



UNIVERSITA' DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di laurea Magistrale in Giurisprudenza

**L'EVOLUZIONE DELLO IUS NOVORUM E L'ARDUA
ESEGESI DELL'ART. 345 C.P.C.
TRA APPELLO COMUNE E APPELLO SPECIALE**

Il candidato

Lucia Donata Romano

Il relatore

Prof. Claudio Cecchella

A.A 2012/2013

RINGRAZIAMENTI

Sommario

INTRODUZIONE.....	1
I. LE ORIGINI STORICHE DELLO IUS NOVORUM E L'ARDUA	
ESEGESI DELL'ARTICOLO 345 C.P.C	5
I.1 Lo ius novorum così come concepito nel codice di procedura civile del 1865 e profili generali del processo di cognizione	5
I.1.1 Le dispute dottrinarie e giurisprudenziali intorno alla questione dei nova nei progetti di riforma c.p.c. del 1865	13
I.2 Il nuovo codice di rito del 1940.....	16
I.3 La Novella del 1950	19
I.4 La legge 533/1973 e la disciplina dei nova all'interno dell'art. 437 c.p.c. come preludio dell'attuale art. 345 c.p.c.....	23
I.5 La formulazione dell'art. 345 c.p.c. ad opera della legge di riforma 353/1990-1995	27
II. LA RIFORMA DEL 2012	36
II.1 La riforma del 2012: la nuova veste dell'art. 345 c.p.c.....	36
II.1.1. Il divieto di nuove domande in appello	38
II.1.2. Il divieto di nuove eccezioni in appello.....	42
II.1.3. La produzione di nuovi documenti in appello e la legge n. 69 del 2009	49
II.1.4. I nuovi mezzi prova: il requisito della novità e prove non nuove.....	58
II.1.5. Il concetto di indispensabilità in dottrina e nell'interpretazione giurisprudenziale della Corte di Cassazione.....	67
II.1.6. Le prove non proposte in primo grado per causa non imputabile alla parte.....	77
II.1.7. Il giuramento decisorio.....	81
III. L'APPELLO SPECIALE.....	85
III.1 La disciplina dell'appello di diritto comune e il profilarsi di un appello speciale. Profili generali	85
III.1.1. Il processo a cognizione piena e il processo a cognizione sommaria: caratteristiche fondamentali, differenze ed elementi comuni	87
III.2 Il motivo di appello nel processo sommario di cognizione ex art. 702- bis c.p.c.	90
III.2.1. Le ricadute della legge n. 134/2012 nel processo sommario e le introdotte novità difensive	98

III.3 Il rito camerale ibrido come processo a cognizione piena di rito speciale e la disciplina del reclamo-appello: contenziosi fallimentari e controversie di famiglia.	101
III.3.1. Le prove atipiche nel rito camerale: uso, efficacia e garanzia del principio contraddittorio	110
CONCLUSIONI.....	116
BIBLIOGRAFIA.....	122

INTRODUZIONE

La questione dello *ius novorum* in appello è uno dei temi maggiormente dibattuti all'interno della dottrina e della giurisprudenza sin dal codice di procedura civile del 1865. Tuttora è oggetto di numerose ed ampie discussioni soprattutto dovute agli innumerevoli interventi da parte del legislatore sulla legge processuale civile, che hanno alterato il tessuto normativo del codice vigente, e che “hanno fatto del codice di procedura civile una tela di Penelope tessuta e disfatta senza posa”¹. L'ondeggiare nel tempo di contrastanti norme e l'alternanza della disciplina dei *nova* in appello comprova di per sé l'estrema delicatezza della questione e sottolinea e mette in evidenza di come si tratti di un istituto che implica importanti conseguenze sul piano sia della struttura che della funzione stessa del processo civile. In extrema ratio, la questione che sta alla base dello *ius novorum* in appello consiste nell'ammettere o meno, e a quali condizioni, l'ampliamento del *thema decidendum* e del *thema probandum* nel processo di appello, rispetto al giudizio di prima istanza. Lo scopo della tesi è quello di operare dapprima una ricostruzione storica della disciplina dell'istituto e, in un secondo momento, di analizzare nello specifico l'interpretazione data attualmente all'art. 345 c.p.c. all'interno della dottrina e della giurisprudenza, per poi concludere con una trattazione relativa al c.d. “Appello speciale” riguardante in particolar modo il diritto fallimentare e il diritto di famiglia, ambiti nei quali si è mantenuta e continua a conservarsi non solo l'idea ma anche la figura e la disciplina concreta e applicativa di un appello configurato come mezzo di gravame e non come mezzo di impugnazione in senso stretto.

¹ Cfr. B. CAPPONI, *Il diritto processuale civile <<non sostenibile>>*, in *Riv. trim. proc. civ.* 2013, n. 3, p. 856.

Lo *ius novorum* in appello nasce nel 520 d.C. con la Costituzione di Giustino, che ammise liberamente i *nova* in appello, affinché la causa <<*pleniore subveniat veritatis lumine*>>. Si è poi assistito, nella storia ed anche nei sistemi giuridici comparati, alle formulazioni più varie. Nel ripercorrere le tappe normative e giurisprudenziali più importanti e significative, è stato scelto come punto di partenza della trattazione il codice di procedura civile del 1865, e ne sono state individuate le questioni interpretative che avevano ad oggetto l'art. 490, che disciplinava, per l'appunto, lo *ius novorum* in appello, seguito dal nuovo codice di rito del 1940, che ha per la prima volta introdotto il principio di preclusione nel nostro ordinamento, sancendo così una netta chiusura ai *nova* in appello, sino alla completa riapertura con la controriforma operata con la Novella del 1950 (che quel principio aveva cancellato e aveva riaperto così il secondo grado di giudizio alle novità), determinando all'interno del sistema una vera e propria inversione di rotta. Su questo impianto originario si è innescata nel tempo un'evoluzione per un verso legislativa e per un altro verso giurisprudenziale. Il sovrapporsi di normative ha consegnato l'istituto dell'appello a un'intrinseca e invincibile ambiguità, che invano si tenterebbe di risolvere nella nota antitesi tra *novum iudicium* e *revisio prioris instantiae*. In tale senso, il primo intervento significativo di riforma del processo civile si è avuto con la legge 533/1973 che ha introdotto il rito del lavoro, sulla cui scia è poi stata emanata la legge 353/1990 che ha disciplinato in maniera innovativa l'appello, intervenendo specificatamente sull'art. 345 c.p.c., e allineandolo così all'art. 437 c.p.c., norma che detta la disciplina dell'appello nel rito del lavoro, e la cui formulazione e interpretazione ha avuto una notevole influenza anche in relazione, per l'appunto, al rito ordinario. Lo stadio conclusivo di tale iter legislativo è attualmente rappresentato dalla Riforma del 2012, attuata mediante legge 7 agosto 2012 n. 134, conversione del Decreto

Legge 22 giugno 2012 n. 83, che ha disciplinato e inciso sull'istituto dell'appello così come generalmente inteso. Tra gli interventi che hanno suscitato maggiori riflessioni e polemiche vi è stata l'eliminazione del requisito della "indispensabilità" come presupposto per l'ammissibilità di una nuova prova in appello, richiamando adesso nel codice, il solo requisito della rimessione in termini.

Ma il legislatore ha veramente cambiato le cose? Sembrerebbe di no. E sembra che egli sia di memoria gattopardiana: come a voler dire, "tutto cambia affinché nulla cambi". Da una parte, infatti, mentre rimane la regola che, le prove che nel giudizio di appello si impongono per i fatti nuovi o resi necessari dagli sviluppi del processo (di qualunque segno essi siano: costitutivi ovvero impeditivi, modificativi o estintivi), devono essere acquisite all'interno dello stesso, e non possono soffrire o tollerare limitazione probatoria alcuna, che risulterebbe contraria al diritto di azione e di difesa di cui il diritto alla prova è componente e corollario fondamentale, dall'altra il legislatore ha semplicemente fatto trasmigrare il concetto di indispensabilità della prova all'interno dell'art. 702-*quater*, con la riproposizione dunque di tutti gli interrogativi e le difficoltà interpretative che da sempre hanno impegnato la dottrina e la giurisprudenza in tal senso, e "che rischia, se non sottoposto ad attenta lettura costituzionalmente orientata, di sbilanciare l'intero equilibrio del procedimento di ancor fresco conio"². Nella trattazione dell'art. 345 c.p.c., ossia del tema dei c.d. *nova* nel giudizio di appello, che è il tema centrale di questo lavoro, non si può comunque prescindere da un'analisi quanto meno globale, e da considerazioni di carattere generale sul secondo grado di giudizio. L'appello infatti storicamente nasce ed è concepito dal 1942 fino alla fine degli anni '90 come mezzo di gravame, al contrario del ricorso per Cassazione concepito da sempre come

² TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella <<iconoclastica>> del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 1, p. 162.

mezzo di impugnazione in senso stretto. Da questo punto di vista, prima la Riforma del 1990-1995, e poi, da ultimo, la Riforma del 2012, sono state di significativo impatto, in quanto l'appello è venuto ad assumere sempre di più i caratteri di una *revisio prioris instantiae*, ossia di un'impugnazione avente ad oggetto più la sentenza che il rapporto controverso (e che lo avvicina di molto al giudizio di legittimità della Corte di Cassazione), alterandone le caratteristiche di *novum iudicium*. Naturalmente il divieto dei *nova* non può da solo contribuire a modellare il giudizio d'appello come *revisio prioris instantiae*, ma certo contribuisce a caratterizzarlo maggiormente nel senso di un esame della decisione resa dal giudice di primo grado, piuttosto che nel senso di una prosecuzione della controversia instaurata nel precedente grado di giudizio.

I. LE ORIGINI STORICHE DELLO *IUS NOVORUM* E L'ARDUA ESEGESI DELL'ARTICOLO 345 C.P.C.

SOMMARIO: I.1 Lo *ius novorum* così come concepito nel codice di procedura civile del 1865 e profili generali del processo di cognizione - I.1.1 Le dispute dottrinarie e giurisprudenziali intorno alla questione dei *nova* nei progetti di riforma del c.p.c. del 1865. - I.2 Il nuovo codice di rito del 1940. - I.3 La Novella del 1950. - I.4 La legge 533/1973 e la disciplina dei *nova* all'interno dell'art. 437 c.p.c. come preludio dell'attuale art. 345 c.p.c. - I.5 La formulazione dell'art. 345 c.p.c. ad opera della legge di riforma 353/1990-1995.

I.1 Lo *ius novorum* così come concepito nel codice di procedura civile del 1865 e profili generali del processo di cognizione

Raggiunta l'Unità d'Italia si presentò il problema dell'unificazione legislativa dei vari territori del Regno, i quali si erano dotati di codici che ricalcavano il *Code de procedure civile* francese del 1806, che ammetteva senza limitazioni lo *ius novorum*³. Il nuovo codice di rito si inserì quindi in un momento di grande frammentazione legislativa, ma anche di profondo impegno normativo, che condusse alla redazione, accanto ad esso, anche del codice civile, in vista di una

³ "Il modello francese, applicato direttamente a tutta la penisola solo per i brevi anni che vanno dal 1809 al 1814, lasciò pur tuttavia un segno indelebile nell'animo dei giuristi dell'epoca". Cfr. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, p. 25. In Piemonte si erano susseguiti due codici, il primo del 1854 e il secondo del 1859; quest'ultimo fu esteso nel 1861 alle Marche e all'Umbria e, per la parte contenziosa, anche alle provincie modenesi e parmensi. Nel ducato di Parma veniva applicato il codice di Maria Luigia del 1820; in altri casi, si assistette ad una semplice riscrittura dell'art. 464 del *Code* Francese, come nel caso del Regno delle Due Sicilie con il codice del 1819. In questo panorama tendenzialmente uniforme si insinuano due eccezioni rappresentate dal *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili*, emanato da Papa Gregorio XVI nel 1834 per lo Stato Pontificio, e dal Codice Estense del 1852, applicato nel Ducato di Modena, che in quanto retto da un ramo della famiglia Asburgo, la legislazione risentì di molto dell'influsso austriaco più che francese, tanto che l'art. 86 del Codice Estense imponeva alle parti preclusioni e decadenze in primo grado e vietava tassativamente in appello l'allegazione di nuove circostanze di fatto o di nuove prove ("Nell'atto di appello non possono allegarsi circostanze di fatto o prove che non risultino dagli atti sopra i quali fu proferita la sentenza appellata". Cfr. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, p.27). In tal senso, merita di essere ricordato anche il codice del Granducato di Toscana del 1814 e il regolamento generale giudiziario austriaco vigente dal 1815 in Lombardia e in Veneto, che avevano mantenuto caratteri propri e particolari rispetto al *Code* francese.

positiva coesione tra legge processuale e legge sostanziale⁴. Fonte immediata del codice fu il progetto presentato e compilato dal guardasigilli Giuseppe Pisanelli (uno dei più insigni processualisti dell'epoca), che lo presentò al Senato il 26 novembre 1863, accompagnato da una relazione⁵; dopo la discussione all'interno della Camera dei Deputati, il 2 aprile 1865 fu approvata la legge che autorizzava il governo a pubblicare il codice di procedura civile, sulla base del progetto Pisanelli. Venne quindi nominata una Commissione speciale per il codice di procedura civile, dai cui lavori uscì il testo del codice, il quale divenne legge il 25 giugno 1865 ed entrò in vigore il 1° gennaio 1866. Il modello a cui si ispirò il legislatore fu ancora una volta il modello francese. Il giudizio di secondo grado disciplinato, appunto, all'interno del codice di procedura civile del 1865 “era strutturato prevalentemente sul modello del gravame (più o meno <<puro>>”⁶. In particolar modo, la disciplina dello *ius novorum* si trovava all'interno dell'art. 490, il quale stabiliva che:

“Nel giudizio di appello non si possono proporre domande nuove; se proposte, devono rigettarsi anche d'ufficio. – Possono domandarsi gli interessi, i frutti, gli accessori scaduti dopo la sentenza di prima istanza, e il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. – Può proporsi la compensazione, e ogni altra eccezione alla domanda principale. – Possono dedursi nuove prove”.

Cioè, più specificatamente, in tema di *nova* in appello, si consentiva l'ingresso di qualsiasi eccezione alla domanda principale e la deduzione di prove nuove, con l'unico limite rappresentato dai confini oggettivi della domanda. La regola quindi prevista dall'art.

⁴ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele*, Padova, 2003, p. 10.

⁵ *Relazione Ministeriale sul Primo Libro di Codice di Procedura civile presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863*, c.d. *Relazione Pisanelli* riprodotta in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, a cura di Gianzana, Torino, 1889, I, p. 3 ss.

⁶ Cfr. Poli, *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, n. 1, p. 55.

490 poneva, allo stesso tempo, un divieto ed una permissione: il primo riguardava le nuove domande, la seconda le nuove eccezioni e i nuovi mezzi di prova. Così l'appello (denominato ancora "appellazione") mantenne tutti i tradizionali caratteri di un *novum iudicium* che ha la funzione di proseguire il giudizio di primo grado, estendendo il proprio ambito alle nuove allegazioni e prove di cui le parti hanno diritto di servirsi per "svolgere più compiutamente tutti gli elementi della quistione"⁷. Proprio in quanto l'*appellazione* riapriva e proseguiva il giudizio di prime cure, le parti, da un lato, avevano la possibilità di migliorare le proprie difese al fine di ottenere la vittoria, dall'altro la Corte d'appello poteva esaminare la causa con la massima ampiezza, e l'oggetto della sua cognizione non si limitava a quanto le parti avevano fatto nel processo di primo grado: esse infatti potevano dedurre nuovi fatti e nuove prove, fermo restando il divieto di introdurre nuove domande. La norma enunciava così quello che può essere espresso attraverso il brocardo latino *beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi*: con questa espressione si voleva far intendere infatti che tutto ciò che si sarebbe potuto fare in primo grado, fino al momento della chiusura della discussione, poteva farsi in secondo grado⁸. "La liceità dei *nova* in fase di gravame era d'altronde consona, dal punto di vista strutturale, all'assenza di preclusioni imposte alle parti nel giudizio di primo grado: anche nelle ipotesi in cui si applicava il procedimento sommario⁹, nell'ambito dell'udienza di discussione era ancora consentito dedurre nuove prove, eccezioni e difese"¹⁰. I maggiori problemi interpretativi dell'art. 490 c.p.c. si registrarono, però, in relazione alla prima parte della disposizione, cioè a quella relativa al divieto di proporre domande nuove: il dibattito dottrinale e

⁷ Il passo è tratto dalla c.d. *Relazione Pisanelli*.

⁸ Cfr. CHIOVENDA, *Diritto processuale civile*, p. 977.

⁹ In seguito alla riforma attuata con l. 31 marzo 1901, n. 107, il procedimento sommario era divenuto la regola.

¹⁰ Cfr. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, p. 32.

giurisprudenziale si concentrò soprattutto sul concetto di novità della domanda. Per quanto riguarda invece le nuove eccezioni non si registrarono particolari contrasti; la giurisprudenza ammetteva di regola la proposizione di nuove eccezioni e la deduzione di nuovi mezzi istruttori, benché in tal modo si determinasse una sostanziale modifica dei termini della controversia. Il divieto di proporre nuove domande in appello rispondeva essenzialmente al principio del doppio grado di giurisdizione, il quale “ha per iscopo il doppio esame della lite, della controversia giudiziaria, nel suo complesso, e non già delle singole ragioni, dei singoli argomenti, che possono essere adottati in difesa del diritto dell’una o dell’altra parte [...]”¹¹. La discussione verteva quindi, in ultima *ratio*, sulla definizione di cosa, nella pratica, potesse considerarsi nuovo in appello, vale a dire, l’individuazione del confine tra domanda nuova, da rigettarsi d’ufficio, e domanda invece ammissibile. La domanda era considerata nuova innanzi tutto quando si riferiva ad una lite diversa da quella introdotta con la domanda di primo grado, sulla base degli elementi di individuazione della domanda: <<parti, bene e pretesa>>¹². Da questo punto di vista, il concetto di *causa petendi* fu centrale all’interno del dibattito: qualsiasi mutamento della *causa petendi* poteva comportare una domanda nuova e la violazione del principio del doppio grado di giurisdizione, che <<sarebbe ferito nella sua essenza>>¹³. Mortara tuttavia, metteva in evidenza come, di regola, fosse lecito in appello mutare la causa su cui si fondava la domanda, fatta eccezione per l’ipotesi in cui il mutamento della causa introducesse un mutamento obiettivo della finalità della domanda¹⁴. Se quindi, senza mutare la cosa domandata né il fatto da cui derivava il rapporto giuridico oggetto della controversia, si dava

¹¹ Cfr. Corte d’ Appello di Perugia, 21 marzo 1907, in *Foro It.*, 1907, I, 1481.

¹² Cfr. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, p. 629.

¹³ Cfr. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, p. 518.

¹⁴ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, p. 449.

semplicemente a quest'ultimo una diversa definizione e si invocavano disposizioni di legge diverse da quelle invocate in primo grado, non si proponeva una domanda nuova, in quanto tutto ciò rientrava nel sistema di difesa che poteva essere modificato in appello con l'addurre nuovi argomenti a sostegno della domanda originaria¹⁵. Sostanzialmente, le Corti d'appello avrebbero dovuto rigettare d'ufficio quelle domande che comportavano l'introduzione, nel giudizio, di un'azione diversa o ulteriore rispetto a quella contestata in prime cure o un'estensione della medesima. Qualora invece in appello la domanda si fosse limitata a determinare e a specificare meglio quella proposta in prima istanza, il giudice dell'impugnazione avrebbe dovuto ritenerla ammissibile. Così come era ritenuto lecita l'ipotesi della mera restrizione della domanda da parte dell'attore, che non costituiva domanda nuova improponibile per la prima volta in appello. Dal divieto di nuove domande erano espressamente esclusi gli interessi, i frutti e gli accessori scaduti dopo la sentenza impugnata e il risarcimento dei danni sofferti in seguito alla sentenza di primo grado (art. 490, comma 2°). In questi casi la domanda proposta al giudice d'appello esorbitava, per diversità di oggetto, dai limiti della domanda di primo grado: l'eccezione alla regola del divieto rispondeva però al principio di economia processuale. Tali domande secondarie costituiscono infatti solo lo sviluppo e l'integrazione logica della domanda principale e andrebbe contro il principio di economia dei giudizi rinviare tali domande ad un ulteriore autonomo processo. Per questo motivo non si riteneva che il principio del doppio grado di giurisdizione potesse costituire un ostacolo a tali richieste. I danni che potevano essere richiesti per la prima volta in appello, a giudizio della Cassazione, erano, in generale, quelli che, verificatesi dopo la sentenza di primo grado, avessero un rapporto immediato e diretto con l'oggetto di

¹⁵ App. Firenze, 16 giugno 1903, in *Foro It.*, Rep. 1903, nn. 198 e 199.

giudizio principale¹⁶, e fossero inerenti alla domanda proposta in primo grado¹⁷. Un tipo di danni successivi alla sentenza impugnata era improponibile in appello: ossia, quelli cagionati dall'esecuzione della sentenza di primo grado, dichiarata dal giudice provvisoriamente esecutiva e riformata in appello; essi erano infatti riconnessi ad un fatto posteriore rispetto all'oggetto del giudizio di primo grado¹⁸. In questa deroga di domande nuove non potevano essere ricomprese le richieste degli interessi, dei frutti o degli accessori scaduti dopo la sentenza impugnata, qualora in prima istanza non fossero stati oggetto di richiesta gli interessi anteriormente scaduti. Neppure rientravano nella deroga gli interessi scaduti prima della sentenza del primo giudice, i quali non fossero stati oggetto di domanda già in primo grado: il legislatore infatti parlava solo di quelli posteriori e non era quindi possibile estendere una tale previsione anche alle scadenze anteriori alla sentenza di primo grado, trattandosi in quest'ultimo caso di domanda nuova, improponibile in appello¹⁹. Come accennato in precedenza, l'istanza d'appello era destinata a correggere non solo gli errori commessi dal primo giudice, ma anche quelli delle parti. Per questo l'art. 490 c.p.c. concedeva alle parti la facoltà di far valere nuovi mezzi di difesa in appello. Lo stesso Guardasigilli Pisanelli, nella relazione al progetto del codice di rito, scriveva che, dato che, il giudizio d'appello continua la difesa come nell'esame in primo grado, <<qualunque eccezione prima non avvertita od omessa, quella di prescrizione, di compensazione e tutte le altre che possono opporsi alla domanda avversaria, saranno tuttavia ammissibili in appello, perché adempiono appunto il voto del procedimento che si continua>>²⁰. La

¹⁶ Cass. Napoli, 5 settembre 1903, in *Foro It.*, Rep. 1903, voce *Appello civ.*, n. 212.

¹⁷ Cass. Regno, 6 marzo 1934 in *Foro It.*, Rep. 1934, voce *Appello civ.*, n. 346.

¹⁸ Cass. Regno, 7 giugno 1940, in *Foro It.*, 1940, I, 1350.

¹⁹ Cass. Regno, 4 luglio 1928, in *Foro It.*, Rep. 1928, voce *Appello civ.*, n. 293.

²⁰ Cfr. *Relazione Pisanelli* riprodotta in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, a cura di Gianzana, Torino, 1889.

continuazione di questo giudizio era realizzata ammettendo in appello un'ulteriore istruzione e discussione della causa, con prove ed eccezioni nuove. Sulla base delle nuove deduzioni fatte dalle parti, quindi, il giudice d'appello poteva giungere a riformare la sentenza di primo grado. L'esigenza di proporre davanti al giudice di seconde cure nuove eccezioni poteva nascere dalla sentenza medesima di primo grado ovvero per effetto di nuovi fatti giuridici sopravvenuti, che avessero mutato la condizione delle parti e lo stato dei loro diritti. Le eccezioni nuove ammissibili in appello erano sia quelle semplici che quelle riconvenzionali ed esse erano proponibili per la prima volta in seconda istanza benché ciò comportasse l'instaurazione di un sistema di difesa diverso o contraddicente con quello proposto nel primo processo. Tuttavia occorre notare che in varie sentenze la Cassazione negava che in appello, mediante la proposizione di nuove eccezioni, fosse concesso alla parte di disconoscere e negare totalmente quanto affermato in primo grado, proponendo un sistema di difesa inconciliabile e totalmente diversa con quanto dedotto in prima istanza²¹. A parere della dottrina, la possibilità di proporre nuove eccezioni non contraddiceva con il principio del doppio grado di giurisdizione: infatti, il criterio distintivo tra domanda ed eccezione consisteva nel fatto che la prima, a differenza della seconda, comportava una variazione ed un ampliamento delle conseguenze finali della sentenza. Va specificato che, diversamente da quanto è oggi previsto dall'art. 345 c.p.c. in rapporto alle eccezioni proponibili per la prima volta in appello, l'art. 490 c.p.c. ammetteva tutte le eccezioni, non facendo distinzione tra eccezioni in senso <<stretto>> (proponibili solo ad istanza di parte) ed eccezioni in senso <<lato>> (rilevabili d'ufficio dal giudice). Il quarto comma dell'articolo 490 poi, disciplinava la possibilità di esperire per la prima volta in appello nuovi mezzi istruttori. Anche

²¹ Cass. Torino, 26 gennaio 1907, in *Foro It.*, 1907, I, 640.

tale previsione dipendeva dal carattere dell'appello quale mezzo, non solo per riparare agli errori del giudice, ma anche per dar modo alle parti di tutelare meglio le loro ragioni. La possibilità di esperire nuovi mezzi di prova in appello era ammessa indipendentemente dal fatto che la prova medesima potesse già essere dedotta in prima istanza, quindi anche qualora la parte non l'avesse proposta in primo grado per negligenza o trascuranza. Questa facoltà riguardava entrambe le parti ed anche coloro che intervenivano in appello. La disposizione aveva ad oggetto tanto le prove precostituite tanto quelle costituende, e tali prove potevano riferirsi tanto a fatti che avevano già formato oggetto di contestazione davanti al giudice di primo grado, quanto a quelli introdotti in appello dalla parte per sostenere le proprie ragioni. Più specificatamente, per quanto riguarda le prove orali, occorre precisare che esse, per essere ammissibili, dovevano essere veramente nuove, ossia non dovevano essere una mera ripetizione di quelle esperite in primo grado. Ad esempio, nel caso della testimonianza occorre che la prova cadesse su fatti nuovi. Quindi erano inammissibili in appello prove della stessa specie di quelle esperite in primo grado, purché relative a fatti diversi. Riguardo ai documenti invece, in appello era pacifica la loro libera producibilità, la cui richiesta non dava mai luogo ad una nuova domanda. Bisogna comunque sottolineare e precisare che l'ammissibilità dei *nova* in appello andava sempre correlata con la previsione del primo comma dell'art. 490 c.p.c., che conteneva il divieto di domande nuove: la possibilità di dedurre in secondo grado nuovi mezzi di prova non poteva giungere fino al punto di mutare la domanda originaria quanto al *petitum*. Infine, le caratteristiche principali e generali che l'appello presentava, all'interno del codice di procedura civile del 1865, erano le seguenti:

a) l'art. 486, comma 3°, in tema di acquiescenza parziale, stabiliva che qualora si impugnavano soltanto alcuni dei capi della sentenza

(ove per <<capo di sentenza>> si intendeva <<decisione di domanda>>), si presumeva l'accettazione da parte dell'appellante degli altri capi; in mancanza di indicazione si presumeva invece che l'appello era proposto per tutti i capi della sentenza;

b) l'art. 486, comma 1°, non prevedeva, come attualmente prevede l'art. 342 c.p.c., l'onore di indicazione dei motivi specifici dell'impugnazione, in un schema del tutto coerente con la funzione del gravame;

c) non esisteva una disposizione analoga all'attuale art. 346 c.p.c. in tema di decadenza per rinuncia alle domande e alle eccezioni non accolte in primo grado e non riproposte in appello.

I.1.1 Le dispute dottrinarie e giurisprudenziali intorno alla questione dei *nova* nei progetti di riforma del c.p.c. del 1865

Il codice del 1865 emanato in pieno fervore risorgimentale, unito all'esigenza di celerità e alla necessità di una unificazione legislativa, impedì che intorno ad esso potessero svilupparsi ampie e approfondite discussioni, tanto che dopo la sua entrata in vigore suscitò invece molti dubbi e perplessità, e innumerevoli furono i progetti di riforma del codice che si susseguirono dal 1868 in poi. Quasi ogni Governo inserì nel proprio programma la riforma del rito civile, ma si trattò per lo più di riforme parziali, di interventi settoriali, non inseriti all'interno di un disegno di riforma globale. L'atteggiamento della dottrina fu duplice: c'era chi, da una parte sosteneva l'esigenza di una riforma radicale del codice attraverso il recepimento in Italia dello schema processuale austriaco del 1898: quest'ultimo prevedeva, per quanto interessa in questa sede, rigide preclusioni in primo grado e in appello. Un'altra parte della dottrina (minoritaria) invece era di diverso avviso e considerava il codice come una legge, se pur non perfetta, ma quanto meno organica. Il primo progetto globale di riforma del processo civile fu elaborato nel

1919 da Chiovenda. La “propaganda”²² chiovendiana per riformare *ab imis* il processo civile iniziò sin dai primi scritti del Maestro, colmando poi in questo progetto di riforma, formalmente elaborato dalla Commissione per il dopoguerra, ma in realtà opera integrale dello stesso Chiovenda. All’interno di tale progetto, Chiovenda si fece fautore di un processo semplice, orale e concentrato, che avrebbe dovuto opporsi al vigente processo scritto. Nell’affermare ciò si rifece molto al modello austriaco caratterizzato da rigide preclusioni e decadenze, e che appieno potesse esprimere e realizzare i principi di immediatezza, concentrazione e oralità. Alla proclamazione di questi principi si contrapponeva però il permanere dello *ius novorum* in appello: il giudizio di appello conservava infatti la sua tradizionale struttura di riesame totale e diretto della controversia trattata in primo grado, di revisione della decisione su questioni che potevano trovare una ampia trattazione solo davanti al giudice di seconde cure. Il progetto consentiva, sia all’appellante che all’appellato, di far valere in appello nuovi fatti e nuovi mezzi di prova, compresi i nuovi documenti. Tuttavia, per evitare che le parti utilizzassero le facoltà loro concesse a scopi dilatori, era attribuito al giudice il potere di non considerare le nuove produzioni qualora ritenesse che la parte, pur avendo la possibilità di presentarle in primo grado, le avesse riservate al giudizio di appello solo a fini dilatori. Il progetto chiovendiano, che era in realtà un’enunciazione di principi, più che un regolamento completo che avrebbe potuto sostituirsi alle norme del codice allora vigente, non suscitò reazioni rilevanti e non iniziò nemmeno l’*iter* parlamentare. Nel 1923 fu pubblicato un progetto ad opera di Mortara, il quale non aveva l’obiettivo di una riforma integrale del sistema processuale civile, ma si proponeva di compiere un’opera di sistematizzazione in un unico testo delle numerose norme che si erano succedute e sovrapposte al

²² Il termine è dello stesso CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. XV. Cfr. TEDOLDI, *op. ult. cit.*, Padova, 2000, p. 34.

codice di procedura civile dal 1865. L'appello trovava la sua disciplina all'interno del secondo libro, più specificatamente all'interno degli articoli 270 – 279. Il progetto in questione introduceva esplicite restrizioni allo *ius novorum* in appello: l'art. 276 del progetto, pur ammettendo nuove eccezioni con l'eventuale sanzione del carico delle spese, poneva il rigido divieto di produrre nuovi documenti e dedurre nuove prove. Nemmeno il progetto Mortara giunse tuttavia alla discussione parlamentare. Il successivo progetto Carnelutti, pubblicato nel 1926, mostra che l'insigne giurista non condivideva l'impostazione mortariana: l'art. 361 del progetto riapriva le porte ai *nova* in appello in fase di gravame, prevedendo genericamente che nel processo di appello “le parti potevano fare tutto ciò che avrebbero potuto fare in primo grado“. La norma del testo è conforme alla visione carneluttiana dell'appello come “rinnovazione” integrale del giudizio di primo grado, con effetto devolutivo pieno²³. Quindi, nel pensiero di Mortara, l'appello era concepito come una rinnovazione integrale del giudizio di primo grado, un'occasione per riparare agli errori non solo del giudice, ma anche dell'azione e della difesa delle parti. Anche questo progetto però non ebbe successo. Verso una restrizione dello *ius novorum* muoveva invece il progetto Redenti del 1934: prevedeva un sistema di rigide preclusioni anche alle deduzioni istruttorie in primo grado, che dovevano essere formulate e richieste dalle parti, a pena di decadenza, negli atti preparatori²⁴. Era infatti previsto il divieto di proporre nuove domande, ma tuttavia era ammessa la domanda di interessi, frutti, accessori scaduti e del risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza impugnata. Per quanto riguarda le nuove eccezioni e i nuovi mezzi di prova, la loro proposizione per la prima volta in

²³ Cfr. art. 361, comma 2°, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, Padova, 1926.

²⁴ TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 37.

appello era ammessa solo nel caso in cui la ragione, l'interesse o la possibilità di proporli fossero sorti dopo la chiusura dell'istruzione in primo grado. Nel 1935 il Guardasigilli Solmi, insoddisfatto del progetto presentato da Redenti, affidò ad una commissione composta da magistrati e avvocati (escludendo gli esponenti della dottrina, fatta eccezione per Redenti stesso), il compito di redigere un nuovo progetto. Volendo Solmi restituire all'appello "la propria naturale funzione di controllo del primo giudizio"²⁵, il Progetto preliminare pose un severo divieto alla deduzione dei *nova* in appello. Il progetto preliminare una volta pubblicato, ricevette numerose critiche, tanto che poi nel Progetto definitivo, vennero notevolmente allargate le maglie delle preclusioni in primo grado ed anche il divieto dei *nova* in appello fu notevolmente ridimensionato, se non addirittura soppresso.

I.2. Il nuovo codice di rito del 1940

Il nuovo codice di procedura civile venne approvato con R. D. n. 1443 del 28 ottobre 1940 ed entrò in vigore il 21 aprile 1942²⁶. Il legislatore del 1940 fu chiarissimo nell'escludere da una parte le preclusioni in primo grado e, dall'altra, i *nova* in appello. Soluzione questa insolita agli ordinamenti processuali, se si pensa che invece nel sistema austriaco il divieto dei *nova* si accompagnava a rigide preclusioni²⁷. In concreto, il divieto di *nova* in appello venne così formulato:

²⁵ SOLMI, *La riforma del codice di procedura civile. Discorsi, conferenze e interviste*, Roma, 1937.

²⁶ "Nello stesso 1939 Dino Grandi succedette ad Arrigo Solmi nel dicastero della Giustizia [...] e Grandi, da astuto diplomatico, qual era, seppe risolvere le dispute dottrinarie riunendo attorno a sé i tre più autorevoli processualisti dell'epoca, Calamandrei, Carnelutti e Redenti, e servendosi della penna del magistrato di Cassazione Leopoldo Conforti, incaricato di riscrivere il progetto Solmi ". Cfr. A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, p. 41.

²⁷"Il giurista fiorentino ritiene che la limitazione in appello dello *ius novorum* rinnegherebbe la lunga tradizione patria, che risale al diritto romano, dell'appello

“Art. 345. *Domande ed eccezioni nuove*. 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. – 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. – Può sempre deferirsi il giuramento decisorio”.

Lo scopo che essenzialmente si voleva raggiungere era quello di sottrarre lo svolgimento del processo all’arbitrio delle parti, per affidarlo esclusivamente all’autorità del giudice, che si vedeva quindi di molto ampliati i propri poteri. Era sostanzialmente il giudice, con il suo potere discrezionale, l’unico che poteva sollevare limitazioni allo *ius novorum*, contemperandolo alle esigenze di tutela della giustizia, e ammettendo nuove deduzioni quando sussistevano “gravi motivi”. L’art. 345 del nuovo codice si poneva in netto distacco rispetto all’art. 490 del codice del 1865, in quanto il divieto di *nova* in appello veniva sancito in modo assoluto sia con riferimento alle nuove domande (che non potevano, appunto, proporsi, e che, in tal caso, dovevano essere rigettate d’ufficio, salvo si trattasse di domanda relativa alla richiesta di interessi, frutti, accessori maturati successivamente all’emanazione della sentenza impugnata e di risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa; e in questo, non c’era nessuna differenza rispetto alla disciplina precedente), sia in riferimento alle nuove eccezioni, ai nuovi mezzi di prova e alla produzione di nuovi documenti, tranne che il giudice non valutasse la sussistenza di gravi motivi e quindi li ammettesse. E’ tale punto della norma che segna effettivamente un vero e proprio distacco rispetto al codice previgente. La nuova disciplina gettava così le basi per la

inteso con *novum iudicium*”. Cfr. *Atti della commissione delle assemblee legislative per il codice di procedura civile*, Roma, 1939, p. 151 ss.

trasformazione dell'appello da *novum iudicium* a *revisio prioris instantiae*, cioè lo trasformava in un mezzo diretto quasi esclusivamente ad elidere eventuali errori e vizi della sentenza di primo grado²⁸. Infine, l'ultimo comma dell'art. 345 c.p.c. prevedeva la possibilità per le parti di deferire in ogni caso giuramento decisorio. Tale norma andava interpretata nel senso che, indipendentemente dalla presenza e dall'accertamento da parte del giudice dei gravi motivi che consentivano, negli altri casi, la deduzione in appello dei nuovi mezzi di prova, tale mezzo istruttorio poteva essere sempre ammesso in ogni stato e grado del processo: questa deroga era dovuta alla particolare natura di mezzo di risoluzione della controversia del giuramento decisorio medesimo. Il giuramento, in quanto dichiarazione di una parte sulla verità dei fatti della causa, fatti che giovano alla parte stessa, veniva infatti deferito all'altra parte per farne dipendere la decisione, totale o parziale, della causa. Proprio per questa sua caratteristica di rilevanza e decisività ai fini di una più celere risoluzione della lite era ammesso il deferimento del giuramento decisorio anche per la prima volta nel giudizio di seconda istanza. Tuttavia, benché il giuramento fosse ammesso più largamente rispetto agli altri mezzi di prova, esso poteva essere ammesso solo qualora risultasse idoneo a dare fondamento e dimostrazione a un'eccezione o ad una domanda che dovevano comunque essere proponibili in appello, con l'esclusione quindi del deferimento del giuramento decisorio stesso in rapporto a domande o eccezioni proposte per la prima volta davanti al giudice di seconde cure (in assenza dei prescritti gravi motivi limitatamente alle eccezioni).

²⁸ "La più ordinata sistemazione del procedimento di primo grado, ha come naturale conseguenza la esclusione della facoltà illimitata di proporre nuove prove e di formulare nuove eccezioni nel giudizio d'appello; ma anche il divieto dello *ius novorum* non è assoluto, poiché le nuove prove e le nuove eccezioni sono ammesse quando abbiano giustificazione e in generale allorché il giudice le ritenga opportune per i fini di una giusta decisione". Cfr. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, p. 220 ss.

I.3. La Novella del 1950

Anche il nuovo codice di procedura civile del 1940 suscitò molte polemiche, alle quali seguirono, di conseguenza, una serie di progetti di riforma in cui la disciplina dei *novae* risultava sempre trattata unitamente al regime delle preclusioni in primo grado, “quasi che i due temi non possano andar disgiunti”²⁹. Nel 1946 venne presentato il Progetto Curcio (presidente di sezione della Corte di Cassazione) all’interno del quale si prevedevano una serie di ritocchi parziali del codice ma non la sua totale abrogazione; nel 1947 venne presentato il Progetto Gullo – Pellegrini, che ammetteva nuove prove e nuove eccezioni in appello, anche in conseguenza del ridimensionamento dell’ambito delle preclusioni in primo grado; infine, il 5 maggio 1948 la Commissione legislativa della Costituente emanò il decreto legislativo n. 483, a cui fece seguito la legge di ratifica del 14 luglio 1950 n. 581, che entrò in vigore il 1° gennaio 1951. Essa apportò importanti mutamenti all’interno del processo civile, che, in particolar modo, riguardavano il sistema delle preclusioni in primo grado: l’art. 183 c.p.c., così come modificato, ammetteva che nella prima udienza di trattazione le parti potessero, senza limiti, precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni formulate negli articoli introduttivi. Anche l’art. 184 c.p.c. venne modificato, nel senso di ammettere che per tutto il corso del giudizio davanti al giudice istruttore, e finché questi non rimetteva la causa davanti al collegio per la decisione, le parti potessero sempre modificare domande, eccezioni e conclusioni, chiedere nuove prove e produrre nuovi documenti. Questa scelta compiuta dal legislatore relativa al sistema delle preclusioni in primo e secondo grado faceva sì che non si configurassero come interventi isolati, ma si ponevano in un’ottica più ampia e generale di interventi diretti a garantire alle parti propri spazi di libertà all’interno del processo, spazi che il codice del 1940

²⁹ Cfr. TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 50.

tendeva a sacrificare e a chiudere. Inoltre, venne ristabilito lo *ius novorum*, pienamente disciplinato all'interno del nuovo art. 345 (la cui nuova formulazione è rimasta in vigore sino al 30 aprile del 1995, e che tuttora vige per i giudizi pendenti, iniziati anteriormente a tale data). Va comunque detto, per onestà intellettuale, che in relazione alla possibilità di introdurre nuove domande davanti al giudice di seconda istanza, il legislatore, in realtà, mantenne immutata la formula dell'art. 345 c.p.c. del 1942, che a sua volta, aveva ripreso dall'art. 490 del codice del 1865. Per il resto la disciplina era stata completamente modificata per porla in linea con l'inversione di rotta operata dalla Novella del 1950 di apertura ai *nova*. Così recitava la norma:

*“Domande ed eccezioni nuove. 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. – 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”*³⁰.

Come si evince, il divieto di proporre nuove domande nasceva, ancora una volta, dal principio del doppio grado di giurisdizione, che si opponeva, per l'appunto, all'introduzione nel giudizio d'impugnazione di nuove domande, cioè di nuove cause, che non erano state oggetto della cognizione del giudice di prima istanza. Veniva mantenuta la deroga prevista per gli interessi, i frutti, gli

³⁰ L'art. 92 disponeva che <<il giudice, nel pronunciare la condanna>> al rimborso delle spese a favore dell'altra parte <<può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue; e può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese [...]>>, qualora ritenga che l'altra parte abbia trasgredito al dovere di cui all'art. 88, ossia al dovere di comportarsi secondo lealtà e probità.

accessori maturati dopo la sentenza di prime cure e per il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza impugnata, per le già viste ragioni di economia processuale dei giudizi. Queste domande, infatti, pur essendo nuove, non si scontravano con il principio del doppio grado di giurisdizione, poiché rappresentavano la specificazione di domande comunque già presentate all'organo giudicante di prime cure. Rimaneva tuttavia irrisolto il problema circa la determinazione del requisito della novità della domanda, e in tal senso, numerose continuarono ad essere sia le pronunce della giurisprudenza sia le diatribe all'interno della dottrina. Nell'ambito degli elementi caratterizzanti la domanda, il dibattito riguardava non tanto l'elemento rappresentato dalle *personae*, quanto quello concernente il *petitum* o la *causa petendi*.

L'art. 345 concedeva poi alle parti la facoltà di proporre nuove eccezioni nel giudizio di seconda istanza. Si badi bene però, che erano ammesse solo quelle eccezioni che non erano state oggetto della materia del contendere in primo grado e che, pertanto, non erano state decise dal primo giudice. Tuttavia l'ambito del *devolutum* (tanto per le eccezioni quanto per le nuove difese) era limitato ai motivi specifici che dovevano essere indicati dall'appellante all'interno dell'atto di appello, con la conseguenza che, se tali motivi, venivano proposti successivamente o nel corso del giudizio di appello, venivano dichiarati inammissibili. Infine, ciò che era consentito fare in appello era proporre mezzi istruttori che avessero ad oggetto fatti nuovi e non fossero la ripetizione di prove che erano già state acquisite in primo grado³¹, a meno che non si trattasse di prove che pur essendo nuove non erano state dedotte per la prima volta in primo grado per qualche decadenza in cui era incorsa la parte. Ancora, trovavano ingresso quelle prove che vertevano su fatti

³¹ Cass. 8 giugno 1954, n. 1905, in *Foro It.*, Rep. 1954, voce *Appello civ.*, n. 223.

sopravvenuti dopo l'esperimento della prova in primo grado³². Nell'ipotesi invece in cui venisse dedotta in appello una prova sugli stessi fatti che già avevano formato oggetto di un'indagine probatoria in primo grado, tale prova era ammessa solamente se affidata ad un mezzo istruttorio di natura diversa da quello già espletato in primo grado³³. Ad esempio, se in primo grado per determinati fatti erano state utilizzate la consulenza tecnica e l'ispezione giudiziale, era possibile poi in appello, in rapporto agli stessi fatti, richiedere la prova per testi, trattandosi all'evidenza di un mezzo istruttorio di natura completamente diverso rispetto a quelli assunti in primo grado. Altre due precisazioni vanno fatte: la produzione di nuovi documenti era consentita liberamente in appello: il semplice fatto che l'esibizione di un documento in prime cure non era avvenuto bastava ad imprimere al documento stesso il carattere della novità; così come era espressamente previsto il deferimento di giuramento decisorio, senza limitazioni e senza neanche il pagamento delle spese previste dall'art. 92 c.p.c. Come si può quindi desumere da questo quadro generale, con l'apertura alle novità sancita dalla Novella del 1950, l'appello riacquistò il carattere di *novum iudicium* (a differenza di quanto era accaduto con il codice del 1940 in cui aveva assunto i caratteri di una *revisio prioris instantiae*, cioè di un giudizio di appello che si traduceva in termini di mero controllo sul sindacato della sentenza impugnata). Si trattava adesso di un giudizio che si configurava per essere una continuazione e prosecuzione della controversia oggetto del processo di primo grado, con la possibilità di poterne ampliare i confini con la deduzione di nuove eccezioni, prove, difese e documenti. La sentenza di primo grado si configurava così come una sorta di "saggio preliminare e sperimentale", avendo le parti la possibilità di poter poi in secondo grado modificare la propria condotta processuale e l'efficacia delle proprie difese.

³² App. Firenze, 23 agosto 1954, in *Foro It.*, Rep. 1954, voce *Appello civ.*, n. 251.

³³ App. Genova, 5 giugno 1954, in *Foro It.*, Rep. 1954, voce *Appello civ.*, n. 252.

I.4. La legge 533/1973 e la disciplina dei *nova* all'interno dell'art. 437 c.p.c. come preludio dell'attuale art. 345 c.p.c.

Subito dopo il 1950 furono avanzate numerose proposte di riforma del codice di procedura civile³⁴, segno evidente che <<la crisi della giustizia civile, peraltro, non accennava a migliorare, correndo (al contrario e precipitosamente) verso lo stato di coma irreversibile in cui giace tutt'oggi>>³⁵. La crisi del processo civile, investì, a partire dagli anni Cinquanta, anche le controversie in materia di lavoro: l'applicazione fallimentare del codice di rito risultava ancora più evidente in questo settore. L'esigenza di una tutela rapida ed efficace sfociò con la Riforma del processo del lavoro, attuata con legge n. 533 dell'11 agosto 1973, che, secondo la dottrina maggioritaria “rappresenta un rilevante salto di qualità rispetto alla precedente normativa del codice”³⁶, nonché la base di riferimento per la riforma del rito ordinario. Come è stato in precedenza detto, ciò che era accaduto con la Novella del 1950 era una sostanziale apertura dei *nova* in appello: alle parti e al giudice venivano attribuiti gli stessi poteri “esercitati nel corso di giudizio di primo grado e rinnovabili senza preclusioni di sorta nel giudizio di secondo grado, con il solo limite – connaturato al principio della domanda – costituito

³⁴ Tra cui il c.d. Progetto Gonella (dal nome dell'allora Ministro di Grazia e Giustizia), presentato alle Camere nel 1958-1959, che intendeva introdurre preclusioni nel giudizio di primo grado, senza però modificare la disciplina dello *ius novorum* in appello. Ad esso seguirono i tre progetti Bonifacio (due del 1976 e uno del 1977), ma anche tali progetti non ebbero tuttavia seguito. Nel 1977 venne pubblicato il <<progetto Liebman>> di riforma parziale del codice di procedura civile riguardante sia il procedimento di primo grado sia le fasi delle impugnazioni. In particolare, il progetto proponeva due soluzioni contrastanti in merito al problema se ammettere o meno le nuove deduzioni nel giudizio di appello. La soluzione proposta dalla maggioranza ammetteva lo *ius novorum*, non discostandosi tale versione da quanto già previsto dall'art. 345 c.p.c. così come modificato dalla Novella del 1950. La corrente minoritaria invece della Commissione Liebman sosteneva la necessità di introdurre restrizioni in secondo grado rispetto sia alle nuove eccezioni che ai nuovi mezzi di prova. Questo progetto è pubblicato in LIEBMAN, *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 452.

³⁵ Cit. TEDOLDI, *op. ult cit.*, p. 51.

³⁶ Così TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 349.

dall'impossibilità di ampliare l'oggetto dell'appello rispetto ai confini del grado che l'aveva preceduto, se non in presenza di gravi motivi"³⁷. E' quindi con il novellato rito delle controversie di lavoro, e attraverso il nuovo articolo 437 c.p.c., 2 comma, che il legislatore altera per la prima volta quel disegno. Così recita la norma:

“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. - E' salva la facoltà delle parti di deferire il giuramento decisorio in qualsiasi momento della causa”.

In tale legge, infatti, al rigido sistema delle preclusioni in primo grado si unisce il divieto di *nova* in appello³⁸, in relazione sia alle nuove domande, sia alle nuove eccezioni, sia ai nuovi mezzi di prova, tranne il giuramento estimatorio (e deve ritenersi anche quello decisorio).

<<Appare evidente che gli intenti acceleratori e i rimedi alle disfunzioni del processo civile vengono perseguiti attraverso una rigorosa disciplina delle preclusioni, onde costringere le parti a “vuotare il sacco”³⁹ sin dall'inizio delle schermaglie giudiziali. I principi chiovendiani di oralità, concentrazione e immediatezza paiono decisamente avere il sopravvento sulle pur robuste resistenze incontrate nella prassi e le difficoltà del processo civile vengono per lo più attribuite alla carenza di strutture giudiziarie e alla cattiva “controriforma” del 1950, non già al procedimento quale disegnato dal codice del 1940. Questa via è intrapresa anche da coloro che si occupano (*rectius*, si preoccupano) di rimediare alla paralisi, sempre più evidente, del rito ordinario: nell'inveramento dei canoni dettati da Chiovenda e nel sistema delle preclusioni vengono identificate le

³⁷ Cfr. CECHELLA, *Le impugnazioni civili*, p. 300.

³⁹ L'espressione è di CALAMANDREI nella Relazione al Re.

panacee ai mali che dal dopoguerra affliggono la giustizia civile italiana, e il modello strutturale offerto dal processo del lavoro costituisce la “bussola” e, al contempo, la “cartina di tornasole” dei successivi progetti di riforma>>.⁴⁰

Il divieto di proporre nuove domande in appello era un fatto ormai consolidato sulla base del principio del doppio grado di giurisdizione: si tratta anche nel rito del lavoro di un divieto assoluto, la cui violazione comporta l’inammissibilità della relativa domanda. Nel particolare, l’art. 437 c.p.c. non prevedeva, e non prevede tuttora, la deroga relativa agli interessi, frutti, accessori e risarcimento dei danni. Nonostante questa differenza, la dottrina comunque riteneva che il divieto di nuove domande andasse inteso nello stesso senso di quello previsto all’interno dell’art. 345 c.p.c. per il rito ordinario, ossia ammettendo, anche in questo caso, la deroga relativa agli interessi, frutti, accessori e risarcimento dei danni. In questi casi, come è stato già rilevato, non si è in presenza di domande nuove, ma di domande che dipendono da fatti già dedotti in primo grado. L’art. 437 c.p.c. pone poi il divieto di proporre nuove eccezioni. La norma tuttavia si riferisce per la prima volta alle sole eccezioni in senso stretto, cioè a quelle rilevabili solo su istanza di parte (come può essere l’ipotesi di eccezione di prescrizione), e non alle eccezioni in senso lato, cioè quelle rilevabili d’ufficio dal giudice, per le quali non esistono preclusioni. Dalle eccezioni, vietate in appello, vanno tuttavia distinte le mere difese, ossia quelle attività difensive, volte *sic et simpliciter*, a contestare l’esistenza dei fatti dedotti dall’altra parte. La mera difesa dunque si distingue dalla domanda e dall’eccezione, perché mentre la prima provoca un arricchimento del processo sotto il profilo sia dell’allegazione dei fatti sia dell’oggetto del processo (in quanto ogni domanda implica la tutela di un diritto), la seconda si limita ad arricchire il processo solo

⁴⁰ Cfr. TEDOLDI, *L’istruzione probatoria nell’appello civile*, p. 53-54.

sotto il profilo fattuale, perché l'eccezione coincide con un fatto estintivo, modificativo o impeditivo. La non contestazione non opera in nessuno di questi ambiti in quanto attraverso la mera difesa non si ha né un incremento fattuale (i fatti restano quelli che erano prima), né una modifica dell'oggetto del giudizio, ma solo un atteggiamento negativo della parte sull'esistenza dei fatti dedotti dall'altra: il convenuto contesta l'esistenza dei fatti costitutivi dell'attore, l'attore contesta l'esistenza dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi che il convenuto ha formulato. Quindi l'atteggiamento è essenzialmente quello di contestare l'esistenza di fatti che la controparte ha allegato a sostegno della propria impostazione difensiva. Il secondo comma dell'articolo 437 c.p.c. prevede anche il divieto di nuove deduzioni probatorie in appello, salvo si tratti di giuramento decisorio, proprio per la particolare efficacia del mezzo di determinare la decisione parziale o totale della causa. Sfugge al divieto anche il giuramento estimatorio, che è deferibile sulla base dell'art. 2736 c.c. *ex officio*; è escluso invece quello suppletorio. Tutti gli altri mezzi di prova possono essere dedotti in appello solo se il giudice li ritenga <<indispensabili>> ai fini della decisione della causa. La disposizione introduce così per la prima volta il concetto di indispensabilità come spartiacque tra prove ammissibili e prove non ammissibili in appello, la cui valutazione è rimessa totalmente alla discrezionalità del giudice e non può essere oggetto di sindacato di legittimità da parte della Cassazione. Si voleva cioè fare in modo che l'oggetto della cognizione del secondo giudice coincidesse il più possibile con quello di primo grado. Il disegno laburistico non poteva apparire più coerente: si volevano riconoscere al giudice dell'appello gli stessi poteri istruttori consentiti al giudice di primo grado *ex art. 421, comma 2, c.p.c.*

I.5. La formulazione dell'art. 345 c.pc. ad opera della legge di riforma n. 353/1990-1995

Il divieto di *ius novorum* ripristinato dalla legge del 1973, rispetto all'apertura ai *nova* stabilita dalla Novella del 1950, porta l'appello ad alterare le sue caratteristiche di *novum iudicium* condotto prescindendo dal precedente grado di giudizio confluito nella sentenza di primo grado, e si trasforma in una *revisio prioris instantiae*, inteso cioè, come rinnovazione di un giudizio sulla base di difese già consolidatesi, chiuso alle novità, con l'unica eccezione rappresentata dai poteri di iniziativa officiosa del giudice⁴¹. Sulla intensa suggestione di un modello di processo a preclusioni rigide così come concepito e previsto all'interno della legge 533/1973, il legislatore si fa fautore di un importante progetto di legge per il processo di cognizione che ricalca per identità di principi e di contenuti il modello del rito del lavoro, quasi si trattasse di un *continuum* tra i due riti. Il rito ordinario diviene così oggetto di una nuova disciplina all'interno della legge novellatrice n. 353 del 1990⁴². Con questo intervento il Parlamento ha convertito in legge i <<provvedimenti urgenti per il processo civile>> scaturiti dal Progetto Vassalli il cui obiettivo principale era di rendere abbastanza rapido e più snello l'andamento e lo svolgimento del processo civile attraverso la previsione di: un sistema a preclusioni in primo grado, sentenza esecutiva *ex lege*, appello rigidamente chiuso ai *nova* (con il temperamento delle prove indispensabili, ricalcato sul modello laburistico). L'appello veniva così concepito non più come *novum*

⁴¹ Cfr. MONTESANO, VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, p. 295, che sottolineano come il legislatore nel "comprimere" il giudizio d'appello entro i confini della *revisio prioris instantiae*, abbia subito l'influenza di orientamenti contrari alla sopravvivenza in sé dell'istituto dell'appello ovvero favorevoli ad un forte potenziamento del giudizio di primo grado con conseguente svalutazione della fase del riesame (cfr. gli *Atti del XII Convegno Nazionale degli studiosi del processo civile*, tenutosi a Venezia nel 1977, Milano, 1980, p. 133 ss).

iudicium, ma come *revisio prioris instantiae*. Una tale revisione poteva avvenire solo all'interno di un giudizio chiuso non solo alle nuove domande, ma anche alle nuove allegazioni di fatti storici, di nuove eccezioni e di nuove prove, con l'eccezione del giuramento e delle prove non proposte o prodotte in primo grado per causa non imputabile alla parte, come previsto dall'art. 33 del progetto⁴³. L'art. 345 c.p.c. nella sua nuova formulazione (che è rimasta intatta nel tempo ed è vigente tuttora, salvo qualche modifica operata con la legge di riforma del 2012) dispone che:

“Nel giudizio di 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. - Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio. - Non sono ammessi 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”.

Come si può, quindi, vedere il divieto di proporre nuove domande contenuto nel primo comma dell'articolo è rimasto sostanzialmente immutato ed inalterato rispetto alla precedente formulazione, cioè rispetto all'art. 490 del codice di procedura civile del 1865, così come rispetto all'art. 437 c.p.c. per il rito del lavoro. L'unica differenza è che, in luogo del termine “rigetto” delle nuove domande, contenuto nel codice del 1940, così come in quello del 1865, è stato inserito il termine “dell'inammissibilità” (anche se la norma era già

⁴³ CONSOLO, *Le proposte <<Vassalli>> di riforma del c.p.c. : note sulla disciplina della sentenza e delle sue fasi di gravame*, in *Giust. Civ.*, 1989, II, 189 ss., in cui l'Autore muove una critica al divieto, pressoché assoluto, dello *ius novorum* in appello, proponendo, in alternativa, di creare un appello aperto ai *nova* e regolandone l'introduzione nella sola fase degli atti iniziali del secondo grado.

interpretata in tal senso, nonostante la diversa previsione letterale)⁴⁴. La *ratio* del divieto di proporre nuove domande in appello però rimane sempre la stessa: la salvaguardia del principio del doppio grado di giurisdizione, espressione del diritto di difesa pienamente riconosciuto e sancito all'interno dell'art. 24 della nostra Costituzione, in virtù del quale deve essere riconosciuta e garantita alle parti la facoltà di poter ottenere una revisione totale della causa da parte di un giudice diverso e superiore rispetto a quello che ha emanato la sentenza di primo grado.

Sul punto, peraltro, è ben nota l'accesa discussione che, alla fine degli anni '70, si scatenò intorno proprio al principio del *doppio grado di giurisdizione*. Il dibattito prese avvio dal c.d. "parere iconoclastico" di Cappelletti, contenuto all'interno di un suo scritto⁴⁵, in cui l'Autore sosteneva la necessità dell'abolizione dell'istituto dell'appello⁴⁶ per <<ipotetica incostituzionalità>>⁴⁷, e al fine di "restituire centralità al giudizio di primo grado e all'oralità di cui questo era chiovendianamente innervato"⁴⁸. Più specificatamente, la tesi si reggeva su due presupposti: l'esistenza di un secondo grado di giudizio metteva a repentaglio l'esigenza di celerità dei processi e mal si conciliava con la portata degli artt. 24 e 113 della Costituzione

⁴⁴ Sul significato da attribuire all'espressione "rigetto" della domanda non vi era unanimità di opinioni in dottrina. Tuttavia, l'opinione prevalente era nel senso della inammissibilità della nuova domanda con conseguente proponibilità della stessa in un nuovo processo. In questo senso, CHIOVENDA, *Istituzioni*, p. 551; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, p. 323; LUISO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, p. 371.

⁴⁵ CAPPELLETTI, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, in *Giur. It.*, 1969, IV, 81 ss. e in *Giustizia e società*, Milano, 1972, p. 116 ss.

⁴⁶ <<Naturalmente c'è ancora [...] – scriveva Cappelletti – chi pensa [...] al doppio grado di giurisdizione come ad una importante garanzia processuale, magari una garanzia di libertà, addirittura qualcosa di assoluto e insopprimibile>>. Ma <<E' indubbio che questa concezione non resiste alla critica>>, e proseguiva esortando a liberarcene, come di un retaggio del passato capace di ritardare la tutela dei diritti pregiudicandone l'effettività. Cfr. RICCI, *Sul principio del doppio grado di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 59-60.

⁴⁷ Cit. ALLORIO, *Sul doppio grado del processo civile*, in *Studi in onore di Liebman*, Milano, 1979, III, P. 1785.

⁴⁸ TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella <<iconoclastica>> del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 1., p. 145.

(relativi al diritto di azione e al diritto di difesa), nonché dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; e, il secondo motivo addotto e sostenuto dall'Autore è che all'interno dell'appello venivano sacrificati i principi chiovendiani di oralità, immediatezza e concentrazione. Alla proposta seguì nel 1977, il XII Convegno veneziano dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, in cui furono presentate ed esposte sul punto due importanti relazioni, una di Pizzorusso e una di Ricci, che a detta dello stesso Cappelletti, "diedero corpo e spessore alle sue proposte". In particolar modo, Pizzorusso basò il proprio ragionamento partendo dal presupposto che se è vero che una ripetizione del giudizio offre maggiori possibilità di pervenire ad una soluzione più giusta ed equa, è anche vero che "la riforma della sentenza può portare tanto alla sostituzione di un cattivo giudizio con uno migliore quanto al risultato inverso"⁴⁹. Aggiungendo, a sostegno del suo pensiero una ulteriore riflessione relativa alle prove, cioè affermando che queste, soprattutto se orali, come può essere la testimonianza, sono soggette all'usura del tempo o ad "inquinamento", per cui il giudice d'appello anche qualora dovesse optare per una rinnovazione delle prove, la sua valutazione comunque si baserebbe su materiali conoscitivi molto più lontani nel tempo e quindi più imperfetti di quelli utilizzati dal giudice di prime cure. Questi argomenti portano quindi Pizzorusso a sostenere la necessità di una abolizione dell'appello, però la sua riflessione appare lacunosa perché l'Autore si limita semplicemente ad affermare ciò, e a sostenere che l'istituto andrebbe sostituito con un altro mezzo di impugnazione, ma non ci indica e non ci dice in che cosa dovrebbe sostanziarsi e materializzarsi questo ulteriore mezzo di impugnazione di cui parla, ma anzi, al contrario, si limita soltanto

⁴⁹Cit. PIZZORUSSO, in *Sul principio del doppio grado di giurisdizione*, in *Atti del XII Convegno Nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, Milano 1980, e in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 45.

a sostenere che competente a decidere sulla sentenza impugnata dovrebbe essere un magistrato appartenente allo stesso ufficio a cui appartiene il magistrato che ha emesso la sentenza di primo grado oggetto poi di “appellazione”. Ricci punta invece sulla constatazione che già esisterebbero all’interno della legge molte deroghe al principio del doppio grado, e che la tendenza degli odierni ordinamenti sia quella di allargare ancora di più piuttosto che restringere tali deroghe. In specie, l’Autore sostiene come proprio sia il principio della ammissibilità dei *nova* a provocare e a determinare una decadenza del principio del doppio grado di giurisdizione, rifacendosi in questo alle teorie di Mortara, il quale propugnava, da parte sua, una certa avversità per lo *ius novorum*, volendo solo che l’appello si limitasse al controllo di diritto sulla sentenza del primo giudice. A tali opinioni favorevoli all’abolizione o alla revisione radicale dell’appello reagirono in senso contrario Autori come Liebman⁵⁰, Allorio⁵¹, Tarzia⁵² e Cerino-Canova⁵³, che ne difesero appassionatamente la funzione di controllo e di riesame della pronuncia di primo grado, obiettando come il criterio che presiede ad un istituto come l’appello è <<un criterio di logica del pensiero prima ancora che di logica del processo>>⁵⁴. Con una tale affermazione, si è così voluto rimarcare e sottolineare come il giudice di appello fosse in grado di giudicare meglio non perché sia più bravo o più esperto o più preparato o più anziano e saggio o gerarchicamente superiore, ma perché semplicemente “giudica dopo”, su un campo già arato e preparato rispetto a quanto avvenuto in prime cure⁵⁵. Non è certamente detto che la decisione del secondo

⁵⁰ LIEBMAN, *Il giudizio di appello e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 401 ss.

⁵¹ ALLORIO, *Sul doppio grado del processo civile*, in *Studi in onore di Liebman*, Milano, 1979, III, P. 1783 ss.

⁵² TARZIA, *Realtà e prospettive dell’appello civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 86 ss.

⁵³ CERINO-CANOVA, *Sull’appello civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 92 ss.

⁵⁴ ALLORIO, *op. ult. cit.*, p. 1802.

⁵⁵ TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella <<iconoclastica>> del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 1, p. 146.

giudice sia migliore di quella emanata dal primo, ma difficilmente essa potrà essere peggiore. “E lo stesso Mortara, che critiche tanto radicali aveva rivolto all’istituto, purtuttavia, concludeva che di esso si sarebbe potuto fare a meno solo in un’*aurea aetas*, in cui la chiarezza delle leggi e la certezza dei mezzi di prova avrebbero determinato la diminuzione dei civili litigi”⁵⁶.

Riprendendo le fila del discorso, si deve specificare come tuttavia la nuova disciplina contenuta all’interno dell’art. 345 c.p.c., figlia della legge 353 del 1990 (ma effettivamente entrata in vigore solo il 30 aprile del 1995), deve sempre coordinarsi con le eventuali preclusioni maturate nel giudizio di primo grado. Si ritiene infatti che, generalmente, