investiti di situazioni soggettive attive e/o passive eterogenee. Nello specifico, nella prima categoria dovrebbero rientrare i diritti soggettivi, le potestà e le facoltà; a contrario, della seconda dovrebbero far parte gli obblighi, le soggezioni e gli oneri. Sebbene non sia queste la sede per soffermarsi eccessivamente su questioni di teoria generale del diritto, non si possono omettere alcuni esempi per valutare la bontà di quanto affermato; a titolo esemplificativo, costituisce diritto soggettivo in senso proprio il diritto d'azione, cioè quella posizione giuridica processuale alla quale si contrappone l'obbligo del giudice di pronunciare il provvedimento (auspicabilmente di merito), oppure il diritto d'impugnazione, ossia quella posizione giuridica anch'essa di natura processuale alla quale corrisponde l'obbligo del giudice di pronunciarsi nuovamente, o fornendo nuova decisione alla causa di prime cure, o caducando il provvedimento giurisdizionale nullo od ingiusto. Diversamente, tutti i poteri che conferiscono al giudice la direzione e la gestione del procedimento non costituiscono diritti soggettivi; tali attività, che si manifestano evidenti quando il giudicante gode di ampi poteri discrezionali (ad esempio quando procede *ex art. 183bis* disponendo il passaggio dal rito ordinario a quello sommario di cognizione) risultano essere intrinseche di situazioni giuridiche soggettive qualificabili come potestà. Questa situazione giuridica è caratterizzata da due elementi: il primo, attinente alla particolare natura della potestà che si consustanzia in una posizione giuridica attiva apposta in capo ad un soggetto ma funzionale al perseguimento dell’interesse di un terzo; la seconda, invece, riguardante la situazione scaturente in capo ai soggetti passivi. Infatti, coloro che sono sottomessi alla potestà del giudicante, non sono titolari di un obbligo, bensì di una mera soggezione. Differente dai suddetti poteri è la facoltà; questa situazione giuridica si concreta infatti in una manifestazione di potere inclusa e dipendente da un ulteriore diritto soggettivo. Ad esempio, le parti hanno il diritto di costituirsi in giudizio affinché possano partecipare al contraddittorio e difendersi attivamente nel processo; il fatto che la costituzione possa avvenire mediante il deposito dell'atto introduttivo, prima dell’udienza, oppure nel corso di essa dovrebbe dipendere dall'esercizio del diritto a costituirsi e della facoltà di farlo con la specifica modalità prescelta dalla parte. Per finire, non resta che valutare il particolare istituto dell'onere; questa figura si verifica quando al soggetto venga attribuito un potere (ad esempio il diritto di domandare la conversione del pignoramento) il cui esercizio sia però condizionato ad un adempimento da parte del soggetto medesimo (ad esempio, il deposito della somma dovuta ai sensi dell’art. 495, comma 2, c.p.c.). Sulla tematica dei rapporti giuridici in generale, si cfr. A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* (a cura di F. ANELLI – C. GRANELLI), Milano, 2015, pp. 80 e ss.; S. PALAZZOLO, voce *Rapporto giuridico*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 289 e ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 136. Sul rapporto giuridico processuale, si vedano F. CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile italiano*, I, cit., pp. 175 e ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 30 e ss.

<sup>4</sup> La contrapposizione tra “principio della preclusione” e “principio della libertà delle deduzioni” è colta e delineata da C.M. CEA, *Le nuove prove in appello*, in C.M. CEA, *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2010, pp. 249-250.

atti delle parti e del giudice (in genere, degli organi giudiziari) cronologicamente ordinati in vista del provvedimento finale»<sup>5</sup>; la sua rilevanza è indiscutibile nell'odierno mondo globalizzato ove la necessità di decisioni certe e celeri è ormai imprescindibile.

Sebbene sia innegabile la necessità della preclusione, le difficoltà che si riscontrano nella delineazione delle sue principali caratteristiche sono svariate; tali complessità discendono perlopiù dall'assenza di uno specifico dato normativo e dall'eterogeneità degli istituti coinvolti.

Ad onor del vero, non può tacersi che il fenomeno preclusivo, lungi dall'essere da secoli acquisito nella dogmatica processuale, è stato recepito dalla dottrina italiana per il tramite di Chiovenda<sup>6</sup>, che lo mutuò da talune riflessioni della dottrina tedesca<sup>7</sup>. Peraltro, nelle prime analisi, lo studio della preclusione restò confinato in

---

<sup>5</sup> Con queste parole V. ANDRIOLI, voce *Preclusione (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, 1966, p. 568, descrive efficacemente la centralità del ruolo delle preclusioni nel processo civile. Anche M. TARUFFO, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, agg. I, Milano, 1997, pp. 794 e ss., condividendo l'opinione dell'Andrioli, ritiene che «nessun processo avrebbe una struttura riconoscibile (...) se fosse fondato sull'assoluta libertà delle parti di difendersi come e quando vogliono». La necessità delle preclusioni sembra aver trovato pieno riscontro nel pensiero del legislatore che, eccezion fatta per la l. 14 luglio 1950 n. 581, ha progressivamente (e forse eccessivamente) inasprito ed accentuato il fenomeno preclusivo all'interno della normativa codicistica. Si pensi, ad esempio, al processo trasformato a seguito delle riforme degli anni '90 (ossia delle l. 26 novembre 1990 e l. 20 dicembre 1995 n. 534); con queste novelle si sono acuite due delle cause preclusive normativamente previste: le decadenze operative in apertura del giudizio di prime cure e il divieto di introduzione di elementi innovativi nel giudizio di appello. Senza troppo anticipare, è possibile segnalare da subito che, attraverso i succitati interventi normativi, si è completamente mutato il volto di due momenti fondamentali del processo ordinario di cognizione, ossia il primo grado di giudizio e il giudizio d'appello. In particolare, il processo di prime cure, da strumento cadenzato secondo l'arbitrio delle parti e regolato dal principio di libertà delle deduzioni, si è trasformato in un "rigido contenitore" che, una volta riempitosi, può essere difficilmente riaperto in forza della diffusione della preclusione; il giudizio d'appello, invece, si è trasformato mutando da un *novum iudicium* ad una *revisio prioris instantiae*, chiusa quasi completamente ad elementi innovativi (sul punto ci si soffermerà più diffusamente *infra* § 4). Per una panoramica dell'evoluzione della normativa, si veda M. TARUFFO, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, cit., *passim*; per valutazioni più recenti cfr. V. BATTAGLIA, *Le preclusioni nel processo ordinario di cognizione*, Torino, 2012, *passim*.

<sup>6</sup> Tra le opere più celebri dell'A. sulla tematica si ricordano: G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993, pp. 411 e ss. e la postuma G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, pp. 231 e ss.

<sup>7</sup> Tra questi, assumono grande importanza gli studi di Oskar Bülow sul concetto di preclusione; si veda O. BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Archive für die civilistische praxis*, LXII, 1879, pp. 1 e ss.

ambiti molto ristretti; in origine, infatti, si fece applicazione di tale concetto unicamente per differenziare l'efficacia preclusiva di giudicato e da quella di sentenza interlocutoria<sup>8</sup>. Solo in un secondo momento, tale fenomeno si emancipò al punto da rendere necessaria una vera e propria ricostruzione dogmatica del cd. "principio" della preclusione<sup>9</sup>.

Soprattutto per il primo approccio parziale alla materia, aspre critiche furono sollevate contro la nozione teorizzata. In effetti, i pregressi sviluppi dottrinali potrebbero, per un verso, far dubitare della tecnicità del concetto medesimo di preclusione<sup>10</sup> e, per l'altro, ritenere gli studi sulle preclusioni delle dissertazioni in grado di ingenerare equivoci e confusione nell'interprete, anche a causa dell'assenza di validità scientifica del principio sviluppato. In particolare, quest'ultima obiezione dovrebbe dipendere dalla natura non prettamente processuale della preclusione e,

---

<sup>8</sup> Tra gli scritti che si occupano di questo problema si leggano G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, cit.; ID., *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993, pp. 399 e ss.

<sup>9</sup> Tra gli studi chiovendiani sulla tematica delle preclusioni in generale, si vedano G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, cit., pp. 231-234; ID., *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 858 e ss. Sulla riconducibilità del fenomeno preclusivo al concetto di principio di diritto processuale, si vedano le critiche di A. ATTARDI, voce *Preclusione (Principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 909; cfr. con F. MARELLI, *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, Padova, 1996, pp. 16-17. Tra i tanti che hanno seguito l'impostazione chiovendiana nello studio della preclusione, si vedano E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, *passim*; N. JAEGER, *Diritto processuale civile*, Torino, 1942, p. 349; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1943, p. 441. Importanti apporti sono stati forniti da C. STEA, *La teoria dei termini nel diritto processuale civile*, Torino, 1912, *passim*; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952, pp. 71 e 72 e da V. ANDRIOLI, voce *Preclusione*, in *Nuovo dig. it.* X, Torino, 1939, pp. 131 e ss., nonché voce *Preclusione (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, cit.

<sup>10</sup> Si vedano S. SATTA, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, I, Milano, 1959, pp. 531 e ss. nonché S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, p. 286. Secondo l'A. «la dottrina ha adottato la definizione di *preclusione*, e non si può dubitare che l'adozione sia legittima, se si assume la parola nel senso generico che ha nel linguaggio comune. Dubbia appare invece la possibilità e l'utilità di fare della preclusione un concetto tecnico, perché in realtà essa si identifica con la situazione giuridica quale dal compimento o dal mancato compimento di un atto, situazione che naturalmente è determinata nei singoli casi dalla volontà della legge, e può essere processuale quando esaurisce i suoi effetti nel processo in corso, sostanziale quando invece spiega tali effetti al di fuori del processo (...). Probabilmente, la concezione della preclusione come istituto autonomo si ricollega teoricamente all'idea del rapporto giuridico processuale (onde è destinata a tramontare con questo) e praticamente alla necessità di differenziare la situazione che nasce dalle sentenze interlocutorie da quella nascente dalla sentenza definitiva, cioè dalla cosa giudicata (necessità che è venuta meno con l'eliminazione di quelle sentenze nel nuovo processo)».

più in generale, dall'assenza di utilità dei suoi studi<sup>11</sup>. Sostanzialmente, la riconducibilità delle cause preclusive (come la decadenza e la rinuncia) al diritto sostanziale e alla teoria generale del diritto renderebbe inutile l'analisi del fenomeno dal punto di vista processuale<sup>12</sup>; a ciò potrebbe anche aggiungersi che «i singoli casi di estinzione di un potere processuale» dovrebbero meglio «essere considerati singolarmente e separatamente»<sup>13</sup>, onde evitare confusioni nell'interprete.

A mio avviso, tutte queste critiche sono infondate e smentibili: il realizzarsi di un fenomeno nell'ambito processuale e in quello sostanziale non dovrebbe sminuire la sua importanza nell'una o nell'altra branca dell'ordinamento<sup>14</sup> e lo stesso dovrebbe dirsi per la ricerca sviluppatasi negli specifici settori del diritto. Utilizzando gli esempi certamente noti della nullità e dell'impugnazione, nessuno dubiterebbe dell'utilità e della rilevanza dei loro studi, sebbene entrambe le nozioni caratterizzino la pressoché totalità delle branche del diritto.

Queste conclusioni dovrebbero essere valide anche per la preclusione, che, «nel momento del processo è, e non potrebbe che essere, fenomeno tipicamente processuale, partecipe di una dimensione dinamica e dialettica della realtà, certamente estranea ad altri settori del diritto»<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> L'avversità dell'Autore per il concetto di preclusione è ben evidente in A. ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, pp. 1 e ss. In termini meno rigorosi A. ATTARDI, voce *Preclusione (Principio di)*, cit., pp. 893 e ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, pp. 391 e 449.

<sup>12</sup> «(...) Non può ritenersi giustificata la costruzione di un concetto qual è quello di preclusione (...). Tanto più se si tratta di fenomeni che hanno da tempo trovato la loro adeguata sistemazione nella dogmatica giuridica attraverso la formulazione di principi e la costruzione di istituti ai quali non si saprebbe perché negare carattere generale», così A. ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, cit., pp. 10 e ss.

<sup>13</sup> Così A. ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, cit., pp. 11 e ss.

<sup>14</sup> Osserva G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova, 1983, p. 52, che «quello della comunanza, o della estraneità, con altri settori del diritto, ci appare, in sostanza, dubbio criterio selettivo, per distinguere ciò che è processuale da ciò che non lo è, in considerazione soprattutto del fatto che l'area stessa del processo è tale da influenzare e condizionare fatalmente qualsiasi elemento vi si trovi inserito, appartenga o non appartenga anche ad altri campi dell'esperienza giuridica».

<sup>15</sup> Così G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, cit., p. 52.

In definitiva, benché oggi non si possa integralmente aderire alle remote teorie chiovendiane, mi sembra lecito affermare che tale fenomeno abbia ormai pieno diritto di cittadinanza nel processo civile.

Sgomberato il campo da queste critiche preliminari, è possibile soffermarsi sulla “preclusione” come manifestazione caratteristica del processo civile, cercando di esaltarne tutte le caratteristiche e le peculiarità. Per quanto la tematica sia complessa e spinosa, il suo studio non può che muovere dalla descrizione della fisionomia strutturale. In particolare, immaginandone un’esemplificazione, è possibile affermare che la sua operatività si fondi sul relazionarsi di tre differenti elementi: la causa preclusiva, l’effetto da essa discendente (la preclusione propriamente detta) e la conseguenza dell’esercizio del potere precluso<sup>16</sup>.

Il primo fattore è determinato da una serie di fatti giuridici eterogenei<sup>17</sup> al cui verificarsi è riconnessa l’estinzione del potere; in concreto, la causa preclusiva costituisce la *condicio sine qua non* affinché la perdita del potere possa prodursi.

---

<sup>16</sup> Similmente, G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, cit., pp. 72 e ss., spt. pp. 75 e 89.

<sup>17</sup> I fatti giuridici che determinano l’insorgere di una causa di preclusione, benché abbiano carattere o quantomeno rilevanza processuale, sono ascrivibili e analizzabili come fenomeni di teoria generale del diritto e devono essere brevemente inquadrati per una migliore comprensione delle problematiche sottese a questa ricerca (sulla necessità di mantenere le classificazioni consuete di fatto giuridico e atto giuridico anche in riferimento agli atti processuali, si veda V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 471). In particolare, sarà necessario distinguere tra: a) fatto giuridico in senso stretto; b) atto giuridico in senso stretto; c) atto negoziale. Sebbene essi facciano tutti parte della generale categoria dei fatti giuridici in senso ampio, rilevanti peculiarità li caratterizzano e contraddistinguono. Per fatti giuridici in senso stretto si intendono tutti quegli accadimenti (umani o naturali) che hanno una propria *rilevanza indipendentemente dall’esistenza di una volontà* sottesa al loro compimento; in questo caso, ciò che importa è unicamente il verificarsi della condotta nella sua materialità. Diversamente, gli atti giuridici in senso stretto si concretano in condotte umane *rilevanti in quanto volute dal soggetto che le ha compiute*; in tal senso, ciò che assume valore dovrebbe essere il materiale compiersi dell’atto e la volontarietà di tale condotta (solo gli *atti volontari* sono atti giuridici in senso stretto). Infine, gli atti negoziali dovrebbero essere quegli atti giuridici nei quali *acquisisce importanza la volizione degli effetti discendenti dall’atto*; in altri termini, piena centralità è attribuita, oltre che alla condotta materiale e la volontarietà della stessa, anche la volontarietà/consapevolezza degli effetti discendenti dal verificarsi dell’atto, la cd. volontà intenzionale che impone di considerare l’atto negoziale come *dichiarazione volontaria di volontà*. In definitiva, il *discrimen* tra i succitati fatti è la diversa rilevanza del volere: il fatto giuridico in senso stretto non richiede alcuna specifica volontà, l’atto giuridico in senso stretto presuppone la volontà del compimento dell’atto medesimo e, infine, l’atto negoziale demanda volontà e consapevolezza anche del contenuto dell’atto e, quindi, dei suoi effetti. Tutte queste osservazioni sono avallate da quella che è stata definita teoria soggettivistica del negozio giuridico, la quale differenzia i fatti giuridici sulla base della pregnanza dell’elemento soggettivo oltre che sul suo contenuto. Codesta conclusione è stata rifiutata, invece, da quella dottrina che ha sposato la teoria oggettivistica, la quale attribuisce maggiore centralità al ruolo dell’ordinamento giuridico a discapito

dell'elemento volontaristico; secondo tale orientamento, indipendentemente dalla consapevolezza e dalla manifestazione di volontà sugli effetti del negozio, questi mantiene il suo valore, oggettivamente valutabile, di autoregolamento dei rapporti intercorrenti tra le parti in negozio. Il ruolo delle parti dovrebbe essere, quindi, quello di determinare (all'interno di perimetri normativamente previsti) il precetto che regola il loro rapporto, sostituendosi al soggetto chiamato a determinare le regole dei rapporti tra privati, ossia il legislatore. Ad avviso di scrive, codeste teorie sono entrambe idonee a differenziare gli atti giuridici in senso stretto dagli atti negoziali, ed anzi sono più prossime di quanto non ci si possa aspettare. Posto che entrambe le tesi non risultano incompatibili con l'affermazione secondo cui gli atti giuridici in senso stretto costituiscono degli atti volontari ai quali esclusivamente la legge riconosce determinati effetti, la differenza risiede, unicamente per gli atti negoziali, nella contiguità tra la volontà delle parti e effetti del negozio: secondo la tesi soggettivista, le parti desiderano gli effetti del contratto e manifestano la volontà di giungere ad un esito precedentemente rappresentato; diversamente, secondo la tesi oggettivista, l'autonomia delle parti giunge a determinare il precetto convenzionale che, sostituendosi al precetto normativo, determina indirettamente gli effetti del negozio. Su queste tematiche si vedano F. SANTORO PASSARELLI, voce *Atto giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, pp. 203 e ss.; ID., *Dottrine generali del diritto civile*, VI, Napoli, 1959, p. 106 e ss.; V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, pp. 115 e ss. Nello specifico sulla distinzione tra atto giuridico in senso stretto e negozio giuridico, v. P. CISIANO, voce *Atto giuridico*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., agg. II, I, 2003, pp. 145 e ss. Ciò premesso, occorre osservare che l'assoluta maggioranza degli atti processuali è costituita da atti giuridici in senso stretto (così F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2017, p. 415); questo è testimoniato dal fatto che, quando ci si riferisce agli atti del giudizio, ciò che si sottolinea è unicamente la volontarietà della dichiarazione e non degli effetti o dei fini della medesima. Così, ad esempio, E. REDENTI - M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, p. 94, ritengono che «inconfondibile con la semplice volontarietà è la c.d. volontà nel senso in cui se ne parla a proposito dei negozi di diritto sostanziale. [...] Quando si dice che l'elemento essenziale dei negozi di diritto sostanziale è la volontarietà, si vuole richiedere in altre parole che l'agente ne abbia preveduto, quanto meno in modo empirico, gli effetti e che abbia (volontariamente) posto in essere l'atto, avendo in quel momento l'intento di raggiungere con quegli effetti, o anche a costo di quegli effetti, un suo determinato scopo, la soddisfazione di un suo determinato interesse. Ma gli atti processuali sono destinati non a produrre di per sé effetti di quel genere a carico dell'agente, bensì a consentirgli l'esercizio di funzioni processuali». Ancora molti anni addietro, lo stesso Redenti - voce *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 114 - si soffermava sulle medesime questioni quando affermava che «rispetto [agli atti processuali] nessuna indagine è ammessa, almeno di regola, sulla volontà intenzionale o finale (...). Affinché essi siano legittimamente produttivi di effetti, è necessaria ma è anche sufficiente, la volontarietà della manifestazione esteriore»; anche E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., p. 214 ritiene che per gli atti processuali è richiesta una «volontà del tutto generica: la semplice volontà e coscienza di compiere l'atto, non richiedendosi affatto che sia diretta a raggiungere un determinato effetto e non potendo nemmeno determinarlo e atteggiarlo a proprio piacimento, perché l'effetto è già fissato e prestabilito dalla legge». Riconosciuta la netta superiorità numerica all'interno del processo degli atti giuridici in senso stretto, non si può negare che taluna rilevanza deve essere attribuita anche a meri fatti giuridici in senso stretto, come la morte di una delle parti (cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 52; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1995, p. 216), e ad atti avente carattere negoziale, come l'accordo conciliativo raggiunto in sede giudiziale (così E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., p. 215; E. REDENTI, *op. ult. cit.*, p. 220). Si osservi, peraltro, che, all'interno del processo, l'indagine sull'effettiva volontà della parte nel compimento degli atti dovrebbe compiersi solo quando questa si concreti nella «volontà intenzionale», tipica degli atti negoziali (solo quindi per rarissime ipotesi). Per questo motivo è diffusa in dottrina la ragionevole opinione secondo cui l'accertamento della volontà nella manifestazione «ha un'importanza nettamente secondaria», considerato che a questo, in genere, sopperisce l'estremo formalismo imposto dal legislatore in ambito processuale. In tal senso, «il formalismo, necessario ad assicurare il regolare e spedito movimento del processo e perciò la certezza e la precisione degli atti (...) non

Pertanto, in rapporto di causa-effetto rispetto al primo fattore si trova la preclusione propriamente detta<sup>18</sup>; come anticipato, essa costituisce l'interdizione all'esercizio di un potere che sarebbe liberamente fruibile in un procedimento privo di limiti nel compimento degli atti processuali<sup>19</sup>. Tale impedimento costituisce il vero fulcro del fenomeno preclusivo quale mezzo di celerità e coerenza degli sviluppi procedurali<sup>20</sup>.

In sintesi, al verificarsi di un certo fatto o al compimento di un dato atto<sup>21</sup>, la parte processuale che godeva del potere è impossibilitata ad esercitarlo poiché è ormai precluso.

Altrettanto problematica è la relazione intercorrente tra l'interdizione alla fruizione del potere e le conseguenze derivanti dal suo esercizio; evitando di addentrarsi eccessivamente nella questione che non costituirà oggetto del presente scritto, si può notare che le conseguenze previste dal legislatore non sono sempre uniformi e che ciò che realmente rileva non è la fonte dell'impedimento, bensì il

---

consente di dare alcuna rilevanza alla reale volontà del soggetto»; in tutti questi casi, quindi, producendo l'atto ed adempiendo alle forme richieste dalla legge, la parte esprime una volontà precedentemente ed astrattamente individuata dal legislatore. In definitiva, il requisito della volontà resta assorbito dai requisiti di forma; sono di questo avviso, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., p. 214; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 218; F. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 415.

<sup>18</sup> È di questa opinione G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, cit., p. 75; conformemente, nel processo penale, C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, p. 62. In realtà tale conclusione non sembra condivisa da quella parte della dottrina che ha avanzato, sul rapporto tra decadenza e preclusioni, differenti teorie; ad esempio, V. TEDESCHI, voce *Decadenza (dir. e proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 777 e V. ANDRIOLI, voce *Preclusione*, cit., pp. 131 e ss., ritengono che la preclusione debba essere tenuta distinta dalla decadenza per l'oggetto della preclusione: il primo, infatti, ritiene che «la decadenza [attenga] al diritto (in senso lato), la preclusione si [riferisca] piuttosto all'attività del soggetto, invalidandola in quanto ormai preclusa»; il secondo, diversamente, afferma che «la preclusione colpirebbe le singole attività o facoltà, nelle quali si estrinseca l'azione, mentre la decadenza colpirebbe l'azione come un tutto unico». Altri ancora ritengono che il concetto di preclusione si sovrapponga a quello di decadenza; in tal senso, C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, p. 497, nt. 67, afferma che «nel concetto di decadenza è già inclusa quella “perdita” che [...] dovrebbe costituire l'effetto [della preclusione]».

<sup>19</sup> Esprime questo concetto, benché in termini meno generali, P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1941, pp. 228 e ss.

<sup>20</sup> Emblematicamente, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, I, Napoli, 1936, p. 479, qualifica questo elemento come la vera “essenza” dei meccanismi preclusivi.

<sup>21</sup> I termini utilizzati sono volutamente ampi poiché, come già parzialmente anticipato in nt. 18, saranno valutati una varietà di fatti ed atti con caratteristiche differenti.

*punctum temporis* in cui esso produce i propri effetti. Così, ad esempio, l'inosservanza di un termine preclusivo produce effetti diversi a seconda che intervenga nella pendenza piena del giudizio oppure nella pendenza attenuata, dopo la chiusura di un singolo grado. Nel primo caso, l'esercizio del potere interdetto dovrebbe causare, quantomeno dal punto di vista generale, la *nullità* dell'atto compiuto<sup>22</sup>; nell'opposto caso di impedimento operante nella pendenza attenuata, l'esercizio del potere precluso determinerà l'*inammissibilità* del gravame proposto<sup>23</sup>. A conferma di ciò, milita altresì la previsione della medesima conseguenza – l'inammissibilità – per il concretarsi dell'acquiescenza ai sensi dell'art. 329, comma 1, c.p.c.; benché tale istituto operi diversamente dai termini preclusivi, il suo verificarsi in una fase di pendenza attenuata ingenera le medesime conseguenze sull'esercizio del potere interdetto<sup>24</sup>. In conclusione, è possibile

---

<sup>22</sup> In generale, sul rapporto tra preclusione e nullità, si veda G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, cit., pp. 83-84. Nel senso che la decadenza produca invalidità dell'atto processuale, si veda R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali – I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, pp. 1 e ss, il quale sostiene che i requisiti di tempo siano requisiti di forma dell'atto – atteso che anche la collocazione spaziale, temporale, logica nell'ambito del procedimento è forma dell'atto. Non troppo dissimilmente E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., p. 243 parla di «invalidità assoluta ed irrimediabile»; si cfr. E. REDENTI, voce *Atti processuali civili*, cit., pp. 138-139; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, p. 410; N. PICARDI, *Dei termini, Dei termini*, in *Commentario del codice di procedura civile* (diretto da ALLORIO E.), I, 2, Torino, 1973, p. 1532; R. POLI, *L'invalidità degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 364.

<sup>23</sup> Colgono l'esistenza di un generale legame tra inammissibilità e introduzione del giudizio di impugnazione, G. FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968, p. 272; G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, cit., p. 85. Questo nesso è esattamente esplicito dal Tesoriere il quale ritiene che l'inammissibilità (differentemente dalla nullità) sia caratterizzata dalla circostanza di «riferirsi non a singoli atti, ma al rapporto processuale nel suo complesso o a una fase di esso».

<sup>24</sup> Considerato che è stato sostenuto che l'inammissibilità costituisce una speciale forma di invalidità (così G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, p. 56), si potrebbe sostenere l'irrilevanza di quanto detto e che la distinzione principale tra inammissibilità e nullità risieda perlopiù nelle ben più gravi conseguenze discendenti dal compimento di un atto inammissibile piuttosto che nullo. Si osservi, però, che tutte le tesi che ricollegano l'inammissibilità ad una particolare forma di invalidità dell'atto (così, ad esempio, anche G. FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, cit., p. 278) dovrebbero essere rivalutate considerato che potrebbero trovare una parziale contraddizione nel fatto che l'inammissibilità del mezzo d'impugnazione possa discendere non da una scorrettezza formale o dal mancato rispetto dei termini processuali bensì unicamente dal fatto che la parte abbia precedentemente rinunciato al compimento di tale atto tramite acquiescenza ai sensi dell'art. 329 comma 1 c.p.c. Per comprendere la problematica sembra quindi confacente la tesi di R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, pp. 320 e ss., che distingue tra: a) inammissibilità discendenti da vizi formali ossia da quella forma di inammissibilità evidentemente connessa al fenomeno della nullità di contenuto-forma (ad esempio artt. 331, 365, 366, 398 c.p.c.); b) inammissibilità per carenza di



affermare che il concetto di preclusione è riconducibile ad un complesso meccanismo giuridico che, partendo da una situazione di diritto attributiva di un potere processuale, conduce all'impedimento del suo esercizio per valutazioni di opportunità effettuate dal legislatore.

## 2) SEGUE: LE FONTI DELLA PRECLUSIONE

Affermata in astratto la rilevanza del fenomeno preclusivo, un ulteriore aspetto sul quale soffermarsi attiene all'ampiezza e alla varietà del suo operare. In particolare, per addivenire ad una definizione, si tenterà una catalogazione delle cd. cause di preclusione, ipotizzando tra esse alcune assimilazioni. Tale attività consentirà, da un lato, di specificare ulteriormente lo statuto eventualmente applicabile alla "preclusione da divieto di *nova*" e, dall'altro, di cogliere la natura di potenziali interdizioni concomitanti.

Nel paragrafo che precede (*supra* §1), si è anticipato che gli istituti della decadenza, dell'acquiescenza e della consumazione del potere d'impugnazione sono per certo ascrivibili al concetto di preclusione; tuttavia, questa incompiuta elencazione necessita di essere completata ed espressa in termini più generali.

Una prima fonte d'impedimento è data dalla cd. incompatibilità preclusiva; essa costituisce un logico sviluppo del brocardo latino "*electa una via non datur recursus ad alteram*" e consegue all'esercizio di una facoltà incompatibile con il potere interdetto<sup>25</sup>.

---

presupposti dell'impugnazione ossia da quella forma di inammissibilità discendente da ipotesi mancanze «extratestuali» (ad esempio: «impugnazione proposta fuori termine; da chi ha prestato acquiescenza; [...]»). L'inammissibilità discendente da preclusione è riconducibile alla seconda tipologia citata che, differentemente dalla prima, ha poco a che fare con le invalidità/difformità degli atti processuali. A queste ultime ipotesi di inammissibilità sembra riferirsi G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, cit., p. 86 quando coglie l'esistenza di un legame tra preclusione ed inammissibilità affermando che «il concetto di preclusione e quelli di improponibilità, inammissibilità e improcedibilità, vanno (...) tenuti distinti: l'improponibilità, l'inammissibilità e l'improcedibilità non si identificano con la preclusione, ma la presuppongono; presuppongono anzi che sia stata compiuta l'attività preclusa, rispetto alla quale si pongono come inevitabili conseguenze sul piano del giudizio».

<sup>25</sup> Si osservi che secondo la tesi di G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1960, pp. 178-179, solo queste ipotesi costituirebbero legittima causa di preclusione; è dello stesso avviso, E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, pp. 282-283.

Tra le sue manifestazioni, l'esempio certamente più noto è quello dell'acquiescenza totale *ex art. 329 comma 1 c.p.c.*<sup>26</sup>, che esclude la proponibilità delle impugnazioni per accettazione tacita o espressa della sentenza. Oltre a questa ipotesi, vi sono poi – a titolo esemplificativo e non esaustivo – l'impossibilità di avvalersi del regolamento facoltativo di competenza a seguito della previa proposizione di un mezzo di impugnazione ordinario (*art. 43 comma 2 c.p.c.*)<sup>27</sup>, l'impossibilità di eccepire la nullità di un atto processuale a seguito di una rinuncia – anche tacita – ad eccepirlo (*art. 157, comma 3, c.p.c.*), l'impossibilità di riferire il giuramento decisorio quando ci si sia dichiarati pronti a giurare (*art. 234 c.p.c.*) e, infine, l'impossibilità di impugnare immediatamente il provvedimento per il quale si è differita l'impugnazione tramite l'esercizio del potere di riserva (*artt. 340 e 361 c.p.c.*)<sup>28</sup>.

Tutte queste fattispecie, con le loro indiscusse peculiarità, possono essere ricondotte al meccanismo preclusivo già indicato (vedi *supra* § 1) con la seguente specificazione: il soggetto gode dei poteri (Y) e (Z) che, se esercitati, determinano il compiersi degli atti (K), frutto e conseguenza del potere (Y), e (X), frutto e

---

<sup>26</sup> Si osservi, però, che C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, p. 59, ritiene, più generalmente, che l'acquiescenza «rend[a] improponibile l'impugnazione e consum[i] il relativo potere». Ad avviso di chi scrive, il distinguo tra il primo e il secondo comma del succitato articolo è assolutamente necessario, riguardando due istituti con evidenti differenze; stante la diversità delle forme di acquiescenza previste normativamente, si ritiene preferibile la di loro trattazione separata, considerato altresì che solo l'acquiescenza parziale dovrebbe ricondursi al fenomeno della consumazione del potere d'impugnazione. Pare quindi preferibile mantenere distinte l'acquiescenza propria, che costituisce una causa preclusiva che impedisce l'esercizio del potere senza consumarlo, dall'acquiescenza parziale, che invece sembra più correttamente provocare una preclusione discendente dall'avvenuta consumazione del potere.

<sup>27</sup> L'operatività della causa preclusiva è facilmente desumibile dal testo di legge, nella parte in cui prevede che «la proposizione dell'impugnazione ordinaria non toglie *alle altre parti* la facoltà di proporre istanza di regolamento di competenza». Il fatto che la disposizione preveda il mantenimento di tale potere in capo «alle altre parti» dovrebbe suggerire l'intervento della preclusione per la parte che si sia avvalsa preventivamente del mezzo ordinario d'impugnazione; così, Cass. 17 luglio 1991, n. 7958, in *Mass. Giur. it.*, 1991. Si veda R. FRASCA, *Il regolamento di competenza*, Torino, 2012, pp. 168 e ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 446.

<sup>28</sup> Su questa causa preclusiva si vedano Cass. 27 giugno 1988, n. 4325; Cass., 27 aprile 1994, n. 4012; in dottrina, anche con opinioni discordanti, G.P. CALIFANO, *L'impugnazione della sentenza non definitiva*, Napoli, 1996, pp. 93 e 94; N. GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, II, Milano, 1951, p. 113; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1962, p. 357; V. ROGNONI, *Ancora sull'inammissibilità dell'appello immediato dopo la riserva di appello differito*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, I, p. 120; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, pp. 142 e 143.

conseguenza del potere (Z)<sup>29</sup>; l'esercizio del potere processuale (Y) risulterà impedito a causa del previo volontario espletamento del potere incompatibile (Z) e del conseguente concretarsi dell'atto dipendente (X)<sup>30</sup>.

Ciò premesso, affinché l'impedimento produca i propri effetti è necessario che l'atto sia effettivamente voluto<sup>31</sup>; in altri termini, occorre che il soggetto compia un atto giuridico (un atto umano giuridicamente rilevante in quanto desiderato<sup>32</sup>) e che la scelta di esercitare il potere antagonista implichi la volontarietà della condotta tenuta<sup>33</sup>. Difatti, se da un lato è vero che le valutazioni di incompatibilità devono

---

<sup>29</sup> Sul concetto di potere si veda nt. 3.

<sup>30</sup> Alcune dimostrazioni possono facilitare l'analisi del suddetto schema. Si pensi, ad esempio, all'impossibilità di avvalersi del regolamento facoltativo di competenza a seguito della proposizione di un mezzo di impugnazione ordinario (art. 43 comma 2 c.p.c.). Il codice di rito prevede che, successivamente alla pronuncia di una sentenza di prime cure che abbia pronunciato «sulla competenza insieme col merito», la parte soccombente su entrambe le questioni abbia il potere di impugnare tali statuizioni avvalendosi o del regolamento facoltativo di competenza o del mezzo ordinario dell'appello. Se si propende per l'impugnazione ordinaria, però, la possibilità di promuovere l'impugnazione ex art. 43, comma 1, c.p.c. risulterà preclusa. La notificazione dell'atto introduttivo del mezzo ordinario d'impugnazione preclude alla parte che lo abbia proposto (e solo ad essa) la possibilità di avvalersi del regolamento di competenza. Le medesime conclusioni sembrano valide anche per la preclusione al potere di impugnazione immediata di una sentenza a causa della previa riserva di gravame differito ai sensi degli artt. 340 e 361 c.p.c.: la dichiarazione (o l'atto notificato) con cui la parte si riserva di postergare il gravame avverso la sentenza non definitiva impedisce alla parte di procedere immediatamente con l'impugnativa.

<sup>31</sup> La tematica deve essere indagata alla luce del succitato brocardo latino, domandandosi in cosa consista una *electio*; discorrendo astrattamente, si dovrebbe ritenere che la *electio* costituisca una libera e volontaria scelta tra due o più alternative, ossia l'esternazione materiale di una predilezione.

<sup>32</sup> Sul concetto di atto giuridico si veda nt. 18.

<sup>33</sup> Questa affermazione contribuisce a delineare i tratti essenziali degli istituti riconducibili a tale fonte preclusiva. Si faccia mente, ad esempio, all'acquiescenza totale tacita all'impugnazione. Questo istituto comporta una perdita del potere d'impugnazione quando la parte soccombente abbia compiuto «atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge». Tale inciso ha portato la dottrina ad interrogarsi sulla rilevanza dell'elemento volontaristico in questa fattispecie e, se una parte di essa ha affermato che la formulazione dell'art. 329 comma 1 c.p.c. si riferisce a «fatti incompatibili (o ad atti che però vengono qui in considerazione solo sotto specie di fatti (...))» (così, E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 391), un'altra ha giustamente concluso che tale asserzione non può condividersi o, quantomeno, deve essere attentamente vagliata. D'altro canto, gli stessi AA. limitano la loro affermazione (in *Diritto processuale civile*, op. loc. cit.) specificando che tali fatti costituiscono «fatti incompatibili (...), ai quali si attribuisce quell'effetto giuridico, senza indagare quale sia stata in concreto la volontà intenzionale»; anche E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, p. 270, chiarisce la concezione oggettivistica dell'acquiescenza tacita affermando che gli atti incompatibili «devono essere univoci e concludenti, mentre è irrilevante che nella parte manchi la coscienza degli effetti del suo atteggiamento». Sembra quindi che i due autori, più che escludere la natura volontaristica dell'atto di acquiescenza, neghino la rilevanza della cd. volontà finale che

effettuarsi obiettivamente – alla luce dell’atto realizzatosi e senza addentrarsi nelle motivazioni che hanno indotto la parte a compierlo – è altrettanto vero che l’ostacolo non potrà derivare da un fatto giuridico in senso stretto, pena lo snaturamento del concetto stesso di *electio*. Ciò, peraltro, non significa che la preclusione processuale discenda dalla mera volontà o dal compimento di soli negozi giuridici: tale requisito volontaristico non caratterizza infatti i soli atti negoziali, ma sussiste altresì negli atti giuridici in senso stretto<sup>34</sup>.

---

spinge il soggetto ad agire. Non possono invece condividersi le osservazioni di S. SATTA, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, II, 2, Milano, 1962, pp. 49 e ss., nella parte in cui nega la similarità tra l’acquiescenza espressa e l’acquiescenza tacita affermando che «con l’accettazione gli atti incompatibili non hanno proprio nulla a che fare (...); non hanno nessun rapporto con la volontà sono meri fatti» (in giurisprudenza di veda Cass. 14 dicembre 1978, n. 5954). In realtà, la perdita del potere di impugnare si dovrebbe verificare solo in forza di un atto giuridico in senso stretto (e, quindi, in presenza di una espressa dichiarazione di accettare la sentenza e il suo contenuto), o di un atto di natura negoziale (come la rinuncia al potere di impugnazione pronunciata nella pendenza del termine per proporre il gravame); il fatto giuridico, in quanto fatto rilevante poiché verificatosi, non può esso solo generare la preclusione discendente da atto incompatibile poiché la sua natura di fatto umano o naturale scollegato da una volontà, non sembra idoneo a concretare una “*electio*” nella fruizione di uno dei poteri. Sul punto è stato correttamente osservato da E. MERLIN, *Compensazione e processo*, cit., pp. 297 e ss., che, qualora si ritenesse che la preclusione possa discendere da un fatto giuridico in senso stretto, «diverrebbe inevitabile pervenire a risultati applicativi inquietanti e comunque estranei a quanto è già imposto dalla *ratio* e dalla struttura caratterizzante dell’istituto. In particolare, sarebbe necessario prescindere – in sede di individuazione della fattispecie di preclusione - “oltre che dalla esistenza di un qualsiasi intento conforme, dal requisito stesso della *imputabilità del comportamento*”, il quale – in forza della qualificazione come mero fatto giuridico – dovrebbe riconoscersi idoneo alla produzione degli effetti preclusivi anche se posto in essere, ad esempio da un soggetto incapace oppure in condizioni di non “spontaneità”». Ciò non significa ovviamente che l’acquiescenza al potere di impugnazione dipenda dalla sussistenza di un “negozio giuridico a carattere processuale” (così, invece, A. VALITUTTI – F. DE STEFANO, *Le impugnazioni nel processo civile*, I, Padova, 1996, p. 117); come notato da S. PATTI, voce *Acquiescenza (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, I, 1988, p. 2, benché spesso nell’acquiescenza sia stato individuato un atto negoziale di tacita rinuncia, è errato ricorrere alla figura del negozio giuridico per spiegare tale istituto. «L’identificazione dell’acquiescenza con la rinuncia tacita (...) costituisce in realtà una finzione, perché viene qualificato come rinuncia un comportamento che ha sicuramente un significato diverso. (...) L’uso di tale concetto appare errato in ipotesi in cui dal comportamento del titolare del titolare non può desumersi alcun intento negoziale di dismettere il proprio diritto. In altri termini, può dirsi che alla acquiescenza vengono ricollegate vere e proprie presunzioni *iuris et de iure* di rinuncia»; di veda anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, p. 437, il quale condivisibilmente afferma che «non osta (...) all’effetto preclusivo del potere di gravame, il fatto che la parte non sia consapevole delle conseguenze (...) di questi suoi atti» sul potere di impugnazione.

<sup>34</sup> Come detto, l’elemento volontaristico – necessario affinché la preclusione agisca – è comune agli atti giuridici in senso stretto e a quelli negoziali; diversamente, la “volontà finale”, tipica dei soli atti negoziali, non sembra necessaria per il concretarsi dell’effetto estintivo. Non rileva in alcun modo la previsione e la volontà degli effetti dell’atto, essendo sufficiente che vi sia la consapevolezza del suo compimento. In definitiva, atti giuridici in senso stretto e atti negoziali, per il solo fatto di

Oltre a tale presupposto, è altresì necessaria la coesistenza delle prerogative antagoniste (Z e Y) in capo al medesimo soggetto: la fattispecie estintiva interverrà unicamente se il potere processuale sia già venuto alla luce e non sia ancora stato esercitato. Da ciò discende il requisito della necessaria attualità della volontà dell'agente<sup>35</sup>; prima che la situazione giuridica sia sorta, o dopo che sia stata esercitata, il potere non potrà estinguersi poiché inesistente o già consumato.

In definitiva, la prima fonte di preclusione richiede una concreta predilezione per l'esercizio di una situazione giuridica a discapito di un'altra incompatibile e coesistente. Per quanto superfluo possa apparire, anche quest'ultimo elemento è essenziale; se non sussistesse, l'agente sarebbe chiamato a compiere una mera

---

costituire atti voluti e prescelti dalla parte, dovrebbero ingenerare l'analizzanda causa preclusiva. Cfr., per altre indicazioni bibliografiche, M. GIORGETTI, *Le rinunce alle impugnazioni civili*, Milano, 2000, pp. 223-224, 258 e ss.

<sup>35</sup> Codesta osservazione è pressoché pacifica per l'istituto dell'acquiescenza; difatti, l'effetto preclusivo da esso discendente si può realizzare nel solo «spazio intermedio tra la fattispecie costitutiva del gravame e l'introduzione tempestiva del procedimento impugnatorio». È correttamente diffusa l'opinione secondo la quale l'acquiescenza non possa avere carattere preventivo né successivo; in tal senso, si cfr. Cass. 14 luglio 1995 n. 6698, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, cc. 630 e ss. — Cass. 16 luglio 1987 n. 6274, in *Orient. giur. lav.*, 1987, p. 1159. Se è vero che l'acquiescenza costituisce l'accettazione di una pronuncia giurisdizionale, allora non è comprensibile come la parte possa affermare la propria soddisfazione in riferimento ad essa se questa non sia stata ancora pronunciata (sull'inapplicabilità dell'istituto dell'acquiescenza prima della pronuncia del provvedimento, Cass. 7 luglio 1975, n. 2640, in *Mass. giust. it.*, 1975, p. 1236; Cass. 30 dicembre 1981, n. 6773, in *Mass. giust. civ.*, 1981, p. 2421; per alcune specificazioni in riferimento al rito del lavoro, si veda Cass. 16 luglio 1987, n. 6274, in *Giust. civ.*, 1988, I, pp. 468); allo stesso modo, non provoca acquiescenza l'accettazione della sentenza successiva alla proposizione del mezzo di impugnazione: l'esercizio del potere di impugnazione, infatti, è sintomo dell'insoddisfazione del soccombente (l'acquiescenza successiva alla proposizione di un'impugnazione deve proporsi nelle rituali forme della rinuncia - così, Cass. 8 gennaio 1968, n. 47, in *Mass. giust. it.*, 1968, p. 24; Cass. 24 gennaio 1968, n. 197, in *Mass. giur. it.*, 1968, p. 93; tali pronunce hanno specificato che l'acquiescenza ad un'impugnazione già proposta deve esprimersi attraverso una formale rinuncia). In definitiva, in questa ipotesi, il requisito della necessaria attualità della volontà presuppone la sussistenza del potere d'impugnativa in capo al soccombente. A conferma di ciò è possibile citare la coerente, ma anche imprecisa, scelta legislativa di escludere l'operatività dell'acquiescenza per la revocazione straordinaria (nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 comma 1 c.p.c.); questa opzione, benché riscontri il proprio fondamento logico nel rispetto del suddetto criterio, non appare del tutto corretta. Infatti, al fine di garantire saldezza della *ratio* sottesa al dettato normativo, si sarebbe potuto prevedere l'applicazione dell'istituto anche all'impugnazione straordinaria, con la specificazione che l'esercizio di tale potere potesse generare l'incompatibilità preclusiva nel momento in cui il diritto d'impugnazione fosse stato attuale, ovvero sia quando il comportamento concretante un'ipotesi di acquiescenza fosse avvenuto successivamente alla scoperta del vizio occulto legittimante la revocazione (così, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 443; cfr. R. PROVINCIALI, *Sistema delle impugnazioni civili. Parte generale*, Padova, 1948, p. 150).

scelta tra l'astensione o l'esercizio del potere piuttosto che l'esternazione di una predilezione tra due opzioni qualitativamente differenti. A mio avviso, è proprio questo l'elemento che contraddistingue l'incompatibilità preclusiva: nel momento di esercizio del potere prediletto, e quindi al concretarsi dell'atto conseguenziale, si innesca l'effetto di preclusione che si ripercuote sul potere incompatibile non esercitato<sup>36</sup>.

Accanto all'incompatibilità, un'altra fonte di preclusione è la consumazione propriamente detta; in questa fattispecie basata sul principio di teoria generale del diritto del *ne bis in idem*, il potere spira a causa dal suo previo esaurimento e del realizzarsi dell'atto processuale da esso discendente.

L'acquiescenza parziale alla sentenza (art. 329, comma 2, c.p.c.)<sup>37</sup> e, più in generale, la consumazione del potere d'impugnazione (artt. 358 e 387 c.p.c.) nonché la consumazione del potere di richiedere la conversione del pignoramento (art. 495, comma 7, c.p.c.) sono le ipotesi più evidenti in cui tale fonte preclusiva produce i suoi effetti.

Richiamando al modello ideale già menzionato (*supra* § 1), il potere risulterà interdetto in virtù del suo previo esercizio e del realizzarsi del conseguenziale atto; concretamente, l'ostacolo discendente dalla consumazione determina la non reiterabilità del medesimo atto processuale<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Così A. CERINO CANOVA, voce *Acquiescenza – III) Diritto Processuale Civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, 1998, p. 1; si vedano, in dottrina, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 59; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2017, pp. 315 e ss.; in giurisprudenza, si veda Cass., sez. un., sent. 9 ottobre 1972, n. 2931 in *Foro it.*, I, cc. 403; Cass., 7 luglio 1975, n. 2640 in *Giur. It. Mass.*, 1975, p. 757).

<sup>37</sup> Considerano questa fattispecie un'ipotesi di consumazione del potere d'impugnazione, A. TEDOLDI, sub. *Art. 329*, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. CONSOLO), Milanofiori Assago, 2013, pp. 467-468, nonché S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005, pp. 135 e ss., il quale coglie un peculiare rapporto tra il succitato istituto e la consumazione del potere d'impugnazione desumibile dagli artt. 358 e 387 c.p.c. Per un'analisi delle ulteriori differenze tra l'acquiescenza tacita di cui al comma 1° dell'art. 329 e l'acquiescenza parziale (o tacita qualificata), si veda F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 315 e ss.

<sup>38</sup> La correttezza di questa struttura logica può essere accertata riconducendola ad una fattispecie normativamente individuata. Si pensi, ad esempio, all'acquiescenza parziale di cui al comma 2 dell'art. 329 c.p.c.; il meccanismo preclusivo desumibile dalla disposizione comporta l'impossibilità di riproporre il medesimo gravame sui capi della sentenza diversi da quelli già impugnati poiché il potere di domandarne la riforma si è previamente consumato. L'esercizio del potere d'impugnazione avverso alcuni capi della sentenza, esternatosi attraverso la notifica del corrispettivo atto

Diversamente dall'incompatibilità, che presuppone l'esistenza di più prerogative antagoniste, affinché la consumazione preclusiva produca i propri effetti, occorre che la situazione giuridica legittimante il compimento dell'atto sia *unica e non frazionabile*<sup>39</sup>; al contrario, in presenza di situazioni giuridiche attributive di plurime facoltà, la preclusione non opererà sino al loro definitivo esaurimento. In altre parole, la consumazione non si verifica nelle ipotesi in cui il compimento dell'atto dipenda da una delle molteplici facoltà riconducibili al medesimo potere processuale<sup>40</sup>.

---

introduttivo, comporta l'impossibilità di esercitarlo nuovamente. Quest'ultima fattispecie differisce da quella dell'acquiescenza totale poiché nell'ipotesi di cui all'art. 329, comma 1, c.p.c. la preclusione scaturisce dall'*electio* dell'acquiescenza a discapito dell'antagonista potere incompatibile (il potere di impugnare); nell'ipotesi dell'acquiescenza parziale, alcuna sorta di contrapposizione tra poteri è ipotizzabile, salvo che si sostenga irrealisticamente che il generale potere di proporre impugnazione sia costituito da un cumulo di plurime facoltà d'impugnazione sui diversi capi della sentenza.

<sup>39</sup> Tale qualità è certamente ascrivibile al potere di proporre un'istanza di conversione del pignoramento ai sensi dell'art. 495 c.p.c. con l'annesso divieto di reiterazione previsto dal comma 7 dell'articolo medesimo; in questa fattispecie la causa preclusiva interviene evidentemente poiché una volta depositata tale richiesta, il debitore null'altro può fare che attendere il provvedimento del magistrato. La situazione soggettiva esiste prima del compimento dell'atto, dopo di esso non sussiste più. Per questo motivo il potere di domandare l'ammissione a tale beneficio non è suscettibile di reiterazioni ed il suo esercizio non può che provocarne la consumazione. Il comma 7 dell'art. 495 c.p.c., introdotto con la l. 26 novembre 1990 n. 353 e salutato con favore da parte della dottrina, ha contribuito (e contribuisce tuttora) a ridurre drasticamente l'abuso dell'istituto della conversione del pignoramento, prevedendo che «l'istanza (possa) essere avanzata una sola volta a pena di inammissibilità» (in generale, su questa consumazione si veda B. SASSANI, sub *art. 495*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 547; più recentemente, si vedano A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2009, p. 304; P. PUCCIARIELLO, sub *art. 495*, in *Commentario del codice di procedura civile* (diretto da L.P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA), VI, Torino, 2013, p. 390; G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2016, p. 44). La disposizione è peraltro stata oggetto di un recente arresto della Cassazione (Cass. sez. III, 21 giugno 2017, n. 15362, in *Riv. esec. forz.*, 2018, pp. 568 e ss., con mia nota adesiva *Sulla non reiterabilità dell'istanza di conversione del pignoramento*), con la quale la S.C. ha riconosciuto espressamente che «il divieto di reiterazione dell'istanza di conversione previsto dell'art. 495, comma 7, c.p.c., [operi] anche nel caso in cui la prima richiesta sia stata dichiarata inammissibile per carenza del contestuale deposito della somma di cui al comma 2 del medesimo articolo. Il rischio di errori incolpevoli, da parte del debitore, nella determinazione della somma da versare unitamente all'istanza di conversione, va infatti evitato con altri strumenti: ad esempio l'integrazione del versamento da parte del debitore, prima che sia formalmente adottato il provvedimento di inammissibilità». Quanto asserito dalla S.C. è solo apparentemente in contrasto con quanto affermato nel testo poiché, con la suddetta sentenza, il giudice di legittimità non ha fatto altro che conferire all'esecutato la possibilità di rimediare ad un proprio errore attraverso un meccanismo di una natura para-rimessoria.

<sup>40</sup> Si pensi, ad esempio, alla consueta attività difensiva che comporti l'espletamento di asserzioni e/o asseverazioni nel rito ordinario di cognizione. Dal punto di vista generale, codesta attività può essere

Un ulteriore aspetto di cui tener conto riguarda le qualità ascrivibili all'atto generatore della preclusione e, in particolar modo, alla caratteristica della ritualità dell'atto medesimo<sup>41</sup>. Alla luce della giurisprudenza in tema di consumazione del

---

compiuta dalla parte *in limine litis* e, più precisamente, dal deposito degli atti introduttivi del giudizio sino alle memorie di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.; in questo caso, il potere si concreta in una situazione giuridica soggettiva frazionabile nella fase di introduzione e trattazione della causa. Il fatto che l'attore abbia già effettuato – con l'atto di citazione – delle allegazioni non comporta una consumazione di detto potere: lo svolgimento di ulteriore attività assertiva, in prima udienza o con le successive memorie, è chiaramente legittima. Ovviamente non sfugge che all'interno di questa categoria di poteri sussistano delle limitazioni intermedie, funzionali a garantire l'elasticità che caratterizza la preclusione nel corso del primo grado di giudizio. Ad esempio, il convenuto in giudizio potrà proporre domande riconvenzionali unicamente con la comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata almeno 20 giorni prima dell'udienza di comparazione fissata nell'atto di citazione; allo stesso modo, le difese in replica a quanto dedotto dall'attore in udienza potranno essere svolte sino al deposito delle memorie nn. 2 e 3 del comma 6 dell'art. 183 c.p.c. Sull'intensità della preclusione e dei suoi effetti all'inizio del processo di cognizione, si vedano le considerazioni di F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 30 e ss.; F. TOMMASEO, *Principio di preclusione e nuovo rito civile*, in *Studium iuris*, 1995, pp. 190 e ss. La fattispecie descritta non deve però confondersi con il differente caso della consumazione del potere di esercitare delle attività difensive in uno specifico atto processuale; la questione, recentemente analizzata dal Tribunale di Mantova con un'ordinanza che dà piena applicazione al concetto di preclusione da previa consumazione di potere (Trib. Mantova, 30 maggio 2017, in *Giur. It.*, 2017, pp. 2653 con nota critica di G. FELLONI), è stata correttamente definita nel senso dell'interdizione del deposito di ulteriori memorie integrative soprannumerarie rispetto a quelle concesse *ex art. 183, comma 6, c.p.c.*. Come osservato dal Tribunale, il deposito di una memoria integrativa «deve ritenersi inammissibile (...) posto che il deposito della prima di esse ha determinato la consumazione della facoltà riconosciuta alla parte». Il fatto che la legge per mezzo del giudice predisponga dei termini ultimi per il deposito delle memorie *ex art. 183, comma 6, c.p.c.* non può legittimare l'integrabilità delle stesse neppure se compiute nei termini: l'esistenza di una fonte preclusiva (i termini decadenziali) non può influire sull'operativa di un'altra (la consumazione). A contrario, volendosi sostenere l'integrabilità di dette memorie, occorrerebbe ipotizzare la frazionabilità di detto potere autorizzando comportamenti delle parti che potrebbero perseguire fini distorsivi ed abusivi.

<sup>41</sup> La questione è stata vivamente dibattuta soprattutto in riferimento alla consumazione del potere d'impugnazione desumibile dagli artt. 358 e 387 c.p.c. (in generale sulla tematica, si veda l'ampia trattazione di S. CAPORUSSO, *La "consumazione" del potere d'impugnazione*, Napoli, 2011, pp. 71 e ss., nonché E. RUGGERI, *Il principio di consumazione dell'impugnazione: origine ed applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 1009 e ss.; cfr. F. AMATO, *Rinuncia al ricorso per cassazione inammissibile o improcedibile e riproponibilità del ricorso*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, pp. 519 e ss.). Le ragioni delle difficoltà interpretative sono dipese soprattutto dall'assenza di una chiara previsione di legge che sancisca esplicitamente tale fattispecie; il codice di rito, infatti, si limita a prevedere la non riproponibilità dell'appello e del ricorso per cassazione nell'eventualità in cui l'impugnazione venga dichiarata inammissibile o improcedibile dal giudice. Partendo dalla povertà del dato normativo, la giurisprudenza formatasi negli anni è ormai pacificamente approdata a due conclusioni variamente contestate e/o approvate dalla dottrina: a) la preclusione al potere d'impugnare si produce sia nel caso di rituale promozione del gravame sia nel caso di pronuncia d'inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione (sulla consumazione per rituale proposizione, si vedano, Cass., 9 luglio 1996, n. 6235, in *Arch. civ.*, 1996, pp. 1365 e ss.; Cass., ss.uu., 11 novembre 1994, n. 9409, in *Fall.*, 1995, pp. 805 e ss.; così, in dottrina, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1956, p. 154; S. CAPORUSSO, *La*



potere d'impugnazione, sembra che la natura rituale o irrituale dell'atto, non possa costituire un valido *discrimen* tra l'esaurimento e la conservazione delle prerogative processuali. Tale funzione dovrebbe essere riservata all'idoneità dell'atto ad ingenerare in capo al soggetto passivo una delle reazioni consequenziali previste dall'ordinamento<sup>42</sup>.

---

“consumazione”, cit., p. 10; tale ipotesi di preclusione da consumazione è condivisa anche da G. FELLONI, *Consumazione del potere di integrare una memoria istruttoria nel rispetto dei termini*, in *Giur. it.*, 2017, pp. 2645 e ss., il quale, sebbene auspichi ad una rigorosa applicazione della riserva di legge in materia di preclusioni, desume tale fattispecie consumativa dalla lettura a contrario del dato normativo. A ben vedere, mi sembra che i citati articoli non disciplinino neppure indirettamente il caso della rituale proposizione dell'impugnazione, considerato che un'eventuale lettura a contrario potrebbe tuttalpiù suggerire che: 1) la non inammissibilità dell'impugnazione legittimi la riproposizione del gravame nei termini di legge - tesi fortunatamente rinnegata da dottrina e giurisprudenza; 2) l'impugnazione irrituale possa essere riproposta prima che siano spirati i termini di legge - tesi questa abbracciata dalla giurisprudenza dominante e condivisa da buona parte della dottrina. La differente ipotesi di consumazione per irrituale proposizione è invece pacifica essendo aderente al dato testuale; si veda, *ex multis*, Cass., 14 agosto 2008, n. 21702. Peraltro, il fatto che il legislatore abbia espressamente affermato l'operatività dell'interdizione dal momento della pronuncia d'inammissibilità o d'improcedibilità, piuttosto che dall'esercizio del potere, non dovrebbe privare di rilevanza la categoria generale della consumazione preclusiva - *contra*, V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 447. Da un lato, infatti, tale fenomeno non si esaurisce nell'ipotesi di cui agli artt. 358 e 387 c.p.c., ma ricomprende altre ipotesi normativamente previste; dall'altro, invece, la postergazione della consumazione al momento della declaratoria d'inammissibilità non deve essere interpretata come un effettivo slittamento del momento estintivo, bensì dovrebbe considerarsi come una sospensione di effetti già prodottisi. Nel tramite di questa lettura, si potrà cogliere la finalità para-rimessoria della riproposizione del gravame nella pendenza del termine per impugnare); b) prima che il giudice dichiari l'inammissibilità (o l'improcedibilità) del gravame, l'impugnante può riproporre l'impugnazione epurandola dalle carenze che avrebbero portato ad un esito infausto della stessa (come detto in nt. 39 in riferimento al potere di domandare la conversione del pignoramento, quest'orientamento giurisprudenziale ha generato un'ipotesi di para-rimessione che consente all'impugnante di riproporre il gravame evitando di soggiacere alla preclusione già maturata. In tal senso, sembra indirizzata anche Cass., 18 luglio 2011, n. 15721, la quale emblematicamente specifica che «il principio di consumazione dell'impugnazione, secondo un'interpretazione conforme ai principi costituzionali del giusto processo, che sono diretti a rimuovere, anche nel campo dei gravami, gli ostacoli alla compiuta realizzazione del diritto di difesa, rifuggendo formalismi rigoristici, impone di ritenere che, fino a quando non intervenga una declaratoria di improcedibilità, possa essere proposto un secondo atto di appello, sempre che la seconda impugnazione risulti tempestiva e si sia svolto regolare contraddittorio tra le parti»).

<sup>42</sup> Non dovrebbero, quindi, provocare la consumazione gli atti non riconducibili all'esercizio di un potere individuabile e gli atti fisicamente inesistenti (i cd. non atti). Al contrario, gli atti nulli, e gli atti giuridicamente inesistenti, dovrebbero produrre il medesimo effetto di consumazione (per alcune osservazioni sugli atti giuridicamente inesistenti e per il rinvio ad altra dottrina, sia consentito il richiamo a G. PIROTTA, *Deposito telematico obbligatorio: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Foro Padano*, 2017, cc. 113-114).

In definitiva, può quindi ipotizzarsi che, una volta individuato un potere infrazionabile, il suo utile esercizio ne comporterà la perdita, a prescindere dalla piena capacità dell'atto di raggiungere il risultato auspicato.

Un'ultima causa preclusiva discende dalla tardività dell'atto compiuto, *rectius* dall'inerzia del soggetto attivo protrattasi nel tempo; in questo caso, il titolare di un potere perde la possibilità di esercitarlo a causa dell'inutile decorso del tempo concessogli per fruirne.

Anche questa ipotesi può essere inquadrata nel congegno logico sopra illustrato (*supra* § 1); in questo caso, però, il potere non esercitato – e non più esercitabile – risulta precluso a causa del decorso infruttuoso del termine prefissato<sup>43</sup>.

Questo meccanismo preclusivo, noto anche come decadenza<sup>44</sup>, trova un sicuro riscontro nei termini perentori di cui è intriso il codice di rito<sup>45</sup>, ma non in quelli dilatori e ordinatori che potrebbero mancare di alcuni elementi costitutivi della fattispecie.

Per quanto riguarda i termini dilatori, la questione non desta particolari difficoltà; infatti, diversamente dalle fattispecie preclusive, essi hanno la funzione di «paralizzare temporaneamente l'efficacia di un atto completo nei suoi elementi essenziali. In altre parole, il decorso del termine dilatorio riveste il ruolo, non di elemento costitutivo, ma di semplice condizione che viene a collegarsi ad un atto cronologicamente anteriore per l'integrazione di una fattispecie, e, quindi, per la

---

<sup>43</sup> Così, ad esempio, la parte soccombente in primo grado non potrà proporre appello, una volta che sia inutilmente scaduto il termine di trenta giorni decorrente dalla notifica della sentenza di prime cure.

<sup>44</sup> La riconduzione del concetto di decadenza in quello di preclusione è stata ed è tuttora dibattuta a causa della sistematica sviluppatasi precedentemente alla diffusione degli studi sul fenomeno preclusivo. L'adesione agli studi del Chiovenda ha però portato buona parte della dottrina a cogliere questo legame tra i due fenomeni; nel senso che la decadenza si possa collocare nella più ampia nozione di preclusione, A. VITALE – M.M. LAZZARA, voce *Decadenza (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, Roma, 1988, pp. 1-2; V. ANDRIOLI, voce *Preclusione (diritto processuale civile)*, in *Noviss. D.I.*, cit., pp. 568-569; E. GRASSO, *Interpretazione della preclusione*, in *Studi in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, p. 8; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2012, p. 252; B. CIACCIA CAVALLARI, *Le preclusioni e l'istruzione probatoria del nuovo processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1999, pp. 899 e ss.

<sup>45</sup> Il successo che le preclusioni (e soprattutto la decadenza) hanno riscosso negli ultimi anni sono essenzialmente dipese dalla costante ricerca di un modello processuale improntato alle celerità e alla ragionevole durata del processo.

produzione delle relative conseguenze»<sup>46</sup>. In definitiva, il termine dilatorio non dà vita ad una preclusione poiché, costituendo parte integrante di una fattispecie ad effetti differiti, non incide sulla fruibilità di un potere preesistente<sup>47</sup>.

La problematica è invece più complessa in riferimento ai termini ordinatori; questi, infatti, indicando uno specifico momento per l'esercizio del potere, hanno una maggiore assonanza con il fenomeno preclusivo<sup>48</sup>. Tale similarità impone, quindi, di accertare la riconducibilità di tali termini alla decadenza, valutando gli effetti della loro inosservanza: se l'atto compiuto possa considerarsi nullo, allora dovrebbe ipotizzarsi che l'esercizio del potere abbia subito gli effetti di una preclusione; al contrario, qualora si ritenesse valido, dovrebbe escludersi la natura decadenziale di detti termini. Ciò posto, deve notarsi che le conseguenze di tale inosservanza sono tuttora dibattute: taluni ritengono che l'atto compiuto sia inficiato da una nullità rilevabile dalla sola parte interessata<sup>49</sup>; altri, invece, sostengono che la nullità dell'atto sia condizionata da una valutazione discrezionale del magistrato<sup>50</sup>; infine, altri ancora ritengono che l'atto sia generalmente valido ed efficace<sup>51</sup>. Nell'esiguità del dato normativo, mi pare che la legge si prestasse a letture che impedivano esclusioni categoriche delle suddette alternative. Con

---

<sup>46</sup> Così N. PICARDI, *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, p. 218.

<sup>47</sup> Si veda S. MENCHINI, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2013, p. 1021, il quale osserva che la conseguenza dell'inosservanza del termine dilatorio «non è mai l'estinzione del potere processuale, il quale, anzi, può essere esercitato di nuovo, in modo proficuo, una volta che sia maturato il termine».

<sup>48</sup> Per un'analisi degli elementi di uguaglianza e discrepanza tra termini ordinatori e perentori, si veda N. PICARDI – R. MARTINO, voce *Termini (diritto processuale civile)*, *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, p. 5.

