

apparentemente scartato dalle premesse argomentative a fronte dell'indiscussa appellabilità tanto del provvedimento effettivo, quanto di quello dovuto; dogma la cui tradizionale funzione di protezione del soccombente, vanificata, sotto il profilo cronologico, dalla già richiamata compressione del termine per appellare che esso comporta, viene comunque recuperata nella sostanza per le maggiori garanzie di controllo sulla decisione e di esplicazione delle potenzialità difensive delle parti assicurate dalla disciplina speciale dell'appello nel rito sommario, in deroga a taluni dei limiti che caratterizzano l'appello nel rito ordinario.

In secondo luogo, e da ultimo, la tesi che esclude l'efficacia sanante del mero errore di denominazione del provvedimento decisorio commesso dal giudice sull'errore della parte che (colpevolmente) vi si è affidata nella scelta del relativo regime impugnatorio crea un singolare punto di contatto tra due aree tematiche solitamente correnti su binari paralleli, ossia la disciplina sostanziale dei vizi del consenso e quella dettata dal codice di rito in materia di atti processuali. Così come, in tema di contratti (nonché di negozi unilaterali recettizi a contenuto patrimoniale), l'errore che

abbia inficiato il processo formativo della volontà (art. 1427 c.c.) o anche soltanto la dichiarazione emessa (art. 1433 c.c.) non è considerato idoneo ad ingenerare nel destinatario di questa un legittimo affidamento circa la rispondenza della volontà manifestata alle effettive intenzioni del dichiarante, allorquando il vizio, oltre che essenziale, fosse dal primo riconoscibile con la normale diligenza (art. 1431 c.c.) – con la conseguenza che il secondo potrà contrastare, con l'azione di annullamento, l'altrui pretesa di conservazione degli effetti che ne siano scaturiti (cfr. Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, 560 e segg.) – allo stesso modo, l'errore commesso dal giudice in ordine al *nomen iuris* dato alla decisione e, come visto, non altrimenti giustificabile (da qui, la denominazione di errore “ostativo” adottata all'inizio di questo scritto), proprio perché “marchiano” e riconoscibile dalle parti, non è sufficiente a rendere incolpevole l'affidamento che in esso sia stato riposto ai fini della selezione del regime impugnatorio.

Carmela Novella

Emendatio libelli ed ordine di trattazione delle questioni

Cassazione civile, Sez. VI, 26 novembre 2019, n. 30745 (ordinanza) – Pres. Frasca – Rel. Rossetti – Impresa individuale S.A. (avv.ti Rosati e Bordoni) – V. Assicurazioni S.p.a. (avv.ti Feliciotti e Brazesco). *Cassa con rinvio*.

Processo civile – Domanda giudiziale – Mutatio ed emendatio libelli – Domanda nuova dell'attore consequenziale alle difese del convenuto – Termine – Entro la prima udienza – Necessità – Introduzione con la memoria art. 183, 5° comma, n. 1, c.p.c. – Inammissibilità

La memoria di cui all'art. 183, 6° comma, n. 1, c.p.c., consente all'attore di precisare e modificare le domande “già proposte”, ma non di proporre le domande e le eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni formulate dal convenuto, le quali vanno invece proposte a pena di decadenza entro la prima udienza di trattazione.

Processo civile – Eccezione – Questioni pregiudiziali di rito – Ordine di trattazione e decisione – Precedenza sul merito – Necessità – Violazione – Nullità – Assorbimento nei motivi di impugnazione

L'ordine di trattazione delle questioni, imposto dall'art. 276, 2° comma, c.p.c., mentre lascia libero il giudice di scegliere, tra le varie questioni di merito, quella che ritiene “più liquida”, gli impone per contro di esaminare per prime le questioni pregiudiziali di rito rispetto a quelle di merito. La violazione di tale regola costituisce una causa di nullità del procedimento, che resta tuttavia sanata se non venga fatta valere con l'impugnazione o, nel caso in cui la parte che ne risulti svantaggiata sia

quella vittoriosa in primo grado ed appellata, con l'appello incidentale.

Omissis. – Fatti di causa.

Il Sig. (*omissis*), nella qualità di titolare dell'Impresa Individuale (*omissis*), esercente l'attività di noleggio camper, convenne davanti al Tribunale di Milano la società (*omissis*) Assicurazioni s.p.a. chiedendo la condanna della stessa al pagamento dell'indennizzo contrattualmente dovuto in quanto: aveva noleggiato un camper a (*omissis*) che aveva denunciato il furto del mezzo e il mezzo denunciato come sottratto era coperto da una polizza assicurativa stipulata con la convenuta, a garanzia dei danni da furto. Chiese pertanto la condanna della società convenuta al pagamento dell'indennizzo contrattualmente dovuto.

La società convenuta si costituì ed eccepì che esistevano molti dubbi sul fatto che il veicolo fosse stato effettivamente rubato, ovvero non fosse stato fraudolentemente occultato dall'utilizzatore.

A tale difesa il proprietario del mezzo replicò con la prima memoria di cui all'art. 183, comma sesto, c.p.c., che il contratto prevedeva sia la garanzia per i rischi di furto sia per il rischio di appropriazione indebita e chiese la condanna dell'assicuratore convenuto al pagamento dell'indennizzo contrattualmente previsto per tale seconda ipotesi di rischio.

Il Tribunale di Milano rigettò le domande attoree ritenendole non provate (*omissis*).

La Corte d'appello di Milano, adita dal soccombente, (*omissis*), condivise l'opinione del primo Giudice circa l'assenza di prova dell'effettivo avverarsi di un furto; e quanto alla domanda di pagamento dell'indennizzo contrattualmente previsto per il rischio di “appropriazione indebita” ne rilevò la novità e la dichiarò inammissibile.

Avverso la sentenza d'appello l'imprenditore propose ricorso per cassazione fondato su due motivi ed illustrato da

memoria; ricorso a cui la (*omissis*) Assicurazioni s.p.a. ha resistito con controricorso.

Diritto

Ragioni della decisione.

(*Omissis*).

Il primo motivo di ricorso.

Col primo motivo il ricorrente lamenta, formalmente richiamando l'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione degli artt. 111 Cost.; nonché dell'art. 113 c.p.c. e dell'art. 183 c.p.c., commi 5 e 6.

Sostiene che la richiesta del pagamento dell'indennizzo previsto dal contratto per l'ipotesi di appropriazione indebita non era una domanda nuova, ma una modifica della domanda originaria (avente ad oggetto pur sempre la condanna dell'assicuratore all'adempimento del contratto), resa necessaria dalle difese della convenuta, la quale aveva contestato l'esistenza del furto.

Il motivo è fondato, sia pure per ragioni diverse da quelle dedotte dall'attore: ragioni che tuttavia, per quanto si dirà, è consentito a questa Corte rilevare d'ufficio.

Come accennato, nel caso di specie l'attore domandò la condanna dell'assicuratore al pagamento dell'indennizzo, invocando la garanzia prevista dal contratto di assicurazione per l'ipotesi di furto.

L'assicuratore, oltre a contestare tale pretesa, allegò che la perdita del mezzo oggetto del noleggio era stata causata da una appropriazione indebita, e non da un furto.

Nella prima udienza del giudizio di primo grado l'attore, che pure avrebbe potuto riqualificare la propria domanda originaria, ed invocare perciò il pagamento dell'indennizzo dovuto per l'ipotesi di perdita dovuta ad appropriazione indebita, non lo fece. Modificò, invece, la propria domanda solo con la prima memoria di cui all'art. 183 c.p.c., 6° comma: ed incorse in tal modo nella preclusione prevista dall'art. 183 c.p.c., 5° comma (il quale stabilisce che "nella (...) udienza (di trattazione) l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto").

Tale norma, infatti, consente all'attore di formulare le domande nuove che siano conseguenze delle eccezioni del convenuto solo nella prima udienza, e non nella memoria di cui all'art. 183 c.p.c., 6° comma.

La memoria di cui all'art. 183 c.p.c., 6° comma, n. 1, consente all'attore di precisare e modificare le domande "già proposte", ma non di proporre le domande e le eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni formulate dal convenuto, le quali vanno invece proposte entro la prima udienza di trattazione (ex multis, Sez. 1, Sentenza n. 9880 del 13/05/2016, Rv. 639817 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 3806 del 26/02/2016, Rv. 638877 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 25409 del 12/11/2013, Rv. 629119 - 01; Sez. U, Sentenza n. 3567 del 14/02/2011, Rv. 616565 - 01).

La società convenuta, nella memoria depositata ai sensi dell'art. 183 c.p.c., 6° comma, n. 2, eccepì il maturare di tale preclusione.

Il Tribunale tuttavia, il quale avrebbe dovuto rilevare d'ufficio il maturare della preclusione (Sez. 1, Sentenza n. 3806 del 26/02/2016, Rv. 638877 - 01), non lo fece, incorrendo così in una nullità: esaminò, infatti, nel merito la domanda attorea, senza chiedersi se tale domanda fosse stata tempestivamente proposta, violando in tal modo l'ordine delle questioni di cui all'art. 276 c.p.c., 2° comma, il quale imponeva di esaminare per prima la questione concernente l'ammissibilità in rito della domanda di pagamento dell'indennizzo per l'ipotesi di avveramento del rischio di appropriazione indebita; e solo dopo, superato positivamente

tale vaglio di ammissibilità, sarebbe stato possibile giudicare sul merito della questione.

Ne consegue che, per effetto del principio di conversione delle nullità in motivi di gravame, tale errore avrebbe dovuto essere fatto valere di chi vi aveva interesse (la società convenuta) in grado di appello e nelle forme dell'appello incidentale condizionato, ma non attraverso la mera riproposizione dell'eccezione di novità, ex art. 346 c.p.c..

Infatti, avendo il Tribunale statuito sul merito della domanda, in tal modo quel giudice rigettò l'eccezione di inammissibilità, incorrendo nella violazione della regola che impone l'ordine di esame delle questioni (art. 276 c.p.c., 2° comma).

Tale regola, come noto, mentre non prevede alcun ordine di trattazione per le varie questioni di merito (sicché il giudice resta libero di esaminare per prima quella che ritiene, come è d'uso dire, "più liquida"), stabilisce una gerarchia rigorosa tra l'esame delle questioni di rito e l'esame di quelle di merito, stabilendo che non possa mai esaminarsi il merito d'una domanda, se prima non vengano affrontate e risolte "le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio".

Se pertanto il giudice, violando tale regola, si pronuncia sul merito ignorando la questione pregiudiziale, incorre in un error in procedendo. Tale error in procedendo tuttavia, quando sia potenzialmente svantaggioso per la parte comunque vittoriosa ed appellata, deve essere rimosso con l'appello incidentale condizionato, altrimenti si formerà il giudicato sulla violazione dell'ordine di esame delle questioni, violazione che perciò non sarà più ulteriormente censurabile.

Tutti i principi che precedono sono stati già affermati da questa corte, a Sezioni unite, con la sentenza Sez. U, Sentenza n. 11799 del 12/05/2017 (in particolare, ai p. 9.3.3.1 e e segg. della motivazione).

Da quanto esposto consegue che la Corte d'appello di Milano non avrebbe potuto pronunciarsi sulla questione della novità della domanda di pagamento dell'indennizzo dovuto dall'assicuratore per l'ipotesi di avveramento del rischio di appropriazione indebita, perché tale questione era stata risolta in modo viziato dal Tribunale (che esaminò nel merito la domanda senza porsi il problema della sua ammissibilità), ma tale errore, consistito nella violazione dell'art. 276 c.p.c., 2° comma, non era stato censurato in via incidentale e condizionata in grado di appello, sicché sulla ammissibilità di quella domanda si era formato il giudicato interno.

Giudicato che, come noto, può essere rilevato ex officio in sede di legittimità anche se formatosi a seguito della sentenza di primo grado, salva l'ipotesi, qui non ricorrente, in cui il giudice d'appello abbia deciso sulla portata dell'atto di appello e, quindi, sull'esistenza o meno del suddetto giudicato (Sez. 2 -, Ordinanza n. 5133 del 21/02/2019, Rv. 652696 - 01; Sez. 1 -, Ordinanza n. 6087 del 13/03/2018, Rv. 647754 - 01; Sez. 5, Sentenza n. 1284 del 22/01/2007, Rv. 595137 01).

La sentenza impugnata va dunque cassata con rinvio, affinché il giudice di rinvio, rilevato il giudicato interno in merito all'ammissibilità della domanda di pagamento dell'indennizzo dovuto per l'ipotesi di appropriazione indebita, la esamini nel merito, in applicazione dei seguenti principi di diritto:

(a) la memoria di cui all'art. 183 c.p.c., 6° comma, n. 1, consente all'attore di precisare e modificare le domande "già proposte", ma non di proporre le domande e le eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni formulate dal convenuto, le quali vanno

invece proposte a pena di decadenza entro la prima udienza di trattazione;

(b) l'ordine di trattazione delle questioni, imposto dall'art. 276 c.p.c., 2° comma, mentre lascia libero il giudice di scegliere, tra varie questioni di merito, quella che ritiene "più liquida", gli impone per contro di esaminare per prime le questioni pregiudiziali di rito rispetto a quelle di merito. La violazione di tale regola costituisce una causa di nullità del procedimento, che resta tuttavia sanata se non venga fatta valere con l'impugnazione o, nel caso in cui la parte che ne risulti svantaggiata sia quella vittoriosa in primo grado ed appellata, con l'appello incidentale.

Gli altri motivi di ricorso restano assorbiti.

Le spese del presente giudizio di legittimità saranno liquidate dal giudice del rinvio.

P.Q.M.

(-) accoglie il primo motivo di ricorso; dichiara assorbiti gli altri; cassa in relazione al motivo accolto la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità. – *Omissis*.

Ampliamento dell'*emendatio libelli* e ordine di decisione delle questioni

Sul confine tra *emendatio* e *mutatio libelli*. La decisione in commento trae origine dalla domanda dell'attore che aveva chiesto il pagamento dell'indennizzo assicurativo previsto per il caso di furto e che, a fronte delle difese della convenuta, con memoria *ex art.* 183, 6° comma, n. 1, c.p.c. aveva fatto valere, in alternativa al furto, l'appropriazione indebita come titolo del credito azionato.

A fronte della vicenda in commento sembra opportuno, prima di ripercorrere le ragioni che hanno spinto la Suprema Corte a ritenere ugualmente fondato il primo motivo di ricorso, comprendere se effettivamente la domanda formulata dall'imprenditore possa essere qualificata come "nuova" e soffermarsi sulla distinzione tra diritti autodeterminati e diritti eterodeterminati.

Come è noto, le nozioni di *mutatio* ed *emendatio libelli* assumono notevole rilevanza a causa del rigoroso sistema di preclusioni che oggi caratterizza la fase introduttiva del processo.

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno affermato che "per *emendatio libelli* si deve intendere la precisazione o la modificazione della domanda originaria; mentre per *mutatio libelli* si deve intendere la proposizione di una domanda radicalmente diversa e nuova" (Cass., 28 gennaio 2015, n. 1585).

Secondo l'orientamento dominante al momento della citata Cass. n. 1585/2015, doveva distinguersi nettamente, in linea di principio, tra la *mutatio libelli*, consistente in un mutamento radicale della domanda originaria, precluso in ogni caso ed in qualunque momento, e la *emendatio libelli* che si concreta in una variazione mera modifica della domanda originaria, consentita a talune condizioni ed entro certi limiti temporali).

Al confine tra *mutatio* ed *emendatio libelli* è stato

poi attribuito un assetto variabile, secondo la distinzione, generalmente recepita in giurisprudenza, tra diritti autodeterminati ed eterodeterminati.

Come è noto, i diritti autodeterminati sono quelli la cui individuazione prescinde dal titolo di acquisto allegato, attesa la natura unica ed irripetibile della situazione sostanziale dedotta (*ex multis*: Cass., 23 febbraio 2017, n. 4681): appartengono a tale categoria la proprietà e i diritti reali minori.

Nei secondi, invece, il titolo di acquisto possiede una specifica attitudine a individuare il diritto fatto valere in giudizio: a tale categoria appartiene la maggior parte dei diritti relativi (di obbligazione al pagamento di una somma di denaro o alla consegna di determinati beni fungibili), per la cui individuazione, pertanto, sono necessari sia l'indicazione del *petitum*, sia l'indicazione della *causa petendi*.

Per i primi la giurisprudenza ha da tempo assunto un atteggiamento più permissivo; poiché la *causa petendi* si identificherebbe con gli elementi fattuali che descrivono il diritto e non con la sua fonte, i fatti che ne hanno determinato l'acquisto sono trattati alla stregua di «fatti secondari», come tali deducibili e modificabili finché la legge consente l'*emendatio libelli* (Cass., 17 novembre 2015, n. 24400).

Ferma la distinzione tra diritti etero- e autodeterminati, secondo la giurisprudenza (*ex multis*: Cass., 12 aprile 2005, n. 7524) la domanda si considera "mutata" quando la variazione investe gli elementi che la identificano, modificando in maniera sostanziale l'oggetto del giudizio ed i termini della controversia, in modo da porre in essere una pretesa diversa, per la sua intrinseca essenza, da quella originariamente fatta valere, verificandosi in tale ipotesi una *mutatio libelli* e non una mera *emendatio*. In particolare, si ha *mutatio libelli* quando si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio oppure una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga un nuovo tema di indagine e si spostino i termini della controversia. Si ha semplice *emendatio* negli altri casi, cioè quando la variazione cade su elementi non essenziali all'identificazione della domanda o incide su di essi in misura marginale e tale da non alterare l'assetto del contraddittorio.

Il quadro delineato sino a questo punto aveva portato l'insorgere di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che aveva indotto la Sez. II della Corte di cassazione (Cass., 31 gennaio 2014, n. 2096) a sollecitare l'intervento delle Sezioni unite.

Nel vigore dell'attuale art. 183, 5° comma, c.p.c., che consente solo all'attore la *mutatio libelli* esclusivamente entro la prima udienza di trattazione e a condizione che sia "conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto", le Sezioni unite (Cass., 15 giugno 2015, n. 12310) della Suprema Corte hanno tracciato un quadro volto ad enucleare in maniera differente il rapporto tra *mutatio* ed *emendatio libelli*.

Le Sezioni unite, discostandosi dal loro precedente orientamento (Cass., Sez. un., 5 marzo 1996, n. 1731), hanno ampliato notevolmente i margini di ammissibilità dell'*emendatio*, possibile purché la domanda, così modificata, risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio.

In particolare, la citata pronuncia ha affermato, in riferimento al rapporto tra domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e domanda di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo della proprietà di un bene immobile, l'ammissibilità della modifica, nella prima memoria *ex art. 183, 6° comma, c.p.c.*, dell'originaria domanda formulata *ex art. 2932 c.c.* con quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo.

Nella richiamata pronuncia la Corte ha affermato che: "la modificazione della domanda ammessa a norma dell'art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (*petitum e causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali."

Nel proseguo del ragionamento, le Sezioni unite, sono giunte a considerare nuove – e, quindi, inammissibili – solo le domande che siano "altre" rispetto a quella originaria (e che, in quanto tali, a quella si aggiungono); mentre tali non sono le domande, che pur alterate negli elementi oggettivi (in uno solo od entrambi), non sono "altre" rispetto a quella originaria, perché non si aggiungono ad essa ma la sostituiscono e si pongono, pertanto, in rapporto di alternative (Sul punto v. C. Cariglia, *Mutatio ed emendatio libelli – La corte di cassazione conferma il nuovo orientamento in tema di ammissibilità della domanda nuova*, in *Giur. It.*, 2016, 10, 2154) rispetto alla stessa.

In linea con questo indirizzo, (Cass., Sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404), le Sezioni unite hanno poi ammesso che con la prima memoria *ex art. 183, 6° comma, c.p.c.*, l'attore possa sostituire l'originaria domanda di adempimento contrattuale con quella di arricchimento senza causa.

Alla luce dell'attuale orientamento delle Sezioni unite, sembra possibile affermare che, nel caso *de quo*, la Suprema Corte, con l'ordinanza in commento, abbia qualificato come *mutatio libelli* quella che in realtà è una semplice *emendatio libelli*.

Infatti, se si ritiene che il ricorrente abbia alterato la domanda negli elementi oggettivi, in quanto ha modificato la *causa petendi* (non più il furto del veicolo, bensì l'appropriazione indebita), ma ha tenuto fermo il *petitum*, continuando a chiedere il pagamento dell'indennizzo previsto dal contratto, si è portati a concludere che si tratta di *emendatio libelli* in virtù di quanto sancito dalla Suprema Corte nel 2015 e successivamente ribadito in altre pronunce.

Invero, nel caso in esame si è davanti ad un'ipotesi in cui la domanda nella sua formulazione finale riguarda la medesima vicenda dedotta in giudizio con

l'atto introduttivo e il ricorrente si è limitato a chiamare in causa una diversa clausola assicurativa rispetto a quella inizialmente coinvolta, pertanto rientra pienamente nell'ipotesi di domanda modificata ammissibile per "connessione per alternatività", come statuito dalla Suprema Corte con la pronuncia del 2015.

L'art. 276, 2° comma, c.p.c. La Suprema Corte, muovendo dalla premessa che l'attore avesse compiuto una *mutatio libelli* irrituale, ha affermato che il Tribunale avrebbe dovuto pronunciarsi sulla questione prima di decidere la causa nel merito; salvo poi concludere che nel caso di specie il vizio si sarebbe sanato perché non investito da un apposito motivo di impugnazione.

Orbene, alla luce di quanto sovraesposto, sembra opportuno chiarire la portata e la natura dell'art. 276 c.p.c. alla luce della più recente giurisprudenza e l'interpretazione che dello stesso emerge dalla pronuncia *de qua* e, infine, comprendere se davvero l'aver deciso prima il merito sia una causa di nullità.

Infatti nel caso *de quo* la Suprema Corte ha rimproverato al Giudice di primo grado la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato *ex art. 112 c.p.c.*, in quanto la domanda formulata dall'attore, secondo la Cassazione non avrebbe potuto essere decisa nel merito.

L'art. 276, comma secondo, c.p.c. dispone che "il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa".

La sopra riportata disposizione, seppur non parli di "ordine delle questioni", usando l'avverbio "gradatamente" impone un ordine logico-giuridico di trattazione e, pertanto, è sempre stata interpretata nel senso che le questioni pregiudiziali (proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio, circa la sussistenza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione) debbano essere decise prima del merito (Turroni, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, 111 e segg.).

Alla luce di quanto disposto dall'art. 111 Cost. si è pienamente consapevoli che la finalità ultima del processo civile è quella di pervenire ad una sentenza giusta e, pertanto, il rapporto fra questioni di rito e di merito non si può esaurire in una mera questione di ordine.

Pare doveroso ricordare che "il rito ha una funzione soltanto strumentale ed è una condizione di garanzia per il corretto esercizio dialettico della funzione decisoria, che però tende alla risoluzione del conflitto sul merito. Una sentenza che non pervenga al merito non assolve il suo compito di essere giusta" (P. Biavati, *Appunti sulla struttura delle decisioni e l'ordine delle questioni*, in: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20120315_RelazioneBiavati2.pdf).

Ne deriva che l'ordine delle questioni non può essere inteso come uno schema assoluto e, posta la prio-

rità logica di quelle pregiudiziali, non sempre si può individuare con certezza un ordine nelle decisioni.

Inoltre, l'ordine delle questioni può essere sovvertito da una valutazione applicativa che vede come punto di riferimento la vicenda dedotta in giudizio nel caso di specie e la natura del dibattito giudiziario. Si vuole far riferimento al principio della c.d. ragione più liquida, secondo il quale si decide prima (temporalmente) una questione (logicamente) più a valle, se tale questione è più agevole da decidere.

Il principio della ragione più liquida, che sostituisce un profilo di evidenza a quello dell'ordine logico, ha poi una precisa ricaduta, nel senso che è coerente con esso la negazione dell'idea di giudicato implicito. Invero, quest'ultimo si forma sulle questioni e sugli accertamenti che costituiscono "il presupposto logico indispensabile di una questione o di un accertamento sul quale si sia formato un giudicato esplicito"; quindi è chiaro che invertendo l'ordine logico-temporale della decisione il giudicato implicito non ha ragione di esistere.

La nozione di giudicato implicito è di creazione giurisprudenziale e, a differenza del principio della ragione più liquida, rispetta in modo rigoroso l'ordine logico-giuridico delle questioni, portandolo alle sue estreme conseguenze (Cass., 28 ottobre 2005, n. 21096).

Il tema del giudicato implicito è complesso ed articolato e, per quanto di interesse in tale sede, si ritiene opportuno evidenziare che è strettamente collegato al diverso *modus operandi* delle questioni pregiudiziali di rito e delle pregiudiziali di merito (rapporto che è stato di recente approfondito da: Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242).

Riguardo a queste ultime, le domande delle parti (anche nella logica dell'art. 34 c.p.c.) sono in definitiva l'unico limite al dovere decisorio del giudice e, quindi, lo lasciano più libero di applicare il criterio della ragione più liquida, all'unica condizione di aver pronunciato su tutte le domande, per le quali vi sia l'obbligo di pervenire all'efficacia di giudicato.

Per quanto riguarda, invece, le pregiudiziali di rito, è maggiore il numero di casi in cui l'eventuale pretermissione apre la strada non soltanto ad un'impugnazione, ma anche ad un rilievo officioso del giudice superiore. A tale proposito sembra particolarmente rilevante distinguere il caso in cui la domanda vada respinta nel merito da quello opposto. Nel primo caso il giudice sembrerebbe libero di applicare il criterio della ragione più liquida, perché l'eventuale fondatezza della pregiudiziale di rito condurrebbe comunque al rigetto della domanda; non invece nel secondo, perché, nel caso la domanda fosse inammissibile, il suo accoglimento nel merito condurrebbe a un risultato opposto a quello previsto dalla legge.

Per quanto di interesse in questa sede, si evidenzia che la Suprema Corte con la decisione 26242/2014 ha affermato che l'ordine di trattazione delle questioni (precedenza alle questioni relative alla giurisdizione e alla competenza, pregiudiziali di rito, pregiudiziali di merito e, infine, questioni di merito in senso stret-

to), apparentemente sancito in maniera precisa dall'art. 276 c.p.c., non è mai stato ritenuto un ordine dal quale il giudice non possa discostarsi.

Nella suddetta pronuncia le S.U. hanno evidenziato che sebbene sia pacifico che le questioni pregiudiziali di rito devono essere esaminate prima di quelle da esse dipendenti, i parametri possono essere differenti: natura della questione, idoneità a definire il giudizio, liquidità della ragione, maggiore preclusività e volontà del convenuto.

Inoltre, giova rilevare che sia una parte della dottrina (M. Fornaciari, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, 66 e segg. In tale opera egli nega valore precettivo all'art. 276 c.p.c.) che la giurisprudenza (Cass., 17 giugno 2013, n. 15122) hanno già avuto modo di affermare che la supposta primazia del rito rispetto al merito non è un principio assoluto.

Il caso di specie. Considerato tutto quanto esposto fino a questo punto, è bene concludere il discorso riportando l'attenzione sul ragionamento seguito dalla sezione sesta nell'ordinanza in commento.

In virtù di quanto precisato in riferimento all'effettiva portata dell'art. 276 c.p.c., sembra possibile affermare che, anche qualora il tribunale avesse affrontato, *in primis*, la questione relativa all'ammissibilità in rito del pagamento dell'indennizzo, la decisione finale non avrebbe assunto una natura differente. Invero, ricordando quanto detto nel precedente paragrafo circa il fatto che la domanda formulata dal ricorrente avrebbe dovuto esser ritenuta una semplice *emendatio libelli*, la stessa sarebbe risultata pienamente ammissibile, per cui – quale che fosse l'ordine di esame – il Tribunale avrebbe dovuto comunque decidere la causa nel merito.

Ancora, la Corte di cassazione, si è detto, aveva ritenuto che quando il giudice si pronunciasse sul merito ignorando la questione pregiudiziale (omettendo quindi di rilevare d'ufficio il maturare della preclusione), incorre in un *error in procedendo*, il quale deve essere rimosso con l'appello incidentale condizionato, altrimenti si formerà il giudicato sulla violazione dell'ordine di esame delle questioni e la stessa non sarà più ulteriormente censurabile.

Anche a tale proposito si rende necessaria qualche precisazione.

Il principio dell'assorbimento nei motivi di impugnazione vale per l'omesso rilievo delle questioni pregiudiziali di rito ma non per quelle di merito rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo. Con particolare riguardo alla nullità negoziale, e secondo il più recente indirizzo delle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242), il giudice *ad quem* può rilevare la questione anche d'ufficio per la prima volta, a meno che il giudice *a quo* si sia espressamente pronunciato su di esse.

Con riferimento invece alle questioni pregiudiziali di rito, il rilievo officioso in sede di impugnazione non è inoltre precluso: quando vengono in gioco valori essenziali del processo, come il rispetto del diritto

di difesa o la protezione della parte più debole, o quando si tratti di dare spazio a norme fondamentali, costituzionali od europee. In altri casi, invece, il giudice potrà rendersi conto che nessuna delle parti ha interesse a sollevare quel profilo, proprio perché le difese si sono consapevolmente articolate su altri aspetti del contendere e fanno ragionevolmente desumere che il silenzio non dipenda da trascuratezza dei difensori. Nel contempo, potrà verificare che il punto, potenzialmente oggetto di un rilievo, non riguarda aspetti realmente decisivi, non solo per il merito, ma per la stessa correttezza del processo.

In conclusione, sembra possibile affermare che, non solo il Tribunale non ha violato l'ordine di trattazione delle questioni di cui all'art. 276 c.p.c., ma neppure ha sbagliato nel non rilevare d'ufficio il maturare della preclusione, in quanto non coinvolgeva valori essenziali del processo e nessun delle parti aveva sollevato la questione e, pertanto, non si può ritenere che così facendo incorse in una nullità.

Chiara Perrone

Consulenza tecnica preventiva

Cassazione civile, Sez. III, 26 settembre 2019, n. 23976 – Pres. Amendola – Rel. Scrima – P.M. Basile (conf.) – R. (avv. Stigliano) – U. spa., non costituito. *Dichiara inammissibile il ricorso.*

Procedimenti cautelari – Procedimento di consulenza tecnica preventiva – Mancato accoglimento dell'istanza – Reclamabilità del provvedimento – Ammissibilità

In materia di procedimento di consulenza tecnica preventiva, il mancato accoglimento dell'istanza è reclamabile anche in relazione alla sola statuizione sulle spese processuali, ma non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, 7° comma, Cost., trattandosi di provvedimento privo, anche con riferimento alle disposizioni sulle spese, dei caratteri della definitività e della decisorietà.

Omissis. – 2.1. Va anzitutto osservato che deve ritenersi che, con il provvedimento impugnato, il Tribunale abbia dichiarato inammissibile il ricorso proposto dinanzi a quel giudice e non rigettato lo stesso, dovendosi il termine “rigetto” di cui all'ultimo capoverso della parte motiva dell'ordinanza che precede il dispositivo ritenersi chiaramente ascrivibile ad un lapsus calami, alla luce del capoverso che precede e del dispositivo in cui si dichiara l'inammissibilità della domanda.

2.2. Inoltre, l'affermazione contenuta nell'ordinanza impugnata, secondo cui si tratta di “provvedimento definitivo”, va correttamente intesa non nel suo significato letterale ma, invece, come indicativa, nella specie, di provvedimento che chiude quel procedimento (per il difetto del carattere di definitività e decisorietà del provvedimento di non accoglimento dell'istanza di consulenza tecnica, provvedimento che, quindi, in alcun modo può essere qualificato alla stregua di una “sentenza”, agli effetti dell'art. 111 Cost., comma 7, v. Cass., ord., 7/03/2013, n. 5698, in motivazione p. 5; Cass., ord., 21/05/2018, n. 12386; v. comunque quanto appresso evidenziato con specifico riferimento alla statuizione sulle spese).

2.3. Osserva, altresì, il Collegio che, ai sensi dell'art. 669-querdecies cod. proc. civ., l'art. 669-septies c.p.c. si applica ai provvedimenti di istruzione preventiva previsti dalla sezione IV del capo III del libro IV del codice di rito, nei quali deve annoverarsi, senza dubbio, anche il provvedimento emesso in relazione al ricorso proposto ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c.

E l'art. 669-septies c.p.c., al comma 2, prevede che se l'ordinanza di rigetto o di incompetenza è pronunciata prima dell'inizio della causa di merito, con essa il giudice provvede definitivamente sulle spese del procedimento. Tale previsione va intesa come riferita ad ogni caso in cui il ricorso introduttivo non sia stato accolto (si veda al riguardo Corte Cost., ord., 6/02/2013, n. 12, la quale sia pure, per fini diversi da quelli rilevanti in questa sede e in relazione a procedimento relativo ad accertamento tecnico preventivo iscritto nel ruolo generale del Giudice a quo nel 2011, ha richiamato l'orientamento espresso da questa Corte con sentenza 29/03/1996, n. 2937, sia pure antecedente alla riforma del processo cautelare), sicché, alla luce del richiamato orientamento, ben poteva il Tribunale di Bari procedere alla liquidazione delle spese del procedimento in parola.

2.4. Va pure evidenziato che, a seguito degli interventi della Corte costituzionale (Corte Cost. 16 maggio 2008, n. 144; v. anche Corte Cost. 28 gennaio 2010, n. 26, in relazione al carattere espansivo delle regole del procedimento cautelare uniforme, carattere che proprio nell'art. 669-querdecies c.p.c. è normativamente stabilito), trova applicazione, anche con riferimento ai procedimenti di istruzione preventiva, l'art. 669-terdecies c.p.c. in ordine alla reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza per l'assunzione preventiva dei mezzi di prova di cui agli artt. 692 e 696 c.p.c.

2.4.1. Questo Collegio, invero, non ritiene di condividere l'orientamento di parte della giurisprudenza di merito (Trib. Roma, 29/05/2015, proc. n. 14829/15 RG reclami; Trib. Mantova, 3/07/2008; Trib. Taranto 4/12/2013; v. contra Trib. Napoli 28 ottobre 2008) che ha escluso la possibilità di estendere quanto affermato dalla Consulta con la richiamata sentenza del 2008 al caso di rigetto (o comunque di non accoglimento, ad es. inammissibilità, come nella specie) della richiesta di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, in quanto la motivazione della sentenza della Corte costituzionale si fonderebbe integralmente sull'urgenza dell'assunzione del mezzo istruttorio, requisito carente nell'art. 696-bis c.p.c..

Ed infatti, se è pur vero che, con riferimento alla consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 669-bis c.p.c., difetta il presupposto del periculum in mora, deve ritenersi – anche alla luce di quanto affermato dalla Consulta con la sentenza n. 26 del 2010 – che la disciplina dettata dagli artt. 692-699 c.p.c. non esclude “la natura cautelare delle relative misure”, da intendersi, all'evidenza, latamente cautelare quanto al procedimento di cui all'art. 696-bis c.p.c.,