<sup>49</sup> V. ANDRIOLI, voce *Preclusione (diritto processuale civile)*, cit., p. 568; E. REDENTI, voce *Atti processuali*, cit., p. 139.

<sup>50</sup> C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, pp. 35 e ss; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2006, p. 426.

<sup>51</sup> In questo senso, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, rist. 1966, p. 532; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., p. 220; D. GROSSI, voce *Termine (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 245; F. MARELLI, *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, cit., p. 10. In questo senso, se non erro, Cass. 2 settembre 1995, n. 9288; *contra*, nel senso che il termine ordinatorio non prorogato prima della scadenza e lasciato inutilmente scadere abbia i medesimi effetti preclusivi dei termini perentori, si veda *ex plurimis*, Cass. 19 gennaio 2005, n. 1064).

l'entrata in vigore della legge 18 giugno 2009, n. 69, il legislatore ha però chiarito la natura dei termini ordinatori; in effetti, collocando l'istituto della rimessione in termini (ossia lo strumento idoneo a superare la decadenza) all'interno dell'art. 153 c.p.c., si è definitivamente sancita l'estraneità del fenomeno preclusivo a termini differenti da quelli perentori.

Poste queste premesse è possibile procedere con la scomposizione dei fattori che integrano questa causa preclusiva; come si dirà, l'intero funzionamento di questa fattispecie ruota attorno al concetto di inerzia, ossia al prolungarsi di una inattività per un arco temporale predeterminato<sup>52</sup>. In virtù di questa prima definizione è possibile affermare che la tardività preclusiva si fonda sul rapportarsi di due fattori, ossia sull'inattività e sul momento ultimo per l'esercizio del potere.

Per quanto attiene all'inattività, le fattispecie decadenziali intervengono nella sola eventualità in cui la perdita del potere consegua ad un'effettiva e prolungata inoperosità<sup>53</sup>; pertanto, tutte quelle fattispecie definite di "decadenza indiretta" non dovrebbero costituire ipotesi di tardività preclusiva<sup>54</sup>.

Inoltre, guardando all'elemento soggettivo e, in particolare, alla volontarietà e consapevolezza della condotta omissiva, deve rilevarsi che, diversamente da quanto detto per l'incompatibilità preclusiva, l'inerzia deve essere valutata oggettivamente – come fatto giuridico autonomo in senso stretto<sup>55</sup> – senza interrogarsi sulla presenza di una sottostante volontà in capo al soggetto attivo.

---

<sup>52</sup> Si veda A. VITALE – M.M. LAZZARA, voce *Decadenza (diritto processuale civile)*, cit., p. 2, i quali ritengono che «il profilo strutturale della decadenza è costituito dal concorso dei due elementi del mancato esercizio del potere o della facoltà processuale e del termine perentorio»; nello stesso senso, V. TEDESCHI, voce *Decadenza (dir. e proc. civ.)*, cit., p. 776.

<sup>53</sup> Si veda C.E. BALBI, *La decadenza nel processo civile di cognizione*, cit., p. 12, il quale definisce l'inattività come «uno stato di inoperosità perdurante nel tempo».

<sup>54</sup> Il concetto di decadenza indiretta, essenzialmente frutto della ritrosia nei confronti dell'istituto della preclusione (si veda per esempio, S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1987, p. 243), risulta particolarmente artificiosa: fattispecie come la "decadenza" da non riproposizione di domande e eccezioni non accolte in appello (art. 346 c.p.c.) sono più facilmente inquadrabili nel concetto d'incompatibilità preclusiva, riguardando condotte in aperto contrasto con il potere soggetto a preclusione.

<sup>55</sup> Sulla possibilità di concepire lo scorrere del tempo come un fatto giuridico, si veda D. GROSSI, voce *Termine (diritto processuale civile)*, cit., p. 235, spt. nota 9; N. PICARDI, *Per una sistemazione dei termini processuali*, cit., p. 219. Si tratta, in particolare, di un fatto giuridico autonomo rispetto agli ulteriori elementi della fattispecie; «il termine opera dall'esterno rispetto alla fattispecie

Dalla completa autonomia del fatto giuridico “inerzia” discende poi l’irrelevanza dell’irrituale esercizio del potere; in tal senso, il soggetto che eserciti malamente una facoltà, ponendo in essere un atto nullo, non impedirà il verificarsi della decadenza poiché l’estinzione della situazione giuridica «opera in base al semplice decorso del termine privando la parte del potere di compiere l’atto, se ancora non lo ha compiuto, o del potere di rinnovarlo, se l’atto sia stato posto in essere e, eventualmente, sia nullo»<sup>56</sup>.

Passando all’analisi del secondo elemento, ossia al metodo d’individuazione del *punctum temporis* di sopravvenienza dell’estinzione, le tecniche utilizzate per la sua individuazione sono piuttosto eterogenee; sfogliando il codice di rito è possibile riscontrare il recepimento normativo di termini *estrinseci* e *intrinseci* per l’esercizio delle prerogative di parte<sup>57</sup>. Nel primo caso, le disposizioni prevedono che l’atto debba essere compiuto, a pena di decadenza, in un certo tempo fisso (30 giorni, 6 mesi, ecc.)<sup>58</sup>; nel secondo, invece, il legislatore non si avvale di una

---

costitutiva del potere ed all’atto, con assoluta indipendenza» (con queste parole, S. MENCHINI, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, cit., p. 1027; nello stesso senso, N. PICARDI – R. MARTINO, voce *Termini (diritto processuale civile)*, cit., pp. 4-5).

<sup>56</sup> In questo senso, N. PICARDI, *Per una sistemazione dei termini processuali*, cit., p. 220, il quale nega altresì che tale conclusione possa giustificarsi in forza dell’equipollenza tra commissione di un atto nullo e omissione dello stesso (come, invece, suggerisce G. SABATINI, voce *Decadenza*, in *Nss. D.I.*, V, Torino, 1975, p. 243). Sul punto, si vedano, con opinioni anche discordanti, G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, p. 676, e C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi Redenti*, I, Milano, 1951, pp. 436 e ss. Peraltro, l’irrelevanza del compimento dell’atto nullo non può essere contraddetta dalla previsione di ipotesi in cui la rinnovazione-sanatoria di atti nulli ha efficacia retroattiva; queste ipotesi (si veda, ad esempio, l’art. 182 c.p.c.) costituiscono infatti delle eccezioni alla regola generale e presuppongono l’intervento del giudice per potersi realizzare.

<sup>57</sup> L’ampiezza dell’istituto processuale della decadenza è ben descritto da C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, p. 261, i quali affermano che «la decadenza è (...) fenomeno che consegue (...) al fatto che l’atto non sia stato compiuto nel momento previsto per esso dalla legge; il che può accadere, oltre che (come si è visto) quando non sia rispettato il termine finale, anche quando sia mancata l’osservanza della preordinata sequenza degli atti; così, ad es., quando la legge dispone che un atto debba compiersi in concomitanza o comunque non oltre il compimento di un altro atto o nell’ambito di un grado o di una fase del processo o comunque nell’ambito dell’iter processuale».

<sup>58</sup> Questa fattispecie – che è certamente la più diffusa – è stata per esempio utilizzata dai *conditores* per la decadenza dal potere di proporre appello avverso la sentenza di primo grado. Dal combinato disposto degli artt. 325 e seguenti c.p.c. è possibile ad esempio dedurre che il potere di proporre il gravame viene meno con l’inosservanza del termine di giorni trenta decorrenti dalla notifica della sentenza di prime cure.

predeterminazione temporale, ricorrendo a diverse modalità per la sua individuazione<sup>59</sup>.

In definitiva, la tardività preclusiva si compone di un'ampia serie di ipotesi decadenziali che producono la perdita di potere per l'inattività del soggetto processuale; nella loro determinazione, il legislatore si è avvalso di diversi congegni logici normativi che possono addirittura agire al di fuori del singolo grado di giudizio.

Riassumendo, può affermarsi che costituiscono causa di preclusione: a) il compimento di un'attività incompatibile con l'esercizio di un potere; b) l'intervenuta consumazione di un potere; c) il decorso infruttuoso del tempo fissato per l'esercizio di un potere<sup>60</sup>. Come dimostrato, la distinzione si basa essenzialmente sull'elemento generatore dell'impedimento: nel primo caso, la preclusione discende dall'esercizio di una prerogativa che legittima un facere commissivo differente ed incompatibile con il potere processuale; nel secondo, l'impedimento è frutto dell'esercizio del

---

<sup>59</sup> Una tecnica peculiare è stata per esempio utilizzata per la delimitazione di alcune prerogative difensive del convenuto; così, ai sensi degli artt. 166 e 167 c.p.c., il convenuto – qualora intenda avvalersi di una domanda riconvenzionale – deve proporla, a pena di decadenza, con la comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata in cancelleria. Anche nella procedura esecutiva – accanto a termini estrinseci – si è talvolta fatto ricorso a fattispecie di carattere peculiare; ad esempio, all'udienza di audizione ai sensi dell'art. 530 c.p.c., le parti devono proporre – a pena di decadenza – le opposizioni agli atti esecutivi se non sono già decadute dal diritto di proporle. Non troppo dissimilmente il momento in cui viene disposta la vendita o l'assegnazione a norma degli artt. 530, 552 e 569 c.p.c. determina la decadenza dal potere di proporre l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.

<sup>60</sup> Tale classificazione non è troppo differente da quella effettuata da G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, II, I, cit., pp. 479-480. Nello stesso senso, si vedano G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, cit., p. 233, e L. MONTESANO – G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 1993, p. 171. Una catalogazione parzialmente differente è stata recentemente suggerita da F. BARTOLINI, *Eccezioni e preclusioni nel processo civile*, Milano, 2015, p. 11; secondo l'A. la preclusione si dovrebbe verificare quando «la parte ha perduto la possibilità di compiere nel processo una determinata attività a causa: a) dell'omesso o tardivo esercizio di una facoltà o di osservanza di un onere; b) dall'irritualità dell'attività eseguita, che ne determina l'improduttività degli effetti; c) dalla già avvenuta consumazione del potere da esercitare». Tale classificazione, che fa emergere una particolare causa preclusiva precedentemente non identificata (lett. b), omette però di dare rilevanza ad un altro fenomeno preclusivo, l'incompatibilità preclusiva, che ha avuto rilevante riscontro nel codice di rito. Non ritiene, invece, che costituisca causa di preclusione la consumazione di un potere processuale V. ANDRIOLI, voce *Preclusione (diritto processuale civile)*, *op. loc. ult. cit.*; i motivi della mancata indicazione di questa ipotesi tra le cause preclusive discendono dal pensiero dell'A. di ricollegare questo impedimento al fenomeno del *ne bis in idem* e non alla preclusione come fenomeno propriamente processuale (per ulteriori delucidazioni sul suo pensiero, si veda V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 447).

potere medesimo; infine, nel terzo, la preclusione è causata dall'inerzia protrattasi nel tempo.

Terminata questa breve analisi, è possibile ora soffermarsi su un problema comune a tutte le fonti preclusive, ossia sul ruolo ricoperto dalla legge nella loro determinazione. Alcuni autori, preoccupati dell'incisività della preclusione, ritengono che la materia sia assoggettata ad una vera e propria riserva di legge<sup>61</sup>.

Sotto un certo punto di vista, le conclusioni della dottrina più cauta possono condividersi per l'individuazione delle ipotesi di tardività; effettivamente, in riferimento al fenomeno decadenziale, non può negarsi la centralità del ruolo riservato alla legge, considerata altresì la riserva esplicita contenuta nell'art. 152 del codice di rito<sup>62</sup>. D'altro canto, l'individuazione del momento di estinzione del potere, in assenza di qualsiasi attività del suo titolare, presuppone un bilanciamento di valori costituzionali tipico della politica legislativa.

A mio avviso, le suddette osservazioni non sono valide per le altre fattispecie, ossia per la consumazione e l'incompatibilità preclusiva; infatti, tali interdizioni, diversamente dalla decadenza, possono logicamente desumersi dai concreti sviluppi processuali<sup>63</sup>.

La consumazione propriamente detta costituisce un fenomeno di carattere generale che prescinde da una pregnante e puntuale tipizzazione normativa<sup>64</sup>;

---

<sup>61</sup> Recentemente G. FELLONI, *Consumazione del potere di integrare una memoria istruttoria nel rispetto dei termini*, cit., p. 2654; più permissivo, invece, A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale* (a cura di L. MARAFIOTI – R. DEL COCO), Torino, 2012, p. 26.

<sup>62</sup> La disposizione, rubricata "Termini legali e termini giudiziari", specifica che «1. I termini per il compimento degli atti del processo sono stabiliti dalla legge; possono essere stabiliti dal giudice anche a pena di decadenza, soltanto se la legge lo permette espressamente. 2. I termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiara espressamente perentori». L'imposizione di un termine perentorio deve comunque avere origine legale, così D. GROSSI, voce *Termine (diritto processuale civile)*, cit., p. 237; si cfr. con L. CARLI, *Termini (diritto processuale penale)*, in *Nss. D.I.*, XIX, Torino, 1973, p. 130, spt. nota 9.

<sup>63</sup> Si veda F. MARELLI, *La trattazione della causa nel regime della preclusione*, cit., p. 12, il quale, scettico verso l'autonomia concettuale di preclusione ma favorevole al concetto di decadenza "omnicomprensiva", specifica che una comminatoria di legge non è necessaria nei casi in cui la perdita del potere sia desumibile dalla successione logica degli atti del processo.

<sup>64</sup> D'altro canto, anche Tarzia (G. TARZIA, *La conversione del pignoramento con versamento rateale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, pp. 28 e ss.), ben prima dell'entrata in vigore dell'attuale comma 7° dell'art. 495 c.p.c., mentre la giurisprudenza si esprimeva in senso contrario, riteneva già applicabile

nell'ipotesi *de qua*, l'indicazione legislativa di un'ipotesi di consumazione comporta soltanto una precisazione della situazione soggettiva attribuibile all'agente, una specificazione della natura non frazionabile del potere processuale.

La preclusione da consumazione, così come la regola del *ne bis in idem* ad essa sottesa, non può essere oggetto di politiche legislative poiché è frutto di «un'esigenza logico-giuridica»<sup>65</sup> ed è connaturata al concetto di procedimento stesso<sup>66</sup>. Una volta che sia stato individuato un qualsiasi potere processuale infrazionabile e uno *standard* qualitativo minimo affinché tale potere possa dirsi esercitato, la preclusione da consumazione impedirà la reiterazione dell'atto poiché la prerogativa della parte è definitivamente venuta meno. A favore di questa interpretazione milita anche l'espressa tipizzazione di alcune ipotesi eccezionali in cui la consumazione non opera<sup>67</sup>.

Un discorso specifico deve poi essere sviluppato anche per l'incompatibilità preclusiva; in questo caso, infatti, accanto ad ipotesi in cui l'incompatibilità è

---

la preclusione da consumazione all'istanza di conversione riproposta a seguito di una prima declaratoria d'inammissibilità. *Contra*, nel senso che le preclusioni da consumazione necessitano di un'espressa comminatoria, G. FELLONI, *Consumazione del potere di integrare una memoria istruttoria nel rispetto dei termini*, cit., pp. 2645 e ss.

<sup>65</sup> Secondo A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, p. 33, «alla base del *ne bis in idem* vi è un'esigenza logico-giuridica, giacché da un lato un atto, una volta che sia stato compiuto ed abbia prodotto un determinato effetto giuridico, non può essere ripetuto per mancanza di oggetto o, se si vuole, di causa, dall'altro il potere di provocare una modificazione nel mondo giuridico, dopo che sia stato efficacemente esercitato dando luogo a quel dato mutamento, viene a mancare del suo oggetto, non ha quindi più ragione d'essere e si estingue *naturalmente*».

<sup>66</sup> Sul punto di veda V. ANDRIOLI, *Il principio del ne bis in idem e la dottrina del processo*, in *Annali triestini*, 1941, pp. 270 e ss., il quale ritiene che, da un lato, un dato atto non possa essere validamente compiuto più di una volta e, dall'altro, che la presenza dell'atto di esercizio del potere costituisca un ostacolo per la sua ripetizione. Si cfr. anche con E. GRASSO, *L'interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, cit., p. 7, il quale specifica come la sequenza degli atti procedurali sia «caratterizzata da una *progressione* che come tale comporta: a) che sia determinata l'attività iniziale indispensabile per l'apertura della serie; b) che l'attività precedente si ponga normalmente quale condizione della susseguente; c) *che quest'ultima sia un'attività nuova e diversa rispetto alla precedente*» (il corsivo non è presente nel testo).

<sup>67</sup> Così, ad esempio, il legislatore ha previsto che il rigetto con decreto motivato della domanda di ingiunzione ai sensi dell'art. 640 c.p.c. non pregiudichi la possibilità di riproporre la domanda anche in via ordinaria; non troppo diversamente, il decreto ingiuntivo concesso ma divenuto inefficace per mancata notifica *ex art. 644 c.p.c.* non pregiudica la riproposizione della domanda. Infine, il provvedimento cautelare negativo ai sensi dell'art. 669*septies* – a determinate condizioni – non pregiudica la riproposizione del ricorso cautelare.



formale, poiché individuata dal testo di legge, ve ne sono delle ulteriori, di carattere sostanziale, che dipendono dal rapporto intercorrente tra il potere soggetto a preclusione e il pregresso atto compiuto<sup>68</sup>. In definitiva, la normativa assume una funzione identificatrice in solo alcune delle fattispecie rilevanti: accanto ad ipotesi d'incompatibilità sostanziale in cui la perdita della prerogativa è connaturata ad una palese incompatibilità logico-giuridica tra i poteri coinvolti (es. acquiescenza propria ex art. 329, comma 1, c.p.c.), ve ne sono altre in cui il legislatore ha normativamente accentuato e formalizzato il carattere di incompatibilità per trasformare la contrapposizione di poteri in uno strumento di politica processuale (ciò è avvenuto, per esempio, con la preclusione al potere di proporre regolamento facoltativo di competenza a seguito di previa proposizione di un mezzo di impugnazione ordinario ai sensi dell'art. 43 comma 2 c.p.c.). La differenza tra le due fattispecie è sottile, ma percettibile: nel primo caso, il legislatore ha chiarito l'esistenza di un'incompatibilità logica preesistente; nel secondo caso, un'incompatibilità difficilmente intellegibile dal punto di vista logico è stata esaltata in via normativa. Altre volte ancora, il legislatore non ha preso posizione in modo esplicito lasciando all'interprete la possibilità di cogliere la sussistenza di un'ipotesi d'incompatibilità (così, ad esempio, in riferimento all'impossibilità di proporre impugnazione una volta riservato il suo differimento).

### 3) LE PRECLUSIONI E IL DIVIETO DI NOVA IN GRADO D'APPELLO

Accertato che il fenomeno preclusivo può assumere tre differenti volti, possiamo ora trattenerci sul divieto di *nova* in appello per ipotizzare la sua riconducibilità ad una delle suddette fonti. In questa fase, ritengo ancora possibili valutazioni di carattere generale che potranno applicarsi complessivamente al divieto di *nova* e non solo all'interdizione istruttoria.

---

<sup>68</sup> Come accennato nel testo, la distinzione tra incompatibilità formale e sostanziale è colta da S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1953, p. 144, il quale, però, negando l'esistenza del fenomeno generale della preclusione, considera queste fattispecie come ipotesi di termini naturali o intrinseci al fine di ricondurle all'istituto della decadenza propriamente detta.

Innanzitutto, per quanto scontato possa apparire, deve specificarsi che, in un contesto governato dal fenomeno preclusivo, l'esercizio dei poteri processuali può subire limitazioni non solo nel primo grado, ma anche nelle successive fasi d'impugnazione. In effetti, come nel giudizio di prime cure, anche in appello le prerogative dei soggetti sono scandite da eterogenee fattispecie interdittive. La loro incisività è varia: alcune di esse esauriscono i propri effetti all'interno di un singolo grado; altre, invece, coinvolgendo diverse fasi processuali, influiscono sull'intero espletarsi del procedimento<sup>69</sup>.

Alla categoria delle preclusioni con efficacia meramente infra-graduale possono ascrivere le fattispecie in cui tutti i fattori del meccanismo interdittivo sorgono, si sviluppano e producono i propri effetti all'interno di un singolo grado di giudizio; la principale funzione di queste preclusioni è quella di concentrare l'esercizio dei poteri al fine di giungere celermente al provvedimento decisionale<sup>70</sup>. Soffermandosi sull'appello e limitando l'indagine all'essenziale, deve riferirsi che, nel regolare questi impedimenti, il legislatore è ricorso ad un sistema misto che rinvia alla normativa del primo grado di giudizio, subordinandone l'applicazione all'accertata compatibilità con la disciplina dell'impugnazione<sup>71</sup>. Il divieto di *nova*, essendo

---

<sup>69</sup> Si è parlato di preclusioni "interne" per contraddistinguerle da quelle "esterne" che operano oltre lo specifico grado di giudizio; sul punto si veda F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010, pp. 79 e ss.; questa bipartizione è altresì citata da B. SASSANI, Sub art. 52, in *La riforma del processo civile* (a cura di C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI), Milano, 1991, p. 274.

<sup>70</sup> La concentrazione procedimentale – di controversa derivazione chiovendiana (sul punto ampiamente, G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, pp. 62 e ss.; a conferma delle opinioni dell'A. si veda G. CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, p. 417; ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pp. 680 e ss.) – «si oppone ad ogni eventualità di spezzamento del processo», così, G. TESORIERE, *Diritto processuale del lavoro*, Milanofiori-Assago, 2012, p. 89.

<sup>71</sup> Il sistema misto di cui si parla nel testo si fonda su due disposizioni di massima rilevanza: l'art. 347 – rubricato *Forme e termini della costituzione in appello* – laddove prevede che "1. La costituzione in appello avviene secondo le forme e i termini per i procedimenti davanti al tribunale. 2. L'appellante deve inserire nel proprio fascicolo copia della sentenza appellata. 3. Il cancelliere provvede a norma dell'articolo 168 e richiede la trasmissione del fascicolo d'ufficio al cancelliere del giudice di primo grado" nonché l'art. 359 – rubricato *Rinvio alle norme relative al procedimento davanti al tribunale* – ove si specifica che "1. Nei procedimenti d'appello davanti alla corte o al tribunale si osservano, in quanto applicabili, le norme dettate per il procedimento di primo grado davanti al tribunale, se non sono incompatibili con le disposizioni del presente capo". Nel

estraneo a queste dinamiche e ponendosi a cavallo tra il primo e il secondo grado di giudizio, non mi sembra inquadrabile in questa tipologia di preclusione. Tuttalpiù, considerata la sua vocazione ad operare a cavallo di gradi differenti, si potrebbe ipotizzarne la riconducibilità alla diversa categoria delle preclusioni extragraduali e, nello specifico, ad un'ipotesi di tardività preclusiva<sup>72</sup>. Per accertare la bontà di detta ricostruzione, occorrerà ricercare tutti gli elementi costitutivi delle decadenze (ossia la sussistenza di poteri processuali che spirino per un'inerzia delle parti protrattasi nel tempo) all'interno della normativa.

Tra tutte le disposizioni che regolamentano lo *ius novorum*, l'analisi muoverà dall'art. 345 c.p.c., che disciplina l'impedimento nel rito ordinario; difatti, sebbene il divieto di *nova* caratterizzi tutti i processi di cognizione, la funzione di archetipo riservata all'appello ordinario nel sistema processuale vigente consiglia di intraprendere la ricerca dalla sua regolamentazione, specificando poi le particolarità del rito del lavoro e del rito sommario<sup>73</sup>.

---

complesso, i meccanismi tratteggiati dal combinato disposto delle suddette norme risultano essere articolati e complessi; sul punto si vedano le valutazioni di A. TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, pp. 533 e ss.; C. FERRI, *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XII, appendice, Torino, 1995, pp. 571-572; C. CONSOLO, *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo*, in *Jus*, 1997, pp. 92 e 98. Si veda altresì G. TARZIA, *I provvedimenti urgenti sul processo civile approvati dal Senato*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 750, il quale osservava che il richiamo all'approvanda normativa sul primo grado sarebbe stato idoneo a garantire l'espletamento delle nuove difese ammesse in secondo grado, nonché A. VALITUTTI – F. DE STEFANO, *Le impugnazioni nel processo civile*, II, Padova, 1996, p. 149, i quali osservano che il modello adottato è conforme al principio di concentrazione.

<sup>72</sup> Nel senso che il divieto di *nova* in appello costituisca un fenomeno preclusivo, si vedano espressamente G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, I, cit., p. 483; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 44; ID. voce *Preclusione* (dir. proc. civ.), cit., p. 560. Limitatamente al divieto di nuove domande si veda anche A. BONSIGNORI, *Il divieto di nuove domande e eccezioni in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 75 e ss.

<sup>73</sup> Nonostante la scelta di focalizzare l'attenzione sull'art. 345 c.p.c., per ragioni di completezza sembra opportuno segnalare la normativa sui *nova* applicabile al processo del lavoro e al rito sommario di cognizione. In primo luogo, l'art. 437, comma 2, c.p.c. – in tema di *nova* nel processo del lavoro – specifica che «non sono ammesse nuove domande ed eccezioni. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova, tranne il giuramento estimatorio, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa. È salva la facoltà delle parti di deferire il giuramento decisorio in qualsiasi momento della causa». In secondo luogo, l'art. 702*quater* c.p.c., secondo periodo, specifica che «sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene indispensabili ai fini della decisione, ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile». Sulla normativa

La suddetta disposizione, rubricata “Domande ed eccezioni nuove”, si compone di tre commi che prevedono: «1. Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa.

2. Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio.

3. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio».

Una semplice lettura del dato normativo consente di individuare il primo elemento, ossia l'incidenza della disposizione su alcune prerogative delle parti e, nello specifico, sui poteri di introdurre nuove domande, proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e proporre nuove istanze istruttorie.

Malgrado la facile reperibilità del primo fattore, gli ulteriori elementi della fattispecie (ossia l'inattività/inerzia del soggetto e il *punctum temporis* di sopravvenienza della preclusione) appaiono di difficile rintracciabilità; a parer mio, tale complessità discende soprattutto dalla tecnica redazionale della disposizione. Infatti, nel predisporre l'art. 345 c.p.c., il legislatore ha deviato dall'usuale dispositivo di attribuzione transitoria del potere, prediligendo il differente meccanismo del divieto operante in un determinato arco temporale (il giudizio d'appello).

Nonostante ciò, i succitati elementi potrebbero comunque ricavarsi dal requisito della “novità” delle difese; effettivamente, tale qualità presuppone – da un lato – un'astensione dall'esercizio del potere e – d'altro – il protrarsi di detta inezia per

---

applicabile a questi riti speciali, si tornerà nel corso della trattazione per far emergere le differenze col rito ordinario (vedi *infra* cap. 3).

tutto il giudizio di prime cure<sup>74</sup>. Mi sembra quindi corretto affermare che, in riferimento al divieto di *nova* in appello, la tardività preclusiva consegue alla chiusura del precedente grado di giudizio e al passaggio della causa al grado superiore<sup>75</sup>.

Benché le sue peculiarità siano innegabili, il divieto di *nova* in appello dovrebbe collocarsi tra le ipotesi di tardività preclusiva; come si è anticipato, infatti, i meccanismi decadenziali possono fondarsi su congegni logici differenti da quello più diffuso dei termini perentori.

In verità, l'eterogeneità del fenomeno decadenziale dipende soprattutto dalla varietà degli strumenti di determinazione dell'ultimo momento utile per l'esercizio delle prerogative processuali; in via esemplificativa, si è già riferito di come i *conditores* abbiano talvolta preferito individuare il *punctum temporis* dell'estinzione del potere ricollegandolo alla consumazione di una diversa facoltà processuale oppure alla conclusione di una fase anteriore della procedura.

Acclarata la sussistenza degli elementi costitutivi della decadenza, almeno due specificazioni si rendono necessarie.

In primo luogo, affinché la preclusione intervenga, occorre che l'atto possa effettivamente compiersi nel corso del primo grado di giudizio. Questa osservazione, per quanto scontata possa apparire, permette di escludere dall'ambito di operatività del divieto di *nova* le cd. difese sopravvenute<sup>76</sup>, esentandole dall'interdizione e concedendo loro un regime differenziato dalle difese esercitabili ma non esercitate.

In secondo luogo, la preclusione dovrebbe incidere soltanto sui poteri realmente fruibili (e quindi sulle difese esperibili) sino all'udienza di cui all'art. 189 c.p.c., ossia all'udienza di precisazione delle conclusioni del primo grado di giudizio; al

---

<sup>74</sup> Se quanto riferito nel testo sembra pacifico, occorre specificare che il requisito della "novità" (che rende applicabile la normativa sui *nova*) dovrà poi essere attentamente vagliato in riferimento ad ogni potere coinvolto. Particolarmente complessa è la definizione del concetto di "nuova prova", sul quale ci si soffermerà diffusamente nel prossimo capitolo (*infra* cap. 2).

<sup>75</sup> In questi termini, C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 517 e ss.

<sup>76</sup> Sulle difese sopravvenute ci si soffermerà maggiormente *infra* cap. 2.

contrario, se si tenesse conto dell'effettiva chiusura del grado, tutte le difese divenute deducibili tra detta udienza e la pronuncia del provvedimento finale si assoggetterebbero ad un regime ingiustamente deteriore rispetto a quelle sopravvenute all'emissione della sentenza<sup>77</sup>.

L'accertamento della natura preclusiva del divieto di *nova* sollecita però un chiarimento sul rapporto intercorrente tra questa fattispecie e le decadenze maturate nel corso del primo grado di giudizio.

Sul punto, si sono essenzialmente sviluppate due diverse interpretazioni che incidono sulla portata delle disposizioni in tema di *ius novorum*: la prima tesi,

---

<sup>77</sup> L'anticipazione suggerita nel testo sembra ragionevole giacché, in udienza di precisazione delle conclusioni, maturano altresì le definitive preclusioni all'introduzione di nuove difese in primo grado (così, C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2016, p. 152, specificano che «la precisazione delle conclusioni segna l'estremo limite di ogni preclusione»; in effetti, dopo l'espletamento di tale udienza le parti sono impossibilitate a «modificare o integrare, anche per una sola parola, il testo delle conclusioni, così come precisate». Eventuali modifiche apportate alle conclusioni non si devono considerare e il giudice non ha neppure l'obbligo di pronunciarsi su di esse - così, Cass. 3 aprile 1987, n. 3234). Sovrapponendo la preclusione infra-grado a quella extra-grado del divieto di *nova*, si dovrebbe garantire il diritto di difesa: le difese sopravvenute alla precisazione delle conclusioni non sarebbero assoggettate all'art. 345 c.p.c. e non dovrebbero neppure scontrarsi con la preclusione da giudicato che agisce nei limiti di quanto deducibile al momento della precisazione delle conclusioni. Come è stato correttamente osservato dal Luiso (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit, pp. 182 e ss.), «dal momento della precisazione delle conclusioni inizia la divaricazione tra la realtà effettiva e quella rilevante per la decisione, perché, dei fatti nuovi che si verificano dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni, il giudice non può tener conto in sede di decisione. Ciò, peraltro, costituisce un inconveniente da supportare (...). Il rischio è che, altrimenti, non si deciderebbe mai, perché - giunti alla fase decisoria - potrebbero sempre essere allegati nuovi fatti sopravvenuti, il che costringerebbe a rimettere la causa nella fase di trattazione-istruttoria, all'infinito. Le discrepanze tra la situazione di fatto, su cui si fonda la decisione, e quella effettivamente esistente possono eventualmente essere recuperate in un successivo processo». Tali valutazioni dovrebbero rimeditarsi se si accogliesse quella giurisprudenza di Cassazione che ha ipotizzato una riapertura del contraddittorio e una rimessione della causa sul ruolo in primo grado per la sopravvenienza di nuovi fatti dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni (così, Cass. 14 febbraio 1995, n. 1591). A mio avviso, sarebbe comunque preferibile tener fermo il termine dettato dall'udienza; infatti, anticipando a questo momento il sorgere della preclusione, si eviterebbe altresì di forzare il dato normativo creando una fattispecie di "rimessione sul ruolo" non prevista normativamente. Inoltre, se si sostenesse la tesi di Cassazione, si dovrebbe altresì riconoscere che - nelle attività successive a detta udienza (scambio scritti conclusivi e eventuale discussione orale) - le parti possano introdurre fatti sopravvenuti alterando le conclusioni già precisate (cosa che non sembra contemplata, ad esempio, da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit, p. 172, il quale ammette unicamente la possibilità di sviluppare «nuovi profili di diritto (...) purché tale diversa impostazione non presupponga l'allegazione in giudizio di fatti nuovi»).

condivisa dalla giurisprudenza<sup>78</sup> e da una parte minoritaria della dottrina<sup>79</sup>, ritiene che le decadenze maturate in primo grado siano “ultrattive” e continuino a produrre i propri effetti; la seconda, invece, sostenuta dalla dottrina maggioritaria<sup>80</sup>, esclude il protrarsi della loro operatività. La scelta di aderire ad una tesi, piuttosto che all’altra, non è priva di conseguenze e ricade ingentemente sulla portata del divieto di *novum* istruttorio: nel primo caso, gli spiragli di fruibilità del potere dovranno vagliarsi alla luce di una duplice interdizione; nel secondo, invece, il loro esercizio sarà soggetto alla sola disciplina sullo *ius novorum*.

Tentando una lettura coerente del sistema delle preclusioni, dovrebbe notarsi che, se le decadenze di primo grado fossero realmente “ultrattive”, la normativa sui *nova* in appello – fatta salva la parte in cui sancisce le deroghe al divieto – finirebbe con l’essere un’inutile duplicazione<sup>81</sup>. A ben guardare, tale disciplina sarebbe finanche lacunosa là dove si limita a sancire la non proponibilità di nuove domande quando le preclusioni in prime cure impedivano persino la modifica o la precisazione delle domande già proposte<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Si vedano – in materia di processo del lavoro – Cass., 20 gennaio 2003, n. 755, in *Corr. Giur.*, 2003, pp. 913 e ss. nonché Cass., ss.uu., 20 aprile 2005, n. 8202 e Cass., ss.uu., 20 aprile 2005, n. 8203, in *Foro it.*, I, cc. 1690 e ss.

<sup>79</sup> G. RUFFINI, *Nuove produzioni documentali in appello e poteri istruttori del giudice nel rito ordinario e in quello del lavoro*, in *Corr. Giur.*, 2003, pp. 918 e ss., spt. p. 922. Si veda anche L. MONTESANO – R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1978, p. 225.

<sup>80</sup> C.M. CEA, *Principio di preclusione e nuove prove in appello*, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 2720 e ss.; G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, cit., pp. 106 e ss.; in senso dubitativo, A. MENGALI, *I nova in appello*, in *Le impugnazioni civili* (a cura di F.P. LUIISO – R. VACCARELLA), Torino, 2013, p. 233. In riferimento alle nuove prove, G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1987, p. 232, n. 31, il quale specifica che «l’ulteriore restrizione all’ammissione (...) di nuove prove non appare fondata, sia perché il legislatore ha costruito in modo autonomo il regime delle preclusioni in ciascuno dei due gradi di giudizio, sia perché le preclusioni maturare per le parti non formano ostacolo all’esercizio dei poteri istruttori officiosi»; conformemente, A. TEDOLDI, *Appello civile*, Torino, 2016, p. 337.

<sup>81</sup> In tal senso, G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, cit., p. 107. Cfr. A. BONSIGNORI, *Il divieto di domande e di eccezioni nuove in appello*, cit., p. 68.

<sup>82</sup> Questa osservazione è di G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, cit., p. 107.

Nonostante la rinvenibilità di tale conclusione nel dato testuale, taluno ha cercato di giustificare l'ultrattività specificando che sarebbe sistematicamente implausibile «una lettura elastica delle avvenute preclusioni, legittimante “movimenti a ritroso” del primo grado di giudizio»<sup>83</sup>. A questa affermazione si può opporre che la rigidità del giudizio di prime cure non comporta necessariamente una netta chiusura del gravame<sup>84</sup>. A dire il vero, il grado d'appello – con il divieto di introdurre nuovi elementi – potrebbe astrattamente essere più elastico considerate altresì le autonome finalità perseguite dell'art. 345 c.p.c.: se le decadenze del primo grado (*rectius* infra-grado) inibiscono progressivamente i poteri delle parti per avanzare verso il naturale epilogo del processo, il divieto di *nova* in appello (decadenza extra-grado) detta una delimitazione alle integrazioni e alle correzioni delle difese previamente sviluppate. Come anticipato, se le decadenze infra-graduali contribuiscono alla concentrazione della procedura, quelle extra-graduali definiscono la natura e l'ampiezza dei poteri di controllo attribuiti alle corti d'appello (sul punto si veda ampiamente § 4).

A ben vedere, l'ultrattività non sembra neppure desumibile dal disposto dell'art. 345, comma 3, c.p.c. nella parte in cui stabilisce l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova e di nuovi documenti che la parte non abbia proposto o prodotto «*nel giudizio*

---

<sup>83</sup> Con queste parole, Cass., ss.uu., 20 aprile 2005, n. 8203, *op. loc. cit.*

<sup>84</sup> Sono di questo avviso G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, cit., p. 107; M. GRADI, *Principio di preclusione, inammissibilità di nova in appello e altri ostacoli alla ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 521; G. RUFFINI, *Nuove produzioni documentali e poteri istruttori del giudice nel rito ordinario e in quello del lavoro*, cit., p. 922; A. TEDOLDI, *Appello civile*, cit., p. 337; V. COLESANTI, *Impugnazioni in generale e appello nella riforma processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, pp. 1066-1067; G.G. POLI, *Il divieto di nuovi documenti in appello*, in *La nuova giustizia del lavoro* (a cura di D. DALFINO), Bari, 2011, p. 283; C. FERRI, *Appello nel diritto processuale civile*, cit., p. 567; F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, cit., pp. 78 e ss. *Contra*, per la necessità di garantire “coerenza sistematica”, G. FABBRINI, *Prime considerazioni sul progetto governativo*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1989, p. 400. In senso diametralmente opposto al pensiero del Fabbrini, C.M. CEA, *Principio di preclusione e nuove prove in appello*, *op. cit.*, cc. 2720 e ss., ritiene che «quanto più in primo grado si accentua l'operatività del principio di preclusione, tanto più occorre, se non largheggiare, quanto meno non prevedere delle griglie troppo rigide nel modellare la disciplina dei *nova* in appello». Cfr. altresì C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, p. 157; A. CERINO CANOVA, *Relazioni alle proposte di riforma del processo civile di cognizione, IV, Le impugnazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, pp. 537 e ss.



di primo grado per causa ad essa non imputabile»<sup>85</sup>: tale richiamo non pare idoneo a fondare l'estensione degli effetti preclusivi, costituendo tutt'al più una deroga normativa ad una diversa interdizione (quella del divieto di *novum probatorio*) che include tutti i poteri istruttori esercitabili nel corso del giudizio di prime cure.

In definitiva, mi sembra che sussistano ragioni sufficienti per risolvere la questione nel senso della non "ultrattività" delle decadenze di prime cure, nell'ottica della loro irrilevanza nei gradi successivi.

Alla luce di quanto affermato, deve ritenersi che le difficoltà applicative ed interpretative che si riscontrano in materia di introducibilità di *ius novorum* in appello dipendano soprattutto dalla sovrapposizione tra le decadenze con effetti infra-grado – che maturano progressivamente nel corso del primo grado di giudizio – ed extra-grado – che si protraggono oltre la sua conclusione; in altre parole, i principali fraintendimenti derivano dal fatto che il divieto di *nova* in appello, incidendo su poteri esercitabili in prime cure, inibisce definitivamente tutta una serie di facoltà che – *medio tempore* – si sono assoggettate ad un regime preclusivo infra-graduale.

#### 4) SEGUE: IL DIVIETO DI NOVA COME FILTRO LIMITATIVO DELLA COGNITIO APPELLATIONIS

Prima di addentrarsi nella tematica dei *nova* istruttori, alcune valutazioni di carattere generale sono spendibili sull'intero art. 345 c.p.c.; nello specifico, all'interno di questo paragrafo, ci si soffermerà sul ruolo che la citata disposizione ricopre negli sviluppi e nella determinazione dei caratteri del gravame.

In precedenza (*supra* § 3), si è accennato che il divieto di *nova* contribuisce a definire la natura e l'ampiezza dei poteri conferiti al giudice dell'impugnazione; in

---

<sup>85</sup> È invece di questo avviso, G. RUFFINI, *Nuove produzioni documentali e poteri istruttori del giudice nel rito ordinario e in quello del lavoro*, cit., pp. 922-923; l'A. ritiene che «il legislatore del 1990 (...), prevedendo quale condizione per l'ammissione di nuovi mezzi di prova l'impossibilità per la parte di dedurre gli stessi in primo grado, ha chiaramente voluto collegare la limitazione del *novum probatorio* in appello al sistema delle preclusioni istruttorie istituite per il giudizio di primo grado».

effetti, agendo come filtro d'inammissibilità per le difese interdette, tale preclusione sancisce un limite alla cognizione della corte d'appello<sup>86</sup>.

Sul piano astratto, le maglie del succitato filtro possono originare differenti modelli di gravame: nel caso in cui le maglie siano ampie e le novità ammesse ingenti, l'appello acquisirà la forma di un gravame-prosecuzione<sup>87</sup> (*novum iudicium*); diversamente, nel caso in cui le maglie siano strette e le novità consentite esigue, l'impugnazione assumerà la struttura di un gravame-riforma (*revisio prioris instantiae*)<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Sulla funzione di limitativa del divieto di *nova*, si veda A. VALITUTTI – F. DE STEFANO, *Le impugnazioni nel processo civile*, II, cit., p. 96. In altra sede (G. PIROTTA, *La crise de l'effet dévolutif dans l'appel civil italien*, in *Revue de la recherche juridique*, 2018, pp. 813 e ss.) ho cercato di dimostrare come il divieto di *nova* svolga questa funzione sostituendosi alla regola generale di corrispondenza tra gli oggetti dei gradi di merito (*tantum devolutum quantum iudicatum*) tuttora ampiamente operante in ordinamenti come quello francese. In questo senso, il ricorso alla preclusione – al pari del fenomeno devolutivo – avrebbe il merito di preservare il principio del doppio grado di giudizio evitando eccessivi ampliamenti della cognizione in appello.

<sup>87</sup> L'apertura del processo ai *nova* imporrebbe al giudice d'appello di decidere nuovamente la controversia alla luce delle novità ammesse e non limitandosi ad una mera revisione di quanto deciso. La dottrina minoritaria riscontra nel reclamo cautelare la sussistenza di questa peculiare tipologia di "gravame"; in particolare, secondo G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, XI, *Le cautele. Il processo cautelare*, Padova, 2011, pp. 1103 e ss., la natura di tipo «"rotario" più che impugnatorio in senso stretto» del reclamo dovrebbe incidere sulle difese sollevabili consentendo «censure (che) possono anche avere ad oggetto o essere fondate su questioni "nuove", non sollevate cioè davanti al primo giudice».

<sup>88</sup> Questa distinzione è condivisa da G. TESORIERE, *Diritto processuale del lavoro*, cit., pp. 271 e ss. Come è stato correttamente osservato da G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002, pp. 295 e ss., alle formule "*novum iudicium*" e "*revisio prioris instantiae*" non è attribuibile un valore assoluto; si cfr. con G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, cit., p. 108, il quale afferma che si tratta «di modelli meramente tendenziali, che in realtà hanno sempre trovato reciproci contemperamenti». Si veda, anche, A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, p. 181, il quale ritiene che il codice del 1940 abbia consegnato l'istituto dell'appello ad una intrinseca e invincibile ambiguità, che invano si tenterebbe di risolvere nella nota antitesi tra *novum iudicium* e *revisio prioris instantiae*; conformemente, N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 49. Particolarmente critico nei confronti di questa classificazione, R. ORIANI, *Sulle eccezioni proponibili in appello*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, p. 740. Sulla distinzione tra i due modelli, E. MARINUCCI – M. ZULBERTI, *L'appello*, in *Diritto processuale civile* (a cura L. DITTRICH), II, Milanofiori Assago, 2019, p. 2639; F. SAIITA, *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 81, il quale osserva che «il criterio distintivo tra le due figure (...) è talvolta individuato nella disciplina dello *ius novorum*, tal'altra nell'oggetto della cognizione del secondo giudice ovvero nel meccanismo di riemersione del materiale di cognizione sulla base del quale si è svolto il primo giudizio, tal'altra ancora, contemporaneamente, in tutti gli anzidetti profili»; egli, invece, ritiene correttamente che la natura del giudizio d'appello possa desumersi dal regime dello *ius novorum*.

Nonostante questa bipartizione astratta, le scelte in concreto abbracciate dal legislatore non hanno mai condotto al pieno recepimento dell'uno o dell'altro modello processuale; al contrario, le riforme susseguitesesi nei decenni hanno periodicamente e ciclicamente ampliato o ridotto lo *ius novorum* in appello. Sarà quindi utile ripercorrere l'evoluzione normativa del gravame al fine di apprezzare l'attuale incidenza del divieto di *nova* sul modello d'impugnazione scelto dai *conditores*.

In origine, il codice di procedura civile del 1865 prevedeva un gravame, chiamato appellazione, caratterizzato dal riconoscimento di ampi poteri innovatori in capo alle parti. La sua regolamentazione legittimava una completa riapertura delle deduzioni di parte, consentendo l'aggiornamento delle preve domande (ossia le richieste di interessi, frutti e accessori maturati dopo la pronuncia della sentenza) nonché la proposizione di nuove eccezioni e di nuove istanze istruttorie<sup>89</sup>. Considerata tale elasticità, il secondo grado di giudizio non poteva che assimilarsi ad *novum iudicium*<sup>90</sup>, funzionale ad ottenere una nuova decisione sull'oggetto del processo di primo grado<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> L'articolo 490 c.p.c. 1865 prevedeva che «1. Nel giudizio di appello non si possono produrre domande nuove; se proposte devono rigettarsi anche d'ufficio. 2. Possono domandarsi gl'interessi, i frutti, gli accessori scaduti dopo la sentenza di prima istanza, e il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. 3. Può proporsi la compensazione, e ogni altra eccezione alla domanda principale. 4. Possono dedursi nuove prove». Per un'interpretazione di questa disposizione si veda P. D'ONOFRIO, voce *Appello civile*, in *Nuovo Dig. It.*, I, Torino, 1937, pp. 575 e ss. Si veda ampiamente, M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916.

<sup>90</sup> In effetti, come osservato da G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 977, il giudizio d'appellazione veniva concepito come «la prosecuzione del giudizio di primo grado nella condizione in cui si trovava prima della chiusura della discussione»; colgono la funzione prosecutoria dell'appellazione, L. MATTIROLLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, IV, Torino, 1896, p. 681; L. MORTARA, voce *Appello civile*, in *Digesto Italiano*, III, 2, Torino, 1890, p. 665; più di recente, A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 266. Nel senso che questo gravame costituisca un *novum iudicium*, N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, p. 18; G. BALENA, *Il sistema delle impugnazioni civili nella disciplina vigente e nell'esperienza applicativa: problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 2001, V, cc. 121 e ss.

<sup>91</sup> Così, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 976, che specifica come l'attenzione del secondo giudice cadesse sul rapporto deciso nel primo grado e solo apparentemente sul provvedimento giurisdizionale. Si veda anche F. CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Studi di diritto processuale*, IV, Padova, 1939, p. 416, nella parte in cui specificava che il riesame della controversia potesse avvenire «sotto tutti gli aspetti che potevano formare oggetto di esame da parte del primo giudice».

La successiva disciplina codicistica del 1942 ha però ridimensionato il gravame determinando una tendenziale chiusura alle nuove difese. Effettivamente, la scelta dei *conditores* è risultata ben più rigida rispetto a quella dell'abrogato codice: ferma l'impossibilità di proporre nuove domande, anche l'introduzione di eccezioni e prove è stata interdetta, salva la sussistenza di un grave motivo accertato dal giudice (art. 345 c.p.c. 1942)<sup>92</sup>. Tale cambiamento ha dato luogo ad un intenso dibattito dottrinale sulla natura e sulla funzione dell'impugnazione. Taluni autori, svalutando la portata innovatrice della normativa, hanno continuato a concepire l'appello come una prosecuzione del primo grado di giudizio<sup>93</sup>. Altri, invece, hanno osservato come le novità introdotte abbiano radicalmente mutato la sua fisionomia; in particolare, sarebbe venuta meno la possibilità di concepire l'impugnazione come una «rinnovazione integrale, in fatto e in diritto, della prima istanza»<sup>94</sup>, caratterizzata dall'uguale ampiezza della cognizione e dalla chiusura a nuovi elementi in appello. Sottolineando quindi l'incisività delle novità normative, la dottrina maggioritaria è giunta alla conclusione che il gravame fosse perlopiù divenuto una *revisio prioris instantiae*<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Il testo dell'art. 345 c.p.c. 1942, rubricato "Domande ed eccezioni nuove" prevedeva che «1. Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove, e se proposte, debbono rigettarsi d'ufficio. Possono però domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. 2. Salvo che esistano gravi motivi accertati dal giudice, le parti non possono proporre nuove eccezioni, produrre documenti e chiedere l'ammissione di mezzi di prova. 3. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio». La possibilità di richiedere il deferimento del giuramento decisorio è giunta sino ai giorni nostri e trova il proprio fondamento nella peculiare natura di questo mezzo di prova; in questo senso, S. SATTA, *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano*, Padova, 1942, p. 110. Per un'analisi dell'evoluzione normativa subita dal divieto di *nova* in appello, si veda M.C. VANZ, *Considerazioni sull'appello dopo le più recenti modifiche della l. n. 134/2012: da novum iudicium a progetto di sentenza?*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, pp. 978 e ss.

<sup>93</sup> Così, *ex multis*, S. COSTA, *Osservazioni sul giudizio d'appello nel progetto Solmi*, in *Studi Saresani*, 1937, pp. 9-10; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, pp. 297 e ss.

<sup>94</sup> Con queste parole, la Relazione al Re al c.p.c. §30, opera attribuita a Piero Calamandrei; il testo è reperibile in A. LUGO – M. BERRI, *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1942, pp. 269 e ss.

<sup>95</sup> In generale, N. JAEGER, *Manuale pratico del processo civile*, Torino, 1941, p. 48; ID., *Diritto processuale civile secondo i nuovi codici*, Torino, 1942, p. 454; G. NAPPI, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1943, II, 2, pp. 976-977; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, pp. 81 e ss. Si vedano anche G. TARZIA – F. DANOVI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014, p. 350, che ricollegano tale trasformazione alla

I connotati assunti dal nuovo appello non erano però destinati a durare nel tempo. Considerata la rigidità del nuovo dato normativo, la reazione degli operatori del diritto fu particolarmente severa; sicché, qualche anno più tardi, la l. 15 luglio 1950, n. 581 riportò il processo ad una maggiore elasticità mediante un allentamento delle preclusioni in appello. Nello specifico, tramite la riscrittura dell'art. 345 c.p.c., venne eliminato il sindacato sui gravi motivi legittimanti l'introduzione tardiva di nuove difese<sup>96</sup>. A distanza di otto anni dall'entrata in vigore del nuovo codice, l'appello riacquisì parzialmente il volto di un *novum iudicium* mediante quell'apertura alle nuove deduzioni che aveva caratterizzato l'appellazione del 1865<sup>97</sup>.

Lo spiraglio riservato ai *nova* in appello, così come l'allentamento generale delle preclusioni, ebbe però effetti dirompenti sull'operato dei tribunali: la possibilità di introdurre liberamente nuove difese in secondo grado generò un progressivo aumentare dell'arretrato e un conseguente prolungamento della durata dei processi<sup>98</sup>.

---

riduzione delle novità ammesse in grado d'appello; nello stesso senso, M. VELLANI, voce *Appello civile*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, pp. 728 e ss.; F. MAZZARELLA – G. TESORIERE, *Guida breve al processo civile riformato*, Padova, 2000, p. 203; E.T. LIEBMAN *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit., p. 300; S. SATTA, *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano*, cit., p. 105; ID., *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, p. 388; M. CONTE, *Le prove civili*, Milano, 2009, p. 805. Si cfr. invece con C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., pp. 23 e 199, il quale ritiene che la natura di *novum iudicium* dell'appello sia venuta meno con l'introduzione dell'art. 346 c.p.c. e con il conseguente affievolimento dell'effetto devolutivo.

<sup>96</sup> In particolare, il secondo comma dell'art. 345 c.p.c. disponeva così: «Le parti possono proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, ma se la deduzione poteva essere fatta in primo grado si applicano per le spese del giudizio d'appello le disposizioni dell'art. 92, salvo che si tratti di giuramento decisorio». In questo modo, la negligenza della parte veniva sanzionata mediante l'esclusione della ripetizione di tutte o di parte spese in deroga all'ordinario criterio della soccombenza; sul punto si veda A. SALETTI, *Les nova dans la procédure d'appel: l'évolution du procès civil italien*, in *Judicium*, 2017, pp. 110-111; E. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, II, Torino, 1990, pp. 39 e ss.

<sup>97</sup> Torna a parlare di funzione prosecutoria dell'appello, S. COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980, p. 444; cfr. M. VELLANI, voce *Appello civile*, cit., pp. 728 e ss. In senso favorevole alla riapertura dell'appello, si veda F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., p. 160.

<sup>98</sup> Osserva A. PROTO PISANI, voce *Processo del lavoro*, in *Enc. It. Treccani*, app. IV, Roma, 1981, p. 285, che già nel biennio 1967-68 la durata media delle controversie in materia di lavoro era stata di 824 e 634 giorni rispettivamente per i procedimenti di primo e secondo grado.

Tentando di individuare una corsia preferenziale per le cause lavoristico-previdenziali, il legislatore – con l. 11 agosto 1973, n. 533 – cercò di reagire a questa tendenza disciplinando *ad hoc* un nuovo processo lineare, ricco di preclusioni e caratterizzato da ampi poteri istruttori del magistrato. Anche la disciplina dello *ius novorum* venne irrigidita, differenziandosi ingentemente da quella ordinaria ancora in vigore<sup>99</sup>. L'esperienza del processo del lavoro ha suggerito al legislatore di individuare dei correttivi per razionalizzare la proposizione delle impugnazioni introdotte anche con il rito ordinario.

Così, con la l. 26 novembre 1990, n. 353, il volto dell'appello è mutato nuovamente: la riforma ha adottato misure restrittive reintroducendo, in *limine litis* e in appello, rigidi limiti preclusivi per lo svolgimento delle attività difensive. Il nuovo testo dell'art. 345 c.p.c., riscritto nell'ottica della non introducibilità di nuove eccezioni e nuove prove, consentiva la sola proponibilità di eccezioni rilevabili d'ufficio e l'ammissibilità dei soli mezzi di prova indispensabili o non precedentemente proposti per causa non imputabile alla parte<sup>100</sup>. Il ritorno a questo irrigidimento ha consegnato agli operatori del diritto uno strumento d'impugnazione maggiormente inquadrabile come *revisio prioris instantiae*<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Il comma 2 dell'art. 437 c.p.c., in tema di *nova* nel processo del lavoro, prevedeva (e prevede tuttora) che «Non sono ammesse nuove domande ed eccezioni. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova, tranne il giuramento estimatorio, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa. È salva la facoltà delle parti di deferire il giuramento decisorio in qualsiasi momento della causa».

<sup>100</sup> La formulazione riformata dell'art. 345 c.p.c. prevedeva che: «1. Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. 2. Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio. 3. Non sono ammessi i nuovi mezzi di prova, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio». Per un'analisi del testo novellato si veda F. MAZZARELLA – G. TESORIERE, *Guida breve al processo civile riformato*, cit., p. 208; G. BALENA, *Il sistema delle impugnazioni civili nella disciplina vigente e nell'esperienza applicativa: problemi e prospettive*, cit., cc. 121 e ss.; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Il nuovo processo civile*, cit., pp. 81 e ss.; C. CONSOLO, *Profili della nuova disciplina delle impugnazioni, con una rinnovata critica all'appello «chiuso» ai «nova»*, in AA.VV., *La riforma del processo civile*, Padova, 1992, pp. 183 e ss.; C. MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Torino, 1993, pp. 156 e ss.

<sup>101</sup> Sono di questo avviso, M. ACONE – N. LIPARI, *Relazione a Provvedimenti urgenti per il processo civile. Testo approvato il 17 gennaio 1990 in sede redigente dalla Commissione giustizia del Senato e successivamente dall'Aula nella seduta del 28 febbraio 1990*, in *Foro it.*, 1990, V, cc.

La strada intrapresa dal legislatore dei primi anni 90 non si è però arrestata ed è anzi proseguita nel nuovo millennio. Dapprima, la riforma intervenuta con l. 18 giugno 2009, n. 69, recependo un precedente orientamento di Cassazione<sup>102</sup>, chiarì che la generale interdizione all'ammissione di nuovi mezzi di prova in appello non riguarda solo le prove costituenti, bensì ricomprende anche le prove precostituite – e quindi i documenti<sup>103</sup>. Successivamente, anche con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, si è emendato l'art. 345 c.p.c. impedendo alla parte di domandare l'ammissione in appello della prova indispensabile<sup>104</sup>.

Ad oggi, il disposto dell'art. 345 c.p.c. prevede stretti margini d'introducibilità di nuove difese in appello; riassumendo, può affermarsi che il rigore della preclusione all'attività assertiva e asseverativa legittima soltanto l'introduzione delle cd. domande di aggiornamento<sup>105</sup>, delle eccezioni in senso lato<sup>106</sup>, delle nuove

---

406 e ss. e sul punto, c. 424; così anche A. VALITUTTI – F. DE STEFANO, *Le impugnazioni nel processo civile*, II, cit., p. 12; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., pp. 295 e ss.; M. DE CRISTOFARO, *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*, in *Corr. Giur.*, 2000, spec. pp. 760-761; A. BUCCI – M. CRESCENZI – E. MALPICA, *Manuale pratico della riforma del processo civile*, Padova, 1995, p. 253.

<sup>102</sup> Vedi Cass., ss.uu., 20 aprile 2005, n. 8203, in *Riv. dir. proc.*, 2005, III, pp. 1051 e ss.; in *Foro it.*, 2005, I, cc. 1690 ss. con note di D. DALFINO, C.M. BARONE, A. PROTO PISANI.

<sup>103</sup> Per un commento della riforma, si veda S. TURATTO, *Sub art. 345 c.p.c.*, in *La riforma del Codice di procedura civile*, in *NLCC*, 2010, pp. 930 e ss. Per alcune riflessioni sul divieto di produzione di nuovi documenti sia consentito il rinvio a G. PIROTTA, *Impugnazione del riconoscimento di paternità: un instabile equilibrio tra forme processuali e giustizia sostanziale*, in *Fam. Dir.*, 2016, pp. 667 e ss. Sull'equiparazione tra prove costituenti e precostituite, si veda *infra* cap. 2.

<sup>104</sup> Sull'abolizione di tale deroga, si veda A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, pp. 488 e ss.; G. BALENA, *Le novità relative all'appello*, in AA.VV., *Le novità in materia d'impugnazioni*, Bologna, 2014, pp. 61 e ss. Sul concetto d'indispensabilità, si veda *infra* cap. 3.

<sup>105</sup> Si fa riferimento alle domande con le quali si richiedono gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Sulla natura di queste domande, si veda A. BONSIGNORI, *Il divieto di nuove domande e eccezioni in appello*, cit., p. 82 e ss.

<sup>106</sup> È controverso se tale concessione riguardi la sola proposizione dell'eccezione oppure ricomprenda anche l'allegazione di nuovi fatti impeditivi, modificativi ed estintivi posti a suo fondamento; sulla tematica, si cfr. R. ORIANI, *Sulle eccezioni proponibili in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 734 e ss.; M. GRADI, *Principio di preclusione, inammissibilità di nova in appello ed altri ostacoli alla ricerca della verità*, cit., pp. 520 e ss.

prove non proposte per causa non imputabile alla parte<sup>107</sup> nonché del giuramento decisorio.

In conclusione, concentrandosi sulla funzione delimitativa del divieto di *nova*, deve affermarsi che l'attuale esiguità delle novità ammesse, unitamente alla crisi della funzione selettiva dell'effetto devolutivo<sup>108</sup>, delineano il volto di un'impugnazione diametralmente opposta all'appellazione del 1865. Se il gravame previsto dall'abrogato codice di rito costituiva un "nuovo giudizio", le opzioni recentemente adottate dal legislatore attribuiscono all'appello una fisionomia che

---

<sup>107</sup> La deroga è evidentemente funzionale a garantire il diritto di difesa di colui che – per causa non imputabile – non si sia pienamente difeso nel corso del primo grado di giudizio. Nella formula legislativa utilizzata riecheggia l'istituto della rimessione in termini, istituto che attualmente trova una generalizzazione nell'art. 153, comma 2, c.p.c., ma che per lungo tempo è stato applicato in ambiti molto limitati; per alcune riflessioni sulla rimessione in termini in Italia, si cfr. C.E. BALBI, voce *Rimessione in termini (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, *passim*; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, *passim*; F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, *passim*. Più recentemente, S. BOCCAGNA, Sub Art. 153 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, Milanofiori Assago, 2010 (su tale deroga, ampiamente *infra* cap. 3).

<sup>108</sup> Nel testo si fa riferimento alla funzione dell'effetto devolutivo nella determinazione/selezione di ciò che compone l'oggetto dell'appello e al suo recente affievolimento; in altri termini, si tratta della funzione di "recupero" in seconde cure, nell'ambito delle parti impugnate della sentenza, di tutte le questioni sottoposte al sindacato del giudice di primo grado. In passato, nella vigenza del codice di procedura italiano del 1865, si riteneva che – affinché la devoluzione della regiudicanda operasse – fosse sufficiente un'esplicita presa di posizione contro il provvedimento o una parte di esso (S. CHIARLONI, voce *Appello. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1995, p. 13; N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., pp. 36 e ss.); data l'assenza di particolari formalismi, ciò che rilevava era l'esternazione di una semplice insoddisfazione nei confronti del previo giudizio. A partire dall'entrata in vigore del codice del 1942, la situazione è però cambiata poiché il legislatore ha introdotto degli oneri nella redazione dell'atto d'appello prima inesistenti: accanto all'onere di individuare i capi della sentenza che si intendono impugnare (art. 329, comma 2, c.p.c.), è stato specificato che l'atto d'appello deve essere motivato (art. 342 c.p.c.) e che le domande e le eccezioni assorbite devono essere riproposte (art. 346 c.p.c.). Sulla rilevanza dei mutamenti intervenuti, si vedano G. TARZIA-F. DANNOVI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., p. 358; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, Torino, 2010, pp. 407 e ss. Le suddette disposizioni hanno ridotto la portata dell'automatica devoluzione della regiudicanda in appello: il suo ruolo è infatti divenuto secondario stante la centralità acquisita dall'elemento volontaristico (Cfr. M. DE CRISTOFARO, *Motivi d'appello ed effetto devolutivo*, in *Corr. Giur.*, 1997, pp. 191 e ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 382-383). Tuttavia, ancora oggi, la diligenza delle parti nel predisporre gli atti di causa consente la piena riemersione della regiudicanda e il conseguente obbligo del giudice d'appello di pronunciarsi sulla totalità del *decisum* del primo grado; per questo motivo, è diffusa l'affermazione secondo la quale l'appello costituirebbe oggi un mezzo d'impugnazione astrattamente devolutivo (in questo senso A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 206. Cfr. S. CHIARLONI, *Appello. I) Diritto processuale civile*, cit., p. 5. Osservano emblematicamente F. MAZZARELLA – G. TESORIERE, *Guida breve al processo civile riformato*, cit., p. 202, che oggi sono le parti a governare l'effetto devolutivo).



risponde maggiormente al modello di appello-riforma<sup>109</sup>. Peraltro, con tale affermazione non si intende favorire un definitivo stravolgimento dei principi ispiratori dell'impugnazione (l'immediato oggetto del riesame è ancora costituito dalla causa decisa in primo grado e non dalla sentenza pronunciata nel giudizio di prime cure<sup>110</sup>); ciò nonostante, è palese il tentativo di razionalizzazione iniziato dai *conditores*, nell'ottica di una riduzione degli sforzi del giudice d'appello e del rispetto della ragionevole durata del processo.

---

<sup>109</sup> Secondo una parte della dottrina, in tal senso dovrebbero anche deporre la circoscrizione della cognizione della corte alle sole questioni dedotte dall'appellante (M. DE CRISTOFARO, *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*, cit., pp. 761 e ss.; R. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, pp. 448 e ss.) e alla recente centralità attribuita al principio dispositivo e al principio di economia processuale (R. MANCUSO, *I motivi specifici dell'atto d'appello*, in *Giust. Civ.*, 2006, I, pp. 877 e ss.).

<sup>110</sup> Così, G. BALENA – R. ORIANI – A. PROTO PISANI – N. RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I, cc. 1436 e ss.; M. FABIANI, *Oggetto e contenuto dell'appello civile*, in *Foro it.*, 2012, V, cc. 285 e ss.; F. LOCATELLI, *La selezione degli appelli civili*, Ospedaletto, 2017, pp. 139 e ss.; C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *op. cit.*, II, pp. 494; *contra*, R. POLI, *L'oggetto del giudizio d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 1398 e ss., il quale ritiene che le funzioni della Corte d'appello siano maggiormente assimilabili a quelle della Corte di cassazione poiché entrambe svolgono un controllo diretto delle pronunce impugnate e solo indiretto della regiudicanda di primo grado. Si veda ampiamente, B. SASSANI, *Le sezioni unite della Cassazione e l'ammissibilità dell'atto di appello carente di motivi specifici*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, pp. 513 e ss.



## **CAPITOLO 2 – IL CONCETTO DI “NOVITÀ” E I LIMITI ESTERNI AL DIVIETO DI *NOVUM PROBATORIO***

SOMMARIO: 1) IL CONCETTO DI NOVITÀ, PRESUPPOSTO APPLICATIVO DELL’ART. 345, COMMA 3, C.P.C.; - 2) LE PROVE “NON NUOVE” ESENTI DALL’APPLICAZIONE DELL’ART. 345, COMMA 3, C.P.C.; - 3) LE PROVE “NUOVE” ESENTI DALL’APPLICAZIONE DELL’ART. 345, COMMA 3, C.P.C.; - 4) CONCLUSIONI SUL CONCETTO DI “NOVITÀ”: FATTISPECIE ESENTI E SOGGETTE ALLA PRECLUSIONE.

### 1) IL CONCETTO DI NOVITÀ, PRESUPPOSTO APPLICATIVO DELL’ART. 345, COMMA 3, C.P.C.

Come accertato nel capitolo precedente, tutti i poteri processuali sono soggetti a plurime e differenti fattispecie preclusive; tale soggezione si manifesta nello svolgimento di tutto processo e, quindi, anche in grado d’appello, ove opera la peculiare decadenza del divieto di *nova*. Come qualsiasi altra facoltà, anche il potere di assumere materiale istruttorio subisce gli effetti delle suddette interdizioni; per tale ragione, gli ambiti d’introducibilità della prova andranno ricercati negli spiragli di potere esenti da impedimenti.

Tale indagine non può che muovere dalla disciplina sullo *ius novorum*, poiché il suo operare restringe l’assunzione delle prove “nuove”. Nel dettaglio, l’art. 345, comma 3, c.p.c. prevede che «non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo [che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero]<sup>1</sup> che la parte dimostri di

---

<sup>1</sup> Il requisito dell’indispensabilità della prova – che costituiva una deroga all’inammissibilità di nuove prove ai sensi dell’art. 345, comma 3, c.p.c.– è oggi venuto meno per l’espressa abrogazione intervenuta con d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134. Nonostante la sua abrogazione nel rito ordinario, tale requisito verrà analizzato (*infra* cap. 3) in una prospettiva comparativa con i riti del lavoro e sommario, ove la sua applicazione è tuttora vigente.

non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio».

Tale disposizione si presta ad analisi diverse. Dato il suo lineare sviluppo, si potrebbe essere tentati di circoscrivere l'oggetto dello studio all'operatività della preclusione e alle sue deroghe normative. Così facendo, non si intuirebbe, però, l'effettiva ampiezza dell'attività istruttoria ammessa in appello. Per comprenderne l'esatta portata, occorre fare un passo indietro e individuare le fattispecie esentate dall'interdizione.

A mio avviso, tale questione impone di chiarire la nozione di “novità”; guardando, infatti, al testo di legge, mi sembra che tale requisito costituisca il presupposto applicativo dell'art. 345, comma 3, c.p.c.<sup>2</sup>. In effetti, oltre a definire l'operatività della decadenza (*supra* cap. 1 § 3), la “novità” caratterizza le prove precluse e quelle tardive eventualmente ammesse.

Per prima cosa, deve notarsi che – tradizionalmente – la dottrina e la giurisprudenza considerano “nuovi” i «mezzi di prova diversi da quelli assunti in prima istanza, anche se diretti a provare fatti che già furono oggetto di prova in quella istanza» e «gli stessi mezzi, se vertono su fatti diversi da quelli esaminati in primo grado»<sup>3</sup>.

La prima ipotesi – certamente più problematica – riguarda l'assunzione di prove del tutto estranee al primo grado di giudizio; in tal caso, il requisito della “novità” dipende dall'oggettiva diversità della prova, senza che rilevi il fatto che si intenda

---

<sup>2</sup> Come è stato correttamente osservato da F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010, pp. 159, «(...) la nozione di “novità” della prova (...) rappresenta il perno attorno a cui ruota tutto il sistema – fatto di un generale divieto e di alcune deroghe – disciplinato dall'art. 345, comma 3, c.p.c. che si disinteressa del tutto dei mezzi di prova che non siano, appunto, “nuovi”; si veda anche G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, Padova, 1997, p. 191, il quale specifica che «deve escludersi che [l'ingresso di prove “non nuove”] in appello (...) possa essere in qualche modo ostacolato dalla disciplina dettata dall'art. 345 con riferimento ai “nuovi” mezzi di prova»; conformemente, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2017, p. 397.

<sup>3</sup> Con queste parole, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, p. 307; F.P. LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 373; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009, pp. 395 e ss; conformemente, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, p. 506. In giurisprudenza, si vedano *ex multis*, Cass., 12 aprile 2006, n. 8607; Cass., 12 marzo 2004, n. 5090.

provare (così, per esempio, la preclusione impedisce l'assunzione di una testimonianza su fatti che in prime cure erano corroborati da documenti)<sup>4</sup>.

Questa definizione è però incompleta e necessita di ulteriori specificazioni; in particolare, al fine di circoscrivere gli effetti della preclusione, occorrerebbe tener conto della distinzione tra prove costituenti e precostituite.

La questione – tutt'altro che inedita – affliggeva la dottrina quando l'art. 345, comma 3, c.p.c. prevedeva che «non sono ammessi i *nuovi mezzi di prova*, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile»<sup>5</sup>. Considerata la genericità dei termini, la disposizione poteva dare adito a due letture antitetiche: la prima, più liberale, distinguendo la prova precostituita da quella costituenda, avallava la libera introducibilità di nuovi documenti in appello<sup>6</sup>; la seconda, invece, più restrittiva, ne negava la producibilità<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Così A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, p. 171-172; F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, cit., p. 160. Cfr. con C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, loc. cit., il quale ragionevolmente specifica che «per le testimonianze anche l'indicazione di nuovi testimoni sugli stessi capitoli muta (...) l'istanza istruttoria».

<sup>5</sup> Si tratta della versione dell'art. 345, comma 3, c.p.c. come modificato dalle riforme degli anni 90; sull'evoluzione del divieto si veda *supra* cap. 1 § 4.

<sup>6</sup> In questo senso, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, p. 488; ID, *Nuove prove in appello e funzione del processo*, in *Foro it.*, 2005, cc. 1699-1670; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, p. 160; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 1998, p. 406; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002, p. 317; per il processo del lavoro, ID, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1987, p. 234. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 22 gennaio 2004, n. 1048, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 595; Cass. 2 aprile 2004, n. 6528; Cass. 29 aprile 2004, n. 8235; Cass. 28 marzo 2003, n. 4765; Cass. 5 maggio 2003, n. 6756.

<sup>7</sup> Così, M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 303 e ss.; G. GIACALONE - C. CACCAVIELLO, *Nuove prove in appello: viene meno la distinzione tra prove costituite e costituende*, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2038; M. DE CRISTOFARO, *Nuove prove in appello, poteri istruttori officiosi e principi del giusto processo*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 118; G. RUFFINI, *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345, comma 3 e 437, comma 2, c.p.c. al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 942-943; C.M. CEA, *Produzione documentale ed iniziativa istruttoria officiosa nel rito del lavoro*, in *Foro it.*, 2000, I, cc. 1267 e ss.

Secondo una parte della dottrina, a favore della prima tesi militavano – da un lato – l’ininfluenza delle nuove produzioni sulla celerità del processo<sup>8</sup> e – dall’altro – l’impossibilità di ignorare il contenuto del documento dopo la valutazione sull’ammissibilità<sup>9</sup>. Al contrario, però, i sostenitori della tesi alternativa rifiutavano entrambe le conclusioni: innanzitutto, le produzioni documentali potevano rallentare il processo, innescando la querela di falso, la verifica di scrittura privata nonché la riapertura dell’istruttoria nel rispetto del contraddittorio<sup>10</sup>; inoltre, l’impossibilità di distinguere i momenti valutativi non impediva uno stralcio delle risultanze antecedente alla decisione<sup>11</sup>.

Al fine di appianare il contrasto, le Sezioni unite della Corte di cassazione sono intervenute con la sentenza del 20 aprile 2005, n. 8203<sup>12</sup>, avallando la teoria restrittiva. Tale scelta non può che condividersi considerate altresì le iniquità del primo orientamento: legittimando la produzione tardiva di nuovi documenti, si giungeva all’insensato esito di favorire la parte negligente che – casualmente – si trovava in possesso di una prova precostituita, rispetto a quella che – per ragioni

---

<sup>8</sup> Così, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 488; G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 235, nt. 33.

<sup>9</sup> In questo senso, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 488; A. VALITUTTI – F. DE STEFANO, *Le impugnazioni nel processo civile*, II, Padova, 1996, p. 127.

<sup>10</sup> Di questo avviso, M. DE CRISTOFARO, *Nuove prove in appello, poteri istruttori ufficiosi e principi del giusto processo*, cit., p. 118; E. CANAVESE, *Prime indicazioni giurisprudenziali in tema di nuovi documenti e di nuovi mezzi di prova in appello*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2298; in riferimento al rito del lavoro, C.M. CEA, *Produzione documentale ed iniziativa istruttoria ufficiosa nel rito del lavoro*, cit., cc. 1267 e ss; ampiamente, G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile di appello*, cit., pp. 233 e ss.

<sup>11</sup> Vedi, G. RUFFINI, *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345, comma 3 e 437, comma 2, c.p.c. al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 942; G. GIACALONE - C. CACCAVIELLO, *Nuove prove in appello: viene meno la distinzione tra prove costituite e costituende*, cit., pp. 2037-2038. Come osservato da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 92 e ss, in riferimento all’ordinario giudizio di ammissibilità e rilevanza della prova, anche i documenti sono soggetti a tale vaglio ma in prossimità della decisione, successivamente alla loro produzione.

<sup>12</sup> Si legga in *Riv. dir. proc.*, 2005, III, pp. 1051 e ss.; in *Foro it.*, 2005, I, cc. 1690 e ss con note di D. DALFINO, *Limiti all’ammissibilità di documenti nuovi in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinario)*, C.M. BARONE, *Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?*.

altrettanto casuali – necessitasse dell’assunzione di una prova costituenda<sup>13</sup>. A ciò dovrebbe aggiungersi che lo stesso comma 3 dell’art. 345 c.p.c. non si prestava a letture diversificatrici: le prove documentali (e le prove precostituite, più in generale) costituiscono una *species* del più ampio *genus* dei mezzi di prova, ossia di quegli strumenti utili ad asseverare quanto allegato negli atti difensivi<sup>14</sup>.

Il superamento della questione è poi intervenuto con la l. 18 giugno 2009, n. 69, con la quale il legislatore ha previsto l’inammissibilità di nuovi documenti, sancendo espressamente l’eguale trattamento codicistico.

Nonostante la parificazione normativa, l’applicazione del divieto di *nova* patisce tuttora le differenti modalità introduttive delle prove precostituite e costituende; nel dettaglio, tale diversità dovrebbe proprio ripercuotersi sul concetto di “novità”. Per tale ragione, occorrerà indicare l’esatto momento in cui ciascuna categoria di prova possa considerarsi effettivamente introdotta in primo grado.

Per i documenti, la problematica è di semplice risoluzione: mancando un vaglio d’ammissibilità, la prova precostituita accederà al processo mediante l’introduzione nel fascicolo. In quello specifico momento, infatti, il potere istruttorio potrà dirsi esercitato e, conseguentemente, consumato. In definitiva, mi pare che un documento sia “nuovo” *ex art. 345, comma 3, c.p.c.* quando non sia stato assunto, *rectius* prodotto, nel corso del primo grado di giudizio<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Su questo aspetto, C. CECHELLA, *Le attività delle parti: il divieto dei nova*, in R. VACCARELLA - B. CAPPONI - C. CECHELLA, *Il processo dopo le riforme*, Torino, 1992, 294; G. RUFFINI, *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345, comma 3 e 437, comma 2, c.p.c. al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 943.

<sup>14</sup> In questo senso B. CAVALLONE, *Anche i documenti sono “mezzi di prova” agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1072; in riferimento al rito del lavoro, C.M. CEA, *Produzione documentale ed iniziativa istruttoria ufficiosa nel rito del lavoro*, cit., cc. 1267 e ss. Inoltre, come osservato da R. GIORDANO, *La produzione di nuovi documenti in appello nel processo ordinario e in quello del lavoro secondo le sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, I, 2005, pp. 2050-2051, dal momento che la normativa sul divieto di *nova* si lega a «riforme orientate di un’ottica di concentrazione processuale, sarebbe illogico interpretare tali disposizioni in modo incoerente con la finalità precipua per la quale sono state dettate in concreto lo svolgimento, al di là delle ipotesi eccezionali individuate nelle suddette norme, di una nuova attività assertiva all’interno del gravame».

<sup>15</sup> In questo senso, A. VALITUTTI – F. DE STEFANO, *Le impugnazioni nel processo civile*, II, cit., pp. 128-129; conformemente, M. DI MAURO, *L’appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 264.

Un discorso più articolato dovrebbe invece svilupparsi per le prove costituenti; diversamente dai documenti, per i quali vi è un solo momento utile (la produzione), questa tipologia di prova ne presuppone tre: la deduzione dell'istanza istruttoria, la valutazione di ammissibilità del giudice e, infine, l'assunzione. Astrattamente parlando, la "novità" potrebbe dipendere dalla mancata deduzione dell'istanza o dalla mancata assunzione dalla prova; in linea di principio, entrambe le tesi potrebbero sostenersi, ma l'adesione all'una piuttosto che all'altra porta con sé differenti conseguenze.

La questione dovrebbe indagarsi alla luce del dato normativo e, in particolare, delle disposizioni che trattino di "nuove prove"<sup>16</sup>. Prescindendo dalla disciplina dei *nova*, e analizzando l'art. 420, commi 5 e 7, c.p.c.<sup>17</sup>, si potrebbe ipotizzare che la prova "nuova" sia quella non richiesta<sup>18</sup>; tuttavia, tale interpretazione non sembra corretta: il succitato articolo – disciplinando la prima udienza nel rito laburistico – non può tener conto del fase d'assunzione poiché non è ancora intervenuta<sup>19</sup>.

Volendo sostenere la tesi opposta, occorrerebbe trovare una giustificazione che prescindendo dall'art. 356, comma 1, c.p.c.<sup>20</sup>; se è innegabile, infatti, che la disposizione pone un *focus* sull'assunzione distinguendola dalla rinnovazione,

---

<sup>16</sup> Così G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., pp. 104 e ss, il quale, però, all'epoca dell'analisi aveva delle disposizioni differenti da quelle attuali.

<sup>17</sup> Il comma 5 sancisce che «nella stessa udienza ammette i mezzi di prova già proposti dalle parti e quelli che le parti non abbiano potuto proporre prima, se ritiene che siano rilevanti, disponendo, con ordinanza resa nell'udienza, per la loro immediata assunzione»; invece, il 7 prevede che «nel caso in cui vengano ammessi nuovi mezzi di prova, a norma del quinto comma, la controparte può dedurre i mezzi di prova che si rendano necessari in relazione a quelli ammessi, con assegnazione di un termine perentorio di cinque giorni. Nell'udienza fissata a norma del precedente comma il giudice ammette, se rilevanti, i nuovi mezzi di prova dedotti dalla controparte e provvede alla loro assunzione».

<sup>18</sup> In tal senso, G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., pp. 105-106.

<sup>19</sup> Cfr. C.M. CEA, *Le nuove prove in appello*, in *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2010, pp. 256-257.

<sup>20</sup> Tale comma prevede che «ferma l'applicabilità della norma di cui al n. 4 del secondo comma dell'articolo 279, il giudice d'appello, se dispone l'assunzione di una prova oppure la rinnovazione totale o parziale dell'assunzione già avvenuta in primo grado o comunque dà disposizioni per effetto delle quali il procedimento deve continuare, pronuncia ordinanza e provvede a norma degli articoli 191 e seguenti».



questa alternatività non pare idonea a smentire l'altra tesi<sup>21</sup>. Se la rinnovazione presuppone l'assunzione in primo grado, l'assunzione in appello può riguardare le prove non assunte, come quelle non richieste.

Anche questa volta, la risposta deve ricercarsi nel tenore dell'art. 345, comma 3, c.p.c. e, in particolare, nella parte in cui prevede che «non sono ammessi nuovi mezzi di prova (...), salvo (...) che la parte dimostri di *non aver potuto proporli* (...) nel giudizio di primo grado»; in effetti, guardando alla disposizione, l'elemento considerato non è quello dell'assunzione, ma quello della deduzione<sup>22</sup>. A tale affermazione, non è opponibile la funzione derogatrice dell'inciso, considerato che anche la “novità” è presupposto per l'ammissione della prova *ex art.* 345, comma 3, c.p.c.<sup>23</sup>; tutt'al più, quest'ultima obiezione potrebbe essere valida se si restringesse il concetto di “novità” e si affermasse che la prova “nuova” sia quella non proposta in primo grado per causa non imputabile alla parte<sup>24</sup>.

In aggiunta, a sostegno di tale tesi militerebbe anche quella parte della disposizione che, effettuando un parallelismo con la produzione dei documenti,

---

<sup>21</sup> *Contra*, C.M. CEA, *Le nuove prove in appello*, cit., p. 259, il quale desume dall'art. 356, comma 1, c.p.c., che «tutto ciò che non è oggetto di riassunzione, può essere assunto; sicché, essendo indiscutibile che possono riassumersi solo le prove già assunte in primo grado, le nuove prove sono quelle che non sono mai state assunte: *ergo*, nella categoria delle nuove prove possono rientrare anche quelle prove già richieste in primo grado ma mai assunte». Più incisivamente in nota 44, «la nuova prova è quella che non è mai stata assunta». A mio avviso, tale tesi non è condivisibile giacché contrappone l'assunzione alla riassunzione, piuttosto che l'assunzione alla rinnovazione, come previsto dal testo di legge.

<sup>22</sup> Giunge a questa conclusione G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 117; nel senso che l'assenza di richiesta renda la prova nuova, A. MENGALI, *I nova in appello*, in *Le impugnazioni civili* (a cura di F.P. LUISSO – R. VACCARELLA), Torino, 2013, p. 259; B. LASAGNO, *Sub art. 52*, in *Le riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI), Bologna, 1992, p. 438; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, p. 490.

<sup>23</sup> Secondo C.M. CEA, *Le nuove prove in appello*, cit., p. 257, «nessuna utilità (...) rinvia dagli artt. 345, 3° comma, e 437, 2° comma, essendo evidente che le stesse, più che dire quando una prova è nuova, risolvono il problema del quando la nuova prova è ammissibile in appello».

<sup>24</sup> Queste riflessioni sono stimolate dalle conclusioni di G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 106, il quale specifica che «la “novità” (...) deriva dalla mancata precedente proposizione del mezzo di prova, non già dall'incolpevolezza della stessa, che è presa in considerazione dal legislatore esclusivamente al fine di consentire l'eccezionale ammissibilità di mezzi di prova che, proprio perché “nuovi”, di regola non sarebbero più ammessi oltre un determinato momento del processo».

attribuisce rilevanza al momento consumativo del potere istruttorio. In definitiva, richiamando alla preclusione da consumazione (*supra* cap. 1, § 2), il potere di asseverare un fatto con prove costituende viene meno con la loro richiesta (mediante la promozione dell'istanza istruttoria), a prescindere dall'idoneità dell'atto compiuto di raggiungere lo scopo auspicato (in questo caso l'assunzione della prova).

Un'ulteriore complicazione potrebbe derivare da quella giurisprudenza che, applicando il principio di *infrazionabilità*, sostiene che sia inammissibile la prova di fatti già allegati e di fatti ad essi connessi<sup>25</sup>. Tale orientamento è frutto della scelta di evitare che – tramite la proposizione di istanze architettate *ad hoc* – le previe risultanze probatorie vengano sminuite, contraddette o rafforzate<sup>26</sup>.

Tale limitazione, di palese matrice pretorile, deriva dall'art. 244, comma 2, c.p.c., nella formulazione anteriore alle riforme degli anni 90<sup>27</sup>. In virtù di tale disposizione, dall'entrata in vigore del codice di rito sino alla legge n. 353 del 1990, la normativa venne interpretata nel senso di vietare un frazionamento in più gradi della testimonianza, imponendo la contestualità delle istanze istruttorie<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> *Ex plurimis*, Cass., 7 maggio 2009, n. 10502, ove viene specificato che «anche nell'assetto normativo processuale conseguente all'entrata in vigore della legge n. 353 del 1990 (e successive modif.), improntato oltretutto ad un sistema delle preclusioni istruttorie ancor più rigido rispetto al regime processuale precedente, è inammissibile in appello (salvo il ricorso al rimedio della rimessione in termini, previsto dall'art. 184-bis cod. proc. civ., qualora ne sussistano le condizioni), per il principio dell'infrazionabilità e della contestualità che la caratterizzano, la prova testimoniale che, anche in modo indiretto, si appalesi preordinata a contrastare, completare o confortare le risultanze di quella già dedotta ed assunta in primo grado, e cioè a determinare, attraverso nuove modalità e circostanze, ovvero per la connessione delle circostanze già provate con quelle da provare, una diversa valutazione dei fatti che sono stati oggetto dello stesso mezzo istruttorio nelle precedenti fasi del processo».

<sup>26</sup> Similmente A. TEDOLDI, *Appello civile*, Milano, 2016, pp. 328-329, al quale si rinvia per le ricche indicazioni giurisprudenziali. Sul punto anche S. CHIARLONI, voce *Appello. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1996, pp. 15-16; E. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, II, Torino, 1990, p. 51, nt. 21; M. DE CRISTOFARO, *Nuove prove in appello, poteri istruttori officiosi e principi del giusto processo*, cit., p. 116.

<sup>27</sup> La disposizione - abrogata con l'art. 89 della l. 26 novembre 1990, n. 353 - prevedeva unicamente che «la parte contro la quale la prova è proposta, anche quando si oppone all'ammissione, deve indicare a sua volta nella prima risposta le persone che intende fare interrogare e deve dedurre per articoli separati i fatti sui quali debbono essere interrogate».

<sup>28</sup> Sul punto, C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, pp. 276 e ss; F.P. LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, cit., p. 373; R. BEGHINI, *La prova per testimoni nel rito civile*, Padova, 1997, pp. 239 e ss. Nel senso dell'applicazione all'assunzione della

Con l'entrata in vigore della riforma, le prospettive sono però mutate: la disciplina della testimonianza è stata modificata prevedendo l'abrogazione dell'art. 244, comma 2, del codice di rito. Questa innovazione ha dato (e dà tuttora) adito a due differenti letture: la prima – affermando che l'introduzione delle preclusioni abbia generalizzato la regola dell'art. 244, comma 2 – conferma il ruolo dell'infrazionabilità in appello<sup>29</sup>; la seconda, invece, valorizzando la volontà abrogatrice, considera definitivamente superato il principio<sup>30</sup>.

A mio avviso, sussistono diverse argomentazioni sfavorevoli alla prima tesi e favorevoli alla seconda. In primo luogo, la previsione di preclusioni *in limine litis* non può aver generalizzato il principio di infrazionabilità poiché le *rationes* sottese agli istituti sono eterogenee e non sovrapponibili: se il suddetto principio impedisce la predisposizione di artifici volti ad indebolire o corroborare le preve risultanze istruttorie, le decadenze di cui all'art. 183 c.p.c. perseguono il fine di abbreviare il giudizio di primo grado, accelerando l'espletamento delle difese di parte. In secondo luogo, il mutamento del *background* normativo che legittimava l'operatività del principio ne suggerisce il superamento: se in passato, infatti, codesto fenomeno costituiva l'unico ed auspicabile limite all'immissione di nuove prove, l'introduzione dello stringente comma 3 dell'art. 345 c.p.c. dovrebbe suggerire l'abbandono dell'austerità giurisprudenziale. In altre parole, se

---

«stessa prova costituenda», L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982, p. 32.

<sup>29</sup> Così, A. CECCARINI, *La prova orale nel processo civile*, Milano, 2010, p. 395; conformemente A. VALITUTTI – F. DE STEFANO, *Le impugnazioni nel processo civile*, II, Padova, 1996, p. 126; è di questo avviso la giurisprudenza, Cass., 7 giugno 2011, n. 12303; Cass., 30 gennaio 2006, n. 1873, Cass., 11 maggio 2005, n. 9864. L'estensione è colta da C. CAPELLI, *Il principio di unità e infrazionabilità della prova come limite alle prove nuove in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 211 e ss.

<sup>30</sup> È di questo avviso, G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 127; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, Torino, 1994, p. 117; C.M. CEA, *Le nuove prove in appello*, cit., p. 259. In senso meno rigoroso, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, pp. 629-630, il quale ritiene che la modifica normativa abbia comportato un «ridimensionamento dei tradizionali principi di *unitarietà*, di *concentrazione* e di *non frazionabilità* della prova». Sulla tematica si veda anche A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, cit., pp. 175 e ss, il quale – se non erro – ritiene di dover fare salva l'operatività del principio di unitarietà, ma per ragioni di opportunità, trattandosi «di un principio di civiltà giuridica che merita d'esser conservato».

l'infrazionabilità trovava terreno fertile in un appello aperto, ove si rendeva necessaria l'individuazione di limiti ai poteri delle parti<sup>31</sup>, il capovolgimento della disposizione e l'attuale chiusura ai *nova* rendono inutile, o addirittura dannoso, questo ulteriore restringimento<sup>32</sup>.

Riassumendo quanto sinora detto, dovrebbe concludersi che soggiacciono all'art. 345, comma 3, c.p.c.: a) la prova che sia obiettivamente nuova, ossia il documento che non sia stato prodotto e l'istanza istruttoria che non sia stata dedotta nel giudizio di prime cure; b) la prova che venga utilizzata per accertare un fatto diverso da quello che ne ha giustificato l'assunzione in primo grado<sup>33</sup>. Queste specificazioni pongono le premesse per la restante parte della ricerca: il chiarimento del concetto di "novità" consente ora una bipartizione utile ad indagare gli spazi e le modalità d'introduzione delle prove in appello. In particolare, l'individuazione dell'esatto criterio distintivo tra prove "nuove" e "non nuove" consente di identificare le difese interdette dalla preclusione da *nova*, che possono ammettersi nei soli limiti dal comma 3 dell'art. 345 c.p.c.<sup>34</sup>, da quelle che ne sono esenti e che potranno liberamente assumersi, salva la sussistenza di ulteriori preclusioni (*infra* §§ 2 e 3).

---

<sup>31</sup> Come osservato da A. MENGALI, *I nova in appello*, cit., p. 260, nt. 11, la non novità «costituiva l'unico limite all'ammissibilità di nuove prove in appello».

<sup>32</sup> L'inversione di tendenza potrà cogliersi meglio confrontando il dato normativo precedente e successivo alla riforma: prima della succitata modifica, l'art. 345, comma 2, c.p.c. specificava che «le parti possono (...) produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, ma se la deduzione poteva essere fatta in primo grado si applicano per le spese del giudizio d'appello le disposizioni dell'art. 92, salvo che si tratti di giuramento decisorio»; il testo novellato dell'art. 345 c.p.c. prevedeva al terzo comma che «non sono ammessi i nuovi mezzi di prova, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio». Dal testo di legge emerge che – fino alla citata riforma – il criterio della novità dovesse intendersi in senso negativo, come strumento atto a circoscrivere la portata delle innovazioni istruttorie; in seguito alla sua modifica, tale requisito ha invece assunto una connotazione positiva. Infatti, affinché una prova possa ammettersi ai sensi dell'art. 345 c.p.c., non basta la sola riconducibilità della fattispecie alle deroghe tassativamente previste, ma occorre altresì che tale prova sia effettivamente nuova.

<sup>33</sup> È questa un'affermazione di carattere temporaneo dato che – come si dimostrerà nei capitoli successivi – l'allegazione di nuovi fatti può impedire l'applicazione delle preclusioni da *novum* istruttorio. Sulla problematica, si tornerà *infra* § 4.

<sup>34</sup> Sulle deroghe si veda *infra* cap. 3.

2) LE PROVE “NON NUOVE” ESENTI DALL’APPLICAZIONE DELL’ART. 345, COMMA 3, C.P.C.

A questo punto, identificato il materiale istruttorio soggetto al divieto di *nova*, lo studio sull’ammissibilità delle prove “non nuove” dovrà essere sviluppato accantonando la preclusione dell’art. 345, comma 3, c.p.c. e le sue deroghe tipizzate.

All’interno di questo paragrafo si tenterà di rintracciare le fattispecie esonerate dall’applicazione del filtro, valutando se – ed in che misura – sia ipotizzabile l’emersione di materiale istruttorio riconducibile al concetto di prova “non nuova”.

Esaminando la tematica, si cercherà di chiarire due questioni che incidono sull’introducibilità di tali prove in appello: in primo luogo, si accerterà la (in)fondatezza di quella teoria che – supportata dal dato normativo previgente – riteneva *tout court* inammissibili le suddette prove<sup>35</sup>; in secondo luogo, si chiarirà definitivamente il rapporto intercorrente tra il divieto di *nova* e le altre preclusioni ad esso adiacenti.

Come fatto in precedenza, anche in questa sede si manterranno distinte le osservazioni sulle prove precostituite e da quelle sulle prove costituende; senza tornare sulla questione, che è già stata oggetto di specifica analisi (*supra* §1), la scelta dipende essenzialmente dalle differenti modalità d’introduzione della prova: la maggiore linearità dell’*iter* di produzione dei documenti genera minori difficoltà nell’identificazione dei loro caratteri; al contrario, la complessità dell’assunzione della prova costituenda richiede un’analisi più articolata che presuppone lo sviluppo di maggiori distinguo.

Per quanto riguarda la prima tipologia, tra le poche fattispecie ipotizzabili, vi è quella del documento prodotto in primo grado, che – in virtù degli sviluppi assunti dal processo – mantenga la propria rilevanza nel giudizio di gravame<sup>36</sup>;

---

<sup>35</sup> *Ex multis*, P. D’ONOFRIO, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1947, p. 190; N. JAEGER, *Diritto processuale civile*, Torino, 1942, p. 453; A. TEDESCHI, *Sui poteri dell’istruttore in appello in ordine all’ammissione di nuove prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 559 e ss.

<sup>36</sup> Tale eventualità potrebbe, ad esempio, verificarsi quando l’appellante si dolga dell’errata valutazione di un documento in prime cure oppure quando l’appellato debba nuovamente provare la sussistenza di fatti posti a fondamento della decisione impugnata.

sinteticamente, la parte che voglia sottoporre il documento al giudice del riesame potrà farlo, costituendosi in appello e depositando il fascicolo di primo grado<sup>37</sup>. Tale produzione ignora l'operatività dell'art. 345 poiché la previa assunzione esclude la "novità" della prova, scongiurando l'agire della preclusione da *novum*<sup>38</sup>.

Passando alle prove costituenti, al fine di mantenere una certa coerenza negli sviluppi della ricerca, si tenterà di analizzare la tematica ripercorrendo gli snodi dell'*iter* d'assunzione; come si vedrà, movendo dalla valutazione d'ammissibilità della prova e terminando con il suo ingresso nel processo, si esamineranno delle ipotesi che sono accomunate dall'ipotetico interesse di parte a svolgere dell'attività istruttoria in appello.

Per iniziare, tale eventualità potrebbe verificarsi quando le parti intendano introdurre una prova dichiarata inammissibile e/o irrilevante dal giudice di prime

---

<sup>37</sup> Nello specifico, le parti hanno la facoltà di introdurre nel fascicolo d'appello, tutto il materiale confluito nel fascicolo di parte del primo grado; in questo senso, C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 503. Per dovere di chiarezza si deve osservare che, nel testo, si fa riferimento al fascicolo di parte e non a quello di ufficio. Tale specificazione si rende necessaria poiché la disciplina dei due fascicoli è differente: il fascicolo d'ufficio *deve* essere trasmesso al cancelliere d'appello a seguito di un'espressa richiesta inoltrata al cancelliere del giudice di primo grado (art. 347, comma 3, c.p.c.); al contrario, quello di parte *può* essere prodotto dall'appellante o dall'appellato al fine di sostenere le difese previamente introdotte (nel senso della non obbligatorietà del deposito del fascicolo di parte, tra le più recenti, Cass., ord. 9 ottobre 2017, n. 23658). Peraltro, la facoltatività del deposito in appello non esonera la parte dal provare i fatti allegati secondo le regole ordinarie di ripartizione dell'onere probatorio (sul punto, A. VALITUTTI – F. DE STEFANO, *Le impugnazioni nel processo civile*, II, cit. pp. 144-145; in giurisprudenza, Cass. 15 maggio 2007, n. 11196); nel processo civile, infatti, non vige il principio di "immanenza" della prova documentale e il giudice deve sempre decidere sulla base di quanto allegato e provato dalle parti. Sul principio di immanenza e sugli sviluppi giurisprudenziali più recenti sul tema (Cass., ss.uu., 8 febbraio 2013, n. 3033 e Cass., ss.uu., 23 dicembre 2005, n. 28498), si vedano anche le osservazioni critiche di A. TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, pp. 141 e ss, nonché 184-185; G. BALENA – R. ORIANI – A. PROTO PISANI – N. RASCIO, *Oggetto del giudizio d'appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I, cc. 1436 e ss.

<sup>38</sup> Non pare condivisibile la conclusione alla quale giunge N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, p. 424, quando – prendendo atto delle recenti riforme del divieto di *nova* – afferma che «il divieto generale di produrre nuovi documenti finisce per imporre all'appellato di curare che, nel proprio fascicolo, siano presenti i documenti già prodotti in primo grado sui quali egli basa la propria impugnazione, affinché possano essere sottoposti all'esame del giudice d'appello». A mio avviso, la maggiore o minore ristrettezza del divieto di produrre nuovi documenti non dovrebbe incidere sull'introducibilità di prove già assunte; tali documenti non potrebbero infatti essere assunti *ex art. 345*, comma 3, c.p.c. neppure se parte dimostrasse di «non aver potuto (...) produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile», poiché tale prova sarebbe carente del requisito della "novità".

cure; tralasciando le peculiarità dei singoli mezzi di prova, l'elemento da valorizzare dovrebbe proprio essere l'intervento del vaglio d'ammissibilità dell'istanza istruttoria in primo grado<sup>39</sup>. Infatti, l'espletamento di tale attività non è ininfluyente ed ha ricadute sulle modalità d'introduzione della prova in appello; nel dettaglio, i fattori incidenti dovrebbero essere due: il primo, presupposto dell'accertamento di ammissibilità e rilevanza, è la previa deduzione dell'istanza istruttoria; il secondo, attinente all'operato del giudice, è il verificarsi di una vera e propria decisione su di una questione. Ciò premesso, considerato il primo fattore, la richiesta di assunzione non dovrebbe fondarsi sull'art. 345, comma 3, c.p.c. poiché tale prova sarebbe carente del requisito della “novità”<sup>40</sup>; al contrario, proprio la sussistenza di una decisione giudiziale dovrebbe suggerire il ricorso ai motivi d'impugnazione. A ben guardare, infatti, il solo modo per denunciare il vizio di un provvedimento dovrebbe essere quello della doglianza che contesti l'errore del magistrato<sup>41</sup>. In definitiva, sollevata la lagnanza con appello (o appello incidentale)

---

<sup>39</sup> Si tratta di una funzione di accertamento compiuta dal giudice istruttore; il giudizio d'ammissibilità «concerne i limiti che le singole disposizione di legge pongono alla prova di determinati fatti o rapporti»; quello di rilevanza «concerne l'idoneità del mezzo di prova ad assolvere l'onere che incombe sulle parti di provare i fatti che costituiscono il fondamento del diritto che si fa valere in giudizio o il fondamento della contrapposta eccezione» (così, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, Torino, 2010, pp. 83-85; similmente, M. TARUFFO, *Fatto e prove*, in *La prova nel processo civile* (a cura di M. TARUFFO), Milano, 2012, pp. 65 e ss. *Contra*, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 2013, p. 91; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2012, pp. 211-212, i quali – nel valutare il concetto di rilevanza della prova – deviano inspiegabilmente sulla rilevanza del fatto oggetto di prova).

<sup>40</sup> È di questo avviso, C.M. CEA, *Le nuove prove in appello*, cit., p. 258; ID., *Principio di preclusione e nuove prove in appello*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2721, nt. 7; similmente, M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, cit., pp. 307 e ss.

<sup>41</sup> Si veda Cass., 23 dicembre 2003, n. 19727, la quale, delineando il rapporto tra divieto di *nova* e proposizione di un motivo di gravame, specifica che «nel giudizio di appello la parte può chiedere l'ammissione di prove nuove, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., ma non anche riproporre istanze istruttorie espressamente (...) disattese dal giudice di primo grado, senza espressamente, censurare - con motivo di gravame - le ragioni per le quali la sua istanza è stata respinta»; in senso conforme, Cass., 26 gennaio 2006, n. 1691. In dottrina, S. CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale*, Milano, 1969, pp. 146 e ss.; cfr. con A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, cit., p. 155 e ss.; M. DI MAURO, *L'appello civile dopo la riforma*, cit., p. 263; C. MONTALI – S. CORONA, *L'appello civile*, Padova, 2007, p. 96. Nel senso che non sia sempre necessaria la proposizione di un motivo d'impugnazione, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., pp. 384 e 397; l'A. ritiene che, se l'istanza istruttoria venga rigettata con la sentenza conclusiva del primo grado, essa dovrà essere riproposta al giudice d'appello: «o con l'atto d'appello (se è l'appellante che chiede il riesame della questione), o con la comparsa di risposta, attraverso la riproposizione della questione ex art. 346 c.p.c., se è l'appellato a chiedere il riesame della questione». *Contra*, N. RASCIO, *Sul riesame in*

ed accertata l'ammissibilità e/o la rilevanza della prova, l'assunzione troverà giustificazione nel ruolo proprio del gravame<sup>42</sup>.

In riferimento alla sola testimonianza, deve aggiungersi che il giudice di primo grado può escludere l'ammissione della prova, oltre che per il vaglio di inammissibilità e irrilevanza, per la sua sovrabbondanza ai sensi dell'art. 245, comma 1, c.p.c.<sup>43</sup>; anche in tale ipotesi, mi sembrano perfettamente applicabili le

---

*appello delle istanze istruttorie disattese dal giudice di primo grado*, in *Foro it.*, 1997, I, cc. 2266 e ss, il quale ritiene sia necessaria la riproposizione dell'istanza nelle forme e nei limiti previsti dal codice di rito per il primo grado di giudizio, non essendo applicabili gli artt. 329, comma 2, e 346 del codice di rito. A mio modo di vedere, l'impugnabilità con appello (principale o incidentale che sia) dovrebbe essere l'unica soluzione plausibile, non essendo ipotizzabile la riproposizione ai sensi dell'art. 346 del codice di rito; tale conclusione dipenderebbe dal fatto che il rigetto di un'istanza istruttoria dovrebbe quantomeno provocare (anche per la parte formalmente vittoriosa) una soccombenza virtuale, che legittimi la proposizione di un riesame volto a contrastare l'errore del giudicante (sul concetto di soccombenza virtuale, si veda C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., pp. 423-424; cfr. C. SANTINI, *La legittimazione e l'interesse ad impugnare*, in *Le impugnazioni civili* (a cura di F.P. LUIISO – R. VACCARELLA), Torino, 2013, p. 58). Peraltro, tale conclusione è stata recentemente abbracciata dalle Sezioni unite (Cass., ss.uu., 19 aprile 2016, n. 7700) le quali hanno stabilito che «l'impugnazione deve essere determinata da un interesse ad ottenere una decisione di diverso contenuto; l'oggetto della critica, dunque l'impugnazione con cui viene espressa, deve allora riguardare necessariamente la motivazione (espressa o implicita) o la mancanza di motivazione o l'omesso esame di una domanda o di un'eccezione in quanto risultino avere inciso sul contenuto della decisione; al concetto della riproposizione deve invece ritenersi estraneo ogni profilo di deduzione di una critica alla decisione impugnata e, quindi, di ciò che è connaturato al concetto di impugnazione» (sulla pronuncia, si veda la nota di C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, in *Corr. Giur.*, 2016, pp. 977 e ss.).

<sup>42</sup> Osserva C.M. CEA, *Le nuove prove in appello*, cit., p. 258, che – in questa ipotesi – l'assunzione della prova è «conseguenza della struttura del giudizio d'appello e delle norme che ne individuano l'oggetto»; sull'ammissibilità della prova, si veda G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 201.

<sup>43</sup> La disposizione prevede che «con l'ordinanza che ammette la prova il giudice istruttore riduce le liste dei testimoni sovrabbondanti ed elimina i testimoni che non possono essere sentiti per legge». Sul significato di sovrabbondante, si veda V. ANDRIOLI, *Prova testimoniale (1967)*, in *Studi sulle prove civili*, Milano, 2008, p. 206, il quale ritiene che tale potere legittimi la non audizione delle testimonianze superflue; cfr. R. CREVANI, *Sub art. 245*, in *Commentario del codice di procedura civile* (a cura di S. CHIARLONI), *Dell'istruzione probatoria* (a cura di M. TARUFFO), Bologna, 2014, p. 651, secondo il quale il giudice non assume i testimoni dei quali «ritiene inutile l'audizione». Sulla base del testo di legge, mi sembra che tale attività si concreti in una specifica valutazione d'ammissibilità della prova; in altri termini, l'assunzione della testimonianza presuppone che essa sia ammissibile, rilevante e non sovrabbondante. Queste conclusioni dipendono, in primo luogo, dal modo in cui tale potere viene esercitato (ossia attraverso l'emissione dell'ordinanza di ammissione delle prove ex art. 183, comma 7, c.p.c.) e, in secondo luogo, dall'affiancamento di tale potere a quello di eliminazione dei testimoni non escutibili, quale evidente vaglio di ammissibilità della prova. Non pare condivisibile l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che ritiene possibile la declaratoria di sovrabbondanza nel corso dell'espletamento



precedenti conclusioni: la parte che lamenti l'errore e intenda escutere il teste dovrà proporre l'impugnazione (principale o incidentale) sviluppando uno specifico motivo di gravame<sup>44</sup>.

Nell'ambito delle prove non ammesse per errore del magistrato, un'ulteriore fattispecie ipotizzabile è quella della reiterazione in appello di un'istanza istruttoria irritualmente assorbita; nello specifico, le eventualità si pone tutte le volte in cui il giudice non valuti la prova a causa di una sua dimenticanza: come per l'erronea valutazione, anche l'erronea omissione dovrebbe legittimare la proposizione di un'impugnazione che consenta l'assunzione della prova, scevra dalla preclusione da *nova*<sup>45</sup>.

Terminate le ipotesi di non ammissione della prova, sarà possibile soffermarsi sui casi in cui la prova venga ammessa, ma non assunta; anche in tali casi, è possibile che la parte deducente intenda assumere la prova disattesa nella fase di gravame.

---

della prova medesima (così, M. CONTE, *Le prove civili*, Milano, 2009, p. 396; Cass. 16 maggio 2000, n. 6361); infatti, la non assunzione di prove ammesse ma superflue trova la propria giustificazione nell'art. 209 c.p.c., nella parte in cui specifica che «il giudice istruttore dichiara chiusa l'assunzione quando (...) ravvis[i] superflua, per i risultati già raggiunti, la ulteriore assunzione [di mezzi di prova]». Sulla necessità di mantenere distinte le fattispecie, si veda M. MONTANARI, Sub art. 245, in *Codice di procedura civile* (diretto da C. CONSOLO), Milanofiori Assago, 2013, pp. 2542-2543, il quale – richiamando a M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 750 – ha specificato che l'attività di cui all'art. 245 c.p.c. richiede una «disagevole valutazione *ab initio*»; al contrario, quella di cui all'art. 209 c.p.c. presuppone una valutazione di superfluità che «non è formulata all'atto dell'ammissione ma in corso di assunzione, sulla scorta dell'esito delle prove già raccolte».

<sup>44</sup> Sul punto sembra significativo che G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 189, consideri “non nuova” la prova non ammessa poiché ritenuta superflua in primo grado; a sostegno di quanto detto in nt. 40, l'A. – nel compiere valutazioni sull'introducibilità della testimonianza superflua – la equipara alle prove ritenute inammissibili o irrilevanti.

<sup>45</sup> Anche per questa fattispecie dovrebbero valere le conclusioni della citata Cass., 23 dicembre 2003, n. 19727, nella parte in cui specifica che «nel giudizio di appello la parte può chiedere l'ammissione di prove nuove, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., ma non anche riproporre istanze istruttorie (...) implicitamente disattese dal giudice di primo grado, senza espressamente, (...) dolersi della omessa pronuncia al riguardo». Si veda ancora C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., pp. 494; conformemente, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, cit., p. 412; sull'inapplicabilità della riproposizione ex art. 346 c.p.c. al caso di “illegittima omissione di pronuncia”, si veda G. CRESTA, Sub art. 346, in *Commentario al codice di procedura civile* (a cura di P. CENDON), Milano, 2012, p. 409; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, p. 488.

Una prima ipotesi potrebbe verificarsi quando la parte voglia introdurre in appello la prova ammessa, ma non assunta *ex art.* 209 c.p.c.; in tale fattispecie, benché la parte abbia giustamente impiegato i suoi poteri e il giudice abbia ammesso la prova, non si è addivenuti alla sua assunzione a causa della superfluità della difesa<sup>46</sup>. Nonostante le peculiarità, anche in questo caso, valgono le osservazioni suesposte: il giudizio di superfluità della prova – come quello di inammissibilità, irrilevanza o sovrabbondanza – è tacciabile di erroneità e, conseguentemente, è sindacabile con uno specifico motivo d’impugnazione. Anche la problematica del divieto di *nova* dovrebbe risolversi nella medesima maniera<sup>47</sup>: la proposizione di istanze superflue (al pari di quelle irrilevanti, inammissibili o sovrabbondanti) comporta la perdita del potere con l’ordinanza di ammissione del giudice; il fatto che la prova venga o meno assunta non influisce sull’estinzione della facoltà, essendo tale alternativa frutto di una prerogativa del giudice<sup>48</sup>.

Un discorso unitario può invece svilupparsi per quelle prove non assunte a causa delle “decadenze” di cui agli artt. 208 c.p.c. e 104 disp. att. c.p.c. o della rinuncia *ex art.* 245 c.p.c.; sebbene tali norme agiscano in ambiti differenti, gli effetti prodotti dal loro operare sono sostanzialmente eguali<sup>49</sup>: la prima, applicabile a tutte le prove

---

<sup>46</sup> Sul rapporto con la valutazione di sovrabbondanza, si vedano le riflessioni sviluppate in nt. 41. In questa sede basti notare che sono plurime, ma simili, le interpretazioni date al concetto di superfluità: taluno ritiene che il giudice possa chiudere l’istruttoria per superfluità quando non vi siano dubbi che la prosecuzione dell’assunzione non possa provocare emersione di elementi utili e rilevanti per la causa (così, ad esempio, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 94); altri ritengono che la superfluità sussista quando la prova da assumere abbia una mera efficacia confermativa (così, M. TARUFFO, *L’istruzione probatoria in La prova nel processo civile* (a cura di M. TARUFFO), Milano, 2012, pp. 166 e ss.; conformemente, V. CARNEVALE, *Sub art. 209*, in *Commentario del codice di procedura civile* (diretto da L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA), III, 1, Milanofiori Assago, 2012, p. 665); si cfr. altresì G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 635 e ss, spt. p. 647.

<sup>47</sup> Così, G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d’appello*, cit., p. 190.

<sup>48</sup> Richiamando alle distinzioni effettuate nel primo capitolo (*supra* cap. 1, § 1), la prerogativa attribuita al giudice potrebbe qualificarsi come *potestà*.

<sup>49</sup> Un elemento di assimilabilità tra le fattispecie è colto anche da G. TARZIA – F. DANOVÌ, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014, p. 205, ove si osserva che le norme tengono conto dell’applicabilità del principio dell’acquisizione, ossia di quel principio che impedisce al richiedente di disporre liberamente di un’istanza istruttoria senza tener conto del benessere degli altri soggetti del processo

costituende, delinea una preclusione dovuta all’assenza del richiedente e, quindi, alla mancanza d’impulso per l’assunzione<sup>50</sup>; la seconda, applicabile alle sole testimonianze, stabilisce che la mancata citazione dei testi comporti la “decadenza” dalla loro escussione; infine, la terza, anch’essa attinente alle prove testimoniali, produce il medesimo effetto, ma l’impedimento è generato da un atto di rinuncia<sup>51</sup>. Rispetto alle fattispecie precedenti, l’introducibilità di tali prove risulta più complessa; l’aspetto più pacifico è quello della non applicabilità dell’art. 345, comma 3, c.p.c.<sup>52</sup>: anche in questi casi, infatti, la parte ha utilizzato il potere sino a consumarlo. Tuttavia, rispetto alle precedenti ipotesi, subentra un elemento differenziatore; in questo caso, le parti non solo hanno consumato il potere di richiedere la prova, ma hanno altresì perso la facoltà di assumerla, previamente sorta con l’ordinanza d’ammissione. Ebbene, salvo che sussistano margini d’appellabilità per errore del magistrato<sup>53</sup>, il potere di assumere tali prove dovrebbe essere precluso; in particolare, l’impedimento all’assunzione dovrebbe proprio discendere dalla preclusione maturata dopo l’ammissione. Peraltro, con tale

---

<sup>50</sup> Come è stato acutamente colto da E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 1, Milano, 1959, p. 101, ciò che conta non è in sé e per sé la presenza fisica della parte, bensì l’assenza del soggetto che dia impulso all’assunzione della prova. Adesivamente, C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 211, nt. 5; V. CARNEVALE, *Sub art. 208*, in *Commentario del codice di procedura civile* (diretto da L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA), III, 1, Milanofiori Assago, 2012, p. 655.

<sup>51</sup> Si tratta di un atto abdicativo *sui generis* poiché – oltre a dipendere dalla volontà del richiedente – impone non solo un’adesione delle altre parti, ma anche il consenso del giudice; questi ulteriori requisiti derivano dal succitato principio dell’acquisizione.

<sup>52</sup> Così, F. SAITTA, *I nova nell’appello amministrativo*, cit., p. 161; C.M. CEA, *Le nuove prove in appello*, cit., p. 258, A. TEDOLDI, *L’appello civile*, cit., p. 325; nel senso dell’inammissibilità della testimonianza rinunciata *ex art. 245 c.p.c.*, Cass., 6 settembre 1996, n. 8127; nel caso della mancata intimazione dei testi ai sensi dell’art. 104 disp. att. c.p.c., Cass., 27 settembre 1994, n. 7881; ed, infine, per la “decadenza” *ex art. 208 c.p.c.*, si veda Cass., 28 aprile 1981, n. 2574.

<sup>53</sup> Si tratta soprattutto delle ipotesi in cui la parte “decaduta” voglia avvalersi delle fattispecie pararimessorie degli artt. 208, comma 2, c.p.c. e 104, comma 2, disp. att. c.p.c. e il giudice – escludendo per errore la non imputabilità della “decadenza” – non consenta l’assunzione “tardiva” della prova; in questo caso, il motivo d’impugnazione dovrebbe, *in primis*, far accertare errore del giudice e, successivamente, consentire l’assunzione in appello (così, se non erro, G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d’appello*, cit., p. 202). Dal punto di vista astratto, un’ulteriore ipotesi immaginabile è quella della richiesta di rimessione in termini proposta in appello a causa del protrarsi dell’impedimento per tutto il primo grado di giudizio. Sul recepimento dell’istituto della rimessione in termini nelle succitate norme, si veda R. CAPONI, *La rimessione in termini*, Milano, 1996, pp. 425-426 e 459.

affermazione, non intendo smentire quanto detto sull’“ultrattività” delle decadenze<sup>54</sup>; infatti, se è vero che le tardività infra-graduali conservano i loro effetti per un solo grado di giudizio, dubito del fatto che le succitate preclusioni costituiscano delle vere e proprie fattispecie decadenziali. A ben vedere, le suddette disposizioni (artt. 208 e 245 c.p.c.; 104 disp. att. c.p.c.) dovrebbero contenere una fattispecie interdittiva riconducibile al concetto d’incompatibilità preclusiva. In altri termini, mi pare che tali norme non delineino congegni logici riconducibili alla tardività, bensì tratteggino impedimenti fondati su rinunce espresse o tacite al potere<sup>55</sup>. Sebbene sia consapevole della potenziale inopportunità di trattamenti differenziati, l’ultrattività delle ipotesi di incompatibilità e consumazione non pare insensata, considerata altresì l’ontologica differenza che le contraddistingue (*supra* cap. 1 § 2); in altri termini, se le fattispecie decadenziali sono uno strumento legislativo duttile, idoneo a determinare meccanismi di concentrazione del singolo grado di giudizio, il fondamento logico dell’incompatibilità e della consumazione impedisce una circoscrizione infra-graduale dell’impedimento.

Tornando al caso di specie, se la flebile introduzione di prove tardive *ex art.* 345 c.p.c. può considerarsi un’auspicabile transigenza legislativa, la stessa flessibilità

---

<sup>54</sup> Vedi *supra* cap. 1, § 3.

<sup>55</sup> Nel senso che la “decadenza” di cui all’art. 208 c.p.c. equivalga ad una dichiarazione di rinuncia, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 1, cit., p. 102. Diversamente, nel senso che si tratti di una fattispecie decadenziale, V. CARNEVALE, *Sub art. 208*, cit., p. 652-653; secondo l’A. «la decadenza discende dalla mancata presentazione (non-attività) all’udienza fissata per l’assunzione della prova già ammessa dal giudice (termine)». A mio avviso, tale ricostruzione non tiene conto della distinzione tra mancato esercizio del potere e totale assenza della parte all’udienza. Se, come osservato da Liebman (E.T. LIEBMAN, *Decadenza dalla prova*, in *Problemi sul processo civile*, Napoli, 1962, p. 286), la presenza del richiedente occorre per dare impulso all’assunzione della prova, potrebbe parlarsi di decadenza in senso proprio nella sola eventualità in cui si omettesse l’esercizio di quel potere in udienza. Diversamente, nel caso in cui la parte decidesse di non parteciparvi, non potrebbe neppure parlarsi d’inerzia protrattasi nel tempo poiché non potrebbe individuarsi il termine ultimo per l’esercizio del potere; in altre parole, riconducendo la fattispecie al fenomeno dell’incompatibilità, nella scelta tra l’esercizio del succitato impulso di parte e l’astensione dall’udienza, la parte ha optato per la seconda possibilità, incompatibile con l’introduzione della prova nel processo. Nel senso che detta fattispecie debba tenersi distinta della decadenza, C.M. CEA, *Principio di preclusione e nuove prove in appello*, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 2719 e ss., spt. nt. 7.

non sarebbe ammissibile per la preclusione da incompatibilità, ove è differente il ruolo dell'agente nel concretarsi dell'impedimento<sup>56</sup>.

Ciò premesso, l'inammissibilità non dovrebbe riguardare le sole rinunce intervenute nell'assunzione; al contrario, l'incompatibilità dovrebbe agire su qualsiasi fattispecie che implichi un atto contrastante con la volontà di introdurre prova. Per tale ragione, si dice rinunciata l'istanza istruttoria che sia stata disattesa e non riproposta in precisazione delle conclusioni<sup>57</sup>; anche in questo caso, l'incompatibilità impedisce l'esercizio di un potere che la parte abbia trascurato o non coltivato a dovere<sup>58</sup>.

Un'ultima fattispecie riguarda la rinnovazione di una prova irrualmente assunta<sup>59</sup>. Questa ipotesi si differenzia dalle precedenti poiché – sebbene l'istanza

---

<sup>56</sup> Peraltro, nel corso del primo grado, le suindicate preclusioni possono rimediarsi con degli strumenti previsti *ad hoc*: l'art. 208 c.p.c., al comma secondo, prevede che «la parte interessata può chiedere nell'udienza successiva al giudice la revoca dell'ordinanza che ha pronunciato la sua decadenza dal diritto di assumere la prova. Il giudice dispone la revoca con ordinanza, quando riconosce che la mancata comparizione è stata cagionata da causa non imputabile alla stessa parte»; similmente, il comma 2 dell'art. 104 disp. att. c.p.c. specifica che «se il giudice riconosce giustificata l'omissione, fissa una nuova udienza per l'assunzione della prova»; infine, l'art. 257, comma 2, c.p.c. statuisce che «il giudice può anche disporre che siano sentiti i testimoni (...) dei quali ha consentito la rinuncia». Per l'inammissibilità *tout court* di queste prove in appello, si veda M. FABIANI, Sub 208, in *Codice di procedura civile* (diretto da C. CONSOLO), Milanofiori Assago, 2013, p. 2433; S. CARTERBI, Sub art. 245, in *Commentario al codice di procedura civile* (a cura di P. CENDON), Milano, 2012, p. 1188; P. LEANZA, *Trattazione e istruzione*, in *Le prove civili* (a cura di P. LEANZA), Torino, 2012, p. 58; *contra*, nel senso della libera introducibilità in appello, G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 206.

<sup>57</sup> Sulla necessità di questo atto, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 397; M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, cit., p. 308; M. DI MAURO, *L'appello civile dopo la riforma*, cit., p. 263; sul punto, si veda Cass. 14 ottobre 2008, n. 25157, la quale specifica che «la parte che si sia vista rigettare dal giudice di primo grado le proprie richieste istruttorie ha l'onere di reiterarle al momento della precisazione delle conclusioni, poiché, diversamente, le stesse dovranno ritenersi abbandonate e non potranno essere riproposte in appello».

<sup>58</sup> Nel senso che la mancata riproposizione delle istanze istruttorie determini una presunzione di rinuncia, A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 325. Sull'introducibilità in appello delle istanze non riproposte in precisazione delle conclusioni, si veda Cass., 27 aprile 2011, n. 9410, ove specifica che «in tema di "nova" in appello, occorre tenere distinto il regime delle istanze istruttorie da quello delle domande ed eccezioni (come, del resto, è reso palese dalla struttura dell'art. 345 cod. proc. civ., che separatamente disciplina le une dalle altre), con la conseguenza che le istanze istruttorie, non accolte in primo grado e reiterate con l'atto di appello, le quali non vengano riproposte in sede di precisazione delle conclusioni, devono reputarsi rinunciate (...)».

<sup>59</sup> Sul punto, osserva F.P. LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, cit., p. 373 che occorre distinguere tra le ipotesi in cui la nullità derivi da una decadenza o da violazione di norme diverse. Secondo l'A., se nel secondo caso nulla impedisce la rinnovazione, nel primo – una volta accertata

sia stata correttamente dedotta ed ammessa – alla sua ammissione è seguita un'errata assunzione che ha provocato la nullità della prova. Tale possibilità, espressamente prevista dall'art. 356 c.p.c., prescinde dall'applicazione del divieto di *nova*<sup>60</sup>, e richiede il compimento di alcune attività per addivenire alla rinnovazione. In primo luogo, la nullità deve essere tempestivamente eccepita dalla parte nel cui interesse è stabilito il requisito di validità (art. 157, comma 2, c.p.c.); in secondo luogo, la questione di nullità deve essere riproposta in sede di precisazione delle conclusioni; infine, l'invalidità dovrà costituire motivo di gravame sottoposto al giudice d'appello<sup>61</sup>. A questo punto, nel caso di accertata invalidità, il giudice dovrebbe rinnovare la prova, epurandola dai vizi che l'hanno compromessa<sup>62</sup>.

---

l'invalidità – non si potrà procedere con l'assunzione della prova poiché essa non è rinnovabile né nuova. A mio avviso, tale scissione è legittima, ma la tesi della non assumibilità dovrebbe mitigarsi. Infatti, se la nullità assoluta impedisce la rinnovazione dell'atto, la strada dell'assunzione di una prova "nuova" non mi sembra da escludersi. Vero è che la deduzione dell'istanza istruttoria consuma il potere del richiedente a prescindere dalla sua ritualità, ma è altrettanto vero che l'esercizio di un potere già spirato per decadenza non è suscettibile di consumazione. Per questo motivo, è preferibile ritenere che la prova nulla perché tardiva possa proporsi in appello ed ammettersi nelle tassative ipotesi di cui all'art. 345, comma 3, c.p.c. (per ulteriori specificazioni, si veda *infra* cap. 3 § 2).

<sup>60</sup> Così, G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 190; M. DI MAURO, *L'appello civile dopo la riforma*, cit., p. 263; si veda anche A. TEDOLDI, *Appello civile*, cit., p. 544, il quale osserva che il succitato articolo costituisce un limite applicativo all'attività di rinnovazione.

<sup>61</sup> Il mancato rilievo della nullità e la mancata riproposizione dell'eccezione in precisazione delle conclusioni impediscono la lagnanza in appello e la consequenziale assunzione della prova; in effetti, in entrambe le ipotesi, subentra una preclusione da incompatibilità che impedisce il potere di domandare la rinnovazione nel gravame.

<sup>62</sup> Benché la dottrina e la giurisprudenza ritengano che la rinnovazione non riguardi unicamente le prove nulle, ma anche quelle che necessitino di precisazioni e chiarimenti (così, A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, cit., pp. 256 e ss., spt. pp. 260 e ss.; N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, pp. 305 e ss.; G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 201; Cass., 14 aprile 1976, n. 1319), il tenore letterale degli artt. 162 c.p.c. e 354, comma 4, c.p.c. dovrebbe portare ad un'interpretazione di segno opposto. Sebbene sia stato autorevolmente sostenuto (S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1959-1971, p. 341) che in materia istruttoria il concetto di "rinnovazione" sia usato impropriamente poiché l'art. 281 c.p.c. quando parla di "riassunzione" non presuppone la nullità, mi sembra che proprio la divergenza tra il concetto di "rinnovazione" e "riassunzione" dovrebbe suggerire che il succitato articolo riguardi soltanto le prove invalide. Inoltre, se anche si volesse sostenere che – attraverso il richiamo effettuato dall'art. 359 c.p.c. – si rendano applicabili gli articoli che permettono l'ottenimento di chiarimenti all'interno del primo grado (es. Cass., 1° agosto 2002, n. 11436, sull'art. 257 c.p.c.), tale lettura legittimerebbe il suddetto potere, ma in riferimento alle prove assunte nel secondo grado di giudizio. Con questo, peraltro, non si intende sostenere che l'assunzione di una prova costituenda impedisca *tout court* la sua riassunzione in appello; al

Cercando di trarre alcune valutazioni di carattere generale, può dirsi che – ancora una volta – è emerso il ruolo delle preclusioni nella determinazione dei poteri nel processo civile; in particolare, quanto sinora analizzato, ha dimostrato che l’effettiva introducibilità del materiale istruttorio debba identificarsi alla luce di tre differenti cause preclusive: la decadenza da divieto di *nova*, la consumazione dei poteri istruttori e la preclusione da rinuncia all’assunzione della prova. Le prime due interdizioni operano alternativamente: se il potere di proporre l’istanza si sia già consumato, sarà esclusa l’applicazione dell’art. 345, comma 3, del codice di rito; al contrario, il mancato esercizio del potere presupporrebbe il requisito dell’inerzia, costitutivo della fattispecie decadenziale. In altri termini, la proposizione di una prova “nuova” è soggetta alla decadenza di cui all’art. 345, comma 3, c.p.c.; diversamente, la introduzione di prova “non nuova” è preclusa dal previo esaurimento del potere. Di fronte a tali interdizioni, la parte che voglia assumere la prova deve individuare il giusto strumento processuale: la prova “nuova” potrà dedursi soddisfacendo una delle fattispecie derogatorie previste normativamente; la prova “non nuova” sarà tendenzialmente preclusa, fatta salva la possibilità d’ammissione a seguito di una doglianza attinente ad errori del magistrato. Riconosciuta la rilevabilità di tali vizi, la loro sindacabilità deve necessariamente comportare un automatico riconoscimento del diritto ad assumere la prova; se così non fosse, si compierebbe una violazione del diritto d’azione nella particolare connotazione attribuitagli in appello. Per quanto attiene al *punctum temporis* in cui si è verificato l’errore, poco cambia che esso si materializzi in fase di ammissione o di assunzione; tutt’al più potrebbero differire gli strumenti concessi per rimediare all’errore. Alla complessità del quadro delineato, deve poi aggiungersi la possibile esistenza di ulteriori fattispecie preclusive; così, ad

---

contrario, sebbene sia innegabile l’intervenuta consumazione del potere istruttorio, non può escludersi che – da un lato – la parte possa sollecitare, con un motivo di gravame, una nuova valutazione delle risultanze probatorie e – dall’altro – che il giudice possa avvalersi dei poteri ufficiosi che la legge gli riconosce in grado d’appello. In assenza di questi presupposti e del requisito della novità, la prova non può assumersi poiché non può reiterarsi il compimento di un atto validamente compiuto (cfr. G. DE STEFANO, *Collisione di prove civili*, Milano, 1951, p. 22).

esempio, in riferimento alle prove “non nuove”, il verificarsi di una rinuncia (espressa o tacita) ne impedisce l’assunzione nelle fasi di gravame.

3) LE PROVE “NUOVE” ESENTI DALL’APPLICAZIONE DELL’ART. 345, COMMA 3, C.P.C.

All’esito del paragrafo precedente, si è concluso che – per poter introdurre in appello delle prove “non nuove” – occorre superare le preclusioni da incompatibilità e consumazione maturate in primo grado; in aggiunta, si è altresì circoscritto il significato di “non novità”, ammettendo che l’efficace (ma non necessariamente rituale) proposizione della prova impedisca l’applicazione del divieto di *nova*. Sviluppando tali riflessioni, si dovrebbe ritenere che – al di fuori di tale limite (e quindi nell’ambito delle prove “non dedotte”) – tutto il materiale istruttorio sia soggetto al divieto di *nova*.

Tuttavia, tale conclusione è rinnegata da quella dottrina che – in modo frazionato e piuttosto disorganico – riconosce la libera introducibilità di talune prove specifiche (si pensi, per tutte, alla prova del fatto sopravvenuto).

L’esistenza di tali eccezioni e l’ampiezza del concetto di “non deduzione” comprovano l’esigenza di ulteriori indagini; per questo motivo, nel corso della trattazione, si analizzeranno quelle fattispecie che – sebbene inerenti a prove non proposte o non prodotte – sono ritenute liberamente ammissibili in grado d’appello. Tale ricognizione permetterà inoltre di verificare la sussistenza di ragioni comuni sottese alla loro ammissibilità.

In primo luogo, le parti possono introdurre la prova di un fatto allegato *ex art.* 345, commi 1 e 2; tale eventualità, tutt’altro che irrilevante, comprende tre fattispecie riguardati sia l’attore che il convenuto. Esaminando l’ambito delle nuove domande, è ipotizzabile – da un lato – la modifica della richiesta originaria, mediante l’allegazione di nuovo fatto costitutivo, e – dall’altro – l’introduzione delle domande di aggiornamento, ai sensi del comma 1 del succitato articolo; parimenti, guardando le difese del convenuto, è possibile l’allegazione di nuovi fatti estintivi, modificativi o impeditivi a sostegno di un’eccezione in senso lato, giusto l’art. 345,



comma 2, del codice di rito<sup>63</sup>. In tutte queste ipotesi, l'ammissibilità dell'allegazione tardiva dovrebbe escludere qualsiasi limite nel compimento dell'attività istruttoria; sebbene taluno abbia sostenuto il contrario, le deduzioni probatorie a sostegno di tali fatti non dovrebbero soggiacere ai limiti dell'art. 345,

---

<sup>63</sup> Non è questa la sede per approfondire le complesse tematiche riguardanti i *nova* assertivi in appello; ciò nonostante, siano consentiti taluni richiami ai più recenti sviluppi dottrinali e giurisprudenziali. Per quanto riguarda l'introduzione di nuovo fatto costitutivo a sostegno della domanda originaria, la dottrina è divisa tra coloro che ritengono generalmente ammissibile l'allegazione di nuovi fatti giuridici, nel rispetto del divieto di nuova domanda (così, E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 337; in senso estensivo anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 395), e coloro che – invece – la limitano ai fatti relativi alle sole domande autodeterminate (è di questo avviso, M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, cit., p. 312; G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 292). Se la dottrina è divisa, la giurisprudenza è più uniforme nell'affermare l'ammissibilità delle sole modifiche riguardanti le domande autodeterminate (sul punto si veda, Cass. 8 gennaio 2015, n. 40; Cass. 17 novembre 2014, n. 24400). Prescindendo da questo contrasto, anche abbracciando la tesi restrittiva, l'introduzione di un nuovo fatto costitutivo mi sembra fisiologico quando – ad esempio – si consenta all'attore che abbia dedotto in primo grado l'acquisto di una servitù per usucapione di dedurre in appello il titolo convenzionale (questa fattispecie è esaminata da Cass. 17 novembre 2014, n. 24400, ove si è specificato che tale modifica non viola «il divieto di "ius novorum", atteso che la servitù è un diritto autodeterminato, sicché la "causa petendi" dell'azione confessoria si identifica con esso, e col bene che ne forma l'oggetto, piuttosto che con i fatti o gli atti allegati a suo fondamento»). Per quanto riguarda le domande di aggiornamento, benché la loro proposizione costituisca un'attualizzazione delle pretese originarie (così C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, cit., p. 417; E. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, II, cit., pp. 47 e ss), è innegabile che la loro introduzione possa comportare l'allegazione di nuovi fatti. Pensando alla richiesta di risarcimento per i danni sofferti dopo la pronuncia di prime cure, pare innegabile che l'attore sarà chiamato ad allegare in appello l'*an* ed il *quantum* del danno sopravvenuto. Tali conclusioni sono valide anche per un'altra domanda, quella di restituzione delle somme pagate in esecuzione della sentenza, che non è però normativamente prevista (sul punto, si veda Cass. 9 ottobre 2012, n. 17227). Infine, secondo la dottrina maggioritaria, la proponibilità di nuove eccezioni rilevabili *ex officio* – ai sensi dell'art. 345, comma 2, c.p.c. – dovrebbe necessariamente legittimare l'introducibilità dei nuovi fatti impeditivi, modificativi o estintivi su cui si fondano (così, R. ORIANI, *Sulle eccezioni proponibili in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 735 e ss; anche F.P. LUISO, *op. cit.*, pp. 396-397; E. MERLIN, *op. cit.*, p. 309 e ss; B. SASSANI, voce *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, agg. III, Milano, 1999, p. 190; M. GRADI, *Principio di preclusione, inammissibilità di nova in appello ed altri ostacoli alla ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 521; *contra*, nel senso che i fatti debbano essere stati già introdotti o, quantomeno, acquisiti sul piano probatorio in primo grado, A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 160; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 680. La giurisprudenza, dal canto suo, è ferma nel ritenere che l'eccezione in senso lato «può essere rilevata d'ufficio dal giudice sulla base di elementi probatori ritualmente acquisiti agli atti»; *contra*, A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., pp. 320-321, il quale nega questa tesi intermedia, osservando giustamente che questo orientamento «appare contraddittorio, dacché nel momento in cui si consente l'allegazione del fatto rilevabile *ex officio*, non si può restringere la possibilità di provarlo».

comma 3, del codice di rito<sup>64</sup>. D'altro canto, optando per l'assoggettamento, si giungerebbe ad un'iniqua compressione del «diritto d'azione, di cui il diritto alla prova è un componente fondamentale»<sup>65</sup>: limitare l'ammissione di nuovo materiale probatorio rischierebbe di provocare un'insensata applicazione dell'onere della prova, nella parte in cui – agendo come regola di giudizio – stabilisce la soccombenza di chi non prova i fatti allegati<sup>66</sup>.

In secondo luogo, analoghe conclusioni dovrebbero valere per l'ampliamento soggettivo del contraddittorio: l'interveniente *ex art.* 344 c.p.c.<sup>67</sup> può smentire tutte le difese dalle parti che si sono costituite in primo grado<sup>68</sup>. Tale conclusione non

---

<sup>64</sup> Sono di questo avviso, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, cit., p. 423; A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 33; F. CAMPIONE, *I nova*, in *Il nuovo appello civile* (a cura di C. CECHELLA), Bologna, 2017, p. 157. *Contra*, nel senso che tali prove siano soggette all'art. 345, comma 3, c.p.c., M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, cit., p. 312, il quale – nella vigenza dell'abrogata normativa – riteneva tali prove indispensabili; M. GRADI, *Principio di preclusione, inammissibilità di nova in appello ed altri ostacoli alla ricerca della verità*, cit., p. 525; conformemente, G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, pp. 442 e ss; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, II, Bari, 2012, p. 382, il quale – dopo la riforma del 2012 – si è trovato nella difficoltà di trovare una nuova legittimazione all'ammissibilità di tali prove. Sul punto, si veda G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale*, II, Bari, 2015, p. 403, ove si potenzia il requisito d'ammissibilità della prova non proposta per causa non imputabile; tale slittamento è altresì ipotizzato da G. IMPAGNATIELLO, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Il giusto processo civile*, 2012, pp. 746 e ss.

<sup>65</sup> Con queste parole, A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 333; nel senso che venga violato anche il diritto di difesa, F. CAMPIONE, *I nova*, cit., p. 157. Si veda F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2011, p. 393, il quale riteneva che una limitazione all'attività istruttoria potesse ritenersi addirittura incostituzionale (questa presa di posizione è stata abbandonata dalla VII ed. del manuale, nella quale l'A. ammette che «è possibile sostenere anche l'opinione opposta: le nuove allegazioni possono sì essere fatte, ma se non sono supportate da prove già acquisite sono destinate ad essere rigettate»).

<sup>66</sup> Il rischio è paventato da G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 290, il quale, però, sotto la normativa previgente, riteneva che detta prova dovesse soddisfare il requisito d'indispensabilità (p. 293).

<sup>67</sup> La disposizione prevede l'intervento di quei soggetti che sarebbero legittimati a proporre le opposizioni di terzo di cui all'art. 404 c.p.c.; oltre a tali ipotesi, la giurisprudenza generalmente ammette che possano intervenire in appello: il soggetto falsamente rappresentato (Cass. 14 gennaio 1977, n. 171), il successore nel diritto controverso *ex art.* 111 c.p.c. (Cass. 29 dicembre 2011, n. 29766) e – con maggiori difficoltà applicative – il litisconsorte necessario pretermesso (Cass. 17 agosto 1990, 8379). Sulla legittimazione all'intervento, si veda A. TEDOLDI, *Appello civile*, cit., pp. 423 e ss.

<sup>68</sup> Soffermandosi sulle ipotesi normativamente previste, mi pare che l'interveniente goda di poteri piuttosto ampi (così, F.P. LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, cit., pp. 374 e ss.; come osservato da A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 430, nelle ipotesi di legittimazione derivata dall'art. 404 c.p.c., «si ha, dunque, una nuova domanda, benché solo nel caso di intervento principale

dovrebbe valere per la sola attività assertiva, bensì dovrebbe applicarsi anche alla consequenziale attività istruttoria<sup>69</sup>; d’altro canto, se è corretto concepire l’intervento come una sorta di *opposizione di terzo anticipata*<sup>70</sup>, un’eccessiva rigidità delle preclusioni rischierebbe di provocare l’abbandono dell’istituto a favore dell’impugnazione *ex art. 404 c.p.c.*<sup>71</sup>.

Da ultimo, è possibile introdurre le prove che dimostrino l’esistenza di fatti sopravvenuti<sup>72</sup> e di fatti a rilevanza sopravvenuta; benché le fattispecie siano ontologicamente differenti, entrambe sono accomunate da un’estensione del *thema decidendum* non realizzabile in primo grado.

Il primo di essi, il *factum superveniens*, è un accadimento non deducibile poiché intervenuto dopo la precisazione delle conclusioni<sup>73</sup>; la sua introducibilità mi pare indubitabile: una modifica della situazione fattuale potrebbe rendere inattuale e

---

l’oggetto del processo si ampli sino a ricomprendere anche il diritto (incompatibile) dedotto dall’interveniente» (conformemente, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, pp. 502 e ss). Nel senso che le difese dell’interveniente non siano assoggettate al divieto di *nova*, M. VELLANI, voce *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano 1958, p. 730; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., pp. 164-165; F. CAMPIONE, *I nova*, cit., p. 140. Nel senso che la prova eventualmente assumibile sia però soggetta all’art. 345, comma 3, c.p.c., M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, cit., p. 312, il quale – secondo la normativa previgente – riteneva si trattasse di una prova indispensabile.

<sup>69</sup> Tale generalizzazione è sollecitata dalle osservazioni sviluppate da L.P. COMOGLIO, *Il principio dell’economia processuale*, cit., p. 41, il quale afferma che se è giustificato ricondurre all’economia dei giudizi la *ratio* dell’intervento, è altrettanto logico preoccuparsi di non vanificarla in partenza impedendo l’esercizio delle attività difensive all’interveniente. Nel senso dell’ammissibilità dell’istruttoria, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., pp. 502 e ss.

<sup>70</sup> F.P. LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, cit., p. 374.

<sup>71</sup> D’altro canto, considerata l’esecutività *ex lege* della sentenza di primo grado, i due istituti si trovano ormai normalmente a concorrere; sul rapporto tra opposizione di terzo e intervento, si vedano le osservazioni di B. SASSANI, voce *Appello (dir. proc. civ.)*, cit., p. 194-195.

<sup>72</sup> Così, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, cit., p. 419; A. TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella “iconoclastica” del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 159; F. CAMPIONE, *I nova*, cit., p. 137; cfr. M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, cit., p. 312; *contra*, Cass. 16 settembre 2011, n. 18962, ritiene prove soggette al divieto di *nova*.

<sup>73</sup> Tale riferimento temporale è preferibile rispetto a quello individuato da L.P. COMOGLIO, *Il principio dell’economia processuale*, II, cit., p. 27, il quale tiene conto della pronuncia della sentenza di primo grado. Sulla questione si vedano le osservazioni svolte *supra* cap. 1 § par. 3, nota 72. In senso conforme al testo, F. CAMPIONE, *I nova*, cit., p. 137.

potenzialmente superata la decisione fondata sui soli fatti preesistenti<sup>74</sup>. Al di fuori del singolo processo, l'allegazione troverebbe un'ulteriore giustificazione nel tentativo di tutelare l'economia processuale e scongiurare il rischio di giudicati contrastati<sup>75</sup>.

Diversamente, i fatti a rilevanza sopravvenuta sono quegli accadimenti antecedenti alla chiusura del primo grado, ma ivi non allegati poiché ignorati o non influenti. Fanno parte di questa categoria: i fatti divenuti rilevanti per *ius superveniens*<sup>76</sup>, quelli costituenti motivo di revocazione<sup>77</sup> e quelli consequenziali alle nuove difese di controparte o dell'interventore<sup>78</sup>. Anche in questo caso, è indubbia l'esenzione da qualsiasi preclusione: limitando l'istruttoria, si giungerebbe all'esito contraddittorio di ammettere la deduzione di tali fatti, ma non la loro prova. Così facendo, si intaccherebbero alcuni principi fondamentali dell'ordinamento come il diritto alla prova, il diritto di difesa, il principio del

---

<sup>74</sup> Come osservato da L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, p. 28, non si tratta dell'allegazioni completamente avulse da quelle effettuate in primo grado, bensì di integrazioni di fatti già allegati.

<sup>75</sup> Vedi L.P. COMOGLIO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>76</sup> Per la loro ammissibilità, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, cit., p. 419; A. TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella "iconoclastica" del 2012*, cit., p. 158; F. CAMPIONE, *I nova*, cit., p. 137; cfr. M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, cit., p. 312, e A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 231, il quale osserva che impedire l'accesso a tali fatti significherebbe moltiplicare le liti e dar luogo a decisioni inutili. *Contra*, nel senso della non introducibilità di nuove allegazioni, E. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, II, cit., pp. 44, nota 8.

<sup>77</sup> Tale apertura dipende dall'applicazione dell'art. 396 c.p.c., nella parte in cui individua l'appello quale strumento per far valere i motivi di revocazione straordinaria nella pendenza dei termini di proposizione dell'impugnazione ordinaria. Sulla tematica, si veda G. TARZIA – F. DANOVÌ, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., p. 378, e A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 166, ove l'A. specifica che «il rigido sistema delle preclusioni adottato dall'art. 345 non rappresenta per la parte soccombente un ostacolo a far valere utilmente le circostanze che concretano i vari motivi di revocazione». Cfr. A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 389.

<sup>78</sup> Secondo i più, qualsiasi introduzione di nuove difese in appello dovrebbe consentire il libero espletamento delle difese consequenziali; si vedano F. CAMPIONE, *I nova*, cit., pp. 139, 141; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., pp. 164-165; M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, cit., p. 312; E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 335.

contraddittorio, il principio della parità delle armi, oltre che l’effettività della tutela giurisdizionale nei gradi d’impugnazione<sup>79</sup>.

Ipotizzando delle prime conclusioni, può osservarsi che, in tutti i casi sinora analizzati, la libera ammissione delle prove è essenzialmente dipesa da un ampliamento del *thema decidendum* intervenuto in appello; tale estensione impone il compimento di una nuova attività d’accertamento che dovrà intervenire nelle forme e con i limiti del processo di primo grado. In altre parole, mi pare che – nell’eventualità in cui il fatto abbia acquisito rilevanza in appello – la prova non possa trovare un valido ostacolo nello stato di avanzamento del processo<sup>80</sup>.

Le ipotesi di libera introduzione di prove “nuove” non sono però finite; accanto ai casi di ampliamento del *thema decidendum*, vi sono due fattispecie in cui l’introduzione di nuove prove non dipende dall’allegazione di un nuovo fatto in appello.

Innanzitutto, tale eventualità potrebbe verificarsi per la peculiare conformazione delle difese di primo grado; in altre parole, può accadere che – in forza di un particolare cumulo – il giudice di prime cure, in modo del tutto legittimo, non addivenga all’assunzione di alcune prove. Tale fenomeno, che può qualificarsi come assorbimento rituale<sup>81</sup>, attribuisce la possibilità di riproporre *ex art. 346 c.p.c.*

---

<sup>79</sup> Nel senso della libera introducibilità delle prove a sostegno di fatti sopravvenuti o di fatti divenuti rilevanti per modifiche normative, si veda C. PUNZI, *op. loc. ult. cit.*; cfr. A. TEDOLDI, *op. cit.*, p. 159, il quale ritiene che si verificherebbe una lesione del diritto di azione e di difesa. Si veda, poi, F. CAMPIONE, *op. loc. ult. cit.*, quando specifica che la possibilità di introdurre nuove prove a sostegno di allegazioni consequenziali alle nuove difese del terzo e della controparte dipende dal principio di parità delle armi (conformemente, A. TEDOLDI, *L’appello civile*, cit., pp. 295, 430). Sempre nel senso della soggezione all’art. 345, comma 3, M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, cit., p. 312.

<sup>80</sup> In questi termini, D. DALFINO, *Limiti all’ammissibilità di documenti nuovi in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinario)*, in *Foro it.*, 2005, c. 1695; in senso conforme, F. SAITTA, *I nova nell’appello amministrativo*, cit., p. 167. Osserva A. TEDOLDI, *L’appello civile*, cit., p. 345, che «ogni limitazione al diritto di provare i fatti principali che vengono conosciuti dal giudice d’appello per la prima (e unica) volta sarebbe manifestamente incostituzionale» e, in particolare, contrasterebbe con «i diritti costituzionali alla tutela giurisdizionale, alla difesa in ogni stato e grado (art. 24, commi 1 e 2, Cost.), alla parità di trattamento tra situazioni giuridiche di identico contenuto (art. 3 Cost.) e, alla parità delle armi tra contendenti (art. 111, comma 2, Cost.)»; prima in ID., *L’istruzione probatoria nell’appello civile*, cit., p. 141.

<sup>81</sup> In generale sul fenomeno, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 493, il quale precisa che detta situazione – perfettamente fisiologica – si verifica quando il giudice di

la difesa “non accolta”<sup>82</sup>. In tale situazione, la parte che abbia visto disattese le proprie difese potrà reintrodurle nel gravame attivato dal soccombente. Guardando attentamente, deve notarsi che il cumulo legittimante l’assorbimento d’istanze istruttorie possa determinare l’esistenza di due differenti fattispecie: una prima che definirei di “assorbimento derivato” e una seconda che, invece, nominerei di “assorbimento originario”.

La prima ipotesi, certamente più diffusa, presuppone che la parte cumuli diverse difese di carattere assertivo (più domande, più eccezioni o più fatti posti a sostegno della medesima difesa), dotandole di prove a loro sostegno; se viene accolta la difesa con un’efficacia assorbente<sup>83</sup>, le istanze istruttorie a sostegno della difesa “non accolta” sarebbero a loro volta assorbite. Diversamente, la seconda ipotesi si verifica quando venga proposto un cumulo condizionale di più prove a sostegno del medesimo fatto; così, ad esempio, la parte potrebbe produrre un documento e specificare che, se il giudice dovesse ritenerlo insufficiente a provare l’esistenza del fatto, dovrà procedersi – in subordine – all’assunzione delle prove testimoniali.

In entrambi i casi rappresentati, le parti potrebbero essere interessate ad assumere le prove assorbite in grado d’appello; per potervi procedere, dovrebbero – però – evitarsi tutte le preclusioni con un’efficacia ultrattiva. In altre parole, per scongiurare la perdita del potere, occorrerà che la richiesta “non accolta” venga

---

primo grado non abbia analizzato una specifica difesa, «in quanto si è trovato ad affrontare e risolvere in senso assorbente precedenti ragioni della domanda o precedenti difese od eccezioni».

<sup>82</sup> Nel testo si fa riferimento al cumulo condizionale di difese, ossia all’eventualità in cui le parti proponano plurime difese attribuendo loro alternatività o subordinazione; non si terrà, invece, conto del cumulo semplice giacché – in tal caso – l’omissione di pronuncia non provoca assorbimento, ma l’invalidità. Sul punto, C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello accidentale*, cit., p. 978. Sul fenomeno dell’assorbimento, si vedano anche E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, p. 307; C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, pp. 482 e ss; C. MONTALI - S. CORONA, *L’appello civile*, cit., pp. 62 e ss.

<sup>83</sup> Come lucidamente osservato da C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello accidentale*, cit., pp. 981-983, tale eventualità dovrebbe verificarsi: in caso di domande alternative, quando venga accolta la prima domanda esaminata; in caso di domande subordinate, quando venga accolta la domanda principale; in caso di plurime eccezioni non condizionate, quando il giudice accolga un’eccezione non esaminando le altre e, infine, in caso di eccezioni con espresso vincolo di subordinazione, quando venga accolta l’eccezione principale. Similmente, A. TEDOLDI, *L’appello civile*, cit., pp. 218 e ss.

reiterata in precisazione delle conclusioni<sup>84</sup> e venga successivamente sottoposta all'attenzione della corte d'appello, mediante la riproposizione<sup>85</sup>. L'inottemperanza a tali oneri determinerebbe invece un'incompatibilità preclusiva che impedirebbe la richiesta di assunzione della prova.

Superati tali ostacoli, la corte dovrà normalmente valutare le istanze riproposte, senza sottoporle ad alcun limite. In effetti, anche per l'assorbimento derivato, sono spendibili le valutazioni effettuate per i fatti filtranti in appello: la limitazione della prova provocherebbe un'iniqua compressione del diritto d'azione e del diritto di prova, esponendo il proponente al rischio di soccombenza *ex art. 2697 c.c.* Il terzo comma dell'art. 345 c.p.c. non dovrebbe inoltre applicarsi alle prove assoggettate ad assorbimento diretto; la scelta di "non accogliere" le istanze istruttorie non può danneggiare il proponente quando il giudice d'appello riformi la sentenza: limitare l'assunzione della prova significherebbe riservare il medesimo trattamento a chi abbia diligentemente proposto l'istanza in primo grado e chi, invece, abbia

---

<sup>84</sup> Così, A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 225; sul punto si veda Cass., 27 giugno 2012, n. 10748, la quale ha chiarito che «l'interpretazione degli artt. 189, 345 e 346 cod. proc. civ., secondo cui l'istanza istruttoria non accolta nel corso del giudizio, che non venga riproposta in sede di precisazione delle conclusioni, deve reputarsi tacitamente rinunciata, non contrasta con gli artt. 47 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, né con gli artt. 2 e 6 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (ratificato con legge 2 agosto 2008, n. 130), né con gli artt. 24 e 111 Cost., non determinando alcuna compromissione dei diritti fondamentali di difesa e del diritto ad un giusto processo, poiché dette norme processuali, per come interpretate, senza escludere né rendere disagevole il diritto di "difendersi provando", subordinano, piuttosto, lo stesso ad una domanda della parte che, se rigettata dal giudice dell'istruttoria, va rivolta al giudice che decide la causa, così garantendosi anche il diritto di difesa della controparte, la quale non deve controdedurre su quanto non espressamente richiamato».

<sup>85</sup> Non è di questo avviso, F.P. LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, cit., p. 368, il quale ritiene che la riproposizione si applichi all'assorbimento di domande ed eccezioni, ma non anche alle istanze istruttorie «che sono necessariamente richiamate con la domanda o l'eccezione cui si riferiscono»; in senso conforme, G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 54; A. VALITUTTI – F. DE STEFANO, *Le impugnazioni nel processo civile*, II, cit. pp. 144-145. Considerata, però, la crisi dell'effetto devolutivo (sulla tematica, sia consentito il rinvio a G. PIROTTA, *La crise de l'effet dévolutif dans l'appel civil italien*, in *Revue de la recherche juridique*, 2018, pp. 803 e ss), mi pare condivisibile la tesi secondo la quale l'assunzione di prove necessita di un'iniziativa di parte; così, N. RASCIO, *Sul riesame in appello delle istanze istruttorie disattese dal giudice di primo grado*, in *Foro it.*, 1997, I, cc. 2266 e ss. (il quale però ritiene inapplicabile l'art. 346 c.p.c., «in quanto tale disposizione non riguarda le richieste (...) in materia di prove»); conformemente, A. TEDOLDI, *op. cit.*, p. 224. cfr. G. FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, pp. 246-247, che è invece favorevole all'applicazione dell'art. 346 c.p.c. alle istanze istruttorie.

volontariamente o colposamente omesso tale attività. Anche in questa ipotesi, potrebbe realizzarsi una violazione del diritto di difesa o, quantomeno, della parità delle armi.

L'ultima ipotesi presuppone che il giudice commetta un *illecito processuale* impedendo lo svolgimento di difese garantite. In questo caso, denunciata ed accertata la nullità del procedimento, il giudice d'appello sarà chiamato a rinnovare tutti gli atti nulli, attribuendo le facoltà che sarebbero spettate alle parti nel procedimento di prime cure se l'invalidità non si fosse verificata<sup>86</sup>. Così, ad esempio, se il giudice adottasse una decisione della "terza via"<sup>87</sup>, omettendo le formalità di cui all'art. 101, comma 2, c.p.c., la parte potrebbe appellare lamentando la nullità della sentenza e chiedendo l'espletamento delle attività negate<sup>88</sup>. Similmente, se a seguito di un'opposizione alla convalida di sfratto, il giudice dovesse emettere l'ordinanza piuttosto che convertire il rito, il conduttore (a cui è pacificamente riconosciuto il rimedio dell'appello) potrebbe, in tale sede, denunciare l'errore e svolgere liberamente tutte le attività difensive, istruttoria compresa<sup>89</sup>. La decadenza da *nova* non dovrebbe operare posto che – in queste

---

<sup>86</sup> Sono queste le connotazioni dei poteri del giudice e delle parti che F.P. LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 25 e ss. attribuisce loro nel processo d'appello funzionale a far valere le nullità del procedimento che abbiano portato alla contumacia della parte; nello stesso senso, A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., pp. 614-615; cfr. B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981, pp. 407 e ss.

<sup>87</sup> Su questa peculiare ipotesi di nullità, si vedano M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 826 e ss.; D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parte e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 411 e ss.

<sup>88</sup> Così, F. CAMPIONE, *I nova*, cit., pp. 141-142; A. TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella "iconoclastica" del 2012*, cit., p. 158; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 395, il quale si esprime favorevolmente per l'attività istruttoria. In senso conforme, M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, cit., p. 845. Sono corrette le osservazioni di D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, p. 414, là dove specifica che, nel caso di decisione della "terza via", «in appello è automatica e non discrezionale l'ammissione di nuovi fatti, eccezioni o prove (purché in rapporto dinamico la questione rilevata d'ufficio)».

<sup>89</sup> Non sono condivisibili le conclusioni di Cass. 13 giugno 2017, n. 14625, nella parte in cui ha specificato che «in tema di sfratto per morosità alla cui convalida l'intimato si sia opposto, qualora il giudice, anziché adottare i provvedimenti di cui agli artt. 665 e 667 c.p.c., erroneamente emetta senz'altro ordinanza di convalida, questa assume natura decisoria e contenuto sostanziale di sentenza e l'impugnazione deve essere proposta con appello. Con tale atto l'intimato potrà chiedere di essere rimesso nei termini per espletare l'attività difensiva che gli è stata impedita in primo grado, fermo restando la decisione di merito del Giudice di appello». Sul punto, sia consentito richiamare a G.



circostanze – il giudizio d’appello non opera come *revisio*, ma come strumento per far valere la nullità della sentenza (e, più in generale, del procedimento)<sup>90</sup>; in altre parole, il procedimento d’appello costituisce il primo grado sulla nullità processuale, e – in quanto tale – non è assoggettato a preclusione da *nova*<sup>91</sup>. D’altro canto, se si ignorasse questo importante fattore, si giungerebbe all’iniquo esito di far gravare sull’appellante gli effetti negativi dell’errore giudiziale: negando l’idoneità dell’appello a rimuovere gli tutti effetti della nullità, si giungerebbe ad una lesione del diritto di difesa e dell’effettività della tutela giurisdizionale.

Ebbene, come per l’ampliamento del *thema decidendum*, anche la riemersione del *thema probandum* disatteso in primo grado dovrebbe autorizzare il libero espletamento di tutte le difese; opinando diversamente, le parti subirebbero ingiustamente gli effetti degli errori o dei ripensamenti degli organi di giustizia. In definitiva, la parte che abbia diligentemente svolto le proprie difese, ma abbia patito – fisiologicamente o patologicamente – una loro caducazione, dovrebbe difendersi in grado appello, nelle medesime condizioni previste per il primo grado<sup>92</sup>.

Tutte le osservazioni svolte sarebbero sufficienti ad escludere l’applicazione dell’art. 345, comma 3, c.p.c.; tuttavia, la disorganicità di tale riconoscimento potrebbe generare dubbi ed incertezze negli operatori del diritto. In particolare, le principali difficoltà potrebbero proprio derivare dall’assenza di un espresso

---

PIROTTA, *Considerazioni sull’appello “atipico” avverso l’ordinanza di convalida di sfratto pronunciata in carenza dei presupposti di legge*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 96 e ss.

<sup>90</sup> Sul punto, si vedano le ampie riflessioni di P. LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, cit., pp. 16 e ss.

<sup>91</sup> Espressamente, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit, p. 414; secondo l’A. «i limiti posti dall’art. 345 c.p.c. non trovano applicazione, in quanto si riferiscono ad un gravame che attiene al merito, mentre rispetto alla questione di rito (...) il processo di appello è un giudizio di primo grado. Dunque, anche l’eventuale attività istruttoria necessaria a decidere la questione processuale non incontra le preclusioni proprie dell’appello»; in senso conforme, M. GRADI, *op. loc. ult. cit.*; D. BUONCRISTIANI, *op.cit.*, p. 413.

<sup>92</sup> Si noti che il superamento del divieto di *nova* dovrebbe essere valido per entrambe le fattispecie di novità, ossia per la prova oggettivamente nuova e per l’utilizzo nuovo di una prova già assunta (*supra* § 1). Così, l’introduzione di un fatto sopravvenuto dovrebbe non solo consentire la libera introducibilità di nuove prove, ma anche permettere il libero utilizzo di tutte le prove già assunte. Conseguentemente, è possibile affermare che gli unici casi in cui il nuovo utilizzo di una prova sia soggetto alla decadenza dell’art. 345, comma 3, c.p.c. riguardano l’eventualità in cui il fatto da provarsi sia già allegato o fosse allegabile ma non allegato in primo grado.

riconoscimento dell'ammissibilità di tali prove: sebbene principi di rango costituzionale ne impongano l'assunzione, temo (mi auguro infondatamente) che l'ossessione per il processo rapido ad ogni costo possa negare o comprimere il diritto alla prova<sup>93</sup>.

Al fine di garantirne la libera introducibilità, occorrerebbe quindi chiarire la collocazione sistematica di tali fattispecie; per farlo, però, si dovrebbe nuovamente ricorrere alle osservazioni sviluppate sul sistema preclusivo. In altre parole, per sancire definitivamente la loro ammissibilità dovrebbe accertarsi l'essenze da qualsiasi fattispecie di consumazione e incompatibilità, oltre che dal divieto di *nova* in appello.

Per iniziare, occorrerà quindi soffermandosi sulla deduzione dell'istanza istruttoria. Come si è detto, infatti, il ruolo di tale fattore è fondamentale per valutare l'intervento della consumazione preclusiva. Ebbene, guardando alle suddette ipotesi, può notarsi che – accanto a fattispecie in cui l'istanza non venga proposta (si pensi all'ampliamento del *thema decidendum* o alla nullità del procedimento) – ve ne sono altre in cui la richiesta è formalmente avanzata (è questo il caso dell'assorbimento delle difese). La prima ipotesi non desta particolari difficoltà: la totale mancanza dell'esercizio del potere esclude la sussistenza di fattispecie preclusive basate sulla consumazione o su di un'eventuale rinuncia. Il differente caso della riproposizione è, invece, più complesso. Come si è fatto presente, affinché la parte possa introdurre la prova in appello, occorre che in primo grado non maturino incompatibilità preclusive; ciò significa che il difensore dovrà aver l'accorgimento di non rinunciare alla loro assunzione, reiterando le istanze istruttorie all'udienza di cui all'art. 189 c.p.c.. La consumazione preclusiva non desta, invece, problemi giacché l'assorbimento presuppone la mancata adozione di

---

<sup>93</sup> Mi pare che lo stesso timore sia condiviso da C. CONSOLO, *Profili della nuova disciplina delle impugnazioni, con una rinnovata critica all'appello "chiuso" ai "nova"*, in AA.VV., *La riforma del processo civile*, Padova, 1992, p. 194, il quale riteneva opportuno un chiarimento del legislatore sull'ammissibilità di fatti sopravvenuti: «è vero che è implicito questo, però sono quel tipo, diciamo così, di sicurezze, quelle che questo sia implicito e tutti poi lo trovino chiaro seppur implicito, su cui non sarei disposto ad essere del tutto tranquillizzato».

qualsivoglia provvedimento consequenziale<sup>94</sup>. Ricapitolando, fatta salva la piccola accortezza per la riproposizione, in tutte queste fattispecie non rileva la proposizione dell’istanza istruttoria: nessuna preclusione da consumazione impedisce l’assunzione di tali prove in appello.

Per quanto riguarda invece l’assoggettamento al divieto di *nova*, si può ricordare quanto affermato sugli elementi fondanti la tardività preclusiva (*supra* cap. 1 § 3). In quella sede, si è infatti notato che l’interdizione ai *nova* potrebbe ricondursi alla fattispecie decadenziale poiché al suo interno sono rintracciabili tutti gli elementi costitutivi di tale preclusione: l’incidenza della disposizione sull’esercizio di un potere processuale, l’inattività del soggetto e il *punctum temporis* di perdita del potere. Nello specifico, però, il chiarimento potrebbe discendere dalla seguente puntualizzazione: affinché la preclusione intervenga, occorre che l’atto possa effettivamente compiersi nel corso del primo grado, *rectius* sino all’udienza di precisazione delle conclusioni di cui all’art. 189 del codice di rito. A contrario, è possibile affermare che – se l’atto non possa compiersi oppure non possa efficacemente compiersi (ovverosia realizzarsi consumando il potere) – nessuna decadenza potrebbe intervenire. Per tale ragione, mi sembra che le fattispecie del presente paragrafo non siano soggette a tardività: la preclusione incide su poteri attuali, mentre in tal caso il mancato esercizio del potere è dipeso dall’impossibilità di assumere la prova.

In definitiva, dovrebbe concludersi che le prove resesi necessarie per l’ampliamento del *thema decidendum* o la riemersione del *thema probandum* non possano ritenersi tardive giacché l’appello è la prima sede utile per ammetterle compiutamente.

---

<sup>94</sup> Come affermato da C. CONSOLO, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello accidentale*, cit., p. 978, le ipotesi di riproposizione presuppongono che «una statuizione, anche implicita, manchi».

#### 4) CONCLUSIONI SUL CONCETTO DI “NOVITÀ”: FATTISPECIE ESENTI E SOGGETTE ALLA PRECLUSIONE

A questo punto, si possono suggerire alcune valutazioni conclusive frutto dell'analisi del presente capitolo; nel tentativo di riepilogare quanto emerso, si cercherà di ricorrere a categorie generali che consentano di inquadrare istantaneamente le singole fattispecie concrete. Come consueto, si tornerà alla bipartizione tra prova precostituita e costituenda; d'altro canto, un'eccessiva semplificazione rischierebbe di condurre a conclusioni eccessivamente generiche e, quindi, a potenziali fraintendimenti.

Soffermandosi sulle prove precostituite, mi pare che – vagliando l'introducibilità di un documento in appello – i soggetti del processo (parti o giudice che siano) debbano tener conto di due fattori: l'effettiva produzione del documento e – nel caso in cui difettasse – la sua producibilità in primo grado. Ebbene, poste queste variabili, la fattispecie immaginabili dovrebbero essere tre; in particolare, occorrerebbe differenziare tra: i documenti prodotti in primo grado (a), quelli producibili ma non prodotti (b) e, infine, quelli non producibili (c).

La questione è invece più complessa per le prove costituende; anche in questo caso, la scissione tra il momento dell'ammissione e quello dell'assunzione aumenta il numero delle variabili ipotizzabili. Non basterebbe quindi tener conto della proposizione dell'istanza istruttoria ed – eventualmente – della sua proponibilità; come si è dimostrato, occorrerebbe anche valutare *ex post* (in concreto) la consumazione del potere esercitato<sup>95</sup>. Per tale motivo, la corretta delineazione di tutte le fattispecie permetterebbe di distinguere tra le istanze istruttorie efficacemente proposte (d), quelle proponibili ma non proposte (e), quelle non efficacemente proposte (f) e, infine, quelle non introducibili (g).

In definitiva, la parte che intenda introdurre del materiale probatorio dovrebbe interrogarsi sulla sua riconducibilità a tali fattispecie. Nei casi di cui alle lettere (a)

---

<sup>95</sup> È solo il caso di ricordare che la consumazione si verifica sia nell'eventualità in cui la prova sia dichiarata ammissibile, sia nel caso di pronuncia d'inammissibilità. La non consumazione, invece, presuppone o il mancato esercizio del potere o l'esercizio inefficace che non ingeneri nel soggetto passivo una delle reazioni previste dall'ordinamento (sul tema, vedi *supra* cap. 1 § 2).

e (d), la prova sarebbe inammissibile poiché “non nuova” e soggetta alla preclusione da consumazione (nonché da incompatibilità, se maturata); tuttavia, superata l’interdizione ricorrendo ai motivi d’impugnazione, il potere sarebbe liberamente esercitabile poiché non soggetto ad alcun altro limite, neppure al divieto di *nova* in appello. La medesima conclusione non è invece valida per le ipotesi indicate alle lettere (b) ed (e), ossia per l’istruttoria “nuova” e tardiva; salva la riconducibilità alle deroghe normative, la proposizione di tale prova è preclusa giacché soggetta al divieto di *nova*. Infine, nei casi di cui alle lettere (c), (f) e (g), la prova sarebbe liberamente proponibile poiché – essendo “nuova”, ma non tardiva – è esente da qualsivoglia preclusione di primo grado o da *nova*.



## **CAPITOLO 3 – LE DEROGHE NORMATIVE E I LIMITI INTERNI AL DIVIETO DI *NOVUM PROBATORIO***

SOMMARIO: 1) INTRODUZIONE ALL'AMMISSIBILITÀ DELLA PROVA TARDIVA; - 2) LA DEDUZIONE DI NUOVE PROVE PER NON IMPUTABILITÀ DEL RITARDO: IL CONCETTO DI NON IMPUTABILITÀ; - 3) SEGUE: L'ESTENSIONE APPLICATIVA DELLA FATTISPECIE; - 4) LA DEDUZIONE DI NUOVE PROVE INDISPENSABILI AI FINI DELLA DECISIONE; - 5) I GIURAMENTI.

### 1) INTRODUZIONE ALL'AMMISSIBILITÀ DELLA PROVA TARDIVA

Accertati i limiti esterni della preclusione da *nova*, la seguente parte della ricerca analizzerà quelle deroghe che – restituendo il potere alle parti – consentono la deduzione tardiva di “nuove” prove. L'importanza della questione è indiscussa considerato che le eccezioni tipizzate costituiscono il limite interno all'operatività della decadenza.

Nello sviluppo della trattazione, la tematica sarà perlopiù indagata all'interno del rito ordinario, ragguagliando – però – sulle maggiori criticità del processo del lavoro e di quello sommario.

Data l'estensione della ricerca, prima di vagliare le singole fattispecie derogative, è opportuno rinvenire la disciplina rilevante. Un ruolo fondamentale è ancora ricoperto dall'art. 345, comma 3, c.p.c.; tale disposizione prevede, infatti, ben due deroghe là dove legittima la deduzione tardiva dei «nuovi mezzi di prova e (...) nuovi documenti (...) che la parte dimostri di non aver potuto propor[re] o produr[re] nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile» nonché del giuramento decisorio.

Oltre a questa disposizione, si analizzerà – poi – per la disciplina del rito laburistico, l'art. 437, comma 2, c.p.c., là dove specifica che «non sono ammessi nuovi mezzi di prova, tranne il giuramento estimatorio, salvo che il collegio, anche

d'ufficio, li ritenga *indispensabili* ai fini della decisione della causa. È salva la facoltà delle parti di deferire il giuramento decisorio in qualsiasi momento della causa» e, per il procedimento sommario di cognizione, l'art. 702quater, secondo periodo, c.p.c., ove statuisce che «sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene indispensabili ai fini della decisione, ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile». Cercando di attribuire una certa sistematicità, si esamineranno, dapprima, le fattispecie generali della causa non imputabile e dell'indispensabilità<sup>1</sup> e, successivamente, le ipotesi specifiche dei giuramenti.

## 2) LA DEDUZIONE DI NUOVE PROVE PER NON IMPUTABILITÀ DEL RITARDO: IL CONCETTO DI NON IMPUTABILITÀ

La prima deroga che si vaglierà prevede la restituzione del potere istruttorio quando, in primo grado, la parte non abbia dedotto la prova per causa ad essa non imputabile.

Scomponendo la fattispecie, emerge che l'art. 345, comma 3, contiene tutti gli elementi costitutivi della rimessione in termini, ossia «l'inosservanza di un limite temporale per il compimento di un atto processuale; il verificarsi di un impedimento apprezzabile, non imputabile alla parte; l'accertamento in concreto dell'impedimento»<sup>2</sup>. Per tale ragione, nel corso di questa disamina, si terrà conto non solo degli studi sul divieto di *nova*, ma anche delle riflessioni sulla disciplina generale dell'istituto rimessorio.

---

<sup>1</sup> Sebbene espunta dall'art. 345, comma 3, c.p.c., tale deroga continua ad operare nei procedimenti di cognizione diversi da quello ordinario e nelle cause ordinarie a cui si applica la normativa previgente. Peraltro, soffermandosi proprio sulla sua abrogazione, il momento di applicazione della nuova normativa è discusso, considerato altresì che la l. n. 134/2012 non prevede alcun regime intertemporale; sulla questione si vedano le tesi prospettate da A. TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, pp. 401 e ss., il quale infine opta per il principio *tempus regit actum* e, conseguentemente, applica la nuova disciplina alle cause proposte in primo grado dal 12 agosto 2012.

<sup>2</sup> Così, M.C. VANZ, *Certeza delle regole processuali vs. obiezione di retroattività: un percorso verso nuovi equilibri*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2012, p. 964. Nel senso che l'art. 345, comma 3, c.p.c. comprenda una fattispecie di rimessione in termini, F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, p. 287; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, pp. 425 e ss.



Per prima cosa, pare però opportuno scindere gli sviluppi della ricerca distinguendo – da un lato – gli aspetti riguardati il profilo soggettivo e – dall’altro – quelli attinenti ai presupposti oggettivi.

Il primo aspetto riguarda l’individuazione di quei soggetti che, legittimati all’esercizio dei poteri, potrebbero incorrere nell’impedimento non imputabile. Considerate le facoltà implicate, gli accertamenti a cui è tenuto il giudice d’appello potrebbero coinvolgere la parte processuale vera e propria (nei casi di difesa personale in primo grado)<sup>3</sup>, il difensore munito di procura alle liti<sup>4</sup> e – infine – il suo collaboratore quando operi come *nuncius*<sup>5</sup>. Identificato il soggetto ed accertatane l’estraneità all’impedimento, il giudice dovrà consentire il compimento dell’atto, seppure tardivo.

Ad onor del vero, questa distinzione soggettiva è stata utilizzata da coloro che, riconducendo la “non imputabilità” a valutazioni di diligenza, hanno soggettivizzato il fenomeno rimessorio. In effetti, se tale requisito dipendesse dall’inevitabilità dell’impedimento a fronte di un comportamento diligente, sarebbe innegabile l’influenza delle capacità e dell’esperienza del singolo agente sulla restituzione del potere<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> L’ordinamento italiano ha adottato la regola generale del patrocinio obbligatorio riducendo a limitatissime eccezioni le ipotesi in cui la parte possa difendersi personalmente; in particolare, la legge esclude l’obbligatorietà della difesa tecnica solo davanti al giudice di pace – nelle cause di valore inferiore a 1.100 euro oppure oltre il suddetto limite, ma con espressa autorizzazione del magistrato – e davanti al tribunale, nel rito del lavoro – qualora il valore della causa non sia superiore a euro 129,11 (si veda il disposto degli artt. 82 e 417 del codice di rito).

<sup>4</sup> Solitamente è proprio il procuratore a svolgere le attività asseverative: il potere di produrre documenti e proporre istanze istruttorie gli è conferito tramite la procura alle liti o – in ipotesi minori (essenzialmente il deferimento del giuramento decisorio) – mediante un mandato speciale attributivo di quello specifico potere. Sulle facoltà del difensore, si veda C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, p. 636.

<sup>5</sup> Questa eventualità è diventata ancora più comune con l’avvento del processo civile telematico; attualmente, infatti, il deposito dei documenti di causa può essere indisturbatamente effettuato da chiunque abbia accesso alle credenziali del difensore. Così, ad esempio, è comune l’eventualità in cui siano proprio i dipendenti o i collaboratori di studio a produrre documenti depositandoli mediante p.c.t. unitamente alle memorie di cui all’art. 183, comma 6, del codice di rito.

<sup>6</sup> Secondo R. CAPONI, voce *Rimessione in termini nel processo civile*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Agg. IV, Torino, 2009, p. 472, nel sistema processuale – diversamente da quello sostanziale – non si pongono «le esigenze di oggettivizzazione del criterio d’imputazione della colpa in funzione della tutela dell’affidamento e della circolazione giuridica». Per tale ragione, «ove si tratti di valutare il comportamento della parte che agisce personalmente in giudizio», si dovrebbe adottare «un criterio

Tale affermazione impone, però, un chiarimento sui presupposti oggettivi dell'istituto rimissorio. In effetti, prima di concentrarsi sulla nozione di diligenza, dovrebbe confermarsi che tale requisito rilevi nell'accertamento della fattispecie; in altri termini, prima di abbracciare la tesi soggettiva, deve appurarsi che le valutazioni di diligenza (o negligenza) dell'agente possano influire sulla (non) imputabilità dell'omissione.

La questione può essere risolta avvalendosi di due approcci differenti: il primo, di natura soggettiva, che individua il fondamento dell'imputabilità nella colpa dell'agente; il secondo, invece, di natura oggettiva, che considera obiettivamente la realizzabilità della condotta. Secondo la prima tesi, il comportamento diligente (e, quindi, non colpevole) renderebbe non imputabile qualsivoglia astensione; viceversa, una condotta negligente (e, quindi, colpevole) determinerebbe l'imputabilità dell'impedimento. Per la seconda, invece, la non imputabilità deriverebbe da un'impossibilità obiettiva, mentre l'oggettiva fruibilità del potere renderebbe la condotta imputabile. La differenza non è di poco conto ed incide sulla cognizione del magistrato: la teoria soggettiva richiede di accertare la diligenza (o negligenza) nell'esercizio dei poteri; quella oggettiva, invece, l'obiettiva possibilità di fruirne.

Per individuare la tesi preferibile, deve chiarirsi il rapporto intercorrente tra imputabilità e colpevolezza: abbracciando la prima tesi, il primo requisito sarebbe influenzato dal secondo; diversamente, sposando la seconda, tra i due elementi esisterebbe una perfetta autonomia.

La questione caratterizza l'intero sistema giuridico e viene perlopiù risolta in senso favorevole alla scissione<sup>7</sup>. Tra tutte le branche dell'ordinamento, però,

---

della colpa orientato soggettivamente, commisurato al grado di conoscenze, istruzione, intelligenza ed esperienza del concreto individuo che è parte del processo»; all'opposto, «la colpa dell'avvocato» dovrebbe essere «commisurata ad un canone di diligenza oggettivo-astratto ancorato allo standard professionale».

<sup>7</sup> La distinzione tra non imputabilità e colpevolezza è presente nel diritto penale, nella responsabilità civile extracontrattuale e da inadempimento; tuttalpiù, a differenziare gli approcci, contribuirebbe la portata di entrambi i concetti nelle singole branche. Nel diritto penale, ad esempio, l'imputabilità consiste nella capacità di intendere e di volere del reo (art. 85 c.p.), mentre la colpevolezza attiene al cd. elemento soggettivo del reato, all'«atteggiamento antidoveroso della volontà che ha dato origine al fatto materiale richiesto per l'esistenza del reato» (così, F. ANTOLISEI, *Manuale di*

*diritto penale. Parte generale*, Milano, 1997, p. 319). Sebbene sia consapevole dell'esistenza di una tesi (la cd. tesi normativa della colpevolezza) che ricomprende in quest'ultimo elemento anche l'incapacità di intendere e di volere (così, se non erro, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, pp. 290 e ss., G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, pp. 324 e ss.), mi pare che sussistano argomentazioni di carattere testuale, sistematico e logico contro tale teorizzazione: in primo luogo, le disposizioni di cui agli artt. 86, 111, 648 c.p. presuppongono che un reato (ossia un fatto tipico, anti giuridico e *colpevole*) possa essere commesso da un soggetto non imputabile; in secondo luogo, gli artt. 222 e 224 c.p. – nello stabilire l'applicazione della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o riformatorio giudiziario – richiedono valutazioni in capo al soggetto non imputabile della colpa e del dolo, così come della gravità del fatto di reato (sul punto si veda anche l'art. 133 c.p. ove prevede che «il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: [...] 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa»); in terzo luogo, il Codice Rocco non tratta dell'imputabilità all'interno degli elementi costitutivi dell'illecito penale, bensì nel titolo IV del libro I, che riguarda la figura del reo; infine, com'è stato efficacemente osservato, la tesi normativa «rivela chiaramente la sua artificiosità, quando si rifletta che quegli stati psichici che costituiscono dolo e colpa possono riscontrarsi anche nella condotta degli immaturi e degli infermi di mente. Forse un ragazzo [non imputabile] di tredici anni non può ferire un compagno intenzionalmente? Forse non può colpirlo per imprudenza maneggiando, ad esempio, una rivoltella carica? Chi vorrà, d'altra parte, sostenere che non vi sia differenza tra il fatto del paranoico che uccide deliberatamente il suo presunto persecutore e quello dell'alcoolizzato che, guidando un'automobile, determina, senza volerlo la morte di un pedone?» (vedi ancora, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 321). Questa distinzione si ripercuote poi sul codice di procedura penale, ove l'art. 530 – nel delineare le fattispecie assolutorie – non solo prevede la possibilità di assolvere perché il «reato è stato commesso da persona *non imputabile*», ma la distingue da quella fondata sulla formula «il fatto non costituisce reato». Una scissione tra imputabilità e colpevolezza è anche riscontrabile nella normativa civilistica sull'illecito; infatti, mentre l'art. 2046 c.c. prevede che l'imputabilità del fatto dannoso dipenda dalla capacità di intendere e di volere dell'agente, la colpevolezza costituisce il «criterio finale d'imputazione per tutti i danni ingiusti derivanti da fatti che non trovano la loro disciplina in una fattispecie legale tipica di responsabilità» (con queste parole, F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. critica dir. privato*, 1988, p. 180). Nel sistema della responsabilità extracontrattuale, questo «rapporto di reciproca autonomia» (così, F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1991, p. 8) si differenzia da quello tipico del diritto penale; se in quest'ultimo settore, infatti, la colpevolezza è un elemento costitutivo del reato e l'imputabilità un requisito di punibilità, nel sistema della responsabilità extracontrattuale, sia la colpevolezza che l'imputabilità «si pongono quali requisiti autonomi dell'illecito» (così, M. FRANZONI, *L'illecito*, I, Milano, 2010, pp. 1172-1173; una diversa distinzione è stata suggerita da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, pp. 657 e ss., il quale ritiene che l'incapacità costituisca un'essente di responsabilità). Anche in questo caso, non sfugge che autorevole dottrina considera l'imputabilità come un presupposto della colpa (M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Il codice civile. Commentario* (diretto da F.D. BUSNELLI), Milano, 2012, p. 60 e ss.; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, pp. 427 e ss.), tuttavia, mi pare che la concezione civilistica di colpa – intesa come «non conformità ad un *obiettivo* modello di comportamento diligente» (C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 658) – smentisca questa tesi: le valutazioni attinenti ai due elementi non si possono sovrapporre poiché «nell'esame sulla colpa, va accertato se quel dato comportamento, produttivo di un certo evento lesivo, contrasti con i principi o con le regole di convivenza poste dall'ordinamento giuridico (...). Viceversa, nell'esame sull'imputabilità, ciò che ha rilievo è proprio la componente psichica del soggetto dalla quale deve risultare la coscienza e la volontà propria della capacità naturale» (con queste parole, M. FRANZONI, *Sub art. 2046*, in *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. GALGANO), Bologna, 1993, pp. 318 e 319). L'autonomia dei due concetti emerge ancora più evidente se si pensa che, da un lato, nel concorso di colpa del non imputabile, l'oggetto

all'interno di questo paragrafo, si guarderà alla responsabilità da inadempimento; in questo ambito, infatti, oltre ad essere recepito il criterio della “non imputabilità”, la funzione che gli è riservata è assimilabile a quella che ricopre nell'istituto della rimessione in termini<sup>8</sup>. In altre parole, se nel codice penale e nella responsabilità extracontrattuale la non imputabilità viene intesa “in senso tecnico”, come assenza di requisiti psicologici in capo all'agente, il richiamo – nella normativa sulla responsabilità *ex art. 1218 c.c.* – allude alla riferibilità della lesione, *rectius* al collegamento tra l'agente e la condotta antidoverosa<sup>9</sup>.

Come per la fattispecie processuale, la dottrina civilistica è approdata a due differenti tesi sulla nozione di non imputabilità: secondo la prima, quella soggettiva, la responsabilità si fonderebbe sulla colpa e, coerentemente, la non imputabilità implicherebbe un impedimento non prevedibile né superabile con la dovuta diligenza<sup>10</sup>; all'opposto, secondo la tesi oggettiva, la responsabilità avrebbe natura obiettiva e la nozione di non imputabilità presupporrebbe un'impossibilità oggettivamente insuperabile<sup>11</sup>.

---

dell'indagine è il comportamento oggettivamente considerato, contrastante con le norme di comune prudenza e diligenza, a prescindere dall'imputabilità e, dall'altro, nella valutazione dei presupposti della responsabilità del sorvegliante *ex art. 2047 c.c.*, il giudice è chiamato ad accertare la difformità della condotta dell'incapace dalla norma o dal canone generale di comportamento (la colpa), prescindendo da valutazioni d'imputabilità che influiscono sulla sola responsabilità dell'incapace (spunti in tal senso, M. FRANZONI, *Sub art. 2047*, in *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. GALGANO), Bologna, 1993, pp. 331-332; ID., *L'illecito*, cit., p. 1179).

<sup>8</sup> Prende in considerazione il concetto di non imputabilità *ex art. 1218 c.c.* anche R. CAPONI, voce *Rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 470.

<sup>9</sup> In questo senso, M. FRANZONI, *Sub art. 2046*, cit., p. 315.

<sup>10</sup> Il primo ad aver sostenuto questo orientamento è N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1985, pp. 17 e ss.; favorevoli alla tesi soggettiva sono anche *ex multis* C.M. BIANCA, op. cit., p. 25; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, pp. 528 e ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, pp. 232 e ss.

<sup>11</sup> Tra i primi sostenitori di questa teoria G. OSTI, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, p. 1 e ss.; conformemente, G. VISENTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice Civile. Commentario* (diretto da F.D. BUSNELLI), Milano, 1987, pp. 293 e ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (a cura di F. GALGANO), Bologna-Roma, 1988, p. 473; S. RODOTÀ, voce *Diligenza*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 543; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, Torino, 1982, pp. 248 e ss., il quale

A mio avviso, il contrasto potrebbe risolversi aderendo al dato testuale degli artt. 1176 e 1218 c.c. Posto che il comma 1° dell'art. 1176 prevede che «nell'*adempiere* l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia», e che l'art. 1218 statuisce che «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'*inadempimento* (...) è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile», può sostenersi che il concetto di diligenza (inteso come assenza di negligenza/colpa) e quello di non imputabilità operino su piani differenti e tendenzialmente autonomi. Il primo elemento, ossia la diligenza, contribuisce alla descrizione dell'(in)adempimento specificando il presupposto della responsabilità, ma non del suo esonero; all'opposto, la non imputabilità è il fattore da accertare affinché l'impossibilità liberi il debitore dalle conseguenze dell'inadempimento. La non imputabilità, essendo estranea alla lesione del diritto, opera come un'esimente<sup>12</sup>.

In conclusione, quindi, la responsabilità *ex art.* 1218 c.c. presuppone l'inadempimento (la condotta lesiva del diritto di credito) e l'imputabilità della lesione al debitore; diversamente, l'esonero di responsabilità deriva dal solo impedimento, senza che rilevi l'incolpevolezza della condotta. Considerata la diversità dei loro ruoli, deve dedursi che – nella fattispecie civilistica – i concetti di diligenza e di non imputabilità operino autonomamente, senza influenzarsi; per tale ragione, dovrebbero evitarsi commistioni e ritenere che l'esimente della non

---

osserva acutamente che l'accoglimento della tesi soggettivistica porterebbe al paradossale riconoscimento dell'*inadempimento diligente*.

<sup>12</sup> In questo senso, F. MACIOCE, *L'obbligazione e il contratto*, Torino, 2013, p. 69; spunti in tal senso in G. VISENTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice Civile. Commentario* (diretto da F.D. BUSNELLI), Milano, 2006, p. 388. Mi pare da escludere quanto sostenuto da D. DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983, p. 132; in effetti, se come affermato dall'A. la sussistenza di un'impossibilità non imputabile costituisca un'interruzione del nesso causale, l'onere della prova si sarebbe ripartito diversamente: abbracciando questa tesi, il debitore non sarebbe chiamato a dimostrare l'impossibilità non imputabile, bensì il creditore sarebbe gravato dell'onere di provare l'imputabilità dell'impossibilità.

imputabilità presupponga un ostacolo obiettivo, estraneo alla sfera di controllo del debitore<sup>13</sup>.

Se tali conclusioni fossero valide anche per la decadenza, il divieto di *nova* avrebbe un fondamento oggettivo e l'elemento della "diligenza" sarebbe ininfluenza. La principale differenza atterrebbe tutt'al più alla natura della responsabilità: se la responsabilità da inadempimento si concreta, infatti, in un'ipotesi di eteroresponsabilità (ossia di responsabilità verso terzi), la decadenza consiste in una forma di autoresponsabilità (ovvero di responsabilità verso sé stessi)<sup>14</sup>.

Per valutare l'assimilabilità tra sistemi, sarà quindi opportuno precisare i fattori della fattispecie civilistica e, contestualmente, ricercarne elementi di comunanza col fenomeno processuale<sup>15</sup>.

Posta questa premessa, il primo elemento da considerare attiene alle situazioni giuridiche soggettive coinvolte dalla disciplina.

---

<sup>13</sup> Per valutare la correttezza di questa tesi è possibile ricorrere ad un esempio. Caio, celebre cantante neomelodico, stipula un contratto d'opera con il quale si impegna ad esibirsi ad un evento organizzato da Tizio; il giorno stabilito, però, poco prima del concerto, il cantante collassa e viene trasportato d'urgenza all'ospedale più vicino. In questa ipotesi, la diligenza a cui è tenuto il debitore prescinde dalla responsabilità per l'inadempimento: il fatto che – prima del malore – Caio si sia diligentemente preparato per il concerto oppure si sia presentato afono non incide. In effetti, l'unico aspetto rilevante è l'imputabilità dell'impedimento: se – ad esempio – il collasso sia stato provocato dall'abuso di sostanze stupefacenti, l'impossibilità sarebbe imputabile e il danno risarcibile; al contrario, nell'eventualità in cui il malessere sia dipeso da circostanze naturali, Tizio non potrebbe richiedere alcun ristoro. Similmente, l'impedimento all'esibizione potrebbe proprio dipendere dall'afonia del cantante; anche in questo caso, per valutare la risarcibilità del danno, occorrerebbe accertare se la perdita della voce sia imputabile a Caio oppure no. A fronte di un'imputabilità per un eccessivo uso della voce, o per sbalzi di temperatura, il cantante potrebbe andare indenne da responsabilità se si riscontrasse una patologia della gola non riconducibile alla sua condotta.

<sup>14</sup> Nel senso che la decadenza trovi la propria giustificazione nell'autoresponsabilità, ossia nella «conseguenza di un comportamento che non incid[e] nella tutela di un interesse alieno o di un interesse generale», si veda S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 453.

<sup>15</sup> Un'operazione simile è stata effettuata da S. MENCHINI, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2013, pp. 979 e ss., il quale – al fine di analizzare la preclusione da tardività – ha posto in correlazione il generale concetto di responsabilità con quello di autoresponsabilità. La lodevole ricostruzione dell'A. è certamente utile a questa ricerca, benché sia a mio avviso preferibile il confronto con la sola responsabilità da inadempimento. In effetti, optando per questa possibilità, le variabili ipotizzabili sarebbero minori rispetto a quelle coinvolte dal raffronto con la responsabilità in generale, che ricomprende la fattispecie peculiare della responsabilità extracontrattuale.

Nella normativa civilistica, il rapporto giuridico compromesso è il cd. rapporto obbligatorio, ossia la relazione giuridica, tra debitore e creditore, nella quale il primo è gravato da obblighi, mentre il secondo è titolare di diritti.

In materia processuale, la questione è più complessa ed intricata; come si è già detto (*supra* cap. 1 § 1), in questo contesto, le situazioni giuridiche soggettive derivano dal cd. rapporto giuridico processuale, ovvero dall'interfacciarsi di plurime situazioni giuridiche normalmente attribuite a tre soggetti processuali<sup>16</sup>. Ad esempio, guardando all'attività istruttoria, è possibile cogliere: il diritto alla prova (inteso come diritto soggettivo che la parte vanta verso gli organi di giustizia), l'onere della prova (considerato come presupposto che la parte deve soddisfare per addivenire ad una pronuncia favorevole), la facoltà di depositare i documenti con gli atti introduttivi del giudizio (intesa come possibilità di esercitare il potere istruttorio in quella specifica modalità), il dovere di indicare con la memoria n. 3 dell'art. 183, comma 6, c.p.c. tutte le istanze di prova contraria, e via dicendo. In riferimento al divieto di *novum* probatorio *ex* art. 345, comma 3, c.p.c., si possono scorgere, da un lato, il potere-dovere di promuovere tutte le deduzioni istruttorie in primo grado e, dall'altro, la facoltà di introdurre nuove prove purché vengano soddisfatti i presupposti delle deroghe tipizzate<sup>17</sup>.

Arrestandosi al primo fattore, il confronto tra responsabilità da inadempimento e decadenza sembra possibile: le parti processuali, come le parti del rapporto obbligatorio, sono gravate da situazioni giuridiche passive che impongono comportamenti doverosi.

Il secondo elemento da vagliare riguarda, invece, la difformità intercorrente tra la condotta doverosa e quella effettivamente tenuta.

Nell'ambito del diritto sostanziale, tale fattore si concreta nell'inadempimento, ossia in quel comportamento che – per ragioni di negligenza (ma non solo) – viola

---

<sup>16</sup> Sul rapporto giuridico processuale, si veda la dottrina citata a nt. 2 del capitolo 1. Sulla necessaria complessità soggettiva, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pp. 89 e ss., per l'eterogeneità delle situazioni giuridiche esistenti, pp. 723 e ss.

<sup>17</sup> Si veda *supra* cap. 2, § 1.

un obbligo giuridico preesistente; in altri termini, nella responsabilità *ex art.* 1218 c.c., tale devianza consiste nella mancata esecuzione della prestazione prescritta.

Per quanto riguarda il processo civile e, in particolare, la decadenza, l'elemento di difformità è dato dal mancato esercizio del potere nei termini perentori previsti dalla legge. Per esempio, la parte che non deduce le prove contrarie con la memoria n. 3 dell'art. 183, comma 6, c.p.c. tiene una condotta difforme da quella normativa, limitandosi a non introdurle<sup>18</sup>.

Peraltro, preme qui osservare che tale elemento non ha in sé per sé un'accezione negativa: la responsabilità civile potrebbe non scaturire dal mero inadempimento, così come all'inazione del potere potrebbe non conseguire la sua *definitiva* perdita.

Fin qui, il parallelismo proposto non ha dimostrato particolari discrepanze: entrambe le ipotesi prevedono, infatti, da un lato, una situazione giuridica passiva in capo alla parte e, dall'altro, uno sviamento dalla condotta doverosa.

L'ultimo aspetto da chiarire riguarda, però, le conseguenze pregiudizievoli di tali devianze; in altre parole, per affermare definitivamente l'assimilabilità tra le fattispecie, è necessario accertare – e successivamente confrontare – il rapporto intercorrente tra le difformità (l'inadempimento e il decorso del termine) e le conseguenze pregiudizievoli che vi discendono (la responsabilità e la decadenza). Ora, tralasciando l'ontologica differenza tra eteroresponsabilità e

---

<sup>18</sup> In fattispecie come queste, l'inattività non costituisce l'inadempimento ad un onere; se – infatti – l'onere processuale consiste in «un comportamento che il soggetto deve tenere per conseguire un determinato vantaggio» (così, G. DE STEFANO, voce *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 114), sostenendo la sua operatività si perderebbe il succitato elemento della difformità tra condotte. In via esemplificativa, la parte *obbligata* alla consegna di un bene *deve* consegnarlo; allo stesso modo, la parte processuale gravata *ex art.* 183, comma 6, dal *potere-dovere* di dedurre la prova contraria *deve* dedurla. Il binomio potere-dovere permette di accertare una devianza, una divergenza dalla condotta normativamente prevista. All'opposto, queste conclusioni non sono valide per l'onere; tale situazione giuridica, infatti, è funzionalmente preordinata a consentire la scelta tra l'esercizio del potere e l'inattività. Si pensi – ad esempio – all'onere della prova; la parte che ne è gravata *può* svolgere l'attività difensiva, ma *non deve* necessariamente farlo. L'onere attribuisce alle parti la scelta tra l'adempimento e il conseguente beneficio oppure l'inadempimento e l'assenza di beneficio. Nel caso in cui l'agente non adempia non si verificherà alcuna deviazione poiché la situazione giuridica soggettiva legittima entrambe le scelte. Per un'analisi critica del ricorso alla figura dell'onere, S. MENCHINI, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, cit., pp. 103 e ss.; *contra*, R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., pp. 69 e ss.; A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale* (a cura di L. MARAFIOTI – R. DEL COCO), Torino, 2012, p. 18.



autoresponsabilità, proprio da quest'ultimo fattore emergono le principali distinzioni.

Nella normativa sostanziale, il debitore risponde *ex art.* 1218 c.c. quando: l'obbligazione non venga adempiuta, benché la prestazione sia possibile, oppure un'impossibilità imputabile al debitore impedisca l'adempimento. Al contrario, l'obbligato andrà esente da qualsivoglia responsabilità nel caso di non imputabilità dell'impedimento.

In ambito processuale, non sono però valide le stesse conclusioni. Il verificarsi della decadenza prescinde dall'imputabilità del fatto impediente: la parte processuale subisce la preclusione per la sola difformità, ossia per la mera decorrenza del termine perentorio<sup>19</sup>. In breve, l'unico elemento che rileva è l'inattività protrattasi nel tempo come fatto autonomamente valutabile.

All'esito del confronto, è emerso che entrambe le fattispecie costituiscono ipotesi di responsabilità (o autoresponsabilità) oggettiva. La principale differenza attiene al ruolo riservato all'impossibilità non imputabile: nella disciplina civilistica, essa costituisce un fatto impeditivo della responsabilità da inadempimento; in quella processuale, invece, il fattore non influisce sul maturare della decadenza.

A ben guardare, restando in ambito processuale, l'impedimento non imputabile rappresenta il fatto costitutivo della rimessione in termini, lo strumento che sovverte una *già* decadenza maturata<sup>20</sup>. Più precisamente, l'elemento dell'imputabilità non determina il verificarsi della preclusione, ma la sua definitività.

---

<sup>19</sup> Di questo avviso, S. BOCCAGNA, *Sub art. 153*, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. CONSOLO), I, Milanofiori Assago, 2013, p. 1812. Come già specificato (*supra* cap. 1, § 2), l'inerzia deve essere valutata oggettivamente – come fatto giuridico autonomo in senso stretto – senza interrogarsi sulla presenza di un sottostante elemento soggettivo in capo all'agente; in questo senso, S. MENCHINI, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, cit., p. 1031; S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, cit., p. 463. Diversamente, nel senso che si tratti di una fattispecie di autoresponsabilità su fondamento colposo, R. CAPONI, voce *Rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 470.

<sup>20</sup> Spunti in S. MENCHINI, *op. cit.*, pp. 1028 e ss. Sviluppando la tesi di questo A., deve osservarsi che se la non imputabilità fosse un elemento impeditivo della decadenza, una volta eccepita la tardività di una difesa, colui che è rimasto inerte potrebbe immediatamente allegare il fatto impediente e, eventualmente, compiere l'atto. Il legislatore, però, non ha previsto tale reazione a fronte dell'eccezione di tardività di controparte; in effetti, una volta sottoposta al giudice la tardività

Prima di sciogliere il nodo relativo al significato di “non imputabilità”, devono, però, chiarirsi le ipotesi in cui la deroga non opera. Ebbene, prescindendo dal fatto che l’impossibilità non imputabile attenga ad impedimenti *oggettivamente o diligentemente* insuperabili, la rimessione in termini è esclusa quando: il potere non venga esercitato, benché il compimento dell’atto sia libero e possibile, oppure l’impedimento all’esercizio del potere sia imputabile al suo titolare. Al di fuori di queste ipotesi, nell’eventualità di un impedimento non imputabile, gli effetti della decadenza potrebbero cessare, consentendo l’esercizio di un potere che è stato *momentaneamente* precluso.

A questo punto, non resta che chiarire il significato di “non imputabilità”. Ebbene, accertata la sua estraneità ai meccanismi decadenziali, il quesito dovrà risolversi considerando unicamente la disciplina rimessoria.

Un primo elemento rilevante attiene alla terminologia adoperata: l’opzione di ricorrere alla “non imputabilità”, anziché al criterio dell’“errore scusabile”, dimostra la diffidenza dei *conditores* verso i vagli di natura soggettiva. Probabilmente, se anche nel processo civile venisse recepita la disciplina del c.p.a. – là dove prevede che «il giudice [possa] disporre (...) la rimessione in termini per *errore scusabile* in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto»<sup>21</sup> – si ammetterebbero, con più semplicità, valutazioni attinenti al profilo soggettivo<sup>22</sup>. Peraltro, anche un’interpretazione soggettivamente orientata appare impraticabile. L’estensione della “non

---

dell’atto, la parte incorsa in decadenze potrà soltanto svolgere delle mere difese, negando il fatto posto a fondamento dell’eccezione. Diversamente, qualora intenda allegare l’impedimento all’esercizio del potere, potrà farlo promovendo un’istanza di rimessione in termini nei modi e nelle forme dell’art. 294 c.p.c.

<sup>21</sup> È questo il testo dell’art. 37 c.p.a. Peraltro, tale formula non è nuova; la nozione di «errore scusabile» è stata previamente introdotta nel processo amministrativo con l’art. 34, comma 1, del r.d. 24 luglio 1924, n. 1054 nonché dall’art. 34, comma 2, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034. Nel senso dell’irrelevanza di questa discrasia, R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., pp. 163 e ss., il quale – sebbene consapevole delle scelte legislative – opta comunque per la concezione soggettiva di non imputabilità contrastante con la volontà di adottare formule normative differenti.

<sup>22</sup> Nel senso che il recepimento del concetto di non imputabilità «decret[i] (...) il distacco dall’esperienza dell’errore scusabile (...) nel processo amministrativo», A. PANZAROLA, *Sulla rimessione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 1645-1646.

imputabilità” fino a ricomprendere la scusabilità dell’errore contraddirebbe, infatti, la *voluntas legis*: davanti alla possibilità di recepire l’“errore scusabile”<sup>23</sup>, il legislatore del 2009 ha mantenuto il criterio originario<sup>24</sup>, eliminando qualsiasi dubbio sulla rilevanza di profili diversi da quello oggettivo<sup>25</sup>.

Altrettanto insostenibile è il richiamo al criterio della “diligenza”: il suo utilizzo introdurrebbe nella fattispecie concetti distanti da quello di ascrivibilità/attribuibilità di un dato avvenimento all’agente.

Inoltre, richiamando ai suesposti chiarimenti, la sua applicazione stravolgerebbe le funzioni riservate all’imputabilità e alla colpevolezza; in effetti, se il primo elemento riguarda l’istituto rimessorio, il secondo potrebbe tuttalpiù appartenere all’autoresponsabilità da decadenza, se questa avesse natura soggettiva.

---

<sup>23</sup> Con la riforma intervenuta con la legge 18 giugno 2009, n. 69, i *conditores* avrebbero potuto recepire la formulazione dell’art. 153, comma 2, c.p.c. auspicata dall’art. 17 del cd. d.d.l. Mastella, il d.d.l. n. 1524/S/XV, secondo cui «la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile o per errore scusabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini».

<sup>24</sup> In senso critico verso il possibile recepimento dell’“errore scusabile”, P.G. DEMARCHI, *Aspetti problematici e obiettivi del disegno di legge Mastella sul rito civile*, in *Corr. Merito*, 2007, pp. 829 e ss.

<sup>25</sup> Tuttavia, non mancano interpretazioni che – sprezzanti delle scelte legislative – arrivano persino ad affermare che «tra le cause non imputabili va certamente annoverato l’errore scusabile» (così, M. CANTILLO, *La nuova rimessione in termini nel processo tributario*, in *Rass. Trib.*, 2010, pp. 919 e ss.).

Ciò premesso, sebbene la dottrina prediliga l'approccio soggettivo<sup>26</sup>, l'attuale testo di legge impedisce tale lettura<sup>27</sup>: l'estraneità dell'agente all'impedimento esclude qualsivoglia indagine sulla sua colpevolezza<sup>28</sup>.

La negazione della tesi soggettiva non chiarisce, però, la portata della deroga; per tale ragione, i fautori della teoria oggettiva hanno concluso che la "non imputabilità" corrisponda essenzialmente al caso fortuito e alla forza maggiore<sup>29</sup>. A mio avviso, però, tale richiamo non è conveniente: innanzitutto, come dimostrato dai civilisti<sup>30</sup>, anche il *casus* e la *vis maior* si presterebbero a derive

<sup>26</sup> Così, R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., *passim*; A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., pp. 374 e ss.; C.E. BALBI, voce *Rimessione in termini (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1993, p. 7; F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 142. In giurisprudenza, si veda Cass. 9 gennaio 2019, n. 287; Cass. 15 marzo 2017, n. 6664. Si osservi che, recentemente, la tendenza soggettivistica ha portato persino a dare rilevanza all'elemento volontaristico; così, ad esempio, è stato sostenuto che «la rimessione in termini (...) richiede la dimostrazione che la decadenza sia stata determinata da una causa non imputabile alla parte, perché cagionata da un fattore estraneo alla sua volontà» (così, F. DE SANTIS, *La rimessione in termini*, in *Le riforme del processo civile* (a cura di A. DIDONE), Milano, 2014, p. 257); in giurisprudenza, Cass., ss.uu., 18 dicembre 2018, n. 32725.

<sup>27</sup> Ritiene che il concetto di non imputabilità non ricomprenda – ad esempio – quello di errore scusabile, P.G. DEMARCHI, *op. loc. ult. citt.*; nel senso che si debba guardare ad una impossibilità in senso oggettivo, Cass. 21 dicembre 2018, n. 33151; Cass. 23 novembre 2018, n. 30512. Si vedano anche L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I/2, Padova, 2001, pp. 1161-1162, i quali dopo aver affermato che «il presupposto che consente alla parte di accedere alla richiesta di rimessione in termini è dalla legge indicato nell'invocazione di una "causa non imputabile" alla stessa parte richiedente, nozione, questa, che pare accentuare la necessità dell'assenza di un qualsiasi profilo d'*incolpevolezza*», specificano, inspiegabilmente, che per la restituzione del potere è sufficiente «che la decadenza non [si sia] verificata per una *negligenza* addebitabile alla parte o al suo difensore, a titolo anche di *colpa*» (il corsivo non è presente nel testo).

<sup>28</sup> Sotto questo punto di vista, sono perfettamente condivisibili le osservazioni di G. FELLONI, *Invio della domanda di insinuazione al passivo ad un indirizzo di PEC errato*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 1907 e ss.

<sup>29</sup> Nel senso, invece, che la disposizione riguardi principalmente queste ipotesi, G. FELLONI, *op. cit.*, pp. 1911; cfr. A.D. DE SANTIS, *La rimessione in termini*, in *La nuova giustizia del lavoro* (a cura di D. DALFINO), Bari, 2011, p. 153 e ss.

<sup>30</sup> Guardando alla dottrina civilistica sviluppatasi nella vigenza del codice civile del 1865, emerge che una parte di studiosi attribuiva al caso fortuito una valenza soggettiva; così, ad esempio, N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, pp. 6 e ss., il quale sosteneva che «il caso dunque, come in genere è la mancanza di volontà, qui è la mancanza di colpa: il caso è non colpa: esso comincia dove la colpa finisce. (...) Caso è ciò che indipendentemente dalla colpa dell'obbligato impedisce l'esatto adempimento dell'obbligazione». *Contra*, V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile*, Roma, 1915, pp. 334 e ss., il quale ritiene che il concetto di caso fortuito costituisca la causa esterna non imputabile.

soggettivistiche<sup>31</sup>; inoltre, guardando alle riforme intervenute dagli anni 50 sino ai giorni nostri, la riduzione delle norme contenenti tali clausole<sup>32</sup> dimostrerebbe la volontà di superarle, favorendo l'attuale formulazione normativa<sup>33</sup>.

A ben vedere, l'evoluzione codicistica suggerirebbe che – pur mantenendo una connotazione oggettiva – il *focus* della disposizione si sia spostato dal fatto impediente al rapporto intercorrente tra l'impedimento e l'agente. Per tale ragione, deve ritenersi che l'originario concetto di impossibilità oggettiva ed assoluta abbia subito una relativizzazione soggettivo-temporale.

Dunque, secondo questa lettura, la rimessione in termini non richiederebbe un intralcio insuperabile «dalle forze umane»<sup>34</sup>, bensì che – dal momento in cui è sorta la volontà di compiere l'atto sino allo spirare del potere – sia perdurato un ostacolo obiettivamente insuperabile per quell'agente<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Si veda A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., pp. 31 e ss., il quale – sebbene affermi che la rimessione giustifica le decadenze intervenute per cause non imputabili alla libera scelta delle parti – poi le identifica ricorrendo al caso fortuito o alla forza maggiore.

<sup>32</sup> Si tratta di specifiche disposizioni che non sono mai state riformate: l'art. 650, comma 1, c.p.c. – che disciplina l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo – prevede che «l'intimato può fare opposizione anche dopo scaduto il termine fissato nel decreto, se prova di non averne avuta tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore»; similmente, l'art. 688 c.p.c. – in tema di opposizione dopo la convalida di licenza o di sfratto – statuisce che «se l'intimazione di licenza o di sfratto è stata convalidata in assenza dell'intimato, questi può farvi opposizione provando di non averne avuta tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore».

<sup>33</sup> Nel testo si fa riferimento all'evoluzione subita dall'art. 294 c.p.c. in tema di rimessione in termini del contumace. Originariamente, infatti, tale disposizione prevedeva che – al pari degli artt. 650 e 688 c.p.c. – il contumace potesse chiedere la rimessione in termini dimostrando che «la nullità della citazione o della sua notificazione gli [avesse] impedito di avere conoscenza del processo o che la costituzione [fosse] stata impedita da *caso fortuito o forza maggiore*». Con la riforma intervenuta negli anni '50 (legge 14 luglio 1950, n. 581), tale previsione è stata però modificata, sostituendo a tali clausole il concetto di “non imputabilità”. Questa evoluzione ha poi influenzato il legislatore che ha successivamente esportato la formulazione negli artt. 184bis, 153, comma 2, e 345, comma 3, c.p.c. Sulla modifica normativa dell'art. 294 c.p.c., si vedano – anche con opinioni diverse – G. GIANNOZZI, *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963, pp. 225 e ss.; D. D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano, 2012, p. 115; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I/2, Padova, 2001, pp. 1161-1162; S. SATTA, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1951, p. 38.

<sup>34</sup> Qualifica così l'impossibilità oggettiva e assoluta, G. OSTI, voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. D.I.*, VIII, Torino, 1962, p. 296.

<sup>35</sup> Richiamando alla dottrina civilistica, si potrebbe sostenere che sia sufficiente un'impossibilità soggettiva. Sulla differenza con l'impossibilità oggettiva (ed assoluta), si veda A. PONTECORVO,

Tale conclusione muove dal presupposto che, «quando la norma processuale assegna un termine di decadenza all'esercizio di un potere, la parte può scegliere in base a criteri di opportunità di attivarsi anche all'ultimo momento», senza che si possa rimproverarle alcunché<sup>36</sup>.

Questo correttivo potrebbe altresì acquietare quella dottrina che, allarmata dai formalismi processuali, propende per la tesi soggettiva; effettivamente, l'approccio suggerito potrebbe essere più favorevole di quello basato sulla diligenza.

Si pensi all'avvocato che, alle ore ventitré e trenta del *dies ad quem*, non riesca a depositare telematicamente<sup>37</sup> la memoria n. 3 dell'art. 183, comma 6, c.p.c. per un problema riguardante il sistema informatico del processo civile telematico. In casi come questo, la tesi oggettiva – con il correttivo della relatività soggettivo-temporale – condurrebbe alla restituzione del potere; il magistrato, infatti, dovrebbe soltanto accertare: la permanenza del potere-dovere in capo al soggetto, il verificarsi del fatto impediente e, infine, l'impossibilità obiettiva a superarlo.

Maggiore cautela sarebbe, invece, necessaria per la tesi soggettiva; in questo caso, infatti, il correttivo temporale complicherebbe l'effettivo riscontro della diligenza: il procrastinarsi dell'atto potrebbe percepirsi come una forma di negligenza, considerato che – valutando la colpevolezza – è difficile ignorare la preesistenza di giorni (o, talvolta, mesi) di libera fruibilità del potere.

Prescindendo da valutazioni empiriche, la debolezza della tesi emerge dalla sua applicazione agli impedimenti prossimi al *dies ad quem*. In questa eventualità, infatti, i presupposti della rimessione si irrigidiscono, aggravando la diligenza richiesta all'agente<sup>38</sup>: quando la scadenza è ancora lontana, la parte può permettersi maggiori leggerezze poiché, se anche un ostacolo si frapponesse tra essa e il

---

*L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007, pp. 17-18.

<sup>36</sup> Così, R. CAPONI, *La rimessione in termini*, cit., p. 375.

<sup>37</sup> Senza entrare nelle complesse tematiche del p.c.t., preme osservare che il deposito telematico è un atto a formazione progressiva; infatti, come previsto dall'art. 16bis, comma 7, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, «il deposito (...) si ha per avvenuto al momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del ministero della giustizia».

<sup>38</sup> Così, R. CAPONI, *La rimessione in termini*, cit., pp. 375.

compimento dell'atto, vi sarebbe maggior agio nel superare l'impedimento ed esercitare il potere; al contrario, se il termine fosse imminente, la parte dovrebbe agire con la massima diligenza poiché l'impossibilità di rimediare imporrebbe di compiere l'atto a colpo sicuro. Nello specifico, l'inasprimento dei presupposti dipenderebbe dall'incremento della diligenza nel prevedere ed evitare possibili impedimenti.

Seguendo questa logica, negli ultimi minuti del *dies ad quem*, la diligenza domandata renderebbe sempre imputabile l'impedimento immaginabile<sup>39</sup>: la carenza di tempo estremizzerebbe l'onere di previsione sino a rendere il mancato pronostico sempre colposo. In queste situazioni, quindi, la tesi soggettiva mostrerebbe la sua fragilità, fallendo nell'attribuitale *mission* di garantire il contraddittorio.

Per evitare di rendere la parte una sorta di oracolo preveggente, la dottrina ha quindi alleviato gli oneri di predizione asserendo l'inopportunità di «esagerazioni rigoristiche»<sup>40</sup>.

Nonostante i buoni intenti, la prospettata transigenza deforma i presupposti della tesi soggettiva. Tale discrasia emerge evidente da un esempio che la stessa dottrina ha tratto dall'ordinamento tedesco: «un avvocato si mente in viaggio in automobile alle ore ventitré e quarantacinque dell'ultimo giorno del termine per depositare l'atto d'appello, entro le ore ventiquattro, nella cassetta postale del tribunale. Il *tempo medio* per raggiungere in auto il tribunale dal suo studio legale si aggira attorno ai sei minuti. Quella sera però un veicolo in divieto di sosta ostruisce la strada e gli consente di depositare l'atto solo alle ore ventiquattro e cinque. Il giudice d'appello respinge la richiesta di rimessione in termini e dichiara l'appello inammissibile. Contro questa decisione l'appellante ricorre al BGH, che accoglie il

---

<sup>39</sup> Così, ad esempio, Cass. 19 ottobre 2018, n. 26535, la quale ha precisato che «deve escludersi la rimessione in termini per l'avvocato rimasto in panne con la macchina mentre si recava in udienza (...). Il guasto al motore, in relazione ad una vettura con la quale si intendono percorrere centinaia di chilometri per recarsi presso un ufficio giudiziario, è un evento non frequente ma ipotizzabile e rispetto al quale è ragionevole attendersi da un professionista delle contromisure di cautela che garantiscano al proprio cliente l'assistenza in udienza».

<sup>40</sup> V. ancora R. CAPONI, *op. ult. loc. cit.*

suo ricorso. Nella motivazione il BGH richiama al suo orientamento costante, secondo il quale la parte può sfruttare il termine processuale fino all'ultimo, tenendo conto del tempo *normalmente* necessario, a seconda del mezzo di comunicazione prescelto, affinché l'atto pervenga tempestivamente all'ufficio giudiziario»<sup>41</sup>.

Dall'esempio riportato si nota che – valutando i presupposti della rimessione in termini – non viene intrapreso alcun esame dei profili soggettivi: nel suesteso stralcio non si richiama mai ai concetti di diligenza e/o colpevolezza. Al contrario, la restituzione del potere si emancipa dai requisiti soggettivi per adagiarsi sul criterio oggettivo dell'*id quod plerumque accidit*; in altri termini, richiamando ai criteri della “normalità” e del “tempo medio”, si rinnega l'indagine sulla negligenza approdando a valutazioni più rassicuranti.

Tra l'altro, introducendo i requisiti oggettivi e alleviando la diligenza, si giunge persino a legittimare la rimessione in termini a fronte di comportamenti lievemente colposi. Tornando, all'ultimo esempio, a fronte di un necessario incremento della diligenza richiesta, la scelta di mitigare la sua rigidità ha comportato il superamento della linea di demarcazione tra ciò che è diligente e ciò che non lo è. In particolare, la negligenza è palese se si riflette sul fatto che l'avvocato depositante ha erroneamente fatto affidamento su un dato – il tempo medio – nel quale è intrinseca l'approssimazione e la sussistenza di margini di variabilità.

In conclusione, tornando alla deroga contenuta nell'art. 345, comma 3, c.p.c., deve ritenersi che, in grado d'appello, la parte possa introdurre nuove prove in presenza di un ostacolo che abbia obiettivamente impedito l'esercizio del potere. La tesi suggerita, ossia quella oggettiva con il correttivo della relatività soggettivo-temporale, sembra preferibile; essa, oltre a garantire un'efficace garanzia del contraddittorio, sgancia la fattispecie dalle quelle interpretazioni soggettivistiche che – paradossalmente – imporrebbero al giudice non solo di valutare le attitudini divinatorie del difensore, ma anche il quoziente intellettuale e il grado di istruzione della parte sostanziale<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Si veda in R. CAPONI, *op. ult. cit.*, pp. 375-376.

<sup>42</sup> Vedi la dottrina citata in nt. 6.



## 3) SEGUE: L'ESTENSIONE APPLICATIVA DELLA FATTISPECIE

L'analisi della fattispecie non può, però, arrestarsi al concetto di non imputabilità; appurata la sua nozione, occorre ora chiarirne i margini di concreta applicazione.

Ancora una volta, l'analisi muove dall'art. 345, comma 3, c.p.c., là dove prevede l'ammissibilità della prova qualora si dimostri «di non aver potuto *propor[la]* o *produr[la]* nel giudizio di primo grado» per causa a sé non imputabile. In virtù di questa previsione, nel capitolo precedente (*supra* cap. 2 § 4), si è concluso che sono soggetti al divieto di *nova* i documenti *producibili*, ma *non prodotti*, e le istanze istruttorie *proponibili*, ma *non proposte*, nel corso del primo grado.

Questa descrizione omologa, però, una serie di fattispecie ontologicamente differenti; limitandosi al testo di legge, rientrerebbero – infatti – in questa categoria le prove immediatamente deducibili, quelle a deducibilità sopravvenuta e, infine, quelle tardivamente deducibili<sup>43</sup>.

Tale parificazione è certamente legittima per quanto riguarda l'effetto preclusivo: benché in momenti differenti, tutte quelle prove sono accomunate dalla deducibilità in primo grado.

La stessa conclusione non è, però, valida per l'applicazione delle deroghe al divieto di *nova*; infatti, se le prove immediatamente deducibili e quelle a deducibilità sopravvenuta non riscontrano limiti di sorta, le prove introducibili ricorrendo alla rimessione in termini subiscono ulteriori restrizioni. A ben riflettere,

---

<sup>43</sup> Nella prima categoria, rientrano i documenti e le istanze istruttorie che la parte avrebbe potuto dedurre con gli atti introduttivi del giudizio o con le memorie di cui all'art. 183, comma 6; nella seconda, invece, rientrano quelle prove liberamente introducibili nonostante la sussistenza di preclusioni infra-graduali; infine, nella terza, rientrano quei documenti e quelle istanze che la parte non abbia introdotto *in limine litis* per causa ad essa non imputabile. Più nello specifico, fanno parte del secondo gruppo i documenti e le istanze istruttorie a sostegno di fatti tardivamente allegati *ex art.* 153, comma 2, c.p.c., di fatti sopravvenuti e di fatti a rilevanza sopravvenuta per *ius superveniens* (sull'ammissibilità di tali fatti in primo grado, si veda F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit. pp. 43-44); C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2018, p. 63; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, pp. 304 e ss.). Diversamente, fanno parte della terza categoria, le prove introducibili in primo grado, ricorrendo all'istituto della rimessione in termini. Sulla necessità di mantenere distinte la seconda e la terza fattispecie, F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 201.

anche questa volta, la presenza di limitazioni dipende proprio dall'operatività di una preclusione; invero, la parte che non si avvale dell'istituto rimessorio in prime cure non potrà beneficiarne in appello a causa di un'incompatibilità preclusiva.

Ricapitolando, se le prove immediatamente deducibili e quelle a deducibilità sopravvenuta subiscono la sola decadenza da *nova*, quelle tardivamente deducibili si scontrano altresì con l'impossibilità di ricorrere alla rimessione in termini *ex art.* 345, comma 3, c.p.c. Più precisamente, quindi, se le prime possono introdursi ricorrendo a tutte le eccezioni tipizzate, per l'ultima ipotesi è interdetta la deroga della non imputabilità: il potere di richiedere la rimessione in termini si è precluso quando – anziché promuovere l'istanza *ex art.* 153, comma 2, in primo grado – la parte ha compiuto un atto incompatibile con la volontà di avvalersene<sup>44</sup>.

Un ulteriore punto nevralgico attiene all'esiguità del potere restituito; infatti, se la disposizione contempla la mancata produzione o proposizione di prove, non è data alcuna indicazione sulla non assunzione. In altri parole, premesso che la problematica riguarda le sole prove costituende, è opportuno domandarsi se – ed in che misura – sia possibile proporre in appello un'istanza istruttoria previamente ammessa, ma non assunta.

La questione è stata parzialmente trattata nell'ambito delle prove “non nuove”<sup>45</sup>; in quella sede, si è concluso che la prova non assunta è esente dall'art. 345 c.p.c.,

---

<sup>44</sup> Tali atti possono variare a seconda del momento in cui venga meno la causa impedita. Considerato che la rimessione in termini comporta una regressione del processo a stadi precedenti, qualsiasi atto che determina una sua progressione è tendenzialmente idoneo a generare la preclusione. Così, ad esempio, se la causa impeditiva cessasse prima dell'udienza di cui all'art. 184 c.p.c., la partecipazione a tale attività senza proporre la rimessione in termini provocherebbe un'incompatibilità preclusiva di tale potere (questa affermazione si fonda sulla tesi di E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 1, Milano, 1959, p. 101, secondo il quale la presenza in udienza della parte determina l'atto d'impulso per l'assunzione della prova). Sulla questione si veda anche F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 229, il quale – dopo aver affermato l'impossibilità di determinare un termine perentorio per la proposizione dell'istanza di rimessione – specifica che l'esistenza di una barriera preclusiva dovrebbe ricavarsi da considerazioni di ordine generale e, in particolare, dal «principio che impon[e], a pena, appunto, di preclusione, di avanzare tutte le proprie difese non appena ciò sia reso possibile dalle vicende processuali». *Contra*, M.P. GASPERINI, *Profili costituzionali e procedurali della rimessione in termini di cui all'art. 184-bis c.p.c.*, in *Giur. Merito*, 1995, pp. 631 e ss., la quale, considerando la sola preclusione da tardività, ritiene che – in assenza di un esplicito termine perentorio – le parti abbiano «piena libertà di scegliere il momento più opportuno per formulare l'istanza».

<sup>45</sup> *Supra* Cap. 2 § 2.

poiché, mediante la sua deduzione, il potere istruttorio si è consumato. A ciò, si è aggiunto che margini d'introducibilità sarebbero tutt'al più immaginabili a fronte dell'ingiusta decisione di non revocare l'ordinanza dichiarativa della "decadenza" ex artt. 208, comma 1, c.p.c. e 104, comma 1, disp. att. c.p.c. In questa eventualità, la parte potrebbe impugnare la sentenza, contestando l'errore del magistrato e chiedendo in appello l'assunzione della prova.

Accanto alle suesposte fattispecie, ve ne sono, però, delle ulteriori accomunate dal coinvolgimento delle fattispecie para-rimessorie di cui agli artt. 208, comma 2, c.p.c. e 104, comma 2, disp. att. c.p.c.

Una prima ipotesi riguarda quella prova che – sebbene dedotta e poi ammessa – non venga assunta per un impedimento protrattosi per tutto il primo grado di giudizio. Anche in questo caso, l'art. 345, comma 3, non è d'aiuto: il potere precluso non riguarda la proposizione della prova, ma la sua assunzione. Peraltro, considerato che gli artt. 208, comma 1, c.p.c. e 104, comma 1, disp. att. c.p.c. non prevedono una vera "decadenza"<sup>46</sup>, si potrebbe persino sospettare che neppure la rimessione *in termini* possa sopperire all'interdizione<sup>47</sup>. Se così fosse, però, l'insovvertibilità della preclusione provocherebbe un'inaccettabile lesione del

---

<sup>46</sup> Sulla natura di queste preclusioni si guardi quanto specificato *supra* cap. 2 § 2, nota 55. In questa sede, può solo aggiungersi che la scelta terminologica non ha in sé per sé un valore preponderante considerato che lo stesso legislatore parla di "decadenza" riferendosi a fenomeni di rinuncia; così, ad esempio, in riferimento all'art. 346 c.p.c., rubricato "*decadenza dalle domande e dalle eccezioni non riproposte*", è previsto che «le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono *rinunciate*».

<sup>47</sup> Negli sviluppi della ricerca, si è dato per assodato che la rimessione in termini (come specifica il nome dell'istituto) possa applicarsi alle sole decadenze e non alle ulteriori fonti preclusive. La differente natura dell'incompatibilità e della consumazione imporrebbe di ritenere che un'eventuale deroga alla loro operatività debba passare per la previsione di fattispecie para-rimessorie *ad hoc*, come quelle degli artt. 208, comma 2, c.p.c. e 104, comma 2, disp. att. c.p.c.; in effetti, mentre la rimessione in termini comporta il superamento di una decadenza, ossia di una preclusione discendente da un mero fatto giuridico (il decorso del tempo), il superamento di una preclusione da consumazione o da incompatibilità presuppone l'esistenza di un meccanismo restitutorio in grado di nullificare atti giuridici, ossia fatti giuridici umani ai quali è connessa una manifestazione di volontà (per ulteriori specificazioni sulla differenza tra le diverse fonti preclusive, si veda *supra* cap. 1 § 2; in riferimento alla problematica dell'ultrattività della preclusione, cfr. anche *supra* cap. 2 § 2). Ebbene, a fronte di un interrogativo sulla necessità di introdurre la previsione di cui all'art. 208, comma 2, c.p.c. (F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 220), si potrebbe proprio sostenere che l'inattitudine della rimessione in termini a rimuovere le preclusioni da incompatibilità abbia indotto il legislatore all'approvazione di strumenti para-rimessori specifici.

diritto di difesa: stante la natura dell'incompatibilità preclusiva, non potrebbero patirsi le conseguenze di atti estranei alla volontà dell'agente<sup>48</sup>.

Fortunatamente, il problema può risolversi in via interpretativa, evitando di ricorrere al giudice delle leggi<sup>49</sup>. Per assumere la prova, la parte potrebbe avvalersi della rimessione in termini domandando la revoca dell'ordinanza dichiarativa della "decadenza"<sup>50</sup>. Tale conclusione appare ormai ineccepibile considerata la generalizzazione dell'istituto rimessorio all'interno del libro I del codice di rito<sup>51</sup>.

La seconda ipotesi riguarda, invece, l'eventualità in cui l'impossibilità cessa nel corso del giudizio di primo grado; in questa fattispecie, oltre ad essere inapplicabile l'art. 345, comma 3, anche la fruizione dell'istituto generale della rimessione in termini subirebbe alcune limitazioni. Ciò premesso, per chiarire l'ipotesi, occorre effettuare dei distinguo che tengano conto del *punctum temporis* di superamento dell'ostacolo. Se la causa impeditiva cessa prima dell'udienza *ex art. 208*, comma 2, c.p.c., la parte dovrà richiedere in quella sede la revoca dell'ordinanza che sancisce la "decadenza"; all'opposto, se l'impedimento cessa successivamente, ma prima della precisazione delle conclusioni, la rimessione *ex art. 153*, comma 2, andrà promossa all'interno del giudizio di primo grado.

---

<sup>48</sup> Sul ruolo della volontà nella preclusione da incompatibilità, si veda *supra* cap. 1 § 2.

<sup>49</sup> Si veda A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 165, il quale – tenuto conto della ristrettezza del termine dell'art. 208, comma 2, c.p.c. – dubita della costituzionalità della disposizione.

<sup>50</sup> Anche in questo caso sono due le fattispecie ipotizzabili: la prima attiene all'ipotesi in cui la medesima causa impeditiva ostacoli l'assunzione della prova e la richiesta di revoca dell'ordinanza spendibile all'udienza successiva; la seconda, invece, è caratterizzata dalla sussistenza di due autonome cause impeditive: l'una, per il potere di assumere la prova e, l'altra, per la facoltà di domandare la revoca dell'ordinanza dichiarativa della "preclusione". Nel primo caso, la parte che intenda assumere la prova nel gravame sarà chiamata a dimostrare la perduranza dell'impedimento dall'udienza 184 c.p.c. al giudizio d'appello; nel secondo, invece, occorrerà dimostrare – dapprima – la sussistenza di un impedimento alla richiesta di revoca e – successivamente – l'esistenza di una causa impediante all'assunzione della prova. In altri termini, mentre nella prima ipotesi il *thema probandum* coincide, nella seconda, la restituzione del potere dipende da un duplice accertamento, attinente a fatti differenti.

<sup>51</sup> Cfr. con A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., pp. 378, 380; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., pp. 426-427; F. CAMPIONE, *I nova*, in *Il nuovo appello civile* (a cura di C. CECHELLA), Bologna, 2017, p. 158, nt. 205.

In entrambi i casi, ma in momenti differenti, l'inazione delle fattispecie (para)rimesorie provoca una preclusione da incompatibilità con la facoltà di avvalersi dell'istituto rimesorio in appello.

In definitiva, per valutare l'introducibilità della prova non assunta per una causa non imputabile, occorrerà confrontarsi con l'esistenza di fattispecie generali e speciali di carattere rimesorio; se – una volta cessata la causa impediente – la parte non abbia tempestivamente tentato la rimozione della preclusione, la successiva richiesta rimesoria (*ex artt.* 153, comma 2, o 345, comma 3) risulterà interdetta a causa dell'incompatibilità preclusiva<sup>52</sup>.

Un ulteriore aspetto problematico riguarda il rapporto intercorrente tra l'assunzione di una prova nulla e la sua reiterazione in appello.

Si è già detto che, dal punto di vista generale, la deduzione di una prova invalida consuma il potere istruttorio privandola del requisito della "novità"<sup>53</sup>; tuttavia, per evitare conclusioni generiche, dovrebbero tenersi distinte le nullità formali dalle nullità da decadenza. Nel primo caso, in presenza di un errore del giudice, la parte potrebbe proporre l'impugnazione ambendo alla rinnovazione dell'atto; nel secondo, invece, la nullità assoluta derivante dalla preclusione impedirebbe persino la sua rinnovazione.

Ciò nonostante, deve escludersi che l'assunzione della prova nulla poiché tardiva sia del tutto interdetta: l'esercizio di un potere spirato non è infatti suscettibile di consumazione. Per tale ragione, il trattamento di questa fattispecie dovrebbe equipararsi a quello della prova "nuova"; a tale conclusione dovrebbe soltanto aggiungersi che (anche in questo caso) qualora la tardività sia dipesa da un fatto estraneo alla parte, potrebbe esservi il rischio che, in grado d'appello, la strada della "non imputabilità" risulti sbarrata dall'incompatibilità preclusiva<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Nel senso che la proponibilità della rimessione in termini in primo grado impedisca la sua richiesta in appello, A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 378; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 426.

<sup>53</sup> *Supra* cap. 2 § 2, in particolare nt. 59.

<sup>54</sup> Anche in questo caso, l'introducibilità della prova dipende dagli sviluppi assunti dal giudizio di primo grado; in particolare, l'individuazione dei margini di deducibilità dovrebbe imporre la distinzione tra tardività imputabile e non imputabile. Nel primo caso, infatti, proposta tardivamente la prova e dichiarata la sua nullità, la parte potrà decidere di effettuare nuovamente la deduzione in

Prima di concludere la disamina, occorre brevemente soffermarsi sull'applicabilità della deroga nel rito sommario e del lavoro.

In riferimento al primo, non si riscontrano complessità: l'art. 702quater, secondo periodo, specifica espressamente che – in grado d'appello – «sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando (...) la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile»<sup>55</sup>.

Anche nel rito del lavoro, la sua introduzione è pressoché pacifica: sebbene l'art. 437, comma 2, c.p.c. – specificando che «non sono ammessi nuovi mezzi di prova, tranne il giuramento estimatorio, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa. È salva la facoltà delle parti di deferire il giuramento decisorio in qualsiasi momento della causa» – non prende in considerazione la deroga, la formulazione generale della rimessione in termini *ex art. 153, comma 2, c.p.c.*<sup>56</sup> toglie qualsiasi dubbio sulla sua applicabilità<sup>57</sup>.

---

appello accertandosi, però, di soddisfare una delle fattispecie derogatorie previste dalla disciplina sul *novum* istruttorio. Al contrario, nel caso di tardività non imputabile, dedotta la prova ed accertata la sua invalidità/tardività, la parte dovrà immediatamente reagire proponendo un'istanza di rimessione in termini. Se ciò non accadesse, la possibilità di assumere la prova in appello, ricorrendo alla fattispecie rimessoria, sarà preclusa. Considerata l'abrogazione del requisito dell'indispensabilità, l'unica prova che potrebbe ammettersi sarebbe il giuramento decisorio, poiché espressamente consentito dall'art. 345, comma 3, c.p.c.

<sup>55</sup> Come osservato da A. TEDOLDI, *Del procedimento sommario di cognizione*, in *Commentario del Codice di procedura civile* (a cura di S. CHIARLONI), Bologna, 2016, p. 776, prima della riforma del 2012, quando il divieto di *nova* nel rito sommario prevedeva che «sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene rilevanti ai fini della decisione, ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile», la deroga dell'impedimento non imputabile era priva di significato essendo sempre ammissibile la prova rilevante. Con la modifica intervenuta con l'art. 1 della legge 7 agosto 2012, n. 134 (legge di conversione del d.l. 22 giugno 2012, n. 83), l'*impasse* normativa è stata superata sostituendo il requisito della "rilevanza" con quello dell'"indispensabilità" e attribuendo dignità alla deroga della "non imputabilità". Effettivamente, come si dirà (vedi *infra* § 3), il requisito dell'indispensabilità – avendo un significato più stringente dell'ordinario criterio di rilevanza della prova – affianca ormai la fattispecie rimessoria senza inglobarla.

<sup>56</sup> Nel senso che l'art. 153, comma 2, integri il disposto dell'art. 437, comma 2, c.p.c., A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 378; conformemente, E. VULLO, *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015, p. 396. In passato, in assenza della fattispecie generale, riteneva inapplicabile l'istituto della rimessione in termini nel giudizio d'appello, F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., pp. 343 e ss.

<sup>57</sup> In senso favorevole, si veda G. TARZIA – L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2015, p. 352; G. TRISORIO LIUZZI, *Tutela giurisdizionale delle locazioni*, in *Trattato di*

In conclusione, può affermarsi che – alla luce di questa analisi – sia emersa l’effettiva ampiezza della prima fattispecie derogatoria. Sebbene l’accoglimento della teoria oggettiva di non imputabilità e l’interfacciarsi del divieto di *nova* con le incompatibilità ultrattive sembrano ridurre le novità ammesse, la lettura suggerita costituisce un adeguato contemperamento tra la ragionevole durata del processo e il diritto di difesa. D’altro canto, prima di insinuare un’eccessiva stringatezza delle letture proposte, dovrebbe ricordarsi che – nel delineare il concetto di “novità” (supra cap. 2 § 4) – si è optato per un’interpretazione meno stringente di quella proposta da altri autori<sup>58</sup>.

#### 4) LA DEDUZIONE DI NUOVE PROVE INDISPENSABILI AI FINI DELLA DECISIONE

Chiarito il concetto di “non imputabilità”, la seconda deroga che verrà analizzata riguarda la prova “indispensabile ai fini della decisione”. Tale fattispecie riveste una particolare importanza poiché, nonostante la recente abrogazione nel processo ordinario (*supra* § 1), essa continua ad operare come clausola generale nel processo del lavoro, nel rito sommario e nelle cause ordinarie regolate dalla disciplina previgente.

---

*diritto civile del Consiglio Nazionale di Notariato* (diretto da P. PERLIGIERI), XIX, Napoli-Roma, 2005, p. 235; A. PROTO PISANI, *Controversie individuali di lavoro*, Torino, 1993, p. 119.

<sup>58</sup> Si veda, ad esempio, A. TEDOLDI, *L’appello civile*, cit., pp. 374-375, il quale assoggetta all’art. 345, comma 3, i «mezzi di prova tendenti a dimostrare la falsità delle prove sulle quali è basata la pronuncia di primo grado, trattandosi di prove miranti a evidenziare un vizio revocatorio della sentenza (art. 395, n. 2, c.p.c.)», i mezzi di prova funzionali a dimostrare l’esistenza di «fatti divenuti rilevanti a seguito di una decisione di primo grado che abbia accolto una prospettiva giuridica diversa da quella dibattuta tra le parti e non sottoposta al contraddittorio mediante assegnazione di adeguati termini a difesa, ex art. 101, comma 2, c.p.c. (cd. sentenza della “terza via”); optano per un’applicazione estesa dell’art. 345, comma 3, c.p.c., M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 312, il quale – nella vigenza dell’abrogata normativa – riteneva tali prove indispensabili; M. GRADI, *Principio di preclusione, inammissibilità di nova in appello ed altri ostacoli alla ricerca della verità*, *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 525; conformemente, G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, pp. 442 e ss.

Dal suo primo recepimento, intervenuto con la l. 11 agosto 1973, n. 533<sup>59</sup>, la dottrina e la giurisprudenza hanno cercato di individuarne il significato; nonostante gli sforzi profusi, le difficoltà interpretative continuano a permanere.

Le principali complessità discendono soprattutto dall'infelice formulazione normativa; difatti, oltre ad essere oscuro il significato d'"indispensabilità", un'ulteriore complicazione è data dalla natura relazionale del termine: la norma non richiede l'assunzione di una prova indispensabile qualsiasi, ma della prova indispensabile per la decisione della causa.

Per questa ragione, mi pare inutile il tentativo di risalire ad una nozione unitaria d'indispensabilità<sup>60</sup>. Il criterio, peraltro, lungi dall'essere recepito nel solo divieto di *nova*, contribuisce anche alla disciplina dell'ispezione (art. 118 c.p.c.), sancendone l'ammissibilità se "indispensabile per conoscere i fatti della causa"<sup>61</sup>.

Restando nell'ambito del *novum* probatorio, il criterio si presta a molteplici ed eterogenee letture.

Secondo un primo approccio, il requisito dell'indispensabilità presupporrebbe l'attitudine della prova a dimostrare un fatto che – nel corso del giudizio di prime cure – si è ritenuto esistente od inesistente in virtù della regola dell'onere della prova<sup>62</sup>. Perseguendo la ricerca della "verità materiale", il giudice d'appello

---

<sup>59</sup> Il rito del lavoro, come attualmente disciplinato, è frutto della riforma del codice di procedura civile intervenuta con l. 11 agosto 1973, n. 533; per le prime analisi della disciplina si vedano P. FEDERICO – R. FOGLIA, *La disciplina del nuovo processo del lavoro*, Milano, 1973; A. DE MAJO – G. GIRARDI, *La nuova disciplina delle controversie di lavoro*, Torino, 1974; L. MONTESANO – F. MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1974.

<sup>60</sup> Si vedano le condivisibili osservazioni di A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, pp. 206 e ss.

<sup>61</sup> Oltre alla logica differenza tra "indispensabilità per la decisione della causa" e "indispensabilità per la conoscenza della causa", un aspetto del quale tener conto attiene al *punctum temporis* in cui la clausola potrebbe operare. Nella disciplina sui *nova*, infatti, l'ammissibilità della prova tardiva si scontra con la presenza di una previa decisione e di un'istruttoria potenzialmente sviluppata nel corso del primo grado; all'opposto, negli artt. 118 e (*de relato*) 210 c.p.c, la concessione presuppone che il mezzo istruttorio sia l'unico strumento fruibile e che, conseguentemente, manchi un'attività probatoria sul punto controverso.

<sup>62</sup> Di questo avviso, A. PROTO PISANI, *Controversie individuali di lavoro*, cit., pp. 118 e ss.; per il rito ordinario, ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, pp. 491-492. Cfr., C.M. BARONE, *L'udienza di discussione*, in V. ANDRIOLI – C.M. BARONE – G. PEZZANO – A.



assumerebbe le prove indispensabili poiché la ricostruzione fattuale da esse emergente è preferibile all'applicazione dell'art. 2697 c.c.

Questa lettura, benché superi l'oscurità del dato normativo, è suscettibile di plurime critiche.

In primo luogo, l'applicazione della teoria contraddice le sue premesse, mitigando la ricerca della "verità materiale". Se è vero, infatti, che la fattispecie mira all'avvicinamento della realtà processuale a quella extraprocessuale, occorrerebbe superare il limite della regola di giudizio<sup>63</sup>, ammettendo – ad esempio – le prove "schiaccianti" a fronte di una decisione fondata su mere presunzioni.

In secondo luogo, tale interpretazione consentirebbe di fatto la ritenzione del materiale probatorio per tutto il primo grado di giudizio; la parte processuale – colposamente o anche dolosamente – tratterebbe il mezzo istruttorio, deducendolo "a sorpresa" in grado appello<sup>64</sup>. Optando per questa teoria, si attribuirebbe quindi alla parte un vero e proprio arbitrio nella scelta di sottoporre la prova ad un solo giudice, anziché a due.

In terzo luogo, abbracciando questa tesi, gli intenti contenitivi perseguiti dai *conditores* verrebbero frustrati: il giudice d'appello consentirebbe la deduzione non solo delle prove indispensabili, ma di qualsiasi mezzo rilevante<sup>65</sup>. In effetti, senza valorizzare il requisito, il magistrato si limiterebbe ad accertare l'applicazione dell'art. 2697 c.c. e la riconducibilità della prova ad un fatto "non provato".

---

PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987, pp. 877 e ss.; E. GARBAGNATI, *Il processo del lavoro: lineamenti generali*, in *Jus*, 1978, pp. 187 e ss.

<sup>63</sup> Di questo avviso, B. SASSANI, *Sull'appello nel processo del lavoro (congetture minime e confutazioni possibili)*, in AA.VV., *Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma*, Milano, 1985, pp. 273 e ss.; in senso conforme, G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile di appello*, cit., p. 271, il quale osserva che «la decisione fondata sulle prove dedotte da una sola delle parti non è infatti necessariamente più vicina alla "verità materiale" di quanto non possa esserlo una decisione fondata sulla regola finale di giudizio».

<sup>64</sup> Nel senso che l'applicazione di questa tesi provochi una vanificazione delle preclusioni di primo grado, L. MONTESANO – R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, p. 334; B. SASSANI, *Sull'appello nel processo del lavoro (congetture minime e confutazioni possibili)*, cit., p. 274; A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, cit., p. 191.

<sup>65</sup> A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, cit., pp. 191-192.

Infine, focalizzando l'attenzione sulla carenza probatoria, lo spazio riservato all'indispensabilità "per la decisione della causa" ne uscirebbe sminuito. Se si può sostenere che – riducendo il *gap* esistente tra verità processuale e extraprocessuale – l'introduzione della prova stimoli la "giusta decisione della causa", la compressione della fattispecie alle sole decisioni *ex art. 2697 c.c.* sarebbe del tutto incomprensibile.

Secondo un altro punto di vista, l'analizzando requisito *imporrebbe* di ricorrere all'istruttoria officiosa per dimostrare l'erroneità della prima ricostruzione fattuale. In tal senso, l'indispensabilità della prova per la "decisione della causa" discenderebbe dall'impossibilità «di decidere nel merito la controversia, tanto meno facendo ricorso alla regola finale di giudizio fondata sull'onere della prova, se dagli atti di causa risulti l'esistenza di mezzi di prova disponibili *ex officio* (...), idonei a portare ad una diversa soluzione della *quaestio facti*»<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Così, G. RUFFINI, *Nuove produzione documentali in appello e poteri istruttori del giudice nel rito ordinario ed in quello del lavoro*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 924.

Al di là delle critiche sulla violazione del principio dispositivo e dell'imparzialità del giudice<sup>67</sup>, anche questa tesi contraddice i fini che si è originariamente posta<sup>68</sup>: se l'indispensabilità garantisce il valore meta-giuridico della "verità materiale", sarebbe del tutto illogico impedire l'assunzione delle prove disponibili alle sole parti<sup>69</sup>.

Più in generale, l'applicazione della tesi condurrebbe ad una deviazione dai meccanismi di decadenza/restituzione del potere caratterizzanti l'art. 345 c.p.c.

Secondo una terza ricostruzione, la deroga dell'indispensabilità consentirebbe la prova di fatti divenuti rilevanti dopo la pronuncia di prime cure oppure di fatti

---

<sup>67</sup> Si veda A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, cit., p. 192, il quale afferma che «l'utilizzo di strumenti istruttori *ex officio* (in sede di gravame come nel processo in genere) va ammesso con estrema cautela, per non violare l'imparzialità coesistente al ruolo del giudice»; conformemente, G. MONTELEONE, *Il giudice e la prova: ricordando Enrico Tullio Liebman*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, I, p. 25; ID., *L'imparzialità del giudice e la prova nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, II, p. 333. L'idea degli AA. è riconducibile al celeberrimo E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 551 e ss., nel quale si afferma che «l'imparzialità e la neutralità del giudice possono rimanere psicologicamente compromesse, qualora gli incomba anche il compito e la responsabilità di rilevare i fatti influenti per la decisione e di cercare i mezzi idonei a provarli», sicché «altri devono (...) essere i soggetti forniti dei poteri attivi necessari ad esercitare questi compiti, in modo da lasciare al giudice quello solo di giudicare con piena libertà di spirito sulle allegazioni e sulle prove altrui». A mio avviso, però, il concetto di parzialità non avrebbe alcuna connessione logica con la problematica citata; infatti, non sembra che il compimento di un'attività processuale auspicabilmente neutra del giudice possa provocare in lui il sorgere di un interesse nella causa. Correttamente, è stato osservato che «il giudice può rimanere imparziale, pur esercitando attivamente poteri di iniziativa istruttoria, dato che la sua imparzialità non deriva dalla mancanza o dal mancato esercizio di questi poteri, bensì dalle modalità con cui essi vengono esercitati» (così, M. TARUFFO, *Sub art. 115*, in *Poteri del giudice* di A. CARRATTA – M. TARUFFO, in *Commentario del Codice di Procedura Civile* (a cura di S. CHIARLONI), Bologna, 2011, p. 461). Effettuando un opportuno parallelismo, qualora si screditasse la decisione del giudice poiché avvenuta sulla base di prove raccolte *ex officio*, allora allo stesso modo dovrebbero ritenersi inaffidabili le conclusioni alle quali potrebbe giungere uno scienziato o uno storico sulla base di esperimenti o di ricerche da questi effettuate. Invece «le conclusioni di uno storico e le scoperte di uno scienziato possono essere ovviamente discusse e contestate (...), ma non possono essere ritenute *a priori* inattendibili in quanto lo storico o lo scienziato avrebbero perduto la propria capacità di giudizio nel momento in cui si sono attivati per acquisire le informazioni necessarie allo svolgimento delle loro attività» (così, ancora, M. TARUFFO, *op. cit.*, pp. 458-459).

<sup>68</sup> Secondo lo stesso G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile di appello*, cit., p. 253, l'elemento da garantire sarebbe «l'interesse dell'ordinamento a che la controversia venga risolta sulla base della migliore conoscenza possibile dei fatti di causa». In senso critico, A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, cit., p. 192.

<sup>69</sup> I sostenitori di questa tesi escludono l'indispensabilità di tali prove poiché quest'ultime si potrebbero soltanto introdurre soddisfacendo il requisito della non imputabilità; così, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., p. 421; G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile di appello*, cit., p. 286.

liberamente allegabili in appello<sup>70</sup>. Evitando di tornare su tematiche già trattate (*supra* cap. 2 § 3), si deve ricordare che, in queste ipotesi, la decadenza di cui all'art. 345, comma 3, c.p.c. non dovrebbe operare: l'assunzione di queste prove sarebbe esente dal divieto di *nova* a prescindere dalle deroghe tipizzate<sup>71</sup>.

A mio modo di vedere, l'indagine sul significato d'“indispensabilità” dovrebbe, invece, muovere dalla natura relazionale del concetto; in particolare, al pari del giudizio di rilevanza, l'analisi dovrebbe tener conto del rapporto intercorrente tra il mezzo istruttorio e il fatto allegato<sup>72</sup>.

Con tale conclusione, non intendo peraltro sostenere che vi sia equivalenza tra i giudizi di rilevanza e d'indispensabilità; in effetti, non mi pare del tutto persuasiva l'affermazione secondo cui «la prova potenzialmente capace di orientare la decisione sul fatto controverso in senso diverso da quello in cui si orienterebbe senza di essa si definisce appunto *rilevante*, e non c'è spazio – almeno in un sistema ispirato al c.d. principio del libero convincimento – per una categoria di prove “super-rilevanti”, idonee a produrre lo stesso risultato con maggiore intensità o probabilità»<sup>73</sup>. Dal punto di vista della semantica lessicale, la loro diversità è del tutto evidente: la nozione d'indispensabilità è differente e più stringente di quella

---

<sup>70</sup> In termini generali, S. CHIARLONI, voce *Appello. 1) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1995, p. 16; M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, cit., p. 312; si veda anche F. DE SANTIS, *La rimessione in termini*, cit., p. 293, secondo il quale all'interno di questa deroga confluirebbero «le prove atte a fornire la dimostrazione di fatti nuovi che le parti possono introdurre per la prima volta in appello ai sensi dell'art. 345, secondo comma: i nuovi fatti estintivi, modificativi o impeditivi rilevabili d'ufficio, cioè posti a fondamento di eccezioni in senso lato; i fatti sui quali si fondino le domande nuove consentite in appello (...); infine, i fatti costitutivi che non si traducano in una *mutatio* della domanda di primo grado». *Contra*, A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, cit., p. 195.

<sup>71</sup> Si cfr. con quanto concluso *supra* cap. 2 § 4.

<sup>72</sup> Si veda, A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, cit., p. 202, il quale emblematicamente osserva che l'indispensabilità «del *genus* rilevanza costituisce una *species*».

<sup>73</sup> Con queste parole, B. CAVALLONE, *Anche i documenti sono «mezzi di prova» agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, p. 1074; conformemente, E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 327 e ss.; cfr. con B. SASSANI, *Sub art. 345*, in C. CONSOLO – F.P. LUISO – B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, pp. 390 e ss.

di rilevanza<sup>74</sup>. A conferma di ciò, militerebbe anche la riforma dei *nova* nel rito sommario intervenuta nell'anno 2012<sup>75</sup>; in quella occasione, sostituendo la deroga dell'indispensabilità a quella della rilevanza, il legislatore ha efficacemente sottolineato la loro diversità<sup>76</sup>.

Ciò posto, dovrebbero escludersi tutte quelle tesi che – ai fini dell'ammissibilità della nuova deduzione – non richiedono un incremento dell'efficacia dimostrativa.

Così, non potrebbe – ad esempio – condividersi la teoria secondo cui il mezzo indispensabile «(dà) o (promette) una rappresentazione dei fatti “principali” della controversia diversa da quella accolta nella sentenza impugnata»<sup>77</sup>; in effetti, a fronte di una riduzione dei *facta probanda*, tale interpretazione conferma il canone ordinario di ammissibilità della prova, ossia la rilevanza.

Allo stesso modo, mi vede scettico quella tesi che, discostandosi espressamente dal giudizio di rilevanza, afferma che i mezzi indispensabili siano quelli «necessari per la conoscenza di un fatto, decisivo per il giudizio d'appello»<sup>78</sup>; come per la teoria precedente, al di là dell'opportuna riduzione dell'oggetto della prova, il ricorso al criterio della “necessarietà” non sembra sufficiente a distinguere la rilevanza dall'indispensabilità. Al contrario, mi pare che il mezzo rilevante sia proprio quello necessario per addivenire alla conoscenza di un fatto controverso.

In definitiva, chiarendo il rapporto intercorrente tra il mezzo istruttorio e il fatto da provare, l'unica opzione logicamente plausibile porterebbe a ritenere che la

---

<sup>74</sup> Vedi S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, p. 572, nt. 69; P. MARZOCCHI, *Sull'ammissibilità di nuove prove nel giudizio di appello nel rito del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 962.

<sup>75</sup> Si tratta del d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito poi nella l. 11 agosto 2012, n. 134.

<sup>76</sup> Similmente, prima della modifica normativa, G. VIDIRI, *I poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo civile rinnovato*, in *Giust. civ.*, 2010, pp. 147 e ss., riteneva che rilevanza e indispensabilità non potessero coincidere giacché «allorquando il legislatore ha inteso fare riferimento alla semplice “rilevanza” dei nuovi documenti in appello l'ha detto espressamente, come è avvenuto, ad esempio, attraverso il disposto dell'art. 702quater c.p.c. (...)»; cfr. con C. CECHELLA, *L'appello speciale*, in *Le impugnazioni civili* (a cura di F.P. LUISO – R. VACCARELLA), Torino, 2013, p. 304.

<sup>77</sup> Così, G. FABBRINI, *Dei mezzi d'impugnazione nel nuovo processo del lavoro*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1989, p. 83.

<sup>78</sup> Di questo avviso, G. TARZIA – L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 351.

prova indispensabile sia quella prova che, *isolatamente considerata*, è idonea a dimostrare il fatto controverso<sup>79</sup>.

Ciò premesso, l'analisi della fattispecie sarebbe, però, incompleta se si limitasse la sua portata al maggiore valore probante della deduzione; come si è già detto, all'interno dell'art. 345, comma 3, c.p.c., il concetto d'indispensabilità non dovrebbe relazionarsi con la mera conoscenza dei fatti, bensì con la complessiva decisione della lite.

In questa prospettiva, anche l'area dei *facta probanda* dovrebbe subire qualche riduzione. Nello specifico, considerata la scelta normativa, si dovrebbe sostenere che il requisito dell'indispensabilità consenta soltanto la prova tardiva dei fatti decisivi: se l'elemento relazionale è dato dalla "decisione della causa", il fatto che si intende dimostrare deve essere idoneo sovvertire il giudizio.

A prescindere dai tentativi classificatori più o meno condivisibili<sup>80</sup>, l'apertura ai mezzi indispensabili si dovrebbe verificare quando, nel corso del giudizio di primo grado, sia stato dedotto un fatto *decisivo* (principale o secondario<sup>81</sup>) sguarnito di

---

<sup>79</sup> Di questo avviso, Cass. 29 maggio 2013, n. 13432, secondo la quale «in tema di nuove prove in appello, per indispensabilità *ex art. 345 c.p.c.* deve intendersi la peculiare efficacia dei nuovi elementi di prova. Tali si considerano le prove che possano esplicitare una influenza causale più incisiva rispetto alle prove in genere ammissibili, nel senso che appaiono adatte a fornire un contributo essenziale all'accertamento della verità materiale, per essere dotate di un grado di decisività e certezza tale che, *di per sé sole* - anche a prescindere dal loro collegamento con altri elementi di prova e con altre indagini - conducono ad un esito necessario della controversia».

<sup>80</sup> Nell'ottica di una riduzione del *thema probandum* in appello, si è giunti ad una selezione dei fatti dimostrabili con la prova indispensabile. Secondo G. FABBRINI, *Dei mezzi d'impugnazione nel nuovo processo del lavoro*, cit., p. 83, dovrebbe guardarsi ai soli fatti principali; diversamente, per G. TARZIA – L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 351, e P. MARZOCCHI, *Sull'ammissibilità di nuove prove nel giudizio di appello nel rito del lavoro*, cit., 1981, p. 968, il fatto da provare dovrebbe essere *decisivo*, ossia «idoneo, se provato, a rovesciare la decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado» oppure «tale da giustificare la conferma della sentenza, se questa, a giudizio della corte d'appello, non si regga sulla base dei fatti provati in primo grado». Similmente, C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, p. 293, secondo il quale «l'indispensabilità deve essere collegata sistematicamente al concetto di decisorietà adottato per il giuramento decisorio».

<sup>81</sup> Risulta, quindi, eccessivamente stringente la tesi suggerita da G. FABBRINI, *op. loc. ult. cit.* che omette di dare qualsiasi rilevanza ai fatti secondari. Per chiarezza si esplicita che le conclusioni alle quali si sta per giungere presuppongono la correttezza della distinzione tra "fatti principali", ossia quei fatti giuridici che le parti pongono a fondamento delle proprie domande ed eccezioni, e "fatti secondari", ossia quei meri fatti semplici dai quali il giudice desume, tramite inferenze (le cd. presunzioni semplici), l'esistenza dei fatti principali. Per la distinzione tra fatti principali e fatti secondari è possibile consultare E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*,

prova o non sufficientemente provato e, in appello, si chieda l'ammissione di una prova che da sola è sufficiente a fondare il convincimento del giudice in merito all'esistenza del fatto medesimo<sup>82</sup>.

A contrario, la nuova prova non potrà ritenersi indispensabile quando da sola non risulti sufficiente a fondare il convincimento del giudice circa l'esistenza del fatto principale o del fatto secondario decisivo oppure quando il fatto secondario del quale si vuole fornire la prova da solo non attribuirebbe la certezza circa l'esistenza del fatto principale.

---

Milano, 2012, pp. 307-308; M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in AA.VV., *La prova nel processo civile* (a cura di M. TARUFFO), in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da P. SCHLESINGER), Milano, 2012, pp. 8 e ss. In aggiunta, si è condiviso l'assunto secondo il quale l'art. 2729 c.c., nell'affermare che il giudice possa ammettere solo le «presunzioni gravi, precise e concordanti», non esclude la possibilità che il convincimento del giudicante possa fondarsi anche su di una sola presunzione purché l'inferenza ad essa sottostante sia solida (in tal senso, F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, II, 2015, Milano, p. 88; in giurisprudenza Cass. 29 settembre 2009 n. 17574, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Presunzione*, n. 1; Cass. 11 settembre 2007, n. 19088 in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Presunzione*, n. 3; *contra*, Cass. 31 ottobre 2008, n. 26331 in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Presunzione*, n. 2).

<sup>82</sup> Similmente, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, II, Torino, 2014, pp. 496-497; l'A. afferma che «l'esigenza nell'interpretare questo aggettivo (“indispensabile”) è di non farne coincidere la portata con il normale vaglio di “rilevanza” della prova e di non consentire ingiustificate rimessioni in termini (...). Non di meno, la norma valorizza un bisogno di aderenza al vero della decisione di gravame e così sembra potersi ammettere che possano accogliersi le prove “cruciali”, cioè il cui esito possa, denotando l'ingiustizia della prima sentenza, condurre da solo a rovesciarne l'esito»; è di questo avviso anche C. MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Torino, 1993, p. 159, il quale richiama a Tarzia omettendo, però, la possibilità di assumere la prova a conferma della prima sentenza. Estensivamente, la nuova prova potrà considerarsi indispensabile solo nei casi in cui, nel corso del giudizio di primo grado: a) sia stato dedotto un fatto principale sguarnito di prova e, in appello, si chieda l'ammissione di una prova che da sola è sufficiente a fondare il convincimento del giudice in merito all'esistenza di quel fatto; b) sia stato dedotto un fatto secondario – decisivo – che da solo è idoneo a far ritenere esistente il fatto principale ma che è risultato sguarnito di prova e, in appello, si chieda l'ammissione di una prova che da sola è sufficiente a fondare il convincimento del giudice in merito all'esistenza di quel fatto secondario; c) sia stato dedotto un fatto principale della cui sussistenza, sulla base delle prove prodotte, non si è convinto il giudice e, in appello, si chieda l'ammissione di una prova che da sola è sufficiente a fondare il convincimento del giudice in merito all'esistenza di quel fatto; d) sia stato dedotto un fatto secondario decisivo della cui sussistenza, sulla base delle prove prodotte, non si è convinto il giudice e, in appello, si chieda l'ammissione di una prova che da sola è sufficiente a fondare il convincimento del giudice in merito all'esistenza di quel fatto secondario. Delineate queste quattro ipotesi, deve osservarsi che, in riferimento alle lettere (a) e (b), gli esiti applicativi della tesi abbracciata si sovrappongono con l'applicazione suggerita da quella dottrina (A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione di primo grado e d'appello*, in *Foro it.*, 1991, V, pp. 317 e ss.) che ritiene che la prova sia indispensabile quando vada a comportare la sostituzione di una decisione adottata in forza dell'applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova con quella basata sul raggiungimento del convincimento del giudice.

In questa situazione d'incertezza interpretativa, la scelta di ancorare l'ammissibilità delle prove ad una valutazione astratta, fondata su motivi obiettivi, mi è parsa adatta a garantire maggiore stabilità nel contemperamento tra il divieto di *nova* e la giustizia sostanziale<sup>83</sup>.

Recentemente, però, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno messo in dubbio tali conclusioni giungendo ad interpretazioni più permissive<sup>84</sup>; nel dettaglio, il giudice di legittimità ha ampliato la portata della deroga affermando che «prova nuova indispensabile di cui al testo dell'art. 345, comma 3, c.p.c., previgente rispetto alla novella di cui all'art. 54, comma 1, lett. b), d.l. n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del 2012, è quella *di per sé idonea ad eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale* accolta dalla pronuncia gravata, *smontandola o confermandola senza lasciare margini di dubbio* oppure *provando quel che era rimasto non dimostrato o non sufficientemente dimostrato*, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado».

Malgrado l'apprezzabilità dello sforzo ricostruttivo, le conclusioni della Corte di cassazione destano talune perplessità; in particolare, benché sia apprezzabile la scelta di domandare un'autonoma valutazione del mezzo istruttorio, la formula recepita evidenzia quantomeno due problematicità.

La prima riguarda l'individuazione delle prove atte «ad eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata»; in effetti, applicando il principio di diritto, la Cassazione legittimerebbe finanche l'introducibilità di nuove prove che sono tutto fuorché dirimenti per la decisione della causa<sup>85</sup>. A ben vedere, si ammetterebbe persino la prova di fatti non

---

<sup>83</sup> Queste erano, infatti, le conclusioni a cui giungevo in G. PIROTTA, *Impugnazione del riconoscimento di paternità: un instabile equilibrio tra forme processuali e giustizia sostanziale*, in *Fam. Dir.*, 2016, pp. 667 e ss.

<sup>84</sup> Cass., ss.uu., 4 maggio 2017, n. 10790, in *Corr. Giur.*, 2017, pp. 1396 e ss.

<sup>85</sup> Tale preoccupazione non è, invece, espressa da C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, pp. 508-509, il quale – preso atto della pronuncia delle Sezioni Unite – minimizza la sua portata affermando, dapprima, che la prova è *cruciale* quando orienta «la decisione in senso radicalmente diverso rispetto a quello fatto proprio dal giudice di primo grado» (p. 508) e,



immediatamente incisivi, come i fatti secondari non decisivi<sup>86</sup>. A fronte a questo permissivismo, sarebbe, quindi, opportuno circoscrivere l'arresto, scongiurando ingiustificate rimessioni in termini.

Il secondo aspetto critico riguarda, invece, l'ammissibilità della deduzione a conferma della decisione; da questo punto di vista, la Corte di cassazione si è discostata dalla tesi suggerita, ammettendo le prove che non sovvertono la decisione di prime cure. Ebbene, riflettendo su questo elemento, la sentenza ha ammesso che la nuova deduzione possa provenire – indistintamente – dal soccombente/appellante o dal vincitore/appellato.

Per valutare la bontà di questa conclusione, è necessaria, però, un'analisi più ampia che tenga conto dei diversi «referenti fattuali»<sup>87</sup>; in altre parole, per accertare la logicità e l'attuabilità della tesi pretorile, si deve considerare che – teoricamente – il vaglio sull'indispensabilità della prova può basarsi, da un lato, sugli accertamenti compiuti dal giudice di primo grado o, dall'altro, sul quadro fattuale e probatorio emergente dal gravame.

Secondo il primo approccio, le valutazioni sull'ammissibilità della prova avvengono in astratto, prescindendo dalla stabilità della sentenza appellata<sup>88</sup>; in

---

successivamente, che la medesima prova *cruciale* è quella «il cui esito possa condurre da solo ad eliminare ogni dubbio circa la ricostruzione del fatto operata dal giudice di primo grado» (p. 509).

<sup>86</sup> In effetti, anche la prova di un fatto secondario non decisivo potrebbe “eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio”, se la dimostrazione della sua esistenza corroborasse ulteriori fatti secondari non decisivi.

<sup>87</sup> La questione – da sempre implicitamente discussa – è stata esplicitata da C. CONSOLO – F. GODIO, *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345 (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità materiale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili ex officio*, in *Corr. Giur.*, 2017, pp. 1412 e ss.

<sup>88</sup> Non prendono in considerazione la stabilità della ricostruzione fattuale di primo grado, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., pp. 213-214. In origine, anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, II, Torino, 2014, pp. 496-497, il quale, però, dopo Cass., ss.uu., n. 10790 del 2017, vi aderisce ritenendo che «anche la parte che abbia visto accertare un fatto, ma sulla base di una prova che si mostra debole o comunque sovvertibile a fronte di censure svolte in appello dalla controparte potrà proporre per la prima volta in appello quella prova che abbia i requisiti della indispensabilità» (così, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, p. 509).

questa prospettiva, l'unica variabile di cui tener conto dovrebbe riguardare il soggetto proponente.

Se l'istanza proviene dalla parte soccombente, non si pongono, invero, grosse difficoltà; in effetti, è solo necessario che, contestualmente all'impugnazione, venga dedotta una prova che – isolatamente considerata – è idonea a sovvertire la decisione di prime cure. Al contrario, la deduzione dell'appellato potrebbe destare talune perplessità; restando sul piano astratto, l'introducibilità della prova confermativa palesa, infatti, la sua inopportunità.

In primo luogo, se è vero che la *ratio* della deroga è quella di ridurre la discrepanza tra la realtà materiale e quella processuale, garantendo la giustizia sostanziale, la conformità tra la sentenza impugnata e la prova tardiva escluderebbe l'attualità di una sua lesione. Omettendo un'indagine sulla stabilità della pronuncia, il bisogno di aderenza al vero si snaturerebbe divenendo una necessità fine a sé.

In secondo luogo, ammettendo pure che esista un interesse alla mera corrispondenza tra la ricostruzione giudiziale e la realtà fattuale, il processo d'appello patirebbe delle fisiologiche riaperture dell'attività istruttoria: la prova legale sarebbe sempre introducibile quando il giudizio di primo grado si è fondato su prove prudentemente apprezzabili.

Infine, ed è questa la conseguenza più preoccupante, il giudice d'appello sarebbe chiamato ad assumere la prova benché, una volta saggiati i motivi di gravame, la ricostruzione fattuale di primo grado risulti stabile e coerente: la prova indispensabile diverrebbe una prova completamente ininfluyente per la “decisione della causa”.

Per evitare tali incongruenze, si può quindi optare per la valutazione in concreto dell'indispensabilità della prova<sup>89</sup>; in quest'ottica, il numero delle variabili aumenterebbe imponendo ulteriori distinguo discendenti dalla (in)stabilità della prima pronuncia.

---

<sup>89</sup> Prediligono l'indagine concreta, A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., pp. 355-356; C. CONSOLO – F. GODIO, *op. loc. ult. cit.* Si veda anche G. TARZIA - L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 351, i quali sembrano differenziare i referenti fattuali abbracciando, per la deduzione dell'appellante, l'elemento astratto dell'attitudine a sovvertire la decisione, mentre, per quella dell'appellato, la concreta instabilità della ricostruzione fattuale di prime cure.

Tralasciando l'ipotesi (più pacifica) della deduzione del soccombente, occorrerà concentrarsi sulla posizione dell'appellato differenziando l'ipotesi in cui la ricostruzione fattuale risulti instabile, da quella in cui si dimostri solida.

Nel primo caso, sebbene non sia certo che si tratti di una prova indispensabile<sup>90</sup>, l'interesse della parte alla nuova deduzione sarebbe innegabile: in mancanza di assunzione, la decisione verrebbe travolta provocando la sua soccombenza. Al contrario, la seconda ipotesi non conduce alle stesse conclusioni: se la decisione di prime cure mantiene una validità logica, l'istanza non avrà seguito poiché ininfluenza ai fini della causa<sup>91</sup>.

Da questa prospettiva, il "referente fattuale" concreto eviterebbe le discrasie di quello astratto. Ciò nonostante, anche quest'approccio non è del tutto soddisfacente.

Prima di tutto, ricorrendo all'analisi in concreto, si stravolgerebbe l'*iter* logico-processuale secondo il quale il vaglio d'ammissibilità della prova (al pari di quello di rilevanza e di non superfluità) deve effettuarsi in via di pronostico e prima che il magistrato si formi un convincimento sul merito.

Inoltre, sposando questa tesi, si chiederebbe al giudice un maggiore dispendio di energie processuali: dopo una valutazione dei fatti volta a stabilire l'ammissibilità della deduzione, sarebbe necessaria una nuova analisi per accertare che – mediante le risultanze della nuova prova – il fatto decisivo possa ritenersi esistente<sup>92</sup>.

Infine, spostando l'attenzione sulla stabilità della sentenza, l'indagine sull'indispensabilità devierebbe dalla natura decisiva dei fatti per focalizzarsi sul

---

<sup>90</sup> Secondo A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 356, se «il giudice reputa non corretta la ricostruzione fattuale offerta dalla pronuncia di prime cure ovvero insufficienti i mezzi di prova ivi assunti (...), può ritenere indispensabile il "nuovo" mezzo di prova idoneo a fornire una rappresentazione qualsiasi dei fatti di causa e, nella seconda ipotesi, il giudizio d'indispensabilità si confonde nettamente con quello di semplice rilevanza».

<sup>91</sup> Così, A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 356.

<sup>92</sup> In effetti, se anche l'analisi dell'indispensabilità della prova avvenisse in concreto (dopo la deliberazione dei motivi di gravame), non per questo il giudice sarebbe esentato dall'accertare la stabilità della ricostruzione fattuale post-assunzione: se il vaglio d'introducibilità della prova presuppone un pronostico, una valutazione di natura probabilistica, la decisione finale deve tener conto dei concreti esiti della nuova attività istruttoria. In altri termini, se anche l'indispensabilità fosse vagliata in concreto, dopo l'ammissione della prova – soprattutto quella costituenda – potrebbero intervenire diversi accadimenti (mancata prestazione della testimonianza, contegno del testimone, ecc.) che rendano la prova inadatta a dimostrare l'esistenza del fatto decisivo.

convincimento della corte nella valutazione delle risultanze di primo grado<sup>93</sup>. Sostanzialmente, si consegnerebbe al giudice un potere discrezionale talmente ampio da privare le parti di criteri oggettivi per valutare l'accoglibilità dell'istanza tardiva.

Riconosciuta l'esistenza di tale difficoltà, sono quindi prospettabili due alternative. Secondo la prima, data la deludente analisi logico-strutturale, la deroga dell'indispensabilità dovrebbe essere concepita come una semplice regola di tendenza che comprova l'eccezionalità dell'istruttoria in appello. Questa tesi, prospettata, peraltro, da autorevole dottrina<sup>94</sup>, risolve le suddette questioni rinunciando, però, ad un inquadramento logico-sistematico della fattispecie; più nello specifico, tale lettura non convince là dove – per evitare il naufragio nella valutazione discrezionale delle prove di primo grado – legittima l'*arbitrium iudicis* nella distinzione tra ciò è indispensabile e ciò che non lo è. L'incertezza generata dalla scelta interpretativa avrebbe effetti deleteri, sopprimendo di fatto il ricorso alla deroga o, all'opposto, causando un florilegio di nuove deduzioni.

Nel complesso, sarebbe, quindi, conveniente optare per la tesi suggerita ammettendo la prova nuova quando, isolatamente considerata, ribalti il risultato del giudizio di prime cure; sebbene la scelta possa sembrare insoddisfacente e lesiva della parità delle armi<sup>95</sup>, la sua applicazione – ancorandosi a dati oggettivi – risulta la più opportuna nell'ottica della certezza del diritto. Peraltro, nel selezionare l'interpretazione preferibile, una lettura restrittiva mi pare finanche auspicabile;

---

<sup>93</sup> In questo senso, se non erro A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., pp. 356-357.

<sup>94</sup> Nel senso che l'impraticabilità di una definizione logico-giuridica della nozione d'indispensabilità faccia propendere per una regola di tendenza, F.P. LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, pp. 294-295; E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 329; A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 357.

<sup>95</sup> Non mi pare che si possa propriamente parlare di una lesione di quest'ultimo principio; semplicemente, a fronte di fattispecie ontologicamente diverse, il legislatore ha optato per una clausola stringente, quando avrebbe potuto sceglierne una più neutra (quella ad esempio adottata nella versione originaria del codice), che consentisse un maggior agio nell'individuazione della prova ammessa. Peraltro, la succitata problematica non deve essere confusa con un'altra (individuata da L. MONTESANO – G. ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, p. 85) effettivamente lesiva della parità delle armi, che si porrebbe quando – una volta ammessa la prova indispensabile – non si consentisse «la controprova che l'altra parte abbia richiesto sugli stessi fatti».

d'altro canto, considerata l'introducibilità delle prove non tardive<sup>96</sup> e di quelle non dedotte per causa non imputabile<sup>97</sup>, l'operatività della fattispecie coinvolgerebbe soprattutto le omissioni dipendenti da fatti imputabili e, quindi, *anche* dalla colpa o dalla volontà dell'agente<sup>98</sup>.

Un'ultima osservazione prima di passare ai riti speciali. Considerata l'attuale conformazione delle preclusioni istruttorie, mi pare che la completa abrogazione della deroga non possa condividersi<sup>99</sup>; se è vero che le deduzioni indispensabili riguardano finanche le istanze volontariamente omesse, una previsione a garanzia della giustizia sostanziale appare soprattutto necessaria nei processi involgenti gli *status* personali<sup>100</sup>. Per tale ragione, se mi è consentita una digressione *de iure condendo*, sarebbe auspicabile una sua reintroduzione nell'ottica, altresì, di un appropriato riavvicinamento ai riti del lavoro e sommario.

Ciò detto, la nozione d'indispensabilità prospettata potrebbe ritenersi applicabile anche nei riti speciali; tuttavia, come specificato, la natura relazionale della deroga suggerisce di appurare se, ed in che modo, le peculiarità del singolo rito possano incidere sulla sua applicazione.

---

<sup>96</sup> Vedi *Supra* cap. 2, §§ 3 e 4.

<sup>97</sup> In questo modo si potrebbero generalizzare le osservazioni di G. BALENA, *Il sistema delle impugnazioni civili nella disciplina vigente e nell'esperienza applicativa*, in *Foro it.*, 2001, cc. 131 e ss., il quale ritiene che, nel determinare l'esatto «dosaggio» delle preclusioni in appello, il ricorso all'«indispensabilità» potrebbe ritenersi un giusto compromesso davanti a letture non eccessivamente restrittive della «causa non imputabile» (e del concetto di «novità», aggiungo io).

<sup>98</sup> Come osservato da A. ATTARDI, *Le nuove disposizione sul processo civile*, Padova, 1991, p. 160, i mezzi di prova indispensabili «dovranno essere ammessi pur se la parte avesse potuto proporli nel giudizio di primo grado»; per l'irrelevanza dell'elemento soggettivo, M. GRADI, *Principio di preclusione, inammissibilità di nova in appello ed altri ostacoli alla ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 525.

<sup>99</sup> Sul punto si veda A. SALETTI, *L'appello nel rito del lavoro e nel procedimento sommario dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1431, il quale – oltre a ritenere irrazionale la scelta – la considera lesiva dell'art. 3 Cost.

<sup>100</sup> In tal senso, si potrebbero, quindi, condividere i dubbi di costituzionalità sollevati da A. SALETTI, *op. cit.*, p. 1431. Se il mantenimento della clausola di indispensabilità (e, quindi, di un trattamento differenziato) può ritenersi ragionevole nelle cause di lavoro, deve ricordarsi che tale rito può essere applicato anche alle locazioni; ebbene, a fronte della possibilità di ammettere la prova indispensabile nelle cause locative, mi pare irragionevole (e, quindi, lesiva dell'art. 3 Cost.) la scelta di eliminare tale garanzia nelle cause riguardanti gli *status* personali e familiari, che rientrano nell'applicazione del rito ordinario.

Nel processo del lavoro, il divieto di *novum* probatorio è regolamentato dall'art. 437, comma 2, c.p.c., nella parte in cui prevede che «non sono ammessi nuovi mezzi di prova, tranne il giuramento estimatorio, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa».

Premesso che, anche nel rito lavoristico, il concetto d'indispensabilità potrebbe indicare il mezzo di prova idoneo a sovvertire la decisione della lite, il contesto normativo in cui è calata la deroga agisce sulla sua estensione.

In particolare, un elemento di cui tener conto è il ruolo del giudice d'appello nella determinazione della nuova attività istruttoria; in altre parole, se è vero che il divieto di *nova* contribuisce a ridurre la durata del giudizio, il riconoscimento di ampi poteri officiosi potrebbe rallentare il processo eludendo, altresì, le preclusioni ai poteri di parte<sup>101</sup>.

Per tali ragioni, diversamente dal rito ordinario<sup>102</sup>, il legislatore ha previsto che il limite dell'indispensabilità operi anche nell'assunzione delle prove *ex officio*<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> In tal senso, quindi, la previsione del limite dell'indispensabilità è un opportuno argine all'estensione dei poteri officiosi che sono ampi nel processo del lavoro (si veda, infatti, l'art. 421, comma 2, c.p.c. ove si prevede che «può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché la richiesta di informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti. Si osserva la disposizione del comma sesto dell'articolo precedente»). Per un'analisi dei poteri d'iniziativa istruttoria del giudice, si veda *ex multis*, G. TARZIA – L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 169 e ss.

<sup>102</sup> Come ho più volte affermato, l'art. 345 c.p.c. prevede meccanismi di decadenza/restituzione del potere (proposizione di nuove domande, nuove eccezioni in senso stretto, deduzione di mezzi di prova – giuramento decisorio compreso) propri della parte, senza prendere in considerazione le prerogative del giudice. D'altro canto, come si dirà nella successiva nt. 103, quando il legislatore ha voluto limitare le prove disponibili *ex officio*, l'ha fatto prevedendo espressamente la limitazione. Nel senso che l'art. 345, comma 3, c.p.c. non disciplini le prove *ex officio*, G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, cit., p. 439; L. LOMBARDI, *La produzione di nuovi documenti nel giudizio civile d'appello: la pronuncia delle sezioni unite 20 aprile 2005, n. 8203 e i problemi ancora aperti nell'interpretazione dell'art. 345, 3° comma, c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 12 e ss.; *contra*, A. ATTARDI, *Le nuove disposizione sul processo civile*, cit., p. 160; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009, p. 395; A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., pp. 405 e 413 e ss.

<sup>103</sup> Il limite alla libera introducibilità delle prove disponibili d'ufficio è facilmente deducibile confrontando gli artt. 345, comma 3, e 437, comma 2, c.p.c. In effetti, mi pare che - nonostante l'infelice formulazione – l'inciso riferito ai poteri officiosi, unitamente all'espressa esperibilità del giuramento estimatorio, suggeriscano la presenza di argini alla libera ammissibilità della prova ufficiosa. Nel senso che il giudice di appello possa esercitare i suoi poteri istruttori *ex officio* negli stessi limiti in cui sono ammesse le nuove prove, G. IANNIRUBERTO, *Il processo del lavoro rinnovato*, Padova, 1999, p. 232; cfr. con E. FABIANI, *Le sezioni unite intervengono sui poteri*

Peraltro, considerata la posizione del giudice, è preferibile ritenere che – in riferimento ai soli poteri officiosi – il criterio dell'indispensabilità non agisca come deroga alla preclusione, ma come mero requisito di ammissibilità della prova.

La questione è più delicata per il rito sommario di cognizione. Come si è ricordato la disciplina sui *nova* – contenuta nell'art. 702quater c.p.c. – prevede che «sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene indispensabili ai fini della decisione, ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile».

Sin dalla prima lettura, la disposizione sollecita parecchie riflessioni.

In primo luogo, la statuizione in positivo (“sono ammessi”) sulla proponibilità di talune prove differenzia il rito sommario dagli altri riti, ove i *conditores* hanno invece preferito una formulazione negativa (“non sono ammessi”) accompagnata da vere e proprie deroghe (“salvo che” o “tranne”). Ora, se tale scelta non stravolge i meccanismi decadenziali/restitutori del divieto di *nova*, l'utilizzo di questa formulazione potrebbe concedere maggiore flessibilità, agendo sul piano della «sociologia del giudizio»<sup>104</sup>.

In secondo luogo, la disposizione non prende posizione sulle prove disponibili *ex officio*; diversamente da rito del lavoro, ma similmente a quello ordinario, il legislatore ha mantenuto – nei due gradi di merito – la corrispondenza tra i poteri officiosi.

Infine, fatta salva l'indicazione del giuramento decisorio, la normativa riproduce fedelmente l'art. 345, comma 3, c.p.c. nella versione ante-riforma del 2012. Nonostante questa corrispondenza, le peculiarità del processo sommario

---

*istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 1135 e ss.; nel senso dell'assoggettamento dei poteri istruttori officiosi al canone dell'indispensabilità, S. CORONA, *L'appello nel rito del lavoro*, in *L'appello civile* (di C. MONTALI – S. CORONA), Padova, 2007, p. 237.

<sup>104</sup> Mi sia qui consentito l'utilizzo di questa “elegante” espressione di E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, cit., p. 329, che ho ritenuto di non condividere nell'identificazione del significato di prova indispensabile. Per la rilevanza dell'*incipit* della disposizione, si veda A. TEDOLDI, *Sub art. 702quater*, in *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, pp. 699 e 758.

sconsigliano frettolosi parallelismi<sup>105</sup>; d'altronde, una piena simmetria presupporrebbe che la cognizione "sommara" del rito speciale corrisponda a quella del rito ordinario.

Purtroppo, però, lo stesso concetto di sommarietà è discusso; a ben riflettere, tale qualità potrebbe, infatti, discendere dalla parziarietà della cognizione (nel senso di sommarietà dell'attività assertiva e delle allegazioni fattuali), dalla parziarietà delle prove deducibili (nel senso di sommarietà delle prove introducibili) e, infine, dalla deformalizzazione dell'*iter*.

Non è questa la sede per acclarare la questione, tuttavia – considerato che, ai sensi dell'art. 702bis c.p.c., le parti devono proporre la domanda (comma 1), avanzare le difese e prendere posizione sui fatti, introdurre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni non rilevabili d'ufficio (comma 4) nonché chiamare i terzi (comma 5) – non mi pare che l'attività assertiva subisca compressioni<sup>106</sup>. Negata questa lettura, l'art. 702ter c.p.c. non chiarisce, però, quale sia la tesi preferibile tra le restanti: il comma 3, prevedendo il mutamento di rito per un'istruzione non sommaria<sup>107</sup>, farebbe propendere per una parziarietà dell'istruttoria<sup>108</sup>; il comma 5, invece, statuendo che «il giudice (...), omessa ogni formalità non essenziale (...), procede (...) agli atti di istruzione rilevanti»<sup>109</sup>,

---

<sup>105</sup> Nel senso, invece, del recepimento dei precedenti orientamenti, G. LUDOVICI, *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, in *Judicium*, 2012, p. 12.

<sup>106</sup> Similmente, P. BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, pp. 189 e ss.

<sup>107</sup> Se ne riporta il testo per comodità del lettore: «se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria, il giudice, con ordinanza non impugnabile, fissa l'udienza di cui all'articolo 183. In tal caso si applicano le disposizioni del libro II».

<sup>108</sup> Sul punto, cfr. A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, cc. 221 e ss, spt. c. 224; A.A. ROMANO, *Appunti sul nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, I, pp. 192 e ss; A. CARRATTA, *Il nuovo procedimento sommario*, in C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile* di, Torino, 2009, pp. 135 e ss, spt. pp. 153 e ss.

<sup>109</sup> La disposizione prevede per esteso che «alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande».



sembrerebbe favorire la mera deformalizzazione<sup>110</sup>, nell'ottica di una cognizione piena. Come detto, mi esimerò dall'individuazione della tesi preferibile, tuttavia, cercherò di evidenziare le conseguenze che, il recepimento di un orientamento piuttosto che l'altro, generano sulla portata della deroga dell'indispensabilità.

Ora, se la sommarietà del rito dipende dalla deformalizzazione dell'istruttoria, pare corretto che le conclusioni esposte per il rito ordinario si applichino anche a quello sommario: una cognizione piena e un'istruttoria altrettanto piena confermano la logica sottesa alla deroga dell'indispensabilità.

Tali conclusioni sarebbero, però, discutibili in un modello processuale con un primo grado parziale, incompleto e, conseguentemente, controvertibile. In questa eventualità, la fattispecie andrebbe riletta in senso estensivo, consentendo di recuperare l'istruttoria fisiologicamente omessa<sup>111</sup>; per tale ragione, dovrebbero ammettersi non solo le prove sui fatti decisivi, ma anche le assunzioni omesse per giungere celermente alla decisione di primo grado. Se così non fosse, si renderebbe necessario un intervento della Consulta, volto a tutelare il diritto di difesa<sup>112</sup>.

In conclusione, è possibile affermare che la deroga dell'indispensabilità costituisce una clausola di salvezza a fronte di prove di *estrema* importanza. Per

---

<sup>110</sup> Cfr., A. SALETTI, *op. loc. ult. cit.*; R. TISCINI, *Sub art. 702bis*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile* (a cura di A. SALETTI – B. SASSANI), Torino, 2009, pp. 230 e ss.; G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, X, Padova, 2010, pp. 26 e ss.; L. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 1595-1596

<sup>111</sup> Nel senso che il giudizio d'indispensabilità *ex art. 702quater* c.p.c. possa deviare dai criteri di valutazione elaborati per i processi a cognizione piena, L. BERGAMINI, *Evoluzioni dell'appello civile*, in *Giust. civ.*, 2013, II, pp. 661 e ss.; in senso conforme, C. CECHELLA, *L'appello speciale*, cit., p. 313, il quale specifica che «calato nel diverso contesto del rito sommario, l'indispensabilità dovrà misurarsi al contrario intorno al mancato svolgimento in primo grado del diritto alla prova». Cfr. con A. TEDOLDI, *sub art. 702quater*, cit., p. 766.

<sup>112</sup> Sospettano dell'incostituzionalità della norma, S. CAPORUSSO, *Sub art. 702*, in *Commentario alle riforme del processo civile* (a cura di R. MARTINO – A. PANZAROLA), Torino, 2013, pp. 622-623; G. COSTANTINO, *La riforma dell'appello*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, pp. 41 e ss.; nel senso della necessità di una lettura costituzionalmente orientata, A. TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella «iconoclastica» del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 162 e ss.; A. SALETTI, *L'appello nel rito del lavoro e nel procedimento sommario dopo la riforma*, cit., pp. 1439-1440. Si veda anche L. BERGAMINI, *Evoluzioni dell'appello civile*, cit., pp. 661 e ss., la quale osserva che «la legittimità dell'art. 702quater (secondo cui l'ordinanza non appellata ha effetti *ex art. 2909* c.c.) dipende pertanto dall'esistenza di un meccanismo che consenta di suscitare la cognizione piena della lite prima della formazione del giudicato».

chiarire la portata della fattispecie, si deve ricordare che la *ratio* perseguita è quella di garantire la giustizia sostanziale, senza insistere sulla mera divergenza tra la realtà processuale e quella materiale. Il punto di equilibrio deve essere ricercato al confine tra l'autoresponsabilità della parte e la necessità di garantire una decisione sostanzialmente giusta; se la sua abrogazione è certamente sconsigliabile, l'ampiezza della sua portata potrebbe attestarsi su letture stringenti: la deroga, ove sopravvissuta, convive con la clausola della non imputabilità e una nozione lata di "novità" della prova. Nel complesso, prima di munire della patente di "giustizia" la decisione frutto di un appello con preclusioni labili, dovrebbe ricordarsi che la parte appellata fa affidamento sulla pronuncia di primo grado e sulla completezza delle difese di controparte. Le stesse conclusioni perdono, però, di validità logica quando, a causa della sommarietà del rito, venga impedita la possibilità di difendersi pienamente; in tal caso, i termini del confronto (ossia l'autoresponsabilità e la giustizia sostanziale) verrebbero travolti dalla necessità di garantire – quantomeno in un grado di merito – la pienezza del diritto di difesa.

##### 5) I GIURAMENTI

Meritano, infine, qualche cenno anche le deroghe riguardanti i giuramenti; sulla loro previsione, il legislatore è stato particolarmente ondivago, approvando per ciascun rito discipline differenti.

Partendo dal processo del lavoro, che è quello munito di maggiori deroghe, deve notarsi che la disciplina del divieto di *nova* non ostacola né la deferibilità del giuramento decisorio né l'ammissibilità di quello estimatorio. In verità, l'indicazione di ambedue le fattispecie non dovrebbe stupire; in effetti, tale previsione confermerebbe soltanto che, nel processo del lavoro, anche le prove officiose subiscono contenimenti (*supra* § 4). Permangono, invece, maggiori dubbi sulla *ratio* sottesa alla loro ammissibilità e all'inspiegabile esclusione del giuramento suppletorio. In riferimento alla prima questione, si dovrebbe concludere che la scelta di garantirne la libera introducibilità dipenda dalla peculiare funzione riservata alla prova; in altre parole, il mezzo sarebbe liberamente fruibile poiché, mediante il suo espletamento, le parti «si assumono (...) la responsabilità per l'esito

della lite», lasciando al giudice il solo compito di prendere atto del comportamento tenuto<sup>113</sup>. Prevedendo, quindi, la loro ammissibilità, il legislatore ha opportunamente garantito un corridoio di libero accesso che prescindesse dalle deroghe generali<sup>114</sup>; d'altronde, l'idoneità del mezzo istruttorio a concludere la lite potrebbe giustificare i rallentamenti conseguenti alla sua assunzione. Per quanto riguarda, invece, l'omissione del giuramento suppletorio, mi pare che tale mancanza non dipenda dalla volontà di escluderne l'esperibilità; realisticamente, l'omissione discenderebbe da una svista dei *conditores*<sup>115</sup> che la giurisprudenza ha prontamente rimediato<sup>116</sup>.

Passando al rito ordinario, si possono confermare buona parte delle suesposte conclusioni: anche in tale ambito, la peculiare efficacia del mezzo di prova sconsiglia il suo assoggettamento alla regola della non imputabilità (e, prima

---

<sup>113</sup> Così, A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 403; si veda M. MONTANARI, voce *Giuramento (dir. proc. civ.)*, in *Diritto online Treccani*, 2017, § 2.1, il quale specifica che la vocazione decisoria che contrassegna il giuramento si estrinseca nella preordinazione dello strumento a mettere in condizione il giudice di limitarsi al semplice riscontro dell'*an iuratum sit* al fine di provvedere alla definizione della lite. Sulle particolarità di questo mezzo di prova, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 2017, p. 507; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 2007, p. 369.

<sup>114</sup> In questo senso, E. VULLO, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., p. 396. Cfr. D. BORGHESI – L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Milanofiori Assago, 2013, p. 416.

<sup>115</sup> F.P. LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., p. 296, il quale osserva che le conseguenze di questa omissione «sono talmente assurde, e la disciplina che ne risulta talmente priva di ogni logica che risulta impossibile intendere alla lettera la disposizione: meglio, quindi, ritenere che il legislatore solo per un *lapsus calami* abbia fatto riferimento al giuramento estimatorio anziché a quello suppletorio (di cui il primo è una sottospecie)». In effetti, essendo il giuramento estimatorio una «sottospecie» di giuramento suppletorio sarebbe oltremodo irragionevole escludere la sua ammissibilità (sul rapporto intercorrente tra giuramento suppletorio e estimatorio, si vedano con opinioni divergenti M. CAPPELLETTI, voce *Giuramento (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. forense*, III, 1958, pp. 974-975; E. ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano, 1937, pp. 267-268; R. PROVINCIALI, voce *Giuramento suppletorio ed estimatorio (dir. proc. civ.)*, *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 129). *Contra*, nel senso della non referibilità del giuramento suppletorio, G. FABBRINI, *Dei mezzi d'impugnazione nel nuovo processo del lavoro*, cit., p. 84; L. MONTESANO – R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, cit., p. 335. Cfr. con G. TARZIA – L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 352, secondo i quali «in base ai tradizionali canoni interpretativi» non dovrebbe ammettersi il giuramento suppletorio, benché sia ormai pacificamente riconosciuto.

<sup>116</sup> Nel senso della libera deferibilità del giuramento suppletorio – ma con motivazioni non condivisibili – Cass. 25 novembre 1996, n. 10441; cfr. con Cass. 22 luglio 1987, n. 6377; Trib. Cagliari, 6 giugno 1989, in *Riv. giur. sarda*, 1990, p. 472. In dottrina, M. DI MAURO, *L'appello civile*, Milano, 2018, p. 308; G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, cit., p. 439.

ancora, dell'indispensabilità). Un elemento di discrasia rispetto il rito lavoristico emerge, invece, là dove l'art. 345, comma 3, c.p.c. non prende posizione sul giuramento estimatorio. A mio avviso, però, la mancata indicazione non dovrebbe escluderne l'ammissibilità: il giuramento estimatorio, al pari di quello suppletorio, sono mezzi istruttori disponibili *ex officio* e, in quanto tali, possono introdursi scevri da qualsiasi decadenza<sup>117</sup>.

Infine, guardando al rito sommario (e nello specifico all'art. 702quater c.p.c.), deve notarsi che la disciplina non menziona né il giuramento decisorio né quello suppletorio o d'estimazione. *Nulla quaestio* in riferimento alle prove officiose: come per il rito ordinario, anche nel sommario, la disciplina dei *nova* riguarda le prerogative delle parti, ma non i poteri del giudice. Più complessa è, invece, la questione attinente all'ammissibilità del giuramento decisorio. In effetti, la dottrina che si è imbattuta nella problematica è giunta a conclusioni divergenti: taluno ha ritenuto che l'assenza di un espresso divieto legittimasse la sua proposizione *ex art.* 345, comma 3, c.p.c.<sup>118</sup>; altri, invece, hanno notato che tale omissione è difficilmente superabile<sup>119</sup>. A mio avviso, un apporto decisivo è dato dall'esplicita ammissibilità nel giudizio di rinvio; difatti, riconosciuta la possibilità di ricorrervi in quella sede<sup>120</sup>, non avrebbe senso escluderne l'esperibilità nell'antecedente fase d'appello.

In merito all'opportunità di mantenere siffatte deroghe, sarebbero preferibili posizioni tolleranti; se è vero che – riconoscendo l'ammissibilità dei giuramenti –

---

<sup>117</sup> Nel senso che la mancata previsione dipenda dalla disponibilità *ex officio* del mezzo istruttorio, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, p. 491; A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., pp. 404-405; G. BALENA, *op. loc. ult. cit.* A seguito delle modifiche intervenute nel 2012, venuta meno la possibilità di assumere la prova indispensabile, hanno invece perso rilevanza le affermazioni di chi riteneva che l'omissione discendesse dalla indispensabilità *in re ipsa* del mezzo istruttorio (erano di questa opinione prima della novella A. PROTO PISANI, *op. loc. ult. cit.*; e A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 160).

<sup>118</sup> È di questo avviso, A. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 412.

<sup>119</sup> In tal senso, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., p. 425.

<sup>120</sup> Si riporta per comodità il testo dell'art. 394, ultimo comma, c.p.c.: «nel giudizio di rinvio può deferirsi il giuramento decisorio, ma le parti non possono prendere conclusioni diverse da quelle prese nel giudizio nel quale fu pronunciata la sentenza cassata, salvo che la necessità delle nuove conclusioni sorga dalla sentenza di cassazione».

si è “civilizzata” un’antica ordalia, contrastante con la moderna secolarizzazione occidentale<sup>121</sup>, finché non si giungerà ad una completa abrogazione, non vi saranno motivi sufficienti per escluderne l’ammissibilità in grado d’appello. Peraltro, tale diffidenza mi sembra fondata per il giuramento decisorio, ma meno per i giuramenti d’ufficio che soddisfano esigenze meritevoli di tutela<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> A. TEDOLDI, *op cit*, p. 404.

<sup>122</sup> Riconoscendo la deferibilità del giuramento decisorio, il legislatore ha concesso alle parti uno strumento che – fondandosi su meccanismi scarsamente attendibili – consente di sovvertire l’istruttoria compiuta, legando la vittoria della causa ad una vera e propria sfida. Al contrario, dovrebbe esservi minore diffidenza verso i giuramenti officiosi; in effetti, l’indisponibilità alle parti, unitamente alla limitatezza delle funzioni, ne suggeriscono un uso modesto e consapevole. Per quanto riguarda il giuramento suppletorio, la finalità perseguita può di certo apprezzarsi se si pensa che – in sua mancanza – la causa verrebbe decisa secondo la regola dell’onere della prova, in presenza però di una *semiplena probatio* del fatto; anche il giuramento estimatorio dovrebbe conservarsi considerato che il suo deferimento è l’unico modo per superare l’*impasse* della non quantificabilità del valore della domanda, in presenza, però, di un opportuno limite disposto dal giudice (art. 241 c.p.c.).



## **CAPITOLO 4 – L’APPELLO CIVILE FRANCESE: UN MODELLO PROCESSUALE PRIVO DEL DIVIETO DI *NOVUM PROBATORIO***

SOMMARIO: 1) INTRODUZIONE AL *NOVUM PROBATORIO* NELL’*APPEL* CIVILE FRANCESE; 2) L’AMMISSIBILITÀ DEL *NOVUM PROBATORIO* ALLA LUCE DELLA NATURA DEL GRAVAME: LE CARATTERISTICHE GENERALI DELL’*APPEL*; 3) SEGUE: LA RILEVANZA DELL’EFFETTO DEVOLUTIVO NELL’*APPEL-VOIE D’ACHÈVEMENT*; 4) GLI INCESSANTI TENTATIVI DEL LEGISLATORE FRANCESE DI ABBREVIARE LA DURATA DELL’*APPEL*; 5) I PRINCIPI DELL’*IMMUTABILITÉ DU LITIGE*, DELL’*ÉVOLUTION DU LITIGE* E DELLA *LOYAUTÉ PROCÉDURALE* NELLA DETERMINAZIONE DEI LIMITI DI AMMISSIBILITÀ DI NUOVE PROVE; 6) BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE DI COMPARAZIONE.

### 1) INTRODUZIONE AL *NOVUM PROBATORIO* NELL’*APPEL* CIVILE FRANCESE

Conclusa l’analisi della disciplina italiana, si ritiene che – estendendo la ricerca ad un altro ordinamento – possano stimolarsi delle nuove riflessioni idonee a chiarire problematiche di diritto interno.

Tra tutti gli ordinamenti di *civil law*, la scelta ricade su quello francese giacché ragioni di carattere storico legano il processo italiano a quello d’oltralpe; difatti, sebbene il codice italiano del ‘42 abbia sviluppato delle peculiarità tutte proprie, il codice del Regno d’Italia del 1865 ha subito la forte influenza del codice napoleonico del 1806<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Tale influenza è essenzialmente dipesa dalla diffusa applicazione del codice napoleonico negli stati preunitari nel periodo di dominazione francese; sul ruolo della normativa d’oltralpe prima dell’approvazione del codice italiano del 1865, si veda S. ZIINO, *Esecuzione forzata e intervento dei creditori*, Palermo, 2004, pp. 51 e ss; cfr. con G. CRISTOFOLINI, voce *Codice di procedura civile*, in *Enc. It.*, Milano-Roma, 1939, pp. 685 e ss; F. CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal Codice Napoleonico al 1942*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, pp. 69 e ss. In particolare, sull’influenza del codice francese, si veda S. SATTA, voce *Codice di procedura civile*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 280.

Ciò premesso, in questo capitolo si valuterà un elemento di discrasia tra i sistemi processuali, ossia la natura del giudizio d'appello alla luce della disciplina sullo *ius novorum* e, nello specifico, sulle nuove prove.

Guardando al testo di legge, i due ordinamenti abbracciano opzioni diametralmente opposte: l'art. 345, comma 3, c.p.c. italiano – predisponendo una rigida barriera preclusiva – dà vita ad un gravame generalmente chiuso ai *nova* istruttori; all'opposto, il codice di rito francese prevede una serie di norme che ne determinano la piena *recevibilité*. La disposizione applicabile all'*appel*, l'art. 563 c.p.c. francese, statuisce infatti che «per giustificare in appello le richieste sottoposte al primo giudice, le parti possono (...) produrre dei nuovi documenti e proporre nuove prove»<sup>2</sup>; coerentemente, la disciplina generale sull'attività difensiva prevede che, ai sensi dell'art. 144 c.p.c., «le misure d'istruzione possano essere ordinate in ogni stato della causa, qualora il giudice non disponga di elementi sufficienti per decidere»<sup>3</sup>.

Il legislatore – come emerge dalle norme – ha omesso qualsivoglia preclusione ai poteri istruttori; tale libertà renderebbe inutile – o, quantomeno, irrilevante – un'analisi dei margini d'ammissibilità della prova in appello. A queste condizioni, infatti, non avrebbe senso parlare di prove “nuove” o “non nuove”, così come non sarebbe possibile parlare di prove “tardive”.

Ragioni di completezza consigliano però di non limitarsi all'esegesi della normativa, bensì invitano ad una più ampia riflessione che coinvolga la natura del gravame e i poteri istruttori; d'altro canto, la scelta del legislatore francese potrà

---

<sup>2</sup> Traduzione in italiano dell'autore. Il testo originale prevede che «*pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves*»; la regola è pressoché pacifica e nelle poche ipotesi in cui giurisprudenza si è pronunciata sul punto ha aderito pienamente al dato testuale della disposizione. Sulla producibilità di nuove *pièces* si veda Cass. 25 janv. 1978, n. 76-12276, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 35; Cass. 14 oct. 1999, n. 98-11550, in *JurisData* n. 1999-003574; per l'ammissibilità di nuove *preuves* si veda, invece, Cass. 9 fevr. 1977, n. 75-15591, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 29.

<sup>3</sup> Traduzione in italiano dell'autore. Il testo in lingua francese prevede che «*les mesures d'istruzione peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer*».



realmente apprezzarsi soltanto dopo l'individuazione dei principali connotati del gravame: la presenza di rigide (o flebili) interdizioni all'esercizio dei poteri istruttori dice poco delle reali intenzioni dei *conditores*, posto che è altresì ipotizzabile l'adozione di una differente concezione di gravame, così come l'esistenza di diversi meccanismi di limitazione dei poteri.

## 2) L'AMMISSIBILITÀ DEL *NOVUM PROBATORIO* ALLA LUCE DELLA NATURA DEL GRAVAME: LE CARATTERISTICHE GENERALI DELL'*APPEL*

Prima di addentrarsi nella disciplina dell'istruttoria in *appel*, pare opportuno soffermarsi sulle caratteristiche generali del gravame; come prospettato, infatti, questa visione d'insieme eviterà conclusioni affrettate che rischierebbero di essere aprioristiche e preconette.

Effettuando una ricognizione della normativa francese, emerge che – contrariamente a quanto previsto dal codice italiano – la disciplina dell'*appel* è frazionata in due parti all'interno del medesimo codice di rito: la prima parte, contenuta nel libro I e compresa tra gli artt. 542 e 570, sarà oggetto di questa analisi poiché involgente i principi regolatori dell'impugnazione; la seconda, invece, contenuta nel libro II e compresa tra gli artt. 899 e 972, avrà minor rilievo poiché attinente ad aspetti meramente procedurali. Il quadro normativo è poi completato dalle disposizioni generali in tema d'impugnazioni.

Dalla lettura di tali norme, si evince che l'*appel* costituisce un mezzo d'impugnazione ordinario, una *voie de recours ordinaire*. Tale qualità, ricavabile dal dato testuale<sup>4</sup>, non deve però ingannare l'interprete italiano poiché nei due sistemi vige un concetto di “ordinarietà” differente: nell'ordinamento francese, diversamente da quello domestico, le impugnazioni ordinarie sono caratterizzate dall'atipicità delle doglianze sollevabili<sup>5</sup> e dall'automatica sospensione

---

<sup>4</sup> L'art. 527 c.p.c. francese prevede che «*les voies ordinaires de recours sont l'appel et l'opposition, les voies extraordinaires la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation*».

<sup>5</sup> Tale elemento è ricavabile a contrario dall'art. 580 c.p.c. francese nella parte in cui precisa che «*les voies extraordinaires de recours ne sont ouvertes que dans les cas spécifiés par la loi*». Come per l'appello italiano, l'assenza di una predeterminazione normativa dei motivi di gravame legittima

dell'efficacia esecutiva. Più in generale, la diversa concezione d'impugnazione ordinaria discende dal peculiare approcciarsi dell'efficacia esecutiva al passaggio in giudicato della sentenza<sup>6</sup>.

L'atipicità dei motivi di gravame ha quindi originato un'ampia *voie de réformation* e/o *d'annulation*<sup>7</sup> che attribuisce ad un organo diverso, *rectius* ad una persona fisica differente, il controllo sull'operato del primo giudice; la diversità del magistrato, desumibile dal codice dell'ordinamento giudiziario francese<sup>8</sup>, garantisce l'"imparzialità" della corte evitando che il ruolo di controllore si sovrapponga a quello di controllato<sup>9</sup>. In questa fattispecie, peraltro, l'alterità è imprescindibile considerato che l'*appel* si concreta in un riesame della causa, più che in una *voie de rétractation*<sup>10</sup>.

---

la sua proposizione per richiedere una diversa ricostruzione dei fatti posti a fondamento della decisione oppure per far accertare l'errata applicazione di un testo di legge; si veda F. FERRAND, voce *Appel*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, marzo 2012 (agg. settembre 2017), n. 7.

<sup>6</sup> Questa differenza è ricavabile dagli artt. 539 e 500 c.p.c. francese. Ai sensi della prima disposizione «*le délai de recours par une voie ordinaire suspend l'exécution du jugement. Le recours exercé dans le délai est également suspensif*»; la seconda, invece, prevede che «*a force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution. Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai*»; sul concetto di giudizio definitivo in Francia, si veda M. FOULON – Y. STRICKLER, *Du jugement définitif. À propos de la décision n° 2014-398 QPC du 2 juin 2014 du Conseil constitutionnel*, in *Gazette du Palais*, 21-23 dicembre 2014, p. 11. Nonostante l'efficacia sospensiva dell'appello, deve notarsi che sono molteplici le ipotesi in cui il provvedimento di prime cure è provvisoriamente dotato di efficacia esecutiva; tale qualità può essere riconosciuta *ope legis* (come statuito ad esempio per le *ordonnances de référé*) oppure *ope iudicis*, su richiesta della parte quando sia necessario e compatibile con la natura della causa. Sul punto, M. DOUCHY-OUDOT, *Procédure civile*, Mayenne, 2014, pp. 326 e ss.

<sup>7</sup> Il fatto che l'appello francese costituisca uno strumento di nullificazione della sentenza di primo grado non ha nulla a che vedere con la creazione pretorile dell'*appel-nullité*. Tale strumento è stato istituito con la finalità di sottoporre ad un controllo quelle decisioni che, non soggette ad appello, sono affette da un *excès de pouvoir* del magistrato. Su questo rimedio, si veda Cass. Comm., 13 mai 2014, n. 13-11.622; in dottrina, O. BARRET, *L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1990, pp. 199 e ss.; C. CHAINAIS – F. FERRAND – S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Parigi, 2016, pp. 821 e ss.

<sup>8</sup> L'art. L111-6 del code de l'organisation judiciaire (cod. org. jud.), prevede che la ricusazione del giudice possa essere avanzata se egli «*a précédemment connu de l'affaire comme juge*».

<sup>9</sup> Sul punto si veda G. RAVANI, *Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel*, in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Parigi, 2010, pp. 355 e ss.

<sup>10</sup> Le misure di *rétractation*, a differenza dell'appello e del ricorso per cassazione, permettono alle parti di rivolgersi allo stesso giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato in

Un elemento di parziale dissonanza con l'ordinamento italiano è dato dal requisito della generalità; difatti, sebbene l'*appel* possa comunque definirsi uno strumento di carattere generale<sup>11</sup>, la sua estensione applicativa è certamente minore rispetto a quella del gravame italiano: il codice francese prevede, infatti, la coesistenza dell'appello con un'altra impugnazione ordinaria, l'*opposition*<sup>12</sup>, che garantisce l'espletarsi del contraddittorio nei giudizi pronunciati *par défaut*.

Diversamente, una somiglianza tra sistemi è riscontrabile nella natura sostitutiva della sentenza d'appello; tale requisito, che discende dall'operatività dell'effetto devolutivo, oltre ad attribuire la cognizione della causa alla corte d'appello, impone che la decisione avvenga in quella specifica sede<sup>13</sup>.

---

considerazione della parzialità della cognizione della prima decisione; sul punto, M. DOUCHY- OUDOT, *Procédure civile*, cit., pp. 399 e ss.

<sup>11</sup> La generalità del rimedio è desumibile dall'art. 543 c.p.c. francese il quale specifica che «*la voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé*». La normativa, oltre a consacrare il principio del doppio grado di giurisdizione, fonda il cd. *principe de droit d'appel*, nonché l'eccezionalità delle ipotesi in cui il provvedimento di primo grado non è impugnabile. Sul principio e sulle sue eccezioni, si veda J. GALLET – E. DE LEIRES, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Parigi, 2018, pp. 7 e ss.

<sup>12</sup> La normativa sul giudizio di opposizione proponibile dal contumace *défaillant* è contenuta negli artt. 571 e ss del c.p.c. francese; su questa impugnazione, si veda M.-E. BOURSIER, voce *Opposition* (agg. di E. BOTREL), in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, marzo 2014; D. D'AMBRA, *Opposition*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da S. GUINCHARD), Parigi, 2016, pp. 1773 e ss.

<sup>13</sup> Sebbene il termine "effetto sostitutivo" non sia utilizzato per descrivere la pronuncia di secondo grado, tale qualità è desumibile dall'operatività dell'effetto devolutivo e dall'obbligo per la corte d'appello di pronunciare nel merito; sulla questione si vedano le riflessioni di P. GERBAY, *Nouvelles réflexions sur les effets de l'appel voie d'annulation*, in *Gazette du Palais*, 24-25 gennaio 2003, pp. 72-79; F. FERRAND, voce *Appel*, cit., nn. 899 e ss. Sono rare le ipotesi in cui la corte d'appello si limita a caducare il provvedimento di primo grado senza statuire sulla domanda; ciò si verifica principalmente nelle fattispecie in cui l'effetto devolutivo non opera. La problematica si pone, ad esempio, per le sentenze di primo grado affette da nullità; difatti, sebbene l'art. 542, comma 2, c.p.c. preveda che «*la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel... tend à l'annulation du jugement*», la dottrina e soprattutto la giurisprudenza hanno individuato alcune ipotesi in cui tale regola non si applica. Nello specifico, si tratta di casi in cui si verifica una *irrégularité de la saisine*, come nelle ipotesi di *irrégularité affectant l'acte introductif d'instance lui-même*, o *irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité du défendeur*; le ragioni di tale deroga dipendono dal fatto che il vizio dell'atto introduttivo ha impedito il sorgere e il corretto svilupparsi del giudizio di prime cure. Conseguentemente, al fine di garantire il doppio grado di giurisdizione, si è preferito prevedere la rimessione al primo giudice piuttosto che la decisione diretta da parte della corte d'appello. Sulle deroghe all'operatività dell'effetto devolutivo per invalidità della *saisine*, si veda P. JULIEN, *L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'appel tendant à l'annulation du jugement*, in *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, aprile 2003, fuori serie n. 2, p. 52. Inoltre, la devoluzione non opera se: 1) le parti sono d'accordo per limitare la *saisine* della corte d'appello ad alcuni specifici

Rinviano la trattazione della tematica al prossimo paragrafo (*infra* § 3), deve anticiparsi che l'appello francese è retto dall'effetto devolutivo, strumento di delimitazione e selezione dell'oggetto del gravame; la centralità di tale fenomeno – molto più evidente in Francia che in Italia – è frutto della previsione di una sottosezione del codice di rito (artt. 561-567) che ne disciplina la portata e l'ampiezza<sup>14</sup>.

A seguito di questa breve (ma doverosa) ricognizione, malgrado le rilevanti differenze, mi pare sostenibile che l'appello francese e quello italiano abbiano una funzione perlopiù assimilabile: entrambi i gravami costituiscono il principale rimedio avverso la sentenza di prime cure; la loro promozione consente di accertare l'ingiustizia o l'invalidità del provvedimento, pronunciando su qualsiasi doglianza in fatto e in diritto.

Tali consonanze potrebbero indurre a delle prime conclusioni comparative sull'istruttoria ammissibile in appello; tuttavia, non può nascondersi che, accanto alle rilevanti omogeneità, si sono riscontrate due importanti discrasie incidenti sulla funzione di controllo riservata ai gravami: la prima, riguardante la sospensione dell'efficacia esecutiva dell'impugnanda sentenza; la seconda, invece, attinente al ruolo ricoperto dall'effetto devolutivo.

Sebbene entrambi i fattori condizionino l'operato delle *cours d'appel*, occorrerà soffermarsi sull'operatività dell'effetto devolutivo; difatti, se la sua applicazione

---

punti della lite e domandare il rinvio per i restanti profili (Cass., 21 oct. 1952, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 272); 2) se il capo su cui dovrebbe pronunciare l'appello è inscindibilmente legato ad altre questioni pendenti davanti al giudice di primo grado (Cass., 18 janv. 1952, in *Recueil Sirey*, 1953, 1, 18). Una normativa *ad hoc* è stata recentemente prevista per l'appello avverso i provvedimenti sulla competenza (introduzione con il *décret* n. 2017/891 del 6 maggio 2017); attualmente il codice differenzia l'appello avverso la pronuncia che statuisce unicamente sulla competenza, da quello avverso la pronuncia che decide su competenza e merito. Nel primo caso, ai sensi dell'art. 86, comma 1, c.p.c., la devoluzione non opera automaticamente e la corte rinvia al giudice che ritiene competente, salvo che si avvalga del potere di avocazione (art. 88 c.p.c.); nel secondo caso, invece, essa decide nel merito la causa (art. 90 c.p.c.), salvo che essa non sia giudice d'appello del giudice che ritiene competente (in questo caso rinvia la causa alla corte d'appello competente) o non sia un *jugement rendu en dernier ressort* (in tal caso rinvia davanti al giudice ritenuto competente – art. 91 c.p.c.).

<sup>14</sup> Si tratta della sottosezione I (*l'effet dévolutif*), della sezione II (*les effets de l'appel*), del capitolo I (*l'appel*), del sottotitolo II (*les voies ordinaires de recours*), del titolo XVI (*le voie de recours*), del libro I (*dispositions communes à toutes le juridiction*).

incide sull'estensione della *cognitio appellationis*, anche l'ampiezza dell'attività istruttoria dovrebbe subirne l'influenza.

### 3) SEGUE: LA RILEVANZA DELL'EFFETTO DEVOLUTIVO NELL'APPEL-VOIE D'ACHÈVEMENT

Come anticipato, il prosieguo della ricerca impone un chiarimento sul ruolo ricoperto dell'effetto devolutivo, quel fenomeno processuale che determina il passaggio della regudicanda dal giudice di primo grado a quello d'appello<sup>15</sup>; difatti, se il suo atteggiarsi può portare a differenti aperture dell'istruttoria, lo studio del suo concreto recepimento diviene imprescindibile.

La prima espressione di tale effetto è contenuta nell'art. 561 c.p.c., ove specifica che «*l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel*». Tale disposizione ha una duplice influenza poiché, oltre ad agire sulle dinamiche processuali (effettuando il “trasferimento” della causa alla corte d'appello<sup>16</sup>),

---

<sup>15</sup> Così, D. D'AMBRA, *Droit et pratique de l'appel*, Parigi, 2018, p. 113; nello stesso senso, P. GERBAY – N. GERBAY, *Guide du procès civil en appel*, Parigi, 2017, p. 249; J.-P. DUHAMEL, *L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'acte d'appel et des écritures des parties*, in *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, aprile 2003, fuori serie n. 2, p. 48.

<sup>16</sup> Secondo N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif*, in *Juris-Classeur de procédure civile*, fasc. 900-90, 2017, nn. 5 e ss, e F. FERRAND, voce *Appel*, cit., nn. 888 e ss, l'operatività dell'effetto devolutivo genera tre conseguenze a livello procedimentale. In primo luogo, esso determina un *dessaisissement des premières juges*, un definitivo spossessamento della controversia nei confronti del giudice di primo grado; difatti, sebbene questi venga privato di una parte ingente dei suoi poteri con la pronuncia della sentenza, solo la promozione dell'impugnazione provoca la definitiva perdita delle sue prerogative sulla controversia (si veda TGI Paris, 10 mai 1990, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, p. 168 con osservazioni di R. PERROT, nella parte in cui specifica che la consumazione dello spossessamento del giudice di prime cure avviene con l'iscrizione della causa al ruolo della corte d'appello). In particolare, con la promozione del gravame verrebbero meno le prerogative previste dall'art. 481, comma 3, c.p.c., ossia la possibilità per il giudice di interpretare e/o rettificare la propria pronuncia ai sensi degli artt. 461 e seguenti. In questo senso, si vedano Cass., 29 mai 1979, n. 77-15004, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 163; Cass., 4 mars 1980, n. 78-13302, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, III, n. 49. Si vedano però le specificazioni di C. CHAINAIS – F. FERRAND – S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, cit., pp. 873-874, e di N. FRICERO, *Les voies de recours en interprétation, rectification ou complément de jugement*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da S. GUINCHARD), Parigi, 2016, pp. 1585 e ss. In secondo luogo, l'effetto devolutivo determina *l'acquisition pour la cour d'appel de la connaissance du litige*; la conoscenza della controversia viene automaticamente attribuita al giudice di secondo grado il quale pronuncerà nei limiti di quanto costituente oggetto d'appello. Sul punto, è diffusa in giurisprudenza la massima secondo la quale «*les juges du second degré se trouvent investis de plein droit de la connaissance du litige*» (così, Cass., 2 févr. 1962, in

contribuisce alla disciplina statica del processo determinando l'estensione dell'oggetto del gravame; in altri termini, sancendo la corrispondenza tra i *themata decidenda* dei gradi di merito, la disposizione incarna il brocardo *tantum devolutum quantum iudicatum*.

Accogliendo il suddetto adagio, il legislatore d'oltralpe si è fatto portavoce di plurimi principi processuali<sup>17</sup>: da un lato, ha recepito il principio del doppio grado di giurisdizione, impedendo ai litiganti di omettere un grado di giudizio<sup>18</sup>; dall'altro,

---

*Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 151; Cass., 28 oct. 1987, n. 86-14040, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, III, n. 176); ciò giustifica l'imperatività della devoluzione nei limiti di quanto costituisce oggetto d'appello. Prescindendo dal tema dall'effettiva estensione della cognizione del giudice, preme qui osservare che la peculiarità dell'effetto devolutivo risiede nell'imperatività e nell'automaticità del suo operare; tale elemento è ancor più evidente se si confronta l'effetto devolutivo con il potere di *évocation* della corte d'appello medesima. Tale istituto è disciplinato dall'art. 568, comma 1, c.p.c., là dove prevede che «*lorsque la cour d'appel infirme ou annule un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, ou qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction*»; con l'avocazione, quindi, il giudice d'appello ha il potere discrezionale di mettere fine al litigio statuendo su una questione non ancora decisa, purché ciò sia di «*bonne justice*». In definitiva, l'istituto legittima la decisione della corte d'appello su questioni non decise in primo grado (e quindi non devolvibili), ma discrezionalmente requisite; l'effetto devolutivo, invece, determina un automatico passaggio della regiudicanda in seno al giudice di seconde cure. Sull'istituto dell'*évocation* si veda J. PELLERIN, *Effets de l'appel*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen* (diretto da S. GUINCHARD), Parigi, 2016, pp. 1717 e ss; D. COHEN, *Le domaine de l'évocation*, in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Parigi, 2008, pp.173 e ss; per un confronto tra effetto devolutivo e potere d'avocazione, si veda, sulla base della normativa previgente, H. MOTULSKY, *Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 1958, I, n. 1423). In terzo ed ultimo luogo, l'effetto devolutivo determina l'*obligation pour la cour de statuer en fait et en droit*, di decidere nel merito la controversia. Questa conseguenza, di cui si è già anticipato parlando della natura sostitutiva dell'appello, impone al giudice di secondo grado di decidere *sur le fond* della controversia, evitando – o quantomeno riducendo ad eccezione – le ipotesi in cui si rende necessario il rinvio al giudice di primo grado. Si vedano la dottrina e la giurisprudenza citate in nota n. 13.

<sup>17</sup> Così, I. PÉTEL-TEYSSIE, voce *Demande nouvelle*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, gennaio 2008, n. 35.

<sup>18</sup> In questo senso, D. D'AMBRA, *Droit et pratique de l'appel*, cit., p. 115. Benché non trovi alcun riconoscimento in carte sovranazionali, a tale principio di "buona giustizia" è riconosciuto un valore paracostituzionale; benché non assurga a principio generale del diritto – poiché numerose deroghe sono previste a livello legislativo – il "doppio grado" ha un'influenza decisiva sulla conformazione dei mezzi d'impugnazione. Come è stato correttamente osservato, «*bien que l'analyse des décisions rendues par le Conseil constitutionnel oblige à conclure à l'absence de valeur constitutionnelle du principe du double degré de juridiction, elle témoigne dans le même temps que le double degré de juridiction ne reste pas sans valeur constitutionnelle*» (così, N. MOLFESSIS, *La protection constitutionnelle du double degré de juridiction*, in *Justices*, 1996, 4, p. 17). D'altro canto, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che, sebbene l'ordinamento nazionale

invece, ha preservato il principio dell'*immutabilité du litige*<sup>19</sup>, imponendo alla *cour* di decidere la disputa nelle condizioni in cui venne conosciuta dai giudici di primo grado<sup>20</sup>.

Dal punto di vista astratto, agendo sul piano dei principi generali, l'art. 561 sembrerebbe imporre una limitazione della *cognitio appellationis* assimilabile al divieto di *nova* nel processo italiano. Se così fosse, l'attività istruttoria conseguente all'ampliamento del *thema decidendum* sarebbe molto contenuta; a ben vedere, però, l'effetto devolutivo è stato poi modulato e disciplinato in regole di dettaglio che richiedono una breve indagine.

---

possa introdurre dei filtri volti a ridurre il contenzioso in appello, occorre che: 1) l'applicazione del filtro sia sempre motivata (CEDU, 2 ottobre 2014, Hansen c/ Norvegia, in *Procédures*, 2015, n. 43 con nota di N. FRICERO); 2) venga rispettato il principio di proporzionalità tra il filtro applicato e lo scopo perseguito con la sua introduzione (CEDU, 11 marzo 2004, Justamente c/ France); 3) il filtro non imponga eccessivi formalismi (CEDU, 10 luglio 2001, Tricard c/ France). La rilevanza del principio è peraltro desumibile da quelle pronunce di legittimità che attribuiscono al diritto d'appello carattere di ordine pubblico (così, E. DU RUSQUEC, *Appel (en matière civile) - Caractère d'ordre public du droit d'appel – Commentaire*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 23, 3 Juin 1998, II, n. 10090). Per un'analisi dell'evoluzione storica del principio, M. DEGUERGUE, *Le double degré de juridiction*, in *AJDA*, 2006, pp. 1308 e ss; si cfr. con AA.VV., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Parigi, 2017, pp. 786 e ss.

<sup>19</sup> Il principio di immutabilità (di cui si parlerà ampiamente *infra* § 5) è un principio antico, valorizzato dalla dottrina tradizionale, ma divenuto in larga parte obsoleto. Dal punto di vista astratto, una rigorosa applicazione di tale principio dovrebbe vietare alle parti di modificare l'oggetto della controversia nel corso del processo; concretamente, dovrebbe quindi impedire la modifica della domanda iniziale e l'aggiunta di ulteriori domande nel corso della causa. Il suo ambito di applicazione è però discusso; difatti, sebbene l'art. 4 c.p.c. specifichi che le *prétentions* sono fissate dalle parti – *in limine litis* – con l'atto introduttivo del giudizio e con le conclusioni, il principio è svuotato del suo contenuto a causa delle rilevanti eccezioni. Nel corso del primo grado, infatti, le parti possono introdurre le cd. *demandes incidentes* (domande riconvenzionali, addizionali e d'intervento) che abbiano un *lien suffisant* con la *prétention* originaria (art. 4 c.p.c.); allo stesso modo, il legislatore si è premurato di prevedere ampie deroghe che legittimassero l'introduzione in appello di alcune specifiche nuove *prétentions* (sul punto, si veda C. CHAINAIS – F. FERRAND – S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, cit., p. 396; N. CAYROL, voce *Action en justice*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, marzo 2013 (agg. settembre 2017), nn. 271 e ss).

<sup>20</sup> Così, J. PELLERIN, *Effets de l'appel*, cit., p. 1708; peraltro, come osservato da C. CHAINAIS – F. FERRAND – S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, cit., p. 878, il principio d'immutabilità si applica alla corte d'appello nello stesso modo in cui si applica al giudice di prime cure.

La scelta di mantenere la corrispondenza di oggetti è principalmente passata per la previsione di una generale interdizione a proporre nuove *prétentions*<sup>21</sup> in secondo grado<sup>22</sup> (artt. 564 e 565 c.p.c.<sup>23</sup>), ovverosia per l'impossibilità di introdurre tutte quelle richieste non confluite nelle conclusioni di prime cure<sup>24</sup>. La disposizione che simbolizza detto limite è l'art. 564 c.p.c.; tale articolo, in modo abbastanza intuibile, specifica che – fatte salve le puntuali eccezioni di cui si parlerà<sup>25</sup> – le parti «*ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions*». Specificato che il significato di *prétention* non coincide perfettamente con quello di domanda processuale, bensì è più adiacente al concetto di richiesta in senso sostanziale, deve ritenersi che nel

---

<sup>21</sup> Il concetto di *prétention* non coincide esattamente con quello di domanda, ma si sovrappone maggiormente al concetto italiano di *petitum* immediato, ossia alla concreta richiesta mossa al giudicante. Ciò è direttamente ricavabile dal dato normativo; difatti, l'art. 53, comma 1, c.p.c. prevede che «*la demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions*». Tuttavia, nella manualistica e nei testi scientifici, i termini vengono spesso utilizzati come sinonimi; si veda, ad esempio, R. PERROT, *Demande nouvelle et moyen nouveau*, in *Procédures*, 5, 2013, comm. 137; P. BAGANINA, *Immutabilité du litige et recevabilité des demandes nouvelles en appel*, in *Gazette du Palais*, n. 29, 2008, p. 2.

<sup>22</sup> Coglie questo rapporto di derivazione tra i due principi, F. FERRAND, voce *Appel*, cit., n. 963; N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, in *Juris-Classeur de procédure civile*, fasc. 900-95, 2017, nn. 1-2.

<sup>23</sup> Entrambe le norme contribuiscono a determinare l'interdizione all'introduzione di nuove *prétention* in appello. L'art. 564 c.p.c., che introduce il divieto, prevede che «*a peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait*»; diversamente, l'art. 565 c.p.c. specifica il concetto di nuova *prétention* affermando che «*les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent*».

<sup>24</sup> Nel senso che il concetto di novità debba essere valutato valorizzando il contenuto delle conclusioni del primo grado, si vedano, in giurisprudenza, CA Rennes, 15 janv. 2004, in *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 2004, n. 966, e, in dottrina, P. GERBAY – N. GERBAY, *Guide du procès civil en appel*, cit., p. 254. A questi fini, è invece irrilevante il contenuto del provvedimento impugnato, considerato che il giudice potrebbe aver statuito *infra* o *ultra petita*; così, J. PELLERIN, *Effets de l'appel*, cit., p. 1709.

<sup>25</sup> La disposizione prevede tre specifiche deroghe normative (*prétention pour opposer compensation*, *prétention visant à faire écarter les prétentions adverses* e *prétention pour faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait*) che si affiancano a quelle previste dagli articoli successivi (artt. 566 e 567 c.p.c.) e a quelle di origine pretorile.



giudizio di appello non possano esigersi delle utilità che travalichino la *chose jugée*, *rectius* le conclusioni di prime cure<sup>26</sup>.

Accanto a questa proibizione, il legislatore si è però premurato di ammettere un'ampia serie di deroghe; la loro disciplina, che si sviluppa essenzialmente negli artt. 564, 566 e 567 c.p.c, legittima la proposizione di nuove richieste idonee ad ampliare il *thema decidendum* e – quindi – il *thema probandum*. In primo luogo, possono ammettersi le nuove *prétentions* rese necessarie dall'intervento di un terzo<sup>27</sup>, dalla sopravvenienza di un fatto o dalla sua rivelazione<sup>28</sup>; queste ipotesi, predisposte con lo scopo di adattare il processo all'*évolution du litige*, permettono alla corte di risolvere la lite alla luce degli sviluppi verificatisi nella pendenza del

---

<sup>26</sup> Non si deve trattare necessariamente delle domande iniziali proposte dall'attore; l'ordinamento processuale francese prevede, infatti, l'introducibilità di domande incidenti nel corso del primo grado di giudizio. Si tratta delle domande *additionnelles*, *reconventionnelles* e *d'intervention*; la loro ammissibilità dipende dalla sussistenza di un *lien suffisant*, un collegamento sufficiente, con la domanda introduttiva (tale requisito è esplicitamente richiesto dagli artt. 70 e 325 c.p.c). Sul concetto di domande incidenti e sul concetto di *lien suffisant*, si veda P. HOONAKKER, *Les demandes incidentes*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da S. GUINCHARD), Parigi, 2016, pp. 909 e ss. Tornando alla questione della tardività delle nuove *prétentions*, deve specificarsi che le conclusioni delle quali tener conto sono le ultime depositate prima della pronuncia della sentenza; difatti, considerato che l'art. 753 c.p.c. prevede che le *prétentions* non ribadite nelle ultime conclusioni si intendono *abandonnées*, una loro riproposizione in appello – a seguito di una previa rinuncia – determinerebbe l'introduzione di una nuova domanda inammissibile (così, J. PELLERIN, *Effets de l'appel*, cit., p. 1709; in giurisprudenza, Cass, 8 déc. 2005, n. 04-11668, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 153, con nota adesiva di R. PERROT, *Dernières écritures en premier instance: le conséquences d'un omission en cas d'appel*).

<sup>27</sup> La possibilità di introdurre nuove domande verso il terzo intervenuto, benché costituisca un ovvio contemperamento all'effetto devolutivo, non fa altro che accrescere l'apertura del *thema decidendum* negli ampi casi in cui è ammissibile l'*intervention des tiers en cause d'appel*; in effetti, sul punto, la legislazione francese è particolarmente permissiva giacché prevede che «*peuvent intervenir en cause d'appel dès lors qu'elles y ont intérêt les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité*» (art. 564 c.p.c.) e che «*ces mêmes personnes peuvent être appelées devant la cour, même aux fins de condamnation, quand l'évolution du litige implique leur mise en cause*» (art. 565 c.p.c.). Sull'intervento in appello, si veda F. TERRÉ, *Intervention en appel*, in *La Voie d'appel : Colloque national de droit judiciaire*, Aix-en-Provence, 1963, p. 113.

<sup>28</sup> L'art. 564 c.p.c. parla di *fait survenu* o *rélevé*. Sulla prima qualità non si sono create particolari dispute; la seconda, invece, è più controversa. In particolare, la condizione potrà dirsi rispettata quando il fatto preesista all'appello, ma sia stato ignorato dalla parte proponente; così, Cass. 27 mars 1974, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 1974, IV, 177, ha affermato che la *révélation* possa dipendere da alcuni nuovi documenti (soprattutto la relazione del consulente tecnico) prodotti per la prima volta in appello. Al contrario, non soddisfa detto requisito il fatto che, sebbene si affermi rivelato, fosse già conosciuto dalla parte nel primo grado di giudizio (così, CA Poitiers, 16 janv. 1973, in *Gazette du Palais*, 1973, I, p. 410).

processo<sup>29</sup>. In secondo luogo, è possibile introdurre in appello le *prétentions qui constituent des défenses*<sup>30</sup>, ossia le domande tendenti a “neutralizzare” le richieste avverse (artt. 564 e 567 c.p.c.); rientrano in tale categoria una serie di deroghe molto ampie, come le domande di compensazione<sup>31</sup>, quelle riconvenzionali<sup>32</sup> e quelle tendenti a respingere le domande avverse<sup>33</sup>. Infine, è riconosciuta la ricevibilità di quelle *prétentions* che costituiscono lo sviluppo delle domande proposte in primo grado, come le *prétentions accessoires, conséquentes o complément nécessaires* (art. 566 c.p.c.)<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> La *ratio* sottesa a dette deroghe dovrebbe limitare la loro portata, escludendo l'introducibilità di nuove domande fondate su fatti completamente estranei al primo grado; come chiarito da N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit., nn. 96 e 100, queste richieste non devono portare ad uno stravolgimento totale della lite, bensì devono avere un legame con le *prétentions* sottoposte al giudice di primo grado.

<sup>30</sup> L'esistenza di questa categoria è colta da D. D'AMBRA, *Droit et pratique de l'appel*, cit., p. 117.

<sup>31</sup> Come è stato osservato da J. PELLERIN, *Effets de l'appel*, cit., p. 1714, tale previsione si concreta nell'autorizzazione a promuovere una domanda riconvenzionale di compensazione giudiziale, considerato che la compensazione legale non potrebbe costituire una nuova domanda, ma tutt'al più una difesa *au fond*.

<sup>32</sup> Il dato testuale dell'art. 567 c.p.c. impone di ritenere che i requisiti d'ammissibilità della domanda riconvenzionale in appello coincidano con quelli del primo grado di giudizio (in questo senso, Cass. 10 mars 2010, n. 09-10412); così, ai sensi dell'art. 70, comma 1, c.p.c., la domanda riconvenzionale potrà ammettersi solo se un legame sufficiente la mette in relazione con le domande originarie (sul concetto di *lien suffisant*, si veda M. DOUCHY-OU DOT, voce *Demande reconventionnelle*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, settembre 2017, nn. 15 e ss). Si veda, però, R. PERROT, *Appel. Les demandes nouvelles et la notion de «lien suffisant»: que reste-t-il de la prohibition de demandes nouvelles en cause d'appel ?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1980, pp. 624 e ss, il quale – appena entrata in vigore la normativa dell'art. 567 c.p.c. – ne suggeriva una lettura restrittiva nell'ottica della garanzia del doppio grado di giurisdizione.

<sup>33</sup> Delle tre eccezioni, la meno intellegibile è certamente la terza considerata altresì la sua completa estraneità all'ordinamento italiano; nonostante ciò, in virtù di alcuni arresti giurisprudenziali, può ormai ritenersi che la norma legittimi la proposizione di domande su diritti non previamente invocati con il solo scopo di far fallire la domanda attorea. Non si tratta di domande che permettono semplicemente di trionfare sull'avversario, stante la necessità di una maggiore incidenza sul diritto invocato dall'attore (si cfr. J. PELLERIN, *Effets de l'appel*, cit., p. 1715); come osservato da N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit. n. 83, si tratta di domande funzionali a neutralizzare la *prétention* originaria che implicano una decisione distinta da quella sulla domanda principale; così, ad esempio, la domanda di nullità del contratto che influisce sulle domande di adempimento proposte dal locatario (Cass. 29 janvier 2002, n. 00-17840). Per altre applicazioni, si vedano Cass. 15 juin 1996, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 364; Cass. comm. 3 mai 1994, n. 92-10746. Si cfr. anche le osservazioni di P. GERBAY – N. GERBAY, *Guide du procès civil en appel*, cit., pp. 258-259

<sup>34</sup> La *ratio* sottesa a dette ammissibilità è del tutto simile a quella delle eccezioni previste al divieto di nuove domande di cui all'art. 345, comma 1, c.p.c. italiano: la scelta del legislatore è quella di

Restando nell'ambito delle domande ammissibili, mi sembra che le suddette deroghe estendano l'oggetto dell'appello e, conseguentemente, giustifichino l'assunzione di nuove prove<sup>35</sup>. Peraltro, guardando alle singole eccezioni, è possibile cogliere l'estrema elasticità del sistema: il legislatore, utilizzando termini generali, ha inteso preservare tutte le difese, comprese quelle sui fatti non sopravvenuti<sup>36</sup>.

Oltre alla proposizione di domande aggiuntive, l'attore potrebbe ambire ad un'alterazione della *prétention* originaria. Davanti a questo intento, le reazioni dell'ordinamento dipendono essenzialmente dalla modifica richiesta: se è vietata – infatti – la *mutatio* della domanda iniziale, è perfettamente legittima la sua semplice *emendatio*. Come avviene in Italia, anche nel processo d'oltralpe, le valutazioni sull'ammissibilità di tali modifiche presuppongono la corretta individuazione delle *prétentions* (alla luce degli elementi identificatori della domanda<sup>37</sup>) e il loro successivo raffronto: secondo la dottrina maggioritaria, l'alterazione sarà

---

permettere un aggiornamento delle *prétentions* originarie alla luce della durata del processo e degli effettivi risolti da esso assunti. La Corte di cassazione francese ha via via ampliato il catalogo delle domande riconducibili a detta disposizione; così, sono oggi ammissibili ai sensi dell'art. 566 c.p.c. le domande funzionali a richiedere gli interessi, la capitalizzazione degli interessi, gli *astreintes*, l'indennità d'occupazione di un immobile accanto alla domanda di risoluzione del contratto di locazione, ecc. Per altre fattispecie, si veda J. PELLERIN, *Effets de l'appel*, p. 1173.

<sup>35</sup> È, ad esempio, possibile che venga richiesta l'assunzione di prove a sostegno del fatto sopravvenuto fondante una nuova *prétention* (art. 564), del fatto costitutivo della richiesta di compensazione giudiziale (art. 564) o della domanda riconvenzionale (art. 567).

<sup>36</sup> Guardando ai fatti richiamati a nota 35, è evidente che solo alcuni di essi siano necessariamente sopravvenuti; previsioni come l'art. 567 c.p.c. («*les demandes reconventionnelles sont également recevables en appel*») non permettono distinzioni sui fatti posti a fondamento della *prétention* e legittimano l'introduzione di fatti allegabili in primo grado. A ben vedere, considerato che l'art. 564 prevede l'ammissibilità di domande fondate su fatti *survenus*, mi sembra che l'art. 567 legittimi proprio l'allegazione di fatti non sopravvenuti e – quindi -deducibili in primo grado.

<sup>37</sup> In questo modo opera, N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit., n. 9 e ss; l'individuazione della domanda passa per il riconoscimento di tre elementi: le *parties*, la *cause* e l'*objet*. Sull'ultimo elemento, sarà sufficiente chiarire che – similmente al processo italiano - l'oggetto della domanda è «*ce qui est demandé par le requérant*»; ciò ricomprende il diritto o il vantaggio reclamato e la *res* sulla quale si vanta il diritto (con questi termini molto generali, I. PÉTEL-TEYSSIE, voce *Demande nouvelle*, cit., n. 29).

inammissibile quando la differenza riguardi l'oggetto<sup>38</sup> e/o i soggetti coinvolti<sup>39</sup>; al contrario, sarà ricevibile se fondata su una causa diversa. Secondo questa interpretazione, l'emendabilità della domanda dovrebbe dipendere dalla libera introducibilità di nuovi fondamenti giuridici e, in particolare, dall'art. 565 c.p.c., nella parte in cui prevede che «le richieste non sono nuove se tendono ai medesimi fini di quelle sottoposte al primo giudice, anche se il loro fondamento giuridico è differente»<sup>40</sup>. A mio avviso, però, questa lettura sminuisce le potenzialità della disposizione; a ben guardare, infatti, la norma potrebbe estendersi fino a consentire la deduzione di nuovi diritti e l'allegazione di nuovi fatti costitutivi. Quest'ultima interpretazione mi sembra preferibile poiché valorizza l'unico elemento rilevante, ossia il *but*, il fine perseguito dall'attore<sup>41</sup>. Abbracciando questa tesi, oltre a

---

<sup>38</sup> La domanda è nuova quando l'oggetto è *absolument différent*. Ad esempio, una domanda di accertamento della nullità di un contratto di locazione è nuova e inammissibile quando, in primo grado, sia stato richiesto di dichiarare la valida conclusione del contratto medesimo (Cass., 3 juill. 1973, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 1973, IV, 315). In linea di massima, viene detto che la novità della domanda dipende dalla sostituzione del diritto ad essa sotteso (così, N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit., n. 14); per questo motivo, Cass. comm., 18 janv. 1984, n. 82-11958 ha considerato nuova e irricevibile la domanda di riduzione del prezzo di un bene, promossa da colui che – in primo grado – aveva richiesto annullamento del contratto di compravendita.

<sup>39</sup> La giurisprudenza francese ha individuato due ipotesi di mutamento soggettivo. In primo luogo, può accadere che la domanda venga formulata per la prima volta in appello verso una persona non citata in primo grado (ad es. Cass., 21 juill. 1969, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 260, con la quale la Cassazione ha dichiarato la novità della domanda di danni – ex art. 1384, comma 1, c.c. – proposta contro il proprietario di una vettura, quando – in primo grado – la vittima dell'incidente stradale aveva chiesto la condanna del solo conduttore, commesso del proprietario); in secondo luogo, può verificarsi che – in sede di gravame – si attribuisca una qualità differente ad un soggetto già coinvolto nel giudizio di prime cure (così, Cass. 24 avr. 1959, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 340, con la quale il giudice di legittimità ha dichiarato l'irricevibilità di un'azione di danni proposta dagli eredi di una delle parti per la riparazione di un pregiudizio subito personalmente e distinto da quello subito dal defunto).

<sup>40</sup> Il testo in lingua originale prevede che «*les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent*»; sul punto, N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit., n. 10 e ss; D. D'AMBRA, *Droit et pratique de l'appel*, cit., p. 115.

<sup>41</sup> Così, Cass., 4 mai 2000, n. 98-14014. Il concetto di fine si fonda sulla concezione di domanda come strumento idoneo a far venire meno l'*acte litigieux* (I. PÉTEL-TEYSSIÉ, voce *Demande nouvelle*, cit., n. 38); riconosciuta maggiore pregnanza a questo elemento, dovranno disapprovarsi quei vecchi orientamenti di merito che escludevano l'applicabilità della disposizione quando il cambiamento di *prétention* imponesse altresì un mutamento del diritto sotteso (in questo senso, invece, CA Lyon, 8 janv. 1962, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1962, p. 539, con osservazioni

potenziare il disposto dell'art. 565 c.p.c., si attribuirebbe maggiore dignità all'art. 563<sup>42</sup>, là dove ammette l'introduzione di nuovi *moyens* a sostegno della domanda originaria<sup>43</sup>: brevemente, se è vero che nel concetto di *moyen* rientra altresì quello di *fondement juridique*<sup>44</sup>, le alterazioni che incidano sulla sola causa della domanda, senza alterarne l'oggetto, dovrebbero trovare la propria giustificazione nell'art. 563 c.p.c., più che nell'art. 565<sup>45</sup>. In altre parole, stante la sovrapposibilità dei concetti

---

di P. HÉBRAUD, dichiarava irricevibile l'*action de gestion d'affaires* quando il primo grado era stato fondato su un'azione di *responsabilité civile*). Si dovrebbe propendere per l'orientamento di Cassazione che ha avallato tale mutamento; si veda, ad esempio, Cass., 30 janv. 1991, n. 89-18129 e anche Cass., 4 juin 1993, n. 91-20917, con quale la Corte ha cassato una decisione di appello nella quale si era dichiarata irricevibile la domanda di restituzione di un bene in leasing fondata sul diritto di proprietà della società, quando in primo grado la domanda era invece fondata sulla rescissione del contratto. Come osservato dal giudice di legittimità, l'unico aspetto che deve realmente prendersi in considerazione è il fine perseguito dall'attore di ottenere la restituzione del bene concesso in leasing. Ancora, in termini piuttosto generali, è stato affermato che l'esecuzione in natura e l'esecuzione per equivalente perseguono lo stesso fine (così, Cass. 10 mars 2004, n. 02-15.062). Sebbene letture ampliative siano condivise da esponenti della dottrina, sarebbe comunque preferibile evitare aperture eccessive; in questo senso, non sembra condivisibile il vecchio orientamento di Cass. 2 mai 1979, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, III, 1979, n. 94, (criticata da R. PERROT, *Appel : les virtuosités de l'appel « voie d'achèvement »*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 141), che affermava la sussistenza del medesimo fine in una domanda di risoluzione del contratto di compravendita e in quella funzionale ad ottenere la sua esecuzione. Più di recente, tale orientamento è stato disatteso con Cass. 20 nov. 2003, n. 02-10465, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 341.

<sup>42</sup> L'art. 563 c.p.c. specifica che «*pour justifier en appel les prétentions qu'elle avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux (...)*».

<sup>43</sup> Il significato della parola *moyen* è discusso e la dottrina è divisa nel tentativo di attribuire un valore univoco al termine. Secondo, J. PELLERIN, *Effets de l'appel*, cit., p. 1701, il *moyen* è «*le fondement juridique, le développement d'une argumentation de droit propre à conduire au succès d'une prétention. Il est aussi l'ensemble des raisonnements conduit sur les faits de l'espèce*»; secondo N. FRICERO, *Procédure civile*, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 213, in senso ancora più ampio, i *moyens* costituiscono ciò «*qui permet de justifier les prétentions, qu'il s'agisse de l'énonciation d'un fait, d'un acte ou d'un texte, d'où, par un raisonnement juridique, on peut déduire le bien-fondé de la demande*»; in senso più restrittivo, P. GERBAY – N. GERBAY, *Guide du procès civil en appel*, cit., p. 254, ritengono che il *moyen* sia «*l'ensemble de la technique d'argumentation adoptée par les parties*»; si veda anche l'ampia ricostruzione storica e esegetica effettuata da R. MARTIN, *Sur la notion de moyen*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 1976, I, n. 2768. Si cfr. H. MOTULSKY, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Parigi, 1973, pp. 206 e ss.

<sup>44</sup> Si veda la dottrina citata nella nota precedente.

<sup>45</sup> Peraltro, l'individuazione della norma che legittimi tale facoltà porta con sé conseguenze in ambito procedimentale: secondo la tesi in discussione, alla corte sarebbe unicamente richiesto di accertare che il nuovo *moyen* sostenga una *prétention* originaria; al contrario, abbracciando la tesi della dottrina maggioritaria, si chiederebbe al giudice di valutare l'incisività della modifica rispetto ai fini concretamente perseguiti dall'attore.

di *moyen* e di *fondement juridique* sarebbe preferibile applicare l'art. 563 c.p.c. alle modifiche incidenti sulla sola causa e l'art. 565 c.p.c. ai mutamenti più incisivi<sup>46</sup>.

Accertata la preferibilità di quest'ultima interpretazione, mi sembra che – oltre all'introduzione di nuove domande – anche la modifica delle precedenti *prétentions* consenta nuove allegazioni e, conseguentemente, nuove istanze istruttorie.

Un ulteriore ampliamento dell'istruttoria può, infine, dipendere dalla nuova attività assertiva effettuabile dal convenuto. In effetti, guardando alla disciplina generale, dovrebbe ritenersi che un ultimo ampliamento del *thema probandum* possa dipendere dall'introducibilità dei nuovi *moyens de défense*<sup>47</sup>; in particolare, anche nel giudizio di seconde cure, il convenuto potrà sempre introdurre nuove *défenses au fond* e nuovi *fins de non-recevoir*<sup>48</sup>.

Accanto alle estensioni dell'istruttoria per dilatazioni del *thema probandum*, la disciplina di cui all'art. 563 c.p.c. prevede che sia possibile la produzione di nuove

---

<sup>46</sup> Sviluppando il ragionamento di J. PELLERIN, *Effets de l'appel*, cit., p. 1701, quando afferma che l'articolo 565 c.p.c. completa e precisa la distinzione tra nuovi *moyens* ammessi ex art. 563 c.p.c. e *prétentions* nuove, si può concludere che tra le norme esista un vero e proprio rapporto di complementarità. Cfr. I. PÉTEL-TEYSSIÉ, voce *Demande nouvelle*, cit., n. 29.

<sup>47</sup> Diversamente dal processo italiano, le difese del convenuto non bipartiscono in mere difese ed eccezioni; al contrario, il codice di rito prevede espressamente – agli artt. 71, 73 e 122 – che all'interno dei *moyens* confluiscono le *défenses au fond* (ossia quei mezzi che tendono a far rigettare la domanda dopo un esame nel merito della questione), le *exceptions de procédure* (ovvero quei mezzi che tendono a far dichiarare la procedura irregolare o a sospenderla) e, infine, i *fins de non-recevoir* (ossia quei mezzi che portano alla chiusura del processo senza un esame completo del merito – ne sono degli esempi la carenza di interesse, la prescrizione del diritto, la cosa giudicata ecc).

<sup>48</sup> L'art. 72, in tema di *défenses au fond*, prevede – infatti – che «*les défenses au fond peuvent être proposées en tout état de cause*»; similmente, l'art. 123, sui *fin de non-recevoir*, statuisce che «*les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt*». All'opposto, l'art. 74 prevede stringenti limiti alla proposizione delle *exceptions de procédure*, che ne impediscono la proposizione in appello (l'articolo prevede che «*1. Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public. 2. La demande de communication de pièces ne constitue pas une cause d'irrecevabilité des exceptions. 3. Les dispositions de l'alinéa premier ne font pas non plus obstacle à l'application des articles 103, 111, 112 et 118*»).

*pièces*<sup>49</sup> e la proposizione di nuove *preuves*<sup>50</sup> a sostegno delle *prétentions* originarie. Tale concessione non stupisce collocandosi nella scia di quelle disposizioni generali (art. 144 c.p.c.) che prevedono – in ogni stato e grado del giudizio – l'ammissibilità di nuovi mezzi istruttori, quando il giudice non abbia elementi sufficienti per decidere la causa<sup>51</sup>.

Sul piano meramente procedimentale, il compimento di nuova attività istruttoria – a sostegno di fatti vecchi o nuovi che siano – comporta rilevanti conseguenze.

In primo luogo, la necessità di procedere con l'assunzione di nuove prove comporta la riapertura della fase istruttoria (la cd. *mise en état*<sup>52</sup>); tale attività – che

---

<sup>49</sup> Sulla nozione di *pièce*, si veda R. COLSON, voce *Recours en révision*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, giugno 2017, n. 59, il quale ritiene che «*la notion de pièce est entendue de manière large. Il s'agit de tout document prouvant l'existence d'un fait juridique ou établissant l'existence, l'étendue, l'extinction d'un droit ou d'une obligation*».

<sup>50</sup> Sulle diverse concezioni di prova nel processo francese, si veda É. VERGÈS – G. VIAL – O. LECLERC, *Droit de la preuve*, Parigi, 2015, *passim*; A. AYANÈS – X. VUITTON, *Droit de la preuve*, Parigi, 2017, *passim*. Ai fini del presente scritto, si parlerà di *preuves*, riferendosi ai mezzi di prova, ossia a quegli strumenti attraverso i quali il giudice acquisisce conoscenza dell'esistenza (o dell'inesistenza) dei fatti allegati dalle parti.

<sup>51</sup> Si tratta di un potere discrezionale e insindacabile del giudice di merito (Cass. Comm. 2 juin 1970, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 184; Cass. 25 avr. 1979, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 120). L'unico limite all'ammissibilità di nuove istanze istruttorie è interno al singolo grado di giudizio ed è essenzialmente dato dalla emanazione dell'*ordonnance de clôture* della fase di *mise en état*; con la sua pronuncia, la causa transita dalla fase istruttoria a quella del *débat*, nella quale gli avvocati delle parti svolgono la loro arringa finale. Sulla funzione dell'ordinanza di chiusura, sui suoi effetti e sulla possibilità di una sua revoca, si veda J.-P. LACROIX-ANDRIVET, *Procédure devant le tribunal de grande instance*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen* (diretto da S. GUINCHARD), Parigi, 2016, pp. 1046 e ss.

<sup>52</sup> La *mise en état* è una fase del processo che ha la funzione di istruire, in senso lato, la causa prima della sua decisione; nel corso del primo grado di giudizio, essa è lasciata alla conduzione di un magistrato specializzato chiamato giudice *de la mise en état*. Il principale compito attribuitogli in questa fase consiste nel vegliare affinché la causa si sviluppi correttamente (*le bon déroulement de l'instance*); per questo motivo, il magistrato accerta che le parti si comportino correttamente e che siano puntuali nello scambio delle conclusioni, i principali atti difensivi che contengono le rispettive difese. Inoltre, egli determina i tempi e le modalità necessarie a l'istruzione della causa, tenendo conto della natura, dell'urgenza e della complessità dell'affare (art. 764 c.p.c.). Per svolgere queste funzioni, il giudice *de la mise en état* può inoltre ingiungere alle parti di procedere con la comunicazione e la produzione delle conclusioni e dei documenti (art. 770 c.p.c.). Questo ruolo di preparazione gli permette altresì di procedere con la riunione o la separazione delle cause (art. 766 c.p.c.), di accertare l'intervenuta conciliazione (art. 768 c.p.c.) e di constatare l'estinzione dell'istanza (art. 769 c.p.c.). Ovviamente, allo stesso giudice è attribuito il controllo e la gestione delle modalità di assunzione della prova. Accanto a questa funzione lato senso istruttoria, il magistrato della *mise en état* ha il compito di *purger* la causa dagli incidenti di procedura che si possono verificare nello sviluppo della causa; per questo motivo, egli ha la competenza esclusiva,

può protrarre il gravame per diversi mesi e talvolta anni – nei casi più complessi, subisce una calendarizzazione in diverse udienze destinate all’assunzione delle *preuves* e alla discussione sulla produzione e la comunicazione<sup>53</sup> delle *pièces*. La gestione di tale attività è affidata ad un giudice, il *Conseiller de la mise en état*<sup>54</sup>, che determina l’ampiezza dell’attività probatoria accogliendo o rigettando le istanze istruttorie; in aggiunta, oltre a pronunciarsi sulle richieste di parte, è possibile che egli disponga *ex officio* l’assunzione di tutte le prove ritenute necessarie<sup>55</sup>.

---

dalla nomina fino alla chiusura della fase, per giudicare delle eccezioni di procedura e di tutti gli incidenti che possono mettere fine all’istanza (art. 771 c.p.c. – si vedano altresì gli artt. 384 e 385 c.p.c.). Infine, egli è ugualmente competente per la pronuncia di ordinanze provvisoriale e di altre misure, comprese quelle conservative-cautelari. Sulla *mise en état*, si veda O. SALATI, voce *Mise en état*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, marzo 2012 (agg. maggio 2017), nn. 85-157; N. FRICERO – P. JULIEN, *Procédure civile*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 179 e ss.

<sup>53</sup> L’accesso di prove documentali non si verifica con il solo inserimento nel fascicolo di causa, ma richiede altresì la *communication* alle altre parti; si tratta di un atto che garantisce il rispetto del principio del contraddittorio che si può concretare in diverse modalità. Esso può avvenire attraverso « - *bordereau de communication remis à l'adversaire contre récépissé (C. pr. civ., art. 815, al. 2); - consultation des documents à l'audience; - communication des pièces en photocopies entre les parties ou par dépôt au greffe de la copie d'une pièce; - voie électronique lorsque le destinataire de la pièce consent à ce mode de communication (C. pr. civ., art. 748-2)*»; sul punto, si veda C. BRAHIC LAMBREY, voce *Communication de pièces*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, 2015.

<sup>54</sup> I poteri del *Conseiller* si sovrappongono quasi totalmente con quelli del giudice della *mise en état*; tale corrispondenza dipende dal rinvio effettuato all’art. 907 c.p.c., nella parte in cui afferma che «(...) *l'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle est distribuée, dans les conditions prévues par les articles 763 à 787 et sous réserve des dispositions qui suivent*». Per un’analisi delle uguaglianze e delle differenze, si veda N. FRICERO, voce *Appel – Procédure ordinaire en matière contentieuse. Procédure avec représentation obligatoire – Instruction de l'affaire. Mise en état*, in *Juris-Classeur de procédure civile*, fasc. 1000-10, 2018, nn. 74 e ss. Osservazioni del tutto similari possono effettuarsi per la procedura senza rappresentazione obbligatoria; sul punto, si veda D. D’AMBRA, *Droit et pratique de l’appel*, cit., pp. 241 e ss.

<sup>55</sup> L’art. 771, n. 5, c.p.c. prevede che «*lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour: (...) 5. Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction*». D’altro canto, tale disposizione è il riflesso degli ampi poteri officiosi attribuiti in generale al giudice; infatti, sebbene sul piano dei principi l’art. 9 c.p.c. preveda che «*il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention*», il successivo art. 10 finisce col mitigarne la portata affermando che «*le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles*». Sul rapporto intercorrente tra queste due norme e sulla necessità di non neutralizzare la regola dell’onere della prova, si veda A. AYANÈS – X. VUITTON, *Droit de la preuve*, cit., pp. 63 e ss; si vedano anche le osservazioni di G. TARZIA, *Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves*, in *Mélange en l'honneur de Roger Perrot*, Parigi, 1996, pp. 469 e ss.



In secondo luogo, accanto alla riapertura della *mise en état*, è altresì possibile che la produzione di *pièces* interferisca con lo svolgimento della procedura, provocando l'instaurazione dei procedimenti incidentali di *vérification d'écriture* e di *faux*<sup>56</sup>.

Secondo la dottrina francese, tale aggravio non sarebbe però ingiustificato e potrebbe ricondursi ad un altro profilo dell'effetto devolutivo. Se per le nuove domande l'operatività del fenomeno circoscrive le iniziative di parte, tale limitazione non dovrebbe operare sul fronte delle nuove attività asseverative; in altri termini, se nella prima fattispecie i profili statici della devoluzione impongono la corrispondenza tra oggetti, nella seconda, l'estensione della *cognitio* è conseguenza indiretta del profilo dinamico. Nello specifico, la possibilità di assumere nuove prove (così come la facoltà di nullificare le risultanze del primo grado) dovrebbe dipendere dall'onnicomprendività dei poteri della corte nell'esercizio dell'attività decisoria<sup>57</sup>. A dire della dottrina, la necessità di risolvere la controversia – definendola in appello – giustificerebbe l'esame di nuovi mezzi, evitando inutili rinvii al giudice di prime cure<sup>58</sup>.

Riassumendo quanto emerso, deve concludersi che è proprio la conformazione dell'effetto devolutivo a giustificare l'apertura a nuove prove: sul versante dell'attività assertiva, le deroghe normative indeboliscono la corrispondenza tra

---

<sup>56</sup> I procedimenti di verifica di scrittura privata (artt. 287-298 c.p.c) e di querela di falso (artt. 299-302) possono svilupparsi a titolo principale (con autonomo processo) oppure incidentalmente; diversamente da quanto avviene in Italia, però, quando la verifica o la querela di falso sono promosse in via incidentale, il giudice competente per la loro decisione è sempre il giudice adito per la causa principale ex artt. 285 e 286 c.p.c. Questa regola è valida anche per la corte d'appello che decide autonomamente l'incidente senza sospendere il giudizio principale per rinviare la querela al tribunale. Sui procedimenti di *vérification d'écriture* e di *faux*, si veda J.-P. LACROIX-ANDRIVET, *Pièces*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da S. GUINCHARD), Parigi, 2016, pp. 1167 e ss.

<sup>57</sup> Così, N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif*, cit., nn. 14 e ss, spt. 16; ID., voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, cit., n. 32; J. PELLERIN, *Effets de l'appel*, cit., p. 1701. Secondo, C. CHAINAIS– F. FERRAND – S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, cit., p. 879, «cette règle est liée au sens même de l'effet dévolutif de l'appel; le juge d'appel devant reprendre intégralement le litige, en fait et en droit, il est normal que le parties puissent lui apporter tous les éléments susceptibles d'éclairer sa décision et d'appuyer leurs prétentions, par la production de nouvelles pièces ou preuves».

<sup>58</sup> In questo senso, Cass. 23 oct. 1991, n. 90-13524, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, n. 265.

oggetti dilatando il *thema probandum*; all’opposto, sul piano dell’attività asseverativa, il fenomeno avalla un ampliamento del materiale di causa, consentendo l’esercizio di ampie prerogative in appello. Riducendo ad un *unicum* queste considerazioni, deve riconoscersi che l’appello francese incarna un modello di gravame tendenzialmente liberale, ove le parti possono ampiamente dilatare le difese sviluppate in primo grado.

Secondo i più, tale flessibilità rende l’*appel* una *voie d’achèvement*<sup>59</sup>, là dove il verbo *achever* significa terminare, completare, portare a termine; in effetti, tale concezione di gravame sembra la più idonea “svuotare” il litigio, riducendo l’eventualità di nuovo contenzioso<sup>60</sup>. Peraltro, riconoscendo tale peculiarità, non si nega la funzione riformatrice dell’impugnazione: l’appello francese – al pari di quello italiano – è un mezzo di gravame generale, a critica libera, promovibile per qualsiasi doglianza in fatto e in diritto. Ciò nonostante, mi pare innegabile che l’apertura a nuove difese legittimi un nuovo esercizio del potere decisorio su di un litigio potenzialmente differente<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Secondo E. FISCHER, *La notion d’évolution du litige et la politique de la Cour de cassation quant au double degré de juridiction*, in *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2368, tale qualità discende dalla possibilità per le parti di chiamare in appello un terzo per vederlo condannare *ex art. 555 c.p.c.*, di dedurre *moyens nouveaux, preuves nouvelles* e alcune *prétentions nouvelles* nonché dalla facoltà della corte di avvalersi del potere di avocazione di cui all’art. 568 c.p.c. Sul concetto di appello *voie d’achèvement*, si veda anche S. BECQUET, *L’appel, voie d’achèvement du procès, et l’appelé en garantie devant le tribunal*, in *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2541; R. PERROT, *Appel : le virtuosité de l’appel « voie d’achèvement »*, cit., pp. 141 e ss. Attualmente, al concetto di *voie d’achèvement* è soventemente contrapposto al concetto di appello come *voie de réformation*, come strumento d’impugnazione funzionale a concedere una mera *revisio* di quanto statuito in prime cure; tuttavia, come è stato osservato da Y. SÉRINET, *La sanction par l’irrecevabilité des demandes nouvelles en appel*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 2010, pp. 1018 e ss, sarebbe opportuno prescindere da una rigida classificazione, ritenendo che la concezione d’appello possa variare nel tempo e tendere ad assestarsi su modelli intermedi. In definitiva, una caratteristica non dovrebbe escludere totalmente l’altra, ma la prevalenza di un modello sull’altro designa i principali connotati dell’impugnazione. Cfr. con T. LE BARS, *Les métamorphoses de l’appel*, in *Le métamorphoses de la procédure civile*, in *Gazette du Palais*, 2014, n. 212, *passim.*; P. BAGANINA, *Immutabilité du litige et recevabilité des demandes nouvelles en appel*, cit., p. 2.

<sup>60</sup> R. PERROT, *Les effets de l’appel en droit français*, in *Le double degré de juridiction - Étude de droit comparé* (diretto da J. VAN COMPERNOLLE – A. SALETTI), Bruxelles, 2010, p. 284.

<sup>61</sup> Così, L. CADDET – J. NORMAND – S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Parigi, 2013, p. 935; secondo la dottrina, la particolarità di questa concezione d’appello è proprio data dal fatto che permette di «*mettre fin au litige en tranchant des questions qui n’avaient pas été posées au premier juge*» (così, T. LE BARS, *Les métamorphoses de l’appel*, cit.); cfr. altresì con N. CAYROL, *La saisine de la cour d’appel*, in *Cahier du C.D.P.C.*, 2011, 8, p. 19; S. AMRANI-MEKKI, *Introduction générale*, in *Repenser l’appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3, p. 5. Complessivamente, l’adozione dell’appello-*voie d’achèvement* è vista di buon occhio soprattutto

Solo ora, quindi, alla luce della natura del gravame e dell'operatività dell'*effet dévolutif*, è realmente apprezzabile la scelta normativa di ammettere nuove prove in *appel*. L'individuazione delle caratteristiche del gravame consente infatti di comprendere la peculiare funzione attribuita a tale permissione: l'assenza di preclusioni istruttorie non viene concepita come una deroga ad un gravame tendenzialmente chiuso, come un anomalo eccesso di liberalità nella normativa di un'impugnazione-*revisio*; al contrario, l'esercizio di tale facoltà è connaturato al modello d'impugnazione prescelto. In sintesi, tale libertà è coerente col fine primo dell'*appel-voie d'achèvement*, ossia la completa e definitiva composizione della lite in senso sostanziale. Se tale apertura può talvolta ritenersi coerente, occorre però notare che il dato normativo si presta a letture distorsive che procrastinano patologicamente la fine del processo. Per tale motivo, occorrerebbe vagliare la possibilità di introdurre meccanismi di controllo che – mantenendo la funzione d'*achèvement* dell'appello - riducano il ricorso abusivo all'introduzione di nuove prove.

#### 4) GLI INCESSANTI TENTATIVI DEL LEGISLATORE FRANCESE DI ABBREVIARE LA DURATA DELL'APPEL

Affermata l'eccessiva elasticità del dato normativo, può essere stimolante soffermarsi sulle riforme (e i tentativi di riforma) del processo francese per verificare se sia mai stata realizzata (o ipotizzata) una riduzione del materiale istruttorio introducibile in *appel*.

Prima di valutare le più recenti evoluzioni, deve dirsi che l'attuale configurazione dell'*appel* si differenzia dall'originaria impostazione del codice napoleonico; nella vigenza del codice ottocentesco, infatti, il secondo grado di

---

dalla classe forense; in particolare, l'apertura a nuove difese garantirebbe l'efficienza dell'intero sistema processuale scongiurando la creazione di "*queue de litige*" e possibili contrasti tra pronunce. In questo senso, L. CADIET – J. NORMAND – S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, cit., p. 935; così anche N. GERBAY, *Vers une nouvelle conception de l'appel en matière civile?*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 2013, n. 825; R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Parigi, 1916, pp. 654. Sull'idoneità dell'*appel-voie d'achèvement* a mantenere l'*unité substantielle du litige*, si veda C. GIVERDON, voce *Appel, effet dévolutif, prétentions nouvelles*, in *Juris-Classeur de procédure civile*, Fasc. 717-2, 3, 1995, n. 2.

giudizio si concretava in una *voie de stricte réformation* che radicalizzava il principio del doppio grado di giurisdizione, acuendo il ruolo riservato all'effetto devolutivo. Questa concezione, che assicurava il rispetto dell'immutabilità del litigio, è stata eletta nell'ordinamento francese per ben oltre un secolo<sup>62</sup>.

Una prima breccia a tale rigidità si ebbe con un *décret loi* del 30 ottobre del 1935 che ammise la modifica delle iniziali *prétentions* attraverso l'emendamento della loro causa<sup>63</sup>. A ben vedere, però, il vero cambiamento di concezione si ebbe negli anni 70<sup>64</sup>, mediante un *décret* del 28 agosto del 1972.

Il testo riformato, che è divenuto parte integrante del nuovo codice nel 2008, recepiva le riflessioni sviluppate dai più importanti processualisti degli anni 60<sup>65</sup> e abbracciava l'attuale concetto di *appel-voie d'achèvement*. Ovviamente, in questo contesto retto dall'idea di gravame-prosecuzione, la piena ammissibilità di nuove prove divenne inequivocabile.

Verso la fine degli anni 90, un radicale aumento della litigiosità invitò il legislatore a riflettere sulla struttura del processo e sull'intero sviluppo delle sue fasi<sup>66</sup>; i dati più allarmanti provenivano proprio dalle corti d'appello considerato che, dal 1975 al 1995, la crescita del contenzioso si era attestata attorno al +208%.

---

<sup>62</sup> Per una ricognizione del dato normativo, si veda G. CORNU – J. FOYER, *Procédure civile*, Parigi, 1996, p. 615; si cfr T. LE BARS, *Les métamorphoses de l'appel*, cit.

<sup>63</sup> L'articolo 464 c.p.c. abrogato, emendato nel 1935, prevedeva che «*ne pourra être considérée comme nouvelle, la demande procédant directement de la demande originaire et tendant au même fins, bien que fondant sur des causes ou de motifs différents*».

<sup>64</sup> Secondo R. PERROT, *Les effets de l'appel en droit français*, cit., p. 284, le necessità di una maggiore elasticità del grado d'appello è dipesa dall'esplosione del contenzioso immobiliare verso gli anni 1970-1975. Sempre a dire A., il processo necessitava di adattarsi a questo tipo di cause che generano procedure a cascata verso terze persone (l'acquirente cita il promotore immobiliare per un vizio dell'immobile, questo a sua volta cita l'architetto, che coinvolge l'imprenditore e via dicendo).

<sup>65</sup> Un ruolo di estrema rilevanza nelle scelte del legislatore è stato ricoperto dai lavori del colloquio nazionale di diritto giudiziario tenutosi ad Aix-en-Provence, in data 22 e 23 febbraio 1963, sotto la direzione degli *Instituts d'études judiciaires*. Le relazioni sono confluite negli *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence*, Aix-en-Provence, 1964. Sul punto, si vedano soprattutto le significative pagine di H. SOLUS, *Conclusions générales du Colloque*, in *La Voie d'appel : Colloque national de droit judiciaire*, Aix-en-Provence, 1963, pp. 221 e ss. Sulla rilevanza dalla conferenza, si veda G. CORNU – J. FOYER, *Procédure civile*, cit., p. 615.

<sup>66</sup> Sul punto, C. ARENS, *Repenser l'appel: mot d'accueil*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3, p. 4.

Tale aggravio – nonostante il radicale incremento di produttività delle *cours* (il numero di pendenze concluse è aumentato del 219%) – ha determinato il moltiplicarsi dell'arretrato per 7,3 punti.

In presenza di questi dati allarmanti, alcune voci hanno prospettato un progressivo rallentamento della procedura (si è ipotizzato un incremento della durata media di pendenza dell'arretrato da 17,3 mesi nel 1994 a 24 mesi nel 2000) che avrebbe portato le corti d'appello al definitivo collasso<sup>67</sup>.

Di fronte a questi dati allarmanti, il Ministro della Giustizia incaricò diverse commissioni affinché si addivenisse ad una riforma dell'ordinamento processuale o, più nello specifico, della procedura d'appello.

La prima commissione, incaricata nel 1995 e guidata dal Presidente del *Tribunal de Grande Instance* di Nanterre, Jean-Marie Coulon, esordì proponendo di salvaguardare il concetto di *appel-voie d'achèvement*, ma influenzando sulla sua portata<sup>68</sup>. La *solution médiane* che si prospettava suggeriva il mantenimento dell'ammissibilità di nuovi *moyens*, nuove *preuves* e nuove *pièces*<sup>69</sup>, incidendo unicamente sulla ricevibilità di nuove domande<sup>70</sup>.

Il rapporto esortava quindi ad evitare completi sconvolgimenti della procedura optando unicamente per una maggiore effettività della sanzione originariamente prevista<sup>71</sup>.

Nonostante le osservazioni, la disciplina dell'appello rimase sostanzialmente inalterata; così, qualche anno più tardi, ed esattamente nel dicembre 2003, il nuovo

---

<sup>67</sup> Questi dati sono reperibili in J. COULON (diretto da), *Réflexions et proposition sur la procédure civile, rapport au ministre de la Justice: la Documentation française*, 1997, pp. 11 e ss, da ora anche *Rapport Coulon*.

<sup>68</sup> *Rapport Coulon*, p. 83.

<sup>69</sup> La conclusione era invece diversa per il giudizio di rinvio a seguito di cassazione; infatti «*il apparaît donc nécessaire de poser le principe de l'interdiction des nouveaux moyens et des nouvelles pièces dans les procédures qui viennent devant la cour d'appel sur renvoi après cassation*» (*Rapport Coulon*, p. 84).

<sup>70</sup> Difatti, sebbene l'art. 564 c.p.c. prevedesse in via di principio l'*irrecevabilité* di nuove *prétentions*, l'assenza di una previsione che ne legittimasse la rilevabilità d'ufficio rendeva inattuata e inefficace detta interdizione.

<sup>71</sup> Si veda F. FERRAND, voce *Appel*, cit., n. 970.

Guardasigilli diede mandato ad un'altra commissione per individuare possibili soluzioni volte risanare i tribunali e le corti d'appello. Questa volta l'incarico fu affidato a Jean-Claude Magendie, Presidente del *Tribunal de Grande Instance* di Parigi.

Le riflessioni della commissione (confluite poi in una relazione al Ministro della Giustizia<sup>72</sup>), in parte, si sovrapponevano a quelle del precedente *Rapport Coulon*, e, in parte, suggerivano nuovi spunti di riflessione. Diversi paragrafi della relazione si soffermarono sul binomio *voie d'achèvement-voie de stricte réformation*, giungendo a confermare la necessità di un irrigidimento dell'appello, nel rispetto del principio dell'immutabilità del litigio<sup>73</sup>.

Ciò nonostante, il timore di un florilegio di nuove prime istanze suggerì la conservazione di margini di aggiornamento della regiudicanda; in altri termini, la relazione optò per un sistema intermedio, una *voie d'achèvement tempérée*, che differenziasse le difese ricevibili in appello da quelle *tout court* inammissibili. Secondo il *Rapport Magendie I*, le nuove *prétentions* dovevano *tout court* vietarsi, mentre le restanti difese (*pièces* e *preuves* comprese) dovevano ammettersi, ma solo a seguito di un'espressa autorizzazione da parte del magistrato<sup>74</sup>.

Per la prima volta, venne quindi ipotizzata una chiusura alle prove in appello; in particolare, l'art. 563 c.p.c. avrebbe dovuto così risciversi: «*pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux. Toutefois, elles ne peuvent produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves que si elles sont apparues postérieurement*

---

<sup>72</sup> Si tratta di J. MAGENDIE (diretto da), *Célérité et qualité de la justice: la documentation française*, 2004, da ora anche *Rapport Magendie I*.

<sup>73</sup> Secondo il *Rapport Magendie I*, p. 62, l'opportunità di tale restrizione sarebbe dipesa dalla preesistenza di un intero grado giudizio per sviluppare liberamente le proprie difese.

<sup>74</sup> In senso favorevole al mantenimento della *voie d'achèvement*, si veda – invece – F. FERRAND, voce *Appel*, cit., n. 971, la quale però riterrebbe preferibile, «*au regard de la finalité de l'appel comme de l'économie du procès, de maintenir la conception française large de l'instance d'appel comme voie d'achèvement*».

*au prononcé du jugement de première instance ou si elles sont devenues nécessaires par la survenance ou la révélation d'un fait»<sup>75</sup>.*

Adottando questo testo, si sarebbero ridotte le ipotesi di attivazione della *mise en état*, ammettendola unicamente nei casi di *évolution* della lite e, quindi, per la sopravvenienza di nuove prove e per la rivelazione o la sopravvenienza di nuovi fatti.

Peraltro, come è stato correttamente osservato nella relazione, l'impedimento alle nuove istanze istruttorie avrebbe altresì contribuito al principale obiettivo della riforma, ossia al recepimento del principio della concentrazione nel primo grado di giudizio<sup>76</sup>.

Le riflessioni contenute nel *Rapport Magendie I* avviarono una serie di riforme che ridussero la durata dei procedimenti in primo grado, ma non d'appello; la situazione dell'arretrato continuò a peggiorare di anno in anno finché, nel 2007, un nuovo mandato di studio venne conferito a Jean-Claude Magendie.

---

<sup>75</sup> Così, in *Rapport Magendie I*, p. 44. Contrario a questa formulazione è Jean Villacèque, avvocato e professore alla facoltà di diritto di Perpignano; in un'intervista rilasciata in prossimità della pubblicazione della relazione, Villacèque ha affermato che la limitazione alla proposizione di nuove istanze istruttorie «*est très préoccupant, d'autant plus que le rapport va plus loin puisqu'au nom d'un principe dit de concentration, il suggère que, même en première instance, tout soit déposé d'emblée et qu'ensuite pièces et conclusions supplémentaires soient soumises à autorisation du juge. C'est une vision fixiste et je dirais même sclérosée de l'instance. Or, et les avocats le savent mieux que quiconque, le procès c'est de la vie, de l'humanité, souvent de la souffrance. Il est des pièces, je pense notamment aux dossiers qui touchent à l'intimité (affaires conjugales, successorales par exemple) qu'un plaideur ne peut se procurer, pour des raisons familiales ou psychologiques, ni facilement, ni immédiatement. Et il faudrait qu'une preuve retrouvée seulement en cours d'instance, voire en cause d'appel, soit écartée, empêchant ainsi la vérité de se manifester. C'est contraire à l'intérêt du plaideur... et de la justice!*» (il testo dell'intervista è reperibile in *Rapport « célérité et qualité de la justice » : le point de vue de l'avocat*, in *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 2660 e ss). In senso critico, si veda anche B. CAHEN, *Vite, au rapport ! (à propos du rapport Magendie)*, in *Gazette du Palais*, 17-18 novembre 2004, n. 322-323, p. 2.

<sup>76</sup> «*Une telle exigence présenterait l'avantage de contraindre les parties à recentrer les problèmes de preuve au niveau du premier degré de juridiction. La vérité judiciaire en serait moins contingente et le vrai débat probatoire aurait lieu devant le premier juge, celui qui rend une décision qui - les statistiques en attestent - mettra définitivement fin à la contestation*», così, *Rapport Magendie I*, p. 44); in generale, sulla concentrazione delle difese in primo grado, vedi invece pp. 45 e ss. In un'intervista rilasciata a seguito della presentazione del rapporto, Magendie ha confermato quanto già indicato nella relazione affermando che occorre «*limiter la production de pièces nouvelles devant la cour d'appel pour que la procédure devant le tribunal ne soit plus un galop d'essai, les pièces les plus importantes étant ensuite présentées comme un trophée devant la cour d'appel!*» (il testo è reperibile in *Célérité et qualité de la justice : le Rapport Magendie*, in *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 2309 e ss).

In questa occasione, però, le attenzioni della commissione si focalizzarono unicamente sul secondo grado di giudizio, con la speranza di risollevarne le sorti.

La missione *Magendie II* ha prospettato un mutamento radicale del gravame; in particolare, essa ha suggerito di trasformare l'appello in una *voie d'achèvement maîtrisée*, più che in una *voie d'achèvement tempérée*<sup>77</sup>.

Per tale ragione, l'idea di incidere sulla portata dell'effetto devolutivo venne abbandonata, rifiutando un'ipotetica chiusura a nuove prove e proponendo unicamente l'introduzione dell'inammissibilità *ex officio* delle nuove *prétentions*<sup>78</sup> (come prima fece il *Rapport Coulon*). Accanto a questa esitazione, la commissione esortò fortemente il legislatore a recepire, anche nel processo d'appello, il *principe de concentration*; secondo il *Rapport Magendie II*, infatti, la sua introduzione avrebbe portato razionalità nella procedura attraverso la previsione di termini decadenziali per presentare le nuove difese ed introdurre le nuove domande (là dove concesse).

Secondo queste prospettazioni, le barriere procedimentali avrebbero abbreviato la durata del processo, assicurando un contraddittorio rapido ed efficace rispettoso del diritto di difesa e della *loyauté procédurale*.

Secondo alcuni esponenti della dottrina, la nuova relazione proponeva la creazione di un «*véritable office des parties*» che avrebbe imposto il rispetto di un rigido calendario processuale, caratterizzato dalla comunicazione rapida dei documenti e da un'immediata indicazione delle nuove prove da assumersi<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> I lavori della commissione sono poi confluiti in J. MAGENDIE (diretto da), *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel: la documentation française*, 2008, da ora anche *Rapport Magendie II*.

<sup>78</sup> Il *Rapport Magendie II* preferisce una concezione di appello più liberale poiché questa soluzione porta con sé plurimi vantaggi; essa «*apporte à l'effectivité du droit au juge*», «*assure en effet le respect d'un délai raisonnable dans le prononcé d'une décision définitive sur le fond*», «*contribue à l'amélioration de la qualité de la décision, puisque le juge d'appel dispose d'une vision globale du litige, qui englobe toutes les évolutions factuelles et juridiques depuis la première instance, ainsi que toutes les prétentions accessoires et complémentaires*» (*Rapport*, pp. 39 e ss).

<sup>79</sup> F. FERRAND, voce *Appel*, cit., n. 972.



Entrambe le misure indicate (ossia la rilevabilità officiosa dell'irricevibilità di nuove domande<sup>80</sup> e l'introduzione del principio della concentrazione) vennero recepite con il *décret* n. 2009-1524 del 9 dicembre 2009; tuttavia, le soluzioni adottate dal legislatore destarono parecchie critiche<sup>81</sup>. In effetti, nonostante i buoni propositi, i risultati conseguiti con l'emanazione del decreto furono tutt'altro che soddisfacenti<sup>82</sup>.

In questo clima di malcontento generalizzato, diverse furono le reazioni provenienti dagli operatori del diritto. Particolarmente severa fu la risposta della magistratura. In occasione di un seminario tenutosi a La Baule il 31 maggio 2013, la *conférence* dei primi presidenti delle corti d'appello propose una radicale trasformazione del gravame nell'ottica di un pieno recepimento dell'*appel-voie de réformation*; nel rispetto di detta ideologia, tra le misure consigliate vi era altresì l'introduzione di una forte chiusura alle nuove prove e ai nuovi documenti<sup>83</sup>.

Altrettanto radicali furono le indicazioni contenute nel *Rapport «La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle»* predisposto dall'IHEJ (*Institut des Hautes Études sur la Justice*) su esplicita richiesta del Ministro della Giustizia nel 2013.

---

<sup>80</sup> Secondo C. CHAINAIS– F. FERRAND – S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, cit., p. 396, tale innovazione avrebbe rinnovato l'applicazione in appello del principio dell'immutabilità del litigio.

<sup>81</sup> Per una sintesi delle diverse critiche mosse al decreto, si veda S. AMRANI-MEKKI, *Les métamorphoses de l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2014, n. 212; cfr. con Y. SÉRINET, *La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel*, cit., pp. 1018 e ss.; L. WEILLER, *Réforme de la procédure d'appel: entre efficience et équité*, in *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 591 e ss.

<sup>82</sup> In particolare, le riforme approvate non furono in grado di sostenere l'incremento di cause verificatosi. L'arretrato aumentò, così come aumentò (salvo un lieve calo nel 2010) il tempo medio di permanenza dell'arretrato e quello di durata delle cause concluse. Se nel 2009 l'arretrato si attestava a 220.122 cause, nel 2012 era aumentato a 237.095; similamente, il tempo medio di permanenza dell'arretrato aumentò da 9,6 a 10,2 mesi e quello di durata media della causa passò da 11,4 a 11,7. Tutti questi dati sono reperibili sul sito del ministero della giustizia francese, all'indirizzo <http://www.justice.gouv.fr/statistiques.html>.

<sup>83</sup> «*La conférence préconise l'abandon de l'appel voie d'achèvement et le retour à la tradition française de l'appel réformation avec des aménagements pour tenir compte par exemple de la survenance entre le premier et le second degré de juridiction, de pièces ou de faits nouveaux*», così CONFÉRENCE DES PREMIERS PRÉSIDENTS, *Délibération sur l'accès au droit – l'office du juge – l'organisation judiciaire et processuelle adoptée*, 2013, p. 2, il testo è reperibile in <http://fr.wikimediation.org/>

Diversamente da quanto avvenne in precedenza, però, la strada indicata dal rapporto non fu quella di inibire la ricevibilità di nuove difese in appello, bensì di attribuire maggior ruolo ai motivi d'appello (la *critique*), mitigando l'automatica estensione dell'effetto devolutivo. In altri termini, si propose un incisivo recepimento dell'adagio *tantum devolutum quantum appellatum* e – conseguentemente – una riduzione dell'ampiezza della devoluzione alle questioni controverse<sup>84</sup>.

Tre anni più tardi, con il *décret* n. 2017-891 del 6 maggio 2017<sup>85</sup>, le indicazioni dell'IHEJ vennero accolte nel codice di rito. Le novità introdotte dal legislatore lasciarono inalterato il meccanismo di formazione dell'oggetto dell'appello, ma la funzione selettiva dell'effetto devolutivo venne completamente rivista<sup>86</sup>. A

---

<sup>84</sup> La limitazione prospettata è frutto del contemperamento dell'automaticità della devoluzione con il principio dispositivo (in questo senso, G. CORNU – J. FOYER, *Procédure civile*, Parigi, 1996, p. 613). In particolare, il *Rapport IHEJ* suggerisce di agire sul contenuto dell'atto d'appello poiché l'ampiezza della devoluzione era (e è tuttora) determinata dal solo atto introduttivo (Cass., 22 juin 1999, n. 97-15225, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 206, p. 134), e non dalle successive scritture delle parti. In altri termini, l'appellante individua con l'atto le parti della sentenza che vorrebbe riformate; le parti indicate determinano l'estensione della devoluzione e, infine, la devoluzione determina l'oggetto dell'appello; gli altri atti successivi – ossia le conclusioni dell'appellante e dell'intimato – non incidono sulla estensione della devoluzione, ma possono tuttalpiù circoscrivere la cognizione del giudice. Come è stato correttamente osservato, occorre tenere distinto l'*effet dévolutif de l'appel* da l'*étendue de la saisine de la cour d'appel/objet du litige*, *rectius* l'oggetto dell'appello dall'oggetto della contestazione/critica; sul punto, P. GERBAY – N. GERBAY, *Guide du procès civil en appel*, cit., p. 251; N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif*, cit., n. 28; in giurisprudenza, Cass., 8 janv. 2002, n. 99-20773, in *RTD civ.*, 2002, p. 361, con nota di PERROT.

<sup>85</sup> In generale sulla riforma, si veda M. LASSERE, *La nouvelle Procédure civile après les réformes*, Issy-les-Moulineaux, 2018; sulla riforma del giudizio d'appello, si cfr. con N. FRICERO, *L'appel nouveau est arrivé*, in *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1057; T. ANDRIEU, *La réforme de la procédure d'appel*, in *Gazette du Palais*, n. 37, 2017, p. 45.

<sup>86</sup> Prima della riforma, l'art. 542 c.p.c. prevedeva genericamente che le parti domandassero alla corte d'appello la riforma o l'annullamento di una decisione resa in primo grado, mentre l'art. 562 c.p.c. statuiva che il deferimento alla corte fosse limitato ai soli capi espressamente o implicitamente criticati e quelli da essi dipendenti. In particolare, quest'ultima previsione statuiva che «1. *L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent.* – 2. *La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible*». In assenza di una espressa critica, la devoluzione operava per il tutto (il cd. *appel général*), come avviene per l'impugnazione esperita per l'annullamento del giudizio o per quella contro una sentenza con oggetto indivisibile. Dal punto di vista procedimentale, l'atto introduttivo del giudizio d'appello poteva essere generale (quando non indicava i capi impugnati) o limitato (nell'ipotesi in cui detta indicazione sussistesse). Nel primo caso, come nell'eventualità di appello-annullamento e di appello su oggetto indivisibile, la devoluzione operava per il tutto, e il *decisum* in

primo grado poteva completamente rimettersi in discussione; nel secondo caso, invece, le barriere imposte dall'atto d'appello rendevano successivamente indiscutibili i capi non appellati (si veda Cass., 22 juin 1999, n. 97-15225, cit., p. 134; CA Lyon, 20 mai 1980, *Gazette du Palais*, 1981, I, p. 93). Nella più parte dei casi, si parlava di appello generale *implicite* per identificare questo gravame caratterizzato dall'automatica devoluzione totale della regiudicanda. A fronte di una piena devoluzione, la cognizione del giudice poteva poi concentrarsi sui soli capi contestati nelle conclusioni; in questa ipotesi, la corte pronunciava su tutti capi impugnati e devoluti ma la decisione d'appello non poteva che essere conforme nelle parti non contestate (Così, Cass., 24 juin 2004, n. 02-11160, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 309; in dottrina, N. CAYROL, *La saisine de la cour d'appel*, in *Cahier du C.D.P.C.*, 2011, 8, p. 15). Ovviamente, nulla escludeva che l'appellante, con l'atto introduttivo, potesse decidere di circoscrivere *ab origine* la devoluzione limitando l'impugnazione a specifici capi della sentenza. Sebbene dal testo traspariva con difficoltà, nella prassi prevaleva il ricorso all'*appel général*, mentre l'appello limitato, frutto della specifica volontà delle parti, costituiva l'eccezione (così, J.-P. DUHAMEL, *L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'acte d'appel et des écritures des parties*, cit., p. 48; in giurisprudenza, così già da Cass, 28 aprile 1903, in *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz*, 1903, 1, p. 296). La proposizione di un *appel-limité* era un'eventualità piuttosto rara poiché l'avvocato dell'appellante non aveva interesse a precludersi la possibilità di mettere in discussione taluni capi della sentenza, quando la riduzione della cognizione poteva intervenire in un secondo momento con la circoscrizione dell'oggetto del litigio proveniente dalle sue conclusioni (v. ancora J.-P. DUHAMEL, *op. loc. ult. cit.*). L'attuale testo di legge, a seguito della riforma del 2017, ha invece attribuito maggiore rilevanza all'attività selettiva dell'appellante, chiedendo l'espressa indicazione dei capi criticati all'interno dell'atto d'appello. Così, il nuovo art. 542 ha specificato che l'*appel* tende alla riforma o all'annullamento della decisione in forza di una critica al giudizio di primo grado («*l'appel tend, par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel*»); allo stesso tempo, l'art. 562 c.p.c. ha chiarito che il deferimento avviene per i soli capi espressamente criticati («*1. L'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent. – 2. La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible*»). Il requisito della critica è anche comminato, a pena di nullità, dall'art. 901 c.p.c., nella parte in cui specifica che «*la déclaration d'appel est faite par acte contenant, outre les mentions prescrites par l'article 58, et à peine de nullité : (...) 4° Les chefs de jugement expressément critiqués auxquels l'appel est limité, sauf si l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible (...)*». La riforma abolisce quindi la possibilità di redigere un atto d'appello generale richiedendo esplicitamente che l'impugnazione passi per la individuazione specifica dei capi da sottoporre alla corte (v. P. GERBAY – N. GERBAY, *Guide du procès civil en appel*, cit., p. 251; si veda, però, la corretta specificazione dello stesso N. GERBAY, voce *Appel. Effet dévolutif*, cit., n. 47, quando afferma che nulla esclude che l'appellante possa riproporre la generalità delle questioni sollevate davanti al giudice di primo grado. A ben vedere, infatti, ciò che è venuto meno è solo l'*appel général implicite* che comportava la completa devoluzione dei capi di sentenza in assenza di qualsivoglia attività di specificazione da parte dell'appellante.). L'innovazione normativa introduce quindi un ulteriore limite all'oggetto del gravame che ora si trova ad operare nei limiti di quanto deciso in primo grado e dei capi criticati con l'atto d'impugnazione. La normale generalità dell'atto d'appello *ante* riforma 2017 non ha sollecitato diffuse riflessioni sul concetto di capo di sentenza impugnata; occorrerà quindi attendere gli sviluppi giurisprudenziali per comprendere l'effettiva portata della devoluzione. A ben vedere, tentando di ricostruire un ipotetico significato di *chef du jugement appelé*, pare corretto muovere i propri passi dal contenuto dell'art. 480 c.p.c., individuando gli enunciati decisori idonei al passaggio in giudicato; ebbene, sulla base del dato normativo, tale carattere dovrebbe spettare ai «*“chef” de dispositif*» di sentenza corrispondenti alle diverse *prétentions* sollevate dalle parti (così, N. FRICERO, *Conditions relatives à la rédaction, in Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen* (diretto da S. GUINCHARD), Parigi, 2016, pp. 1353; si cfr. con P. GERBAY – N. GERBAY, *Guide du procès civil en appel*, cit.,

prescindere da questa rilevante novità, il legislatore ha lievemente inciso sui meccanismi di introduzione di nuovi elementi in appello, abrogando alcune specifiche previsioni che consentivano l'accesso di nuove *prétentions*<sup>87</sup>. Nulla è stato espressamente previsto a livello di attività asseverativa, ma l'interdizione al compimento di nuove attività di allegazione ha inevitabilmente comportato una riduzione delle ipotesi in cui si rende necessaria la riapertura della *mise en état*.

A seguito di questo breve *excursus* sulle evoluzioni normative verificatesi o ipotizzatesi, deve osservarsi che – a fronte di plurime opportunità di riforma – la scelta del legislatore è stata quella di preservare il modello di *appel-voie d'achèvement*; ciò nonostante, non può non notarsi che la progressiva incisività dei mutamenti intervenuti ha via via generato una razionalizzazione degli sforzi delle corti d'appello nello svolgimento e nella decisione del secondo grado di giudizio. Nella restante parte della trattazione si cercherà quindi di individuare le ragioni e i principi che hanno indotto il legislatore a mantenere questa peculiare forma di gravame; precisati tali fattori, si potranno ipotizzare – *de iure condendo* – dei meccanismi di contenimento del *novum*, funzionali a ridurre la durata della procedura.

---

p. 205); in altri termini, il giudicato dovrebbe colpire i soli giudizi i cui dispositivi pronuncino totalmente o parzialmente sul merito della controversia oppure quelli che pronuncino su eccezioni preliminari o pregiudiziali idonee a definire la questione. In tal senso, peraltro, la Corte di cassazione si è espressa nelle rare ipotesi in cui le criticità riguardanti l'appello limitato venissero portate alla sua attenzione. Ad esempio, in Cass., 24 mai 1991, n. 90-12700, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, II, n. 156, il giudice di legittimità ha affermato che, in un giudizio di *séparation de corps*, la limitazione dell'effetto devolutivo alle sole «*dispositions du jugement relatives à la pension alimentaire et aux dommages-intérêts*» impedisce alla corte d'appello di pronunciare sulla riconvenzionale di divorzio avanzata tardivamente, nelle conclusioni, dall'appellante.

<sup>87</sup> In particolare, l'unica disposizione riformata è l'art. 566 c.p.c.; originariamente, infatti, accanto alla possibilità di introdurre le cd. domande accessorie/di completamento, il legislatore consentiva altresì d'esplicitare le *prétentions* che erano *virtuellement comprises* nelle domande e nelle difese di primo grado. La norma destava parecchi problemi e attribuiva altresì un ampio potere discrezionale, nella misura in cui lasciava al giudice l'arbitrio di distinguere cosa fosse virtualmente compreso da cosa fosse invece escluso. Su questa deroga ormai abrogata, si veda, anche per i rinvii alla giurisprudenza, P. GERBAY – N. GERBAY, *Guide du procès civil en appel*, Parigi, 2015, p. 246.

5) I PRINCIPI DELL'IMMUTABILITÉ DU LITIGE, DELL'ÉVOLUTION DU  
LITIGE E DELLA LOYAUTÉ PROCÉDURALE NELLA DETERMINAZIONE  
DEI LIMITI DI AMMISSIBILITÀ DI NUOVE PROVE

Come si è visto, la volontà di rendere l'*appel* uno strumento di completamento del processo ha indotto il legislatore a mantenere e modulare un'apertura a nuove allegazioni e a nuove misure istruttorie.

Attraverso questa modulazione, i *conditores* hanno cercato di contemperare una serie di bisogni eterogenei riconducibili, da un lato, alla garanzia di un'*immutabilité du litige* e, dall'altro, alla necessità di una sua *évolution*<sup>88</sup>; tali valori – che assurgono al rango di principio fondamentale del processo – impongono la ricerca di un punto di equilibrio frutto di reciproci contemperamenti.

Il primo di tali principi, ossia l'*immutabilité du litige*, costituiva – nella vigenza dell'abrogato codice del 1806 – un valore cardine per l'intero processo; con l'approvazione del nuovo testo, esso continua ad influire sul processo civile trovando tuttavia un minor riconoscimento negli artt. 4, 70 e 564 c.p.c.<sup>89</sup>.

Nello specifico, benché ormai depotenziato<sup>90</sup>, tale principio continua a regolare lo svolgimento della procedura<sup>91</sup> inasprendosi progressivamente col maggiore

---

<sup>88</sup> Sul rapporto tra il principio dell'immutabilità e quello di evoluzione del litigio, si veda ampiamente J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Parigi, 1997, *passim*.

<sup>89</sup> Tralasciando l'art. 564 c.p.c. (di cui si è già ampiamente parlato, *supra* § 3), gli artt. 4 e 70 c.p.c. contribuiscono a mantenere immutata la regiudicanda in primo grado. L'art. 4 prevede, infatti, che «1. L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. 2. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant»; mentre l'art. 70 c.p.c. statuisce che «1. Les demandes reconventionnelles ou additionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant. 2. Toutefois, la demande en compensation est recevable même en l'absence d'un tel lien, sauf au juge à la disjoindre si elle risque de retarder à l'excès le jugement sur le tout».

<sup>90</sup> In effetti, è stato correttamente notato che oggi il principio di *immutabilité* si è trasformato nel principio di *mutabilité contrôlée du litige* (così, S. AMRANI-MEKKI, *Introduction générale*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, hs. 3, p. 5).

<sup>91</sup> Così, P. BAGANINA, *Immutabilité du litige et recevabilité des demandes nouvelles en appel*, cit. pp. 2; J. VINCENT – S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Parigi, 2003, n. 625.

grado di stabilità acquisito dal giudizio<sup>92</sup>; per quanto riguarda il grado d'appello, tale rafforzamento è ancor più evidente dato che, all'*immutabilité du litige*, si affiancano il principio del doppio grado di giurisdizione e l'operare dell'effetto devolutivo.

Astrattamente parlando, il recepimento di tale valore influisce sulla funzione dell'*appel* incidendo sull'esercizio di nuove difese provenienti dalle parti; un suo inasprimento contribuirebbe dunque alla creazione di un modello d'*appel-voie de stricte réformation*<sup>93</sup> idoneo a scongiurare potenziali rallentamenti della procedura frutto di condotte abusive.

A prescindere da ciò, non può ignorarsi che la scelta del legislatore si sia indirizzata verso una concezione d'appello mediana, più moderata; se è infatti innegabile la funzione riformatrice riservatagli, accanto ad essa, il gravame ha maturato quel ruolo di completamento e prosecuzione di cui si è già riferito (*supra* § 3).

Questa funzione ha imposto un mitigamento del principio dell'*immutabilité du litige* attraverso il riconoscimento dell'ammissibilità di nuove difese in appello; in particolare, la principale giustificazione verso questo atteggiamento liberale deve ricercarsi nell'antagonista principio dell'*évolution du litige*<sup>94</sup>.

L'opportunità di tale evolvibilità dipende principalmente dalla natura dinamica dei rapporti umani, sostanziali o processuali che siano: le parti non accetterebbero facilmente una decisione inattuale frutto di un procedimento inadattabile ai mutamenti intervenuti<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Come osservato da C. DEBBASCH - J. RICCI, *Contentieux administratif*, Parigi, 2001, p. 431, «plus le procès évolue et plus il se fige».

<sup>93</sup> In tal senso, T. LE BARS, *Les métamorphoses de l'appel*, in *Gazette du Palais*, 31 luglio 2014, n° 212. Per una sintetica individuazione dei caratteri astratti dell'*appel-voie de stricte réformation*, si veda X. LAGARDE, *L'achèvement du procès, principale utilité de l'appel*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3, pp. 13 e ss.

<sup>94</sup> Il principio è di difficile definizione poiché, come osservato da P. BAGANINA, *Immutabilité du litige et recevabilité des demandes nouvelles en appel*, cit. pp. 2, si tratta essenzialmente di un concetto fluido.

<sup>95</sup> Così, L. CADIET – J. NORMAND – S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, cit., p. 794.

In breve, la *transformation des données* della lite impone un adattamento del processo e una nuova decisione sulla base degli elementi introdotti.

Guardando al dato normativo, è evidente la molteplicità delle disposizioni che garantiscono l'*évolution du litige* in appello: in primo luogo, l'art. 555 c.p.c. consente l'*intervention forcée* di terzi nel caso in cui l'evoluzione del litigio implichi la loro messa in causa<sup>96</sup>; in secondo luogo, l'art. 564 c.p.c. prevede il potere di proporre *nuove prétentions* nate dall'intervento di un terzo, dalla sopravvenienza di un fatto o dalla sua rivelazione<sup>97</sup>; infine, l'art. 568 c.p.c., in tema di *évocation*, tiene conto dell'evoluzione del litigio disponendo che, se la corte d'appello riforma o annulla un provvedimento che ha ordinato una misura d'istruzione, o un giudizio che – statuendo su un'eccezione di procedura – ha messo fine al primo grado, ella può avocare le questioni della controversia non decise se ritiene di “buona giustizia” dare una chiusura definitiva alla lite<sup>98</sup>.

A mio avviso, la scelta di tener conto dei risvolti effettivamente assunti dalla controversia (e dal processo, più in generale) dovrebbe essere accolta favorevolmente; in effetti, l'incapacità di evolvere, oltre a rendere inattuale la pronuncia d'appello, sminuirebbe la funzione giurisdizionale dello Stato agli occhi dei cittadini. In definitiva, mi sembra che la ricerca del corretto punto di equilibrio tra *appel-voie d'achèvement* e *appel-voie de stricte réformation* debba tener conto dei succitati principi, evitando degenerazioni lassiste o rigoriste<sup>99</sup>.

Sfortunatamente, però, quest'ultimo obiettivo si è talvolta perso di vista; accanto a disposizioni che esaltano il concetto di evoluzione della lite, il *code de procédure*

---

<sup>96</sup> L'art. 555 c.p.c., di cui si è già accennato, prevede che «*ces mêmes personnes* (i terzi interessati) *peuvent être appelées devant la cour, même aux fins de condamnation, quand l'évolution du litige implique leur mise en cause*».

<sup>97</sup> Per l'interpretazione della norma, si veda *supra* § 3, nota 27 e ss.

<sup>98</sup> Il testo della disposizione è riportato *supra* § 3, nota 16.

<sup>99</sup> Come è stato osservato da J. BUFFET, *Préface*, in J. GALLET, *La procédure devant la Cour d'appel*, Paris, 2003, p. IX, sebbene l'appello sia una garanzia di “buona giustizia”, «*il offre des tentations dilatoires*».

ha previsto una serie di disposizioni permissive che legittimano indiscriminate dilatazioni della *cognitio appellationis*<sup>100</sup>.

Così, ad esempio, per quanto attiene all'attività istruttoria, la libera producibilità di nuove *pièces* prevista dall'art. 563 c.p.c. di fatto autorizza la ritenzione di documenti in primo grado e la loro successiva produzione nel corso del grado d'appello. La stessa osservazione è valida per le nuove prove (o per le nuove domande riconvenzionali) la cui proponibilità è soggetta ai medesimi limiti sussistenti in prime cure.

Nelle succitate ipotesi, si palesa il rischio che l'eccessiva liberalità degeneri, concedendo alle parti comportamenti arbitrari e distorsivi; in altri termini, l'assenza di limitazioni pone in pericolo la celerità del processo attribuendo alla volontà delle parti un ruolo preponderante e finanche eccessivo.

Al fine di evitare dette derive, occorrerebbe che l'intero sistema si conformasse al concetto *loyauté procedurale*<sup>101</sup>, *rectius* a quel principio di lealtà e probità che dovrebbe ispirare la condotta processuale delle parti; tale valore, da alcuni negato, è stato recentemente avvalorato nel processo francese attraverso il recepimento della regola anglosassone dell'*estoppel*<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Questi comportamenti non dovrebbero essere ammessi, considerato altresì che il principio dell'*évolution du litige* – primario antagonista dell'immutabilità della lite – non dovrebbe estendersi sino a consentire un «*changements de stratégies*» nel corso dei gradi successivi di giudizio (così, P. BAGANINA, *Immutabilité du litige et recevabilité des demandes nouvelles en appel*, cit. pp. 2). Allo stesso tempo, il principio impedirebbe di giustificare «dimenticanze sospette» (di questo avviso, L. CADIET – J. NORMAND – S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, cit., p. 768. Cfr. M. GISSER-PIERRAND, *L'évolution du litige*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 1978, I, n. 2888).

<sup>101</sup> Sulla lealtà processuale, si vedano – anche con opinioni discordanti – M. DOUCHY-OU DOT, *La loyauté procédurale en matière civile*, in *Gazette du Palais*, 17 nov. 2009, pp. 3 e ss; L. MINIATO, *L'introuvable principe de loyauté en procédure civile*, in *Recueil Dalloz*, 2007 pp. 1035 e ss.

<sup>102</sup> È di questo avviso, H. ROLAND, voce *Loyauté*, in *Lexique des termes juridiques* (diretto da S. GUINCHARD – T. DEBARD), Parigi, 2017, p. 694. La regola dell'*estoppel* – ossia la regola in virtù della quale «*une partie ne peut se prévaloir d'une position contraire à celle qu'elle a prise antérieurement lorsque ce changement se produit au détriment d'un tiers*» - è stata definitivamente recepita dalla giurisprudenza francese con Cass. Ass. Plén., 27 févr. 2009, n. 07-19841, in *BICC*, n°700, 2009. Tale regola, valida per l'attività di allegazione (ma non a quella di asseverazione), è stata però ritenuta inapplicabile in grado d'appello per limitare l'accesso di nuovi *moyens*; così, Cass. comm., 10 févr. 2005, n. 13-28262, in *Jurisdata*, n. 2015-002261. Su quest'ultima pronuncia,



Con il passare del tempo, però, la sua portata si è estesa al punto da renderne indubitabile la sussistenza; in particolare, in occasione di alcune riflessioni sulle riforme del processo, si è consigliato di dare al principio della lealtà una *peculiare applicazione*, consacrando la procedura civile al principio di concentrazione<sup>103</sup>.

Effettivamente, grazie all'applicazione di tale principio, le parti potrebbero immediatamente conoscere le difese dell'avversario scongiurando l'invocazione tardiva di nuovi elementi; per tale ragione, è stato emblematicamente affermato che l'introduzione di una concentrazione nell'esercizio dei poteri difensivi «*participe (...) clairement du principe de loyauté processuelle*»<sup>104</sup>.

Tra l'altro, l'adozione di detti meccanismi non provocherebbe una definitiva rinuncia all'elasticità della procedura poiché il loro recepimento potrebbe subire un opportuno modellamento; ad esempio, gli studi a cui si è appena fatto cenno hanno proposto il correttivo dell'evoluzione processuale del litigio ipotizzando che «*seuls les pièces, les faits et les moyens nouveaux qui seraient justifiés par la nécessité de répondre à la défense de l'adversaire trouveraient grâce devant cette exigence de concentration*»<sup>105</sup>.

A mio modo di vedere, l'individuazione del giusto punto di equilibrio tra rigidità e elasticità non può prescindere dall'incontro dei tre succitati principi: *principe de l'évolution du litige*, *principe de l'immutabilité* e *principe de loyauté*<sup>106</sup>. La coesistenza di questi tre valori condurrebbe infatti ad un opportuno irrigidimento

---

si veda N. FRICERO, *La recevabilité de moyens nouveaux en appel ou le droit de se contredire*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 20 aprile 2015, 16, n. 470.

<sup>103</sup> Si tratta delle riflessioni della commissione incaricata nel 2003 dal Ministro della Giustizia di studiare una riforma che abbreviasse la durata del processo; il lavoro di tale commissione è poi confluito in J. MAGENDIE (diretto da), *Célérité et qualité de la justice: la documentation française*, 2004, da ora anche *Rapport Magendie I*. Il rapporto di derivazione intercorrente tra principio di lealtà e principio della concentrazione è ben colto da M. DOUCHY-OUDOT, *La loyauté procédurale en matière civile*, cit., pp. 3 e ss.

<sup>104</sup> *Rapport Magendie I*, p. 45.

<sup>105</sup> *Rapport Magendie I*, p. 45.

<sup>106</sup> Peraltro, i tre principi non sono del tutto autonomi e scollegati; come è stato osservato da H. ROLAND, voce *Immutabilité du litige (principe de l')*, in *Lexique des termes juridiques* (diretto da S. GUINCHARD – T. DEBARD), Parigi, 2017, p. 588, il principio dell'immutabilità, imponendo il mantenimento della medesima regiudicanda, sarebbe comunque destinato a favorire la lealtà del processo.

della procedura d'appello: l'operatività del principio di immutabilità imporrebbe il mantenimento della medesima regiudicanda, quello di evoluzione della lite attribuirebbe parziale elasticità alla procedura e, infine, il principio di lealtà tutelerebbe da ingiustificate derive lassiste. Così facendo, si garantirebbe maggiore velocità al processo ma – al contempo – si impedirebbero delle decisioni anacronistiche.

*De iure condendo*, si potrebbe ipotizzare il recepimento del requisito dell'evoluzione del litigio per tutte le fattispecie<sup>107</sup>, compresa quella di cui all'art. 563 c.p.c. attinente a nuovi documenti e nuove prove; in tal modo, si ammetterebbe un adattamento del processo all'evoluzioni sostanziali e processuali, superando potenziali comportamenti distorsivi provenienti dalle parti<sup>108</sup>. Sul piano pratico, tale misura determinerebbe l'estensione del principio della concentrazione oltre le barriere del singolo grado di giudizio, nell'intero processo concepito come un *unicum*<sup>109</sup>.

In virtù dell'attuale dato normativo, per quanto l'estensione pretorile di detti meccanismi possa auspicarsi, la sua messa in atto pare difficilmente attuabile considerate soprattutto le prospettabili reazioni della classe forense; finché il grado

---

<sup>107</sup> Questa generalizzazione imporrebbe di pensare ancor più approfonditamente il concetto di evoluzione del litigio; a mio avviso, una corretta riflessione potrebbe muovere dal testo di M. GISSER-PIERRAND, *L'évolution du litige*, cit., nel quale l'A. giunge alla conclusione che tale situazione si concreti nel caso in cui: 1) si verifichi o si riveli un nuovo fatto idoneo ad attribuire una nuova luce alla valutazione della causa; 2) evolva la visione giuridica dei fatti allegati; 3) intervento di un terzo nel processo. Si vedano, in giurisprudenza, CA Paris, 17 avr. 1975, in *Gazette du Palais*, 1975, 2, p. 442; CA Lyon, 2 avr. 1974, *Semaine Juridique*, 1975, IV, p. 12, voce *Intervention*. Tali conclusioni vanno specificate aggiungendo che il concetto di evoluzione non dovrebbe limitarsi ai fatti ma potrebbe riguardare anche la sopravvenienza di un nuovo testo di legge (in questo senso, J. GALLET – E. DE LEIRES, *La procédure civile devant la cour d'appel*, cit., p. 144).

<sup>108</sup> Come accade per l'intervento forzato del terzo, il recepimento dell'evoluzione del litigio dovrebbe impedire l'introduzione di nuove difese in appello in tutti quei casi in cui la parte avrebbe potuto esercitare il potere in primo grado. Per l'applicazione di detta regola all'intervento, si veda D. D'AMBRA, *Droit et pratique de l'appel*, cit., p. 64; in giurisprudenza, Cass., 22 mars 1977, n. 75-12.213, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, I, n. 145.

<sup>109</sup> Dal punto di vista generale, il recepimento del principio dell'evoluzione del litigio sarebbe preferibile rispetto alla mera introduzione del criterio della concentrazione (sarebbe invece di questo avviso, E. FISCHER, *La notion d'évolution du litige et la politique de la Cour de cassation quant au double degré de juridiction*, cit., n. 14). In effetti, sebbene il concetto di evoluzione determini una clausola elastica di difficile interpretazione, la sua flessibilità consentirebbe un adattamento del giudizio alle novità sopravvenute dopo la pronuncia di primo grado; al contrario, tale qualità non caratterizzerebbe il principio di concentrazione che opererebbe rigidamente vietando *tout court* l'esercizio di nuovi poteri.

d'appello sarà concepito come strumento atto a riparare le carenze difensive del primo grado di giudizio<sup>110</sup>, difficilmente si potrà avviare una discussione sulla diminuzione quantitativa delle difese esperibili in seno alla corte d'appello.

In definitiva, occorrerebbe quindi una riflessione più profonda che non si limiti alla mera diatriba sul binomio *appel-voie d'achèvement* e *appel-voie de stricte réformation*, ma che si estenda al background culturale degli operatori del diritto; in aggiunta, deve dirsi che un rimedio contro le distorsioni della procedura d'appello potrebbe difficilmente passare per piccoli rattoppi normativi che limitino gli sprechi di risorse in ambiti specifici. A ben vedere, pare che il sistema richieda ampi interventi che tengano conto del processo nel suo complesso, del suo intero sviluppo nei differenti gradi di giudizio<sup>111</sup>.

#### 6) BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE DI COMPARAZIONE

Alla fine di questa analisi, è possibile confermare che – nell'appello italiano e in quello francese – le diversità normative in tema di nuove istanze istruttorie dipendono essenzialmente dai principi sottesi alle due procedure.

Nel sistema d'oltralpe, il gravame tenta di addivenire ad un equilibrio tra principi processuali contrastanti, estranei (o quasi) all'ordinamento italiano: mentre nel sistema domestico, il legislatore – *in primis* – e il giudice – poi – mitigano il rigido sistema delle preclusioni preservando il diritto di difesa e la ricerca della giustizia sostanziale, in Francia, il gravame si fonda sull'approcciarsi dell'effetto devolutivo con i principi dell'immutabilità e dell'evoluzione del litigio.

Nell'appello francese, quindi, i nuovi documenti e le nuove istanze istruttorie sono liberamente introducibili poiché il ritardo nell'esercizio di tali poteri non è sanzionato, né con strumenti di carattere preclusivo, né con altri meccanismi di

---

<sup>110</sup> S. AMRANI MEKKI, *Présentation générale*, in *La réforme de la procédure d'appel* (diretto da L. CADIET – D. LORIFERNE), Parigi, 2011, p. 22.

<sup>111</sup> In questo senso, ossia nell'ottica di ripensare all'appello in rapporto agli altri gradi di giudizio, J. PELLERIN, *Repenser l'appel: mot d'accueil*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3, pp. 31 e ss; C. CHAINAIS, *Repenser l'appel à la lumière de projets de réforme de la Cour de cassation: exercice de juridique-fiction*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3, pp. 22 e ss.

limitazione. L'unico congegno che ha una portata riduttiva della *cognitio appellationis* è l'effetto devolutivo; tuttavia, come si è notato, il fenomeno opera fievolmente e – in riferimento al nuovo materiale istruttorio – legittima persino un ampliamento della cognizione.

L'apertura a nuove *défenses* non dovrebbe quindi stupire poiché è connaturata al modello d'appello prescelto dal legislatore: la pronuncia della sentenza di seconde cure è l'occasione per il compimento di un nuovo giudizio su di una regiudicanda potenzialmente diversa.

Considerate le difformità tra sistemi, sarebbe a mio avviso errato ed illogico paragonare asetticamente le scelte legislative riversate nell'art. 345, comma 3, c.p.c. italiano con quelle confluite nell'art. 563 c.p.c. francese, senza considerare le peculiarità della tradizione processuale nella determinazione della struttura e della natura dei gravami. L'opzione di ammettere nuove prove in *appel* dovrebbe meglio valutarsi nell'esatto contesto rappresentato, valorizzando l'ulteriore *mission* che è stata attribuita alla *voie de recours*.

Il mero esercizio mentale di esportare la preclusione da *nova* nel processo francese risulterebbe artificioso ed innaturale; analogamente, la previsione di un'apertura a nuove prove nell'appello italiano rischierebbe di essere anacronistica e deleteria per l'intero sistema processuale: entrambe le operazioni richiederebbero un mutamento più radicale della concezione d'appello e dell'ordinamento processuale, più in generale.

Nel concreto, il sistema italiano – ormai governato dal fenomeno preclusivo – prevede un gravame chiuso che non ammette (o quasi) correzioni agli errori dei difensori; all'opposto, quello francese è caratterizzato da un grado di lassismo tale da concedere all'avvocato negligente una seconda *chance* di vittoria.

In sé per sé, la scelta di consentire una correzione delle difese esercitate non dovrebbe essere demonizzata; tuttavia, mi sembra che la volontà di abbreviare la durata dell'impugnazione confligga inevitabilmente con tale fine: salvo un aumento delle risorse della giustizia, al nuovo esercizio di poteri di parte non può che corrispondere un incremento dell'operato della magistratura nonché della durata di tutti i processi. Esclusa quindi l'accettazione di rallentamenti del procedimento,

occorrerebbe moderare gli ampliamenti della *cognitio appellationis*, individuando i valori che si intendano veramente preservare: il fatto che tale riduzione operi tramite la “saracinesca” delle preclusioni oppure mediante l’approcciarsi di regole di principio – come la *loyauté procedurale* e l’*évolution du litige* – poco cambia.

In conclusione, prescindendo dalle diversità sistematiche, si potrebbe affermare che un aspetto dell’appello francese da abbracciare e condividere dovrebbe proprio essere il ricorso al concetto di *évolution du litige*; difatti, il recepimento di tale principio consentirebbe – anche nel sistema italiano – di superare la rigidità delle preclusioni, concedendo un’opportuna ed inequivocabile elasticità al sistema.



## CONCLUSIONI

All'esito di questa ricerca, si può confermare che – mediante lo studio analitico delle preclusioni – è possibile addivenire ad un proficuo esame dell'istruttoria in appello; in effetti, l'identificazione delle caratteristiche di ciascuna fonte preclusiva ha chiarito le incertezze e i dubbi applicativi connessi all'estensione dello *ius novorum*.

Nel dettaglio, proprio in riferimento al divieto di *novum* probatorio, il riscontro degli elementi costitutivi della decadenza ha consentito un'opportuna individuazione delle fattispecie interdette; in particolare, tramite una lettura ragionata del concetto di “novità”, si è giunti alla scissione tra le prove nuove tardive – assoggettate al divieto – e quelle nuove, ma non tardive – liberamente proponibili in grado d'appello (*supra* cap. 2, §§ 1, 3 e 4).

Anche l'indagine sulla consumazione e sull'incompatibilità preclusiva è stata fruttuosa.

L'analisi della prima fattispecie ha puntualizzato la disciplina applicabile alle deduzioni “non nuove”; in effetti, ponendosi come elemento antitetico alla “novità” della prova, la consumazione preclusiva provoca la non reiterabilità dei poteri istruttori escludendo, però, il ricorso alla normativa sul *novum* probatorio (*supra* cap. 2, § 2).

Anche il ruolo dell'incompatibilità preclusiva si è dimostrato di estrema rilevanza; come si è detto, infatti, tale fattispecie costituisce un limite generale a tutte le prerogative di parte. Nello specifico, dall'analisi dell'istruttoria in appello, è emerso che tale preclusione può agire sul potere di avanzare istanze istruttorie, non ammesse, non assunte *ex artt.* 208, comma 1, 245 c.p.c., 104, comma 1, disp.

## CONCLUSIONI

att. c.p.c. (*supra* cap. 2 § 2), o non accolte *ex art.* 346 c.p.c. (*supra* cap. 2 § 3) nel corso del giudizio di primo grado nonché sul potere di domandare la rimessione in termini (*ex artt.* 345, comma 3, e 153, comma 2, c.p.c.) al fine di proporre una prova in appello o revocare l'ordinanza dichiarativa della "decadenza", giusta gli artt. 208, comma 2, c.p.c. e 104, comma 2, disp. att. c.p.c. (*supra* cap. 3 § 3).

La natura decadenziale del divieto di *nova* consente, inoltre, una specificazione del rapporto intercorrente tra la prova nuova non tardiva e la prova tardiva non dedotta per causa non imputabile; in effetti, dato che in entrambi i casi l'esercizio del potere dipende dall'impossibilità di fruirne in primo grado (*supra* capp. 2 § 3 e 3 § 2), si porrebbe il rischio di una loro commistione nella riconduzione delle fattispecie concrete a quelle astratte. Tale eventualità, mi pare tutto fuorché implausibile considerato che una parte della dottrina ritiene che la prova dei fatti sopravvenuti e/o di quelli allegabili in secondo grado possa ricondursi alle deroghe normative del divieto di *nova*.

Ebbene, considerato il ruolo dell'autoresponsabilità nelle fattispecie decadenziali, dovrebbe concludersi che solo l'attualità del potere possa determinare l'operatività della preclusione e delle sue deroghe. Per tali ragioni, la prova sarebbe liberamente proponibile in presenza di un'impossibilità giuridica ad esercitare il potere in primo grado: l'assenza della deduzione fattuale renderebbe inattuale il potere istruttorio legittimando l'assunzione soltanto nel gravame.

La stessa conclusione non è, invece, valida per impedimento non imputabile; in questo caso, infatti, sin dal primo grado di giudizio, l'elemento fattuale bisognevole di prova è già allegato e il potere istruttorio è già esistente. Ciò posto, si potrebbe ritenere che la preclusione *ex art.* 345, comma 3, c.p.c. operi per la sola inerzia della parte e che la deroga ivi contenuta si fondi sulla presenza di un impedimento materiale e non giuridico.

In definitiva, si potrà parlare di autoresponsabilità della parte soltanto per l'omissione di un atto astrattamente realizzabile in prime cure; al contrario, l'inutilizzabilità del potere renderebbe insensata qualsivoglia indagine sul mancato compimento dell'atto.



## CONCLUSIONI

Posta la differenza tra impossibilità giuridica e materiale, è da subito chiara la scelta di riservare un trattamento differenziato alle due ipotesi: nel caso dell'impedimento materiale, l'introduzione della prova segue ad un procedimento incidentale che accerta l'esistenza dell'impossibilità; nel caso dell'impossibilità giuridica, invece, la legittimità dell'esercizio del potere è insita nell'estensione (o nella riemersione) del *thema probandum* in grado d'appello.

In questa prospettiva, la questione si sposterebbe sulla deducibilità dei *facta probanda* in grado d'appello; più in generale, la libera introducibilità della prova dipenderebbe dalle pieghe assunte dalla lite, dall'evoluzione subita dalla *cognitio appellationis*. In un certo senso, quindi, anche l'ordinamento italiano sarebbe soggetto alla stessa necessità che ha portato il legislatore francese a recepire il principio dell'*évolution du litige* (*supra* cap. 4 § 5): ragioni di carattere processuale e sostanziale impongono alla macchina della giustizia di aggiornare i dati della controversia per fornire una risposta adeguata alle richieste dei cittadini.

Tra l'altro, riflettendo proprio sull'ordinamento d'oltralpe, deve dirsi che la scelta di abbracciare un modello di appello *voie d'achèvement* non pare la panacea di tutti i mali; se da un lato, infatti, l'insoddisfazione verso la conformazione del gravame ha condotto e conduce tuttora a plurimi tentativi di riforma, dall'altro, l'apertura a nuove difese può divenire un espediente volto a rallentare la procedura. Al netto delle valutazioni sull'opportunità della scelta, è innegabile che – fatto salvo un improbabile incremento dell'organico delle corti – il compimento di nuove attività provoca l'impiego di ulteriori energie processuali nel corso del secondo grado.

Tornando quindi al confronto tra l'ordinamento italiano e quello francese, non si può che ribadire la diversità tra i modelli prescelti; a dire il vero, però, se il modello italiano si è progressivamente emancipato da quello francese per approssimarsi a quello tedesco, anche il processo d'oltralpe – col recepimento del principio della concentrazione – è sempre più indirizzato verso una razionalizzazione degli sforzi processuali.

In conclusione, se è vero che attraverso l'introduzione dei *nova* la causa dovrebbe illuminarsi del *veritatis lumen*, è altrettanto vero che l'apertura ad

## *CONCLUSIONI*

elementi innovatori non dovrebbe legittimare rallentamenti abusivi, né, tantomeno, meccanismi per rimediare agli errori dei difensori. In altre parole, il compimento di nuova attività istruttoria dovrebbe costituire un correttivo alle distorsioni discendenti da eventi imprevedibili e non il mezzo per risolvere le carenze difensive di primo grado. Che piaccia oppure no, i rimedi volti a sopperire agli errori dei procuratori non dovrebbero ricercarsi nel diritto processuale: come per qualsiasi professionista, le mancanze e le negligenze dei difensori dovrebbero ripararsi in ambito sostanziale, ricorrendo ai meccanismi della responsabilità civile. L'unica deroga a questa linearità è forse data dalla clausola della prova indispensabile la quale, però, quantomeno nel processo ordinario, sta progressivamente perdendo la propria importanza.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Parigi, 2017.

ACONE M. – LIPARI N., *Relazione a Provvedimenti urgenti per il processo civile. Testo approvato il 17 gennaio 1990 in sede redigente dalla Commissione giustizia del Senato e successivamente dall’Aula nella seduta del 28 febbraio 1990*, in *Foro it.*, 1990, V, cc. 406 e ss.

AMATO F., *Rinuncia al ricorso per cassazione inammissibile o improcedibile e riproponibilità del ricorso*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, pp. 519 e ss.

AMRANI-MEKKI S., *Introduction générale*, in *Repenser l’appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3.

AMRANI-MEKKI S., *Les métamorphoses de l’appel*, in *Gazette du Palais*, 2014, n. 212.

AMRANI-MEKKI S., *Présentation générale*, in *La réforme de la procédure d’appel* (diretto da CADIET L. – LORIFERNE D.), Parigi, 2011.

ALLORIO E., *Il giuramento della parte*, Milano, 1937.

ANDRIEU T., *La réforme de la procédure d’appel*, in *Gazette du Palais*, n. 37, 2017.

ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.

ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957.

## BIBLIOGRAFIA

- ANDRIOLI V., *Il principio del ne bis in idem e la dottrina del processo*, in *Annali triestini*, 1941, pp. 255 e ss.
- ANDRIOLI V., *Prova testimoniale (1967)*, in *Studi sulle prove civili*, Milano, 2008.
- ANDRIOLI V., voce *Preclusione (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, 1966.
- ANDRIOLI V., voce *Preclusione (diritto processuale civile)*, in *Nuovo dig. it.* X, Torino, 1939.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1997.
- ARENS C., *Repenser l'appel: mot d'accueil*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3.
- ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, X, Padova, 2010.
- ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, XI, *Le cautele. Il processo cautelare*, Padova, 2011.
- ATTARDI A., *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994.
- ATTARDI A., *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, pp. 1 e ss.
- ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991.
- ATTARDI A., *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, pp. 1 e ss.
- ATTARDI A., voce *Preclusione (Principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985.
- AYANÈS A. – VUITTON X., *Droit de la preuve*, Parigi, 2017.
- BAGANINA P., *Immutabilité du litige et recevabilité des demandes nouvelles en appel*, in *Gazette du Palais*, n. 29, 2008, pp. 1 e ss.

## BIBLIOGRAFIA

- BALBI C.E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983.
- BALBI C.E., voce *Rimessione in termini (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991.
- BALENA G., *Il sistema delle impugnazioni civili nella disciplina vigente e nell'esperienza applicativa: problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 2001, V, cc. 121 e ss.
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale*, II, Bari, 2012.
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale*, II, Bari, 2015.
- BALENA G., *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994.
- BALENA G., *Le novità relative all'appello*, in AA.VV., *Le novità in materia d'impugnazioni*, Bologna, 2014.
- BALENA G., *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, pp. 45 e ss.
- BALENA G. – ORIANI R. – PROTO PISANI A. – RASCIO N., *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I, cc. 1436 e ss.
- BARONE C.M., *L'udienza di discussione*, in ANDRIOLI V. – BARONE C.M. – PEZZANO G. – PROTO PISANI A., *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987.
- BARONE C.M., *Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?*, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 1696 e ss.
- BARRET O., *L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1990, pp. 199 e ss.
- BARTOLINI F., *Eccezioni e preclusioni nel processo civile*, Milano, 2015.

## BIBLIOGRAFIA

BATTAGLIA V., *Le preclusioni nel processo ordinario di cognizione*, Torino, 2012.

BECQUET S., *L'appel, voie d'achèvement du procès, et l'appelé en garantie devant le tribunal*, in *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 2541 e ss.

BEGHINI R., *La prova per testimoni nel rito civile*, Padova, 1997.

BERGAMINI L., *Evoluzioni dell'appello civile*, in *Giust. civ.*, 2013, II, pp. 645 e ss.

BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.

BIANCA C.M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 2012.

BIAVATI P., *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, pp. 185 e ss.

BOCCAGNA S., *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005.

BOCCAGNA S., *Sub Art. 153 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, Milanofiori Assago, 2010.

BONSIGNORI A., *Il divieto di nuove domande e eccezioni in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 65 e ss.

BORGHESI D. – DE ANGELIS L., *Il processo del lavoro e della previdenza*, Milanofiori Assago, 2013.

BOURSIER M.-E., voce *Opposition* (agg. di BOTREL E.), in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, marzo 2014.

BOVE M., *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 303 e ss.

## BIBLIOGRAFIA

BRAHIC LAMBREY C., voce *Communication de pièces*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, 2015.

BUCCI A. – CRESCENZI M.– MALPICA E., *Manuale pratico della riforma del processo civile*, Padova, 1995.

BUFFET J., *Préface*, in GALLET J., *La procédure devant la Cour d'appel*, Paris, 2003.

BÜLOW O., *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Archive für die civilistische praxis*, LXII, 1879, pp. 1 e ss.

BUONCRISTIANI D., *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parte e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 399 e ss.

BUSNELLI F.D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. critica dir. privato*, 1988, pp. 643 e ss.

BUSNELLI F.D., voce *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1991.

CADIET L. – NORMAND J. – AMRANI-MEKKI S., *Théorie générale du procès*, Parigi, 2013.

CAHEN B., *Vite, au rapport ! (à propos du rapport Magendie)*, in *Gazette du Palais*, 17-18 novembre 2004, n. 322-323.

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1941.

CALIFANO G.P., *L'impugnazione della sentenza non definitiva*, Napoli, 1996.

CAMPIONE F., *I nova*, in *Il nuovo appello civile* (a cura di CECHELLA C.), Bologna, 2017.

CANAVESE E., *Prime indicazioni giurisprudenziali in tema di nuovi documenti e di nuovi mezzi di prova in appello*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 2297 e ss.

## BIBLIOGRAFIA

CANTILLO M., *La nuova rimessione in termini nel processo tributario*, in *Rass. Trib.*, 2010, pp. 919 e ss.

CAPELLI C., *Il principio di unità e infrazionabilità della prova come limite alle prove nuove in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 211 e ss.

CAPONI R., *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996.

CAPONI R., voce *Rimessione in termini nel processo civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Agg. IV, Torino, 2009.

CAPORUSSO S., *La "consumazione" del potere d'impugnazione*, Napoli, 2011.

CAPORUSSO S., Sub art. 702, in *Commentario alle riforme del processo civile* (a cura di MARTINO R. – PANZAROLA A.), Torino, 2013.

CAPPELLETTI M., voce *Giuramento (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. forense*, III, 1958.

CARLI L., *Termini (diritto processuale penale)*, in *Nss. D.I.*, XIX, Torino, 1973.

CARNELUTTI F., *Istituzioni di diritto processuale civile italiano*, I, Roma, 1956.

CARNELUTTI F., *Istituzioni di diritto processuale civile italiano*, II, Roma, 1956.

CARNELUTTI F., *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Studi di diritto processuale*, IV, Padova, 1939.

CARNEVALE V., Sub art. 208, in *Commentario del codice di procedura civile* (diretto da COMOGLIO L.P. – CONSOLO C. – SASSANI B. – VACCARELLA R.), III, 1, Milanofiori Assago, 2012.

CARNEVALE V., Sub art. 209, in *Commentario del codice di procedura civile* (diretto da COMOGLIO L.P. – CONSOLO C. – SASSANI B. – VACCARELLA R.), III, 1, Milanofiori Assago, 2012.



## BIBLIOGRAFIA

CARRATTA A., *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale* (a cura di MARAFIOTI L.– DEL COCO R.), Torino, 2012.

CARRATTA A., *Il nuovo procedimento sommario*, in MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Come cambia il processo civile* di, Torino, 2009.

CARTERBI S., *Sub art. 245*, in *Commentario al codice di procedura civile* (a cura di P. CENDON), Milano, 2012.

CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano, 2018.

CAVALLINI C., *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003.

CAVALLONE B., *Anche i documenti sono “mezzi di prova” agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 1072 e ss.

CAYROL N., *La saisine de la cour d'appel*, in *Cahier du C.D.P.C.*, 2011, 8, pp. 1 e ss.

CAYROL N., voce *Action en justice*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, marzo 2013 (agg. settembre 2017).

CEA C.M., *Le nuove prove in appello*, in *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2010.

CEA C.M., *Principio di preclusione e nuove prove in appello*, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 2720 e ss.

CEA C.M., *Produzione documentale ed iniziativa istruttoria ufficiosa nel rito del lavoro*, in *Foro it.*, 2000, I, cc. 1267 e ss.

CECCARINI A., *La prova orale nel processo civile*, Milano, 2010.

## BIBLIOGRAFIA

CECCHHELLA C., *Le attività delle parti: il divieto dei nova*, in VACCARELLA R. – CAPPONI B. – CECCHHELLA C., *Il processo dopo le riforme*, Torino, 1992.

CECCHHELLA C., *L'appello speciale*, in *Le impugnazioni civili* (a cura di LUISO F.P. – VACCARELLA R.), Torino, 2013.

CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.

CERINO CANOVA A., *Relazioni alle proposte di riforma del processo civile di cognizione, IV, Le impugnazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, pp. 501 e ss.

CERINO CANOVA A., voce *Acquiescenza – III) Diritto Processuale Civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, 1998.

CHAINAIS C., *Repenser l'appel à la lumière de projets de réforme de la Cour de cassation: exercice de juridique-fiction*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3, pp. 22 e ss.

CHAINAIS C. – FERRAND F. – GUINCHARD S., *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Parigi, 2016.

CHIARLONI S., *L'impugnazione incidentale*, Milano, 1969.

CHIARLONI S., *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 657 e ss.

CHIARLONI S., voce *Appello. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1995.

CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e competenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993.

CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960.

## BIBLIOGRAFIA

- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, I, Napoli, 1936.
- CHIOVENDA G., *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.
- CHIOVENDA G., *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993.
- CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981.
- CIACCIA CAVALLARI B., *Le preclusioni e l'istruzione probatoria del nuovo processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1999, pp. 887 e ss.
- CIPRIANI F., *Il processo civile in Italia dal Codice Napoleonico al 1942*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, pp. 67 e ss.
- CISIANO P., voce *Atto giuridico*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ., agg. II, I*, Torino, 2003.
- COHEN D., *Le domaine de l'évocation*, in *Mèlanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Parigi, 2008.
- COLESANTI V., *Impugnazioni in generale e appello nella riforma processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, pp. 1049 e ss.
- COLSON R., voce *Recours en révision*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, giugno 2017.
- COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982.
- COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, Torino, 2010.

## BIBLIOGRAFIA

COMPORITI M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Il codice civile. Commentario* (diretto da BUSNELLI F.D.), Milano, 2012.

CONSO G., *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955.

CONSOLO C., *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, in *Corr. Giur.*, 2016, pp. 977 e ss.

CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012.

CONSOLO C., *Profili della nuova disciplina delle impugnazioni, con una rinnovata critica all'appello «chiuso» ai «nova»*, in AA.VV., *La riforma del processo civile*, Padova, 1992.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale*, II, Torino, 2014.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017.

CONSOLO C. – GODIO F., *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345 (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità materiale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili ex officio*, in *Corr. Giur.*, 2017, pp. 1406 e ss.

CONTE M., *Le prove civili*, Milano, 2009.

CONTI C., *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014.

CORNU G. – FOYER J., *Procédure civile*, Parigi, 1996.

COSTA S., *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980.

COSTA S., *Osservazioni sul giudizio d'appello nel progetto Solmi*, in *Studi Sassaesi*, 1937, pp. 5 e ss.

COSTANTINO G., *La riforma dell'appello*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, pp. 21 e ss.

## BIBLIOGRAFIA

COULON J. (diretto da), *Réflexions et proposition sur la procédure civile, rapport au ministre de la Justice: la Documentation française*, 1997.

COVIELLO N., *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1985.

CRESTA G., Sub art. 346, in *Commentario al codice di procedura civile* (a cura di P. CENDON), Milano, 2012.

CREVANI R., Sub art. 245, in *Commentario del codice di procedura civile* (a cura di CHIARLONI S.), *Dell'istruzione probatoria* (a cura di TARUFFO M.), Bologna, 2014.

CRISTOFOLINI G., voce *Codice di procedura civile*, in *Enc. It.*, Milano-Roma, 1939.

DALFINO D., *Limiti all'ammissibilità di documenti nuovi in appello: le sezioni unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinario)*, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 1693 e ss.

DE CRISTOFARO M., *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*, in *Corr. Giur.*, 2000, pp. 753 e ss.

DE CRISTOFARO M., *Motivi d'appello ed effetto devolutivo*, in *Corr. Giur.*, 1997, pp. 191 e ss.

DE CRISTOFARO M., *Nuove prove in appello, poteri istruttori ufficiosi e principi del giusto processo*, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 116 e ss.

DE MAJO A. – GIRARDI G., *La nuova disciplina delle controversie di lavoro*, Torino, 1974.

DE MARTINI D., *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983.

DE SANTIS A.D., *La rimessione in termini*, in *La nuova giustizia del lavoro* (a cura di DALFINO D.), Bari, 2011.

## BIBLIOGRAFIA

DE SANTIS F., *La rimessione in termini*, in *Le riforme del processo civile* (a cura di DIDONE A.), Milano, 2014.

DE SANTIS F., *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997.

DE STEFANO G., *Collisione di prove civili*, Milano, 1951.

DEBBASCH C. – RICCI J., *Contentieux administratif*, Parigi, 2001.

DEGUERGUE M., *Le double degré de juridiction*, in *AJDA*, 2006, pp. 1308 e ss.

DEMARCHI P.G., *Aspetti problematici e obiettivi del disegno di legge Mastella sul rito civile*, in *Corr. Merito*, 2007, pp. 829 e ss.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* (a cura di GALGANO F.), Bologna-Roma, 1988.

DI MAURO M., *L'appello civile dopo la riforma*, Milano, 2013.

DI MAURO M., *L'appello civile*, Milano, 2018.

DITTRICH L., *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 1582 e ss.

DOUCHY-OUDOT M., *La loyauté procédurale en matière civile*, in *Gazette du Palais*, 17 nov. 2009, pp. 3 e ss.

DOUCHY-OUDOT M., *Procédure civile*, Mayenne, 2014.

DOUCHY-OUDOT M., voce *Demande reconventionnelle*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, settembre 2017.

DU RUSQUEC E., *Caractère d'ordre public du droit d'appel*, in *La Semaine Juridique Édition Générale*, 23, 3 Juin 1998, II, n. 10090.

## BIBLIOGRAFIA

DUHAMEL J.-P., *L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'acte d'appel et des écritures des parties*, in *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, aprile 2003, fuori serie n. 2.

D'ADAMO D., *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano, 2012.

D'AMBRA D., *Droit et pratique de l'appel*, Parigi, 2018.

D'AMBRA D., *Opposition*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da S. GUINCHARD), Parigi, 2016.

D'ONOFRIO P., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1947.

D'ONOFRIO P., voce *Appello civile*, in *Nuovo Dig. It.*, I, Torino, 1937.

FABIANI E., *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 1135 e ss.

FABIANI M., *Oggetto e contenuto dell'appello civile*, in *Foro it.*, 2012, V, cc. 285 e ss.

FABIANI M., Sub 208, in *Codice di procedura civile* (diretto da C. CONSOLO), Milanofiori Assago, 2013.

FABBRINI G., *Dei mezzi d'impugnazione nel nuovo processo del lavoro*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1989.

FABBRINI G., *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975.

FABBRINI G., *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968.

FABBRINI G., *Prime considerazioni sul progetto governativo*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1989.

## BIBLIOGRAFIA

- FAZZALARI E., *Il processo ordinario di cognizione*, II, Torino, 1990.
- FAZZALARI E., voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano 1986.
- FAZZALARI E., voce *Processo civile (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, 1987.
- FEDERICO P. – FOGLIA R., *La disciplina del nuovo processo del lavoro*, Milano, 1973.
- FELLONI G., *Consumazione del potere di integrare una memoria istruttoria nel rispetto dei termini*, in *Giur. it.*, 2017, pp. 2653 e ss.
- FELLONI G., *Invio della domanda di insinuazione al passivo ad un indirizzo di PEC errato*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 1908 e ss.
- FERRAND F., voce *Appel*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, marzo 2012 (agg. settembre 2017), n. 7.
- FERRI C., voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XII, appendice, Torino, 1995.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.
- FISCHER E., *La notion d'évolution du litige et la politique de la Cour de cassation quant au double degré de juridiction*, in *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 2368 e ss.
- FOULON M. – STRICKLER Y., *Du jugement définitif. À propos de la décision n° 2014-398 QPC du 2 juin 2014 du Conseil constitutionnel*, in *Gazette du Palais*, 21-23 dicembre 2014.
- FRANZONI M., *L'illecito*, I, Milano, 2010.
- FRANZONI M., Sub art. 2046, in *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di GALGANO F.), Bologna, 1993.



## BIBLIOGRAFIA

FRANZONI M., Sub art. 2047, in *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (a cura di GALGANO F.), Bologna, 1993.

FRASCA R., *Il regolamento di competenza*, Torino, 2012.

FRICERO N., *Conditions relatives à la rédaction*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da GUINCHARD S.), Parigi, 2016.

FRICERO N., *L'appel nouveau est arrivé*, in *Recueil Dalloz*, 2017, pp. 1057 e ss.

FRICERO N., *La recevabilité de moyens nouveaux en appel ou le droit de se contredire*, in *La Semaine Juridique Édition Générale*, 20 aprile 2015, 16, n. 470.

FRICERO N., *Les voies de recours en interprétation, rectification ou complément de jugement*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da GUINCHARD S.), Parigi, 2016.

FRICERO N., *Procédure civile*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

FRICERO N., voce *Appel – Procédure ordinaire en matière contentieuse. Procédure avec représentation obligatoire – Instruction de l'affaire. Mise en état*, in *Juris-Classeur de procédure civile.*, fasc. 1000-10, 2018.

FRICERO N. – JULIEN P., *Procédure civile*, Issy-les-Moulineaux, 2014.

FURNO C., *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi Redenti*, I, Milano, 1951.

GALLET J. – DE LEIRES E., *La procédure civile devant la cour d'appel*, Parigi, 2018.

GARBAGNATI E., *Il processo del lavoro: lineamenti generali*, in *Jus*, 1978, pp. 147 e ss.

## BIBLIOGRAFIA

GASPERINI M.P., *Profili costituzionali e procedurali della rimessione in termini di cui all'art. 184-bis c.p.c.*, in *Giur. Merito*, 1995, pp. 615 e ss.

GERBAY N., *Vers une nouvelle conception de l'appel en matière civile?*, in *La Semaine Juridique Édition Générale*, 2013, n. 825.

GERBAY N., voce *Appel. Effet dévolutif*, in *Juris-Classeur de procédure civile*, fasc. 900-90, 2017.

GERBAY N., voce *Appel. Effet dévolutif. Prétentions nouvelles*, in *Juris-Classeur de procédure civile*, fasc. 900-95, 2017.

GERBAY P., *Nouvelles réflexions sur les effets de l'appel voie d'annulation*, in *Gazette du Palais*, 24-25 gennaio 2003, pp. 72 e ss.

GERBAY P. – GERBAY N., *Guide du procès civil en appel*, Parigi, 2015.

GERBAY P. – GERBAY N., *Guide du procès civil en appel*, Parigi, 2017.

GIACALONE G. – CACCAVIELLO C., *Nuove prove in appello: viene meno la distinzione tra prove costituite e costituende*, in *Giust. civ.*, 2005, I, pp. 2033 e ss.

GIANNOZZI G., *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963.

GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993.

GIORDANO R., *La produzione di nuovi documenti in appello nel processo ordinario e in quello del lavoro secondo le sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, I, 2005, pp. 2040 e ss.

GIORGETTI M., *Le rinunce alle impugnazioni civili*, Milano, 2000.

GISSER-PIERRAND M., *L'évolution du litige*, in *Semaine Juridique Édition Générale*, 1978, I, n. 2888.

## BIBLIOGRAFIA

- GIUDICEANDREA N., *Le impugnazioni civili*, II, Milano, 1951.
- GIVERDON C., voce *Appel, effet dévolutif, prétentions nouvelles*, in *Juris-Classeur de procédure civile*, Fasc. 717-2, 3, 1995.
- GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 826 e ss.
- GRADI M., *Principio di preclusione, inammissibilità di nova in appello e altri ostacoli alla ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 518 e ss.
- GRASSO E., *L’interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Studi in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993.
- GROSSI D., voce *Termine (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992.
- HOONAKKER P., *Les demandes incidentes*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da GUINCHARD S.), Parigi, 2016.
- IANNIRUBERTO G., *Il processo del lavoro rinnovato*, Padova, 1999.
- IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Il giusto processo civile*, 2012, pp. 735 e ss.
- JAEGER N., *Diritto processuale civile*, Torino, 1942.
- JAEGER N., *Manuale pratico del processo civile*, Torino, 1941.
- JAPIOT R., *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Parigi, 1916.
- JULIEN P., *L’effet dévolutif de l’appel au regard de l’appel tendant à l’annulation du jugement*, in *Bulletin d’information de la Cour de cassation*, aprile 2003, fuori serie n. 2.

## BIBLIOGRAFIA

LACROIX-ANDRIVET J.-P., *Pièces*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da S. GUINCHARD), Parigi, 2016.

LACROIX-ANDRIVET J.-P., *Procédure devant le tribunal de grande instance*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da GUINCHARD S.), Parigi, 2016.

LAGARDE X., *L'achèvement du procès, principale utilité de l'appel*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3.

LASAGNO B., *Sub art. 52*, in *Le riforme del processo civile* (a cura di CHIARLONI S.), Bologna, 1992.

LASSERE M., *La nouvelle Procédure civile après les réformes*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

LE BARS T., *Les métamorphoses de l'appel*, in *Le métamorphoses de la procédure civile*, in *Gazette du Palais*, 2014, n. 212.

LEANZA P., *Trattazione e istruzione*, in *Le prove civili* (a cura di LEANZA P.), Torino, 2012.

LEONE G., *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1960.

LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961.

LIEBMAN E.T., *Decadenza dalla prova*, in *Problemi sul processo civile*, Napoli, 1962.

LIEBMAN E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 551 e ss.

LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, 1, Milano, 1959.

LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984.

## BIBLIOGRAFIA

LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi* (a cura di COLESANTI V. – MERLIN E.), Milano, 2012.

LOCATELLI F., *La selezione degli appelli civili*, Ospedaletto, 2017.

LOMBARDI L., *La produzione di nuovi documenti nel giudizio civile d'appello: la pronuncia delle sezioni unite 20 aprile 2005, n. 8203 e i problemi ancora aperti nell'interpretazione dell'art. 345, 3° comma, c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 12 e ss.

LUDOVICI G., *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, in *Judicium*, 2012.

LUGO A. – BERRI M., *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1942.

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2017.

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2011.

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2013.

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2017.

LUISO F.P., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992.

LUISO F.P., *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 15 e ss.

LUISO F.P., voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Pric.*, sez. civ., I, Torino, 1987.

MACIOCE F., *L'obbligazione e il contratto*, Torino, 2013.

MANCUSO R., *I motivi specifici dell'atto d'appello*, in *Giust. Civ.*, 2006, I, pp. 877 e ss.

MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 1998.

## BIBLIOGRAFIA

- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2006.
- MANDRIOLI C., *Le modifiche del processo civile*, Torino, 1993.
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2016.
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017.
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017.
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2018.
- MAGENDIE J. (diretto da), *Célérité et qualité de la justice: la documentation française*, 2004.
- MAGENDIE J. (diretto da), *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel: la documentation française*, 2008.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015.
- MARELLI F., *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, Padova, 1996.
- MARINUCCI E. – ZULBERTI M., *L'appello*, in *Diritto processuale civile* (a cura DITTRICH L.), II, Milanofiori Assago, 2019.
- MARTIN R., *Sur la notion de moyen*, in *La Semaine Juridique Édition Générale*, 1976, I, n. 2768.
- MARZOCCHI P., *Sull'ammissibilità di nuove prove nel giudizio di appello nel rito del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, pp. 959 e ss.
- MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile*, IV, Torino, 1896.

## BIBLIOGRAFIA

- MAZZARELLA F. – TESORIERE G., *Guida breve al processo civile riformato*, Padova, 2000.
- MENCHINI S., *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2013, pp. 979 e ss.
- MENGALI A., *I nova in appello*, in *Le impugnazioni civili* (a cura di LUISO F.P. – VACCARELLA R.), Torino, 2013.
- MERLIN E., *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991.
- MERLIN E., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 299 e ss.
- MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, Torino, 1982.
- MIGUET J., *Immutabilité et évolution du litige*, Parigi, 1997.
- MINIATO L., *L'introuvable principe de loyauté en procédure civile*, in *Recueil Dalloz*, 2007 pp. 1035 e ss.
- MOLFESSIS N., *La protection constitutionnelle du double degré de juridiction*, in *Justices*, 1996, 4, pp. 17 e ss.
- MONTALI C. – CORONA S., *L'appello civile*, Padova, 2007.
- MONTANARI M., Sub art. 245, in *Codice di procedura civile* (diretto da C. CONSOLO), Milanofiori Assago, 2013.
- MONTANARI M., voce *Giuramento (dir. proc. civ.)*, in *Diritto online Treccani*, 2017.
- MONTELEONE G., *Il giudice e la prova: ricordando Enrico Tullio Liebman*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, I, pp. 19 e ss.

## BIBLIOGRAFIA

MONTELEONE G., *L'imparzialità del giudice e la prova nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, II, pp. 323 e ss.

MONTESANO L. – ARIETA G., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 1993.

MONTESANO L. – ARIETA G., *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991.

MONTESANO L. – ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, I/2, Padova, 2001.

MONTESANO L. – MAZZIOTTI F., *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale*, Napoli, 1974.

MONTESANO L. – VACCARELLA R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1978.

MONTESANO L. – VACCARELLA R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996.

MORTARA L., voce *Appello civile*, in *Digesto Italiano*, III, 2, Torino, 1890.

MOTULSKY H., *Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation*, in *La Semaine Juridique Édition Générale*, 1958, I, n. 1423.

MOTULSKY H., *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Parigi, 1973.

ORIANI R., *Sulle eccezioni proponibili in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 734 e ss.

ORIANI R., voce *Nullità degli atti processuali – I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

OSTI G., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973.

OSTI G., voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. D.I.*, VIII, Torino, 1962.



## BIBLIOGRAFIA

PALAZZOLO S., voce *Rapporto giuridico*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987.

PANZAROLA A., *Sulla rimessione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 1636 e ss.

PATTIS., voce *Acquiescenza (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, I, 1988.

PELLERIN J., *Effets de l'appel*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne e européen* (diretto da GUINCHARD S.), Parigi, 2016.

PELLERIN J., *Repenser l'appel: mot d'accueil*, in *Repenser l'appel*, in *Gazette du Palais*, 2016, fuori serie n. 3.

PERROT R., *Appel. Les demandes nouvelles et la notion de «lien suffisant»: que reste-t-il de la prohibition de demandes nouvelles en cause d'appel ?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1980, pp. 624 e ss.

PERROT R., *Appel : les virtuosités de l'appel «voie d'achèvement»*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 141.

PERROT R., *Demande nouvelle et moyen nouveau*, in *Procédures*, 5, 2013, comm. 137.

PERROT R., *Les effets de l'appel en droit français*, in *Le double degré de juridiction - Étude de droit comparé* (diretto da VAN COMPERNOLLE J. – SALETTI A.), Bruxelles, 2010.

PÉTEL-TEYSSIÉ I., voce *Demande nouvelle*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, gennaio 2008.

PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, 2013.

PICARDI N., *Dei termini*, in *Commentario del codice di procedura civile* (diretto da ALLORIO E.), I, 2, Torino, 1973.

## BIBLIOGRAFIA

PICARDI N., *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, pp. 209 e ss.

PICARDI N. – MARTINO R., voce *Termini (diritto processuale civile)*, *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994.

PIROTTA G., *Considerazioni sull'appello "atipico" avverso l'ordinanza di convalida di sfratto pronunciata in carenza dei presupposti di legge*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 96 e ss.

PIROTTA G., *Deposito telematico obbligatorio: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Foro Padano*, 2017, cc. 99 e ss.

PIROTTA G., *Impugnazione del riconoscimento di paternità: un instabile equilibrio tra forme processuali e giustizia sostanziale*, in *Fam. Dir.*, 2016, pp. 666 e ss.

PIROTTA G., *La crise de l'effet dévolutif dans l'appel civil italien*, in *Revue de la recherche juridique*, 2018, pp. 805 e ss.

PIROTTA G., *Sulla non reiterabilità dell'istanza di conversione del pignoramento*, in *Riv. esec. forz.*, 2018, pp. 570 e ss.

POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile*, Roma, 1915.

POLIG.G., *Il divieto di nuovi documenti in appello*, in *La nuova giustizia del lavoro* (a cura di DALFINO D.), Bari, 2011.

POLI R., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012.

POLI R., *L'invalidità degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, pp. 353 e ss.

POLI R., *L'oggetto del giudizio d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 1398 e ss.

PONTECORVO A., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007.

## BIBLIOGRAFIA

- PROTO PISANI A., *Controversie individuali di lavoro*, Torino, 1993.
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione di primo grado e d'appello*, in *Foro it.*, 1991, V, pp. 317 e ss.
- PROTO PISANI A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, cc. 221 e ss.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014.
- PROTO PISANI A., voce *Processo del lavoro*, in *Enc. It. Treccani*, app. IV, Roma, 1981.
- PROVINCIALI R., voce *Giuramento suppletorio ed estimatorio (dir. proc. civ.)*, *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970.
- PUCCIARIELLO P., sub art. 495, in *Commentario del codice di procedura civile* (diretto da COMOGLIO L.P. – CONSOLO C. – SASSANI B. – VACCARELLA R.), VI, Torino, 2013.
- PUGLIATTI S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959.
- PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, Torino, 2010.
- RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996.
- RASCIO N., *Sul riesame in appello delle istanze istruttorie disattese dal giudice di primo grado*, in *Foro it.*, 1997, I, cc. 2262 e ss.
- RAVANI G., *Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel*, in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Parigi, 2010.

## BIBLIOGRAFIA

- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952.
- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1995.
- REDENTI E., voce *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959.
- REDENTI E. – VELLANI M., *Diritto processuale civile*, Milano, 2011.
- RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000.
- RODOTÀ S., voce *Diligenza*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964.
- ROGNONI V., *Ancora sull'inammissibilità dell'appello immediato dopo la riserva di appello differito*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, I, pp. 120 e ss.
- ROLAND H., voce *Immutabilité du litige (principe de l')*, in *Lexique des termes juridiques* (diretto da S. GUINCHARD – T. DEBARD), Parigi, 2017.
- ROLAND H., voce *Loyauté*, in *Lexique des termes juridiques* (diretto da S. GUINCHARD – T. DEBARD), Parigi, 2017.
- ROMANO A.A., *Appunti sul nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, I, pp. 165 e ss.
- RUFFINI G., *La prova nel giudizio civile d'appello*, Padova, 1997.
- RUFFINI G., *Nuove produzioni documentali in appello e poteri istruttori del giudice nel rito ordinario e in quello del lavoro*, in *Corr. Giur.*, 2003, pp. 918 e ss.
- RUFFINI G., *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345, comma 3 e 437, comma 2, c.p.c. al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 940 e ss.
- RUGGERI E., *Il principio di consumazione dell'impugnazione: origine ed applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 1009 e ss.
- SABATINI G., voce *Decadenza*, in *Nss. D.I.*, V, Torino, 1975.

## BIBLIOGRAFIA

SALATI O., voce *Mise en état*, in *Répertoire de procédure civile Dalloz*, marzo 2012 (agg. maggio 2017).

SALETTI A., *L'appello nel rito del lavoro e nel procedimento sommario dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 1423 e ss.

SALETTI A., *Les nova dans la procedure d'appel: l'évolution du procès civil italien*, in *Judicium*, 2017, pp. 105 e ss.

SANTINI C., *La legittimazione e l'interesse ad impugnare*, in *Le impugnazioni civili* (a cura di LUISO F.P. – VACCARELLA R.), Torino, 2013.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, VI, Napoli, 1959.

SANTORO PASSARELLI F., voce *Atto giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959.

SASSANI B., *Le sezioni unite della Cassazione e l'ammissibilità dell'atto di appello carente di motivi specifici*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, pp. 511 e ss.

SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2012.

SASSANI B., Sub art. 52, in *La riforma del processo civile* (a cura di CONSOLO C. – LUISO F.P. – SASSANI B.), Milano, 1991.

SASSANI B., Sub art. 345, in CONSOLO C. – LUISO F.P. – SASSANI B., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996.

SASSANI B., Sub art. 495, in CONSOLO C. – LUISO F.P. – SASSANI B., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996.

SASSANI B., *Sull'appello nel processo del lavoro (congetture minime e confutazioni possibili)*, in AA.VV., *Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma*, Milano, 1985.

SASSANI B., voce *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, agg. III, Milano, 1999.

## BIBLIOGRAFIA

- SAITTA F., *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010.
- SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1953.
- SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1987.
- SATTA S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, I, Milano, 1959.
- SATTA S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, II, 1, Milano, 1962.
- SATTA S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, II, 2, Milano, 1962.
- SATTA S., *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano*, Padova, 1942.
- SATTA S., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1951.
- SATTA S., voce *Codice di procedura civile*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960.
- SATTA S. – PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 1996.
- SÉRINET Y., *La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel*, in *La Semaine Juridique Édition Générale*, 2010, pp. 1018 e ss.
- SOLDI A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2009.
- SOLUS H., *Conclusions générales du Colloque*, in *La Voie d'appel : Colloque national de droit judiciaire*, Aix-en-Provence, 1963.
- STEA C., *La teoria dei termini nel diritto processuale civile*, Torino, 1912.
- TARUFFO M., *Fatto e prove*, in *La prova nel processo civile* (a cura di TARUFFO M.), Milano, 2012.
- TARUFFO M., *L'istruzione probatoria*, in *La prova nel processo civile* (a cura di TARUFFO M.), Milano, 2012.

## BIBLIOGRAFIA

TARUFFO M., Sub art. 115, in *Poteri del giudice* di CARRATTA A. – TARUFFO M., in *Commentario del Codice di Procedura Civile* (a cura di CHIARLONI S.), Bologna, 2011.

TARUFFO M., voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, agg. I, Milano, 1997.

TARUFFO M., voce *Prova testimoniale (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988.

TARZIA G., *I provvedimenti urgenti sul processo civile approvati dal Senato*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 737 e ss.

TARZIA G., *La conversione del pignoramento con versamento rateale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, pp. 28 e ss.

TARZIA G., *Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves*, in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Parigi, 1996.

TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002.

TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009.

TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1987.

TARZIA G., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 634 e ss.

TARZIA G. – DANOVİ F., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014.

TARZIA G. – DITTRICH L., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2015.

TEDESCHI A., *Sui poteri dell'istruttore in appello in ordine all'ammissione di nuove prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 559 e ss.

TEDESCHI V., voce *Decadenza (dir. e proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962.

## BIBLIOGRAFIA

TEDOLDI A., *Del procedimento sommario di cognizione*, in *Commentario del Codice di procedura civile* (a cura di CHIARLONI S.), Bologna, 2016.

TEDOLDI A., *L'appello civile*, Torino, 2016.

TEDOLDI A., *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000.

TEDOLDI A., *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella "iconoclastica" del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 145 e ss.

TEDOLDI A., Sub Art. 329, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di CONSOLO C.), Milanofiori Assago, 2013.

TEDOLDI A., Sub art. 702quater, in *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016.

TERRÉ F., *Intervention en appel*, in *La Voie d'appel : Colloque national de droit judiciaire*, Aix-en-Provence, 1963.

TESORIERE G., *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova, 1983.

TESORIERE G., *Diritto processuale del lavoro*, Milanofiori-Assago, 2012.

TISCINI R., Sub art. 702bis, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile* (a cura di SALETTI A. – SASSANI B.), Torino, 2009.

TOMMASEO F., *Principio di preclusione e nuovo rito civile*, in *Studium iuris*, 1995.

TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato* (a cura di ANELLI F.– GRANELLI C.), Milano, 2015.

TRIMARCHI V.M., *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940.



## BIBLIOGRAFIA

- TRISORIO LIUZZI G., *Tutela giurisdizionale delle locazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale di Notariato* (diretto da PERLIGIERI P.), XIX, Napoli-Roma, 2005.
- TURATTO S., *Sub art. 345 c.p.c.*, in *La riforma del Codice di procedura civile*, in *NLCC*, 2010, pp. 930 e ss.
- VALITUTTI A. – DE STEFANO F., *Le impugnazioni nel processo civile*, I, Padova, 1996.
- VALITUTTI A. – DE STEFANO F., *Le impugnazioni nel processo civile*, II, Padova, 1996.
- VANZ M.C., *Certezza delle regole processuali vs. obiezione di retroattività: un percorso verso nuovi equilibri*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2012, pp. 966 e ss.
- VANZ M.C., *Considerazioni sull'appello dopo le più recenti modifiche della l. n. 134/2012: da novum iudicium a progetto di sentenza?*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, pp. 977 e ss.
- VELLANI M., voce *Appello civile*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958.
- VERDE G., *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2012.
- VERGÈS É. – VIAL G. – LECLERC O., *Droit de la preuve*, Parigi, 2015.
- VIDIRI G., *I poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo civile rinnovato*, in *Giust. civ.*, 2010, pp. 147 e ss.
- VINCENT J. – GUINCHARD S., *Procédure civile*, Parigi, 2003.
- VISENTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice Civile. Commentario* (diretto da BUSNELLI F.D.), Milano, 1987.
- VISENTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice Civile. Commentario* (diretto da BUSNELLI F.D.), Milano, 2006.

## BIBLIOGRAFIA

VITALE A. – LAZZARA M.M., voce *Decadenza (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, Roma, 1988.

VULLO E., *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015.

WEILLER L., *Réforme de la procédure d'appel: entre efficience et équité*, in *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 591 e ss.

ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1943.

ZANZUCCHI M.T., *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916.

ZIINO S., *Esecuzione forzata e intervento dei creditori*, Palermo, 2004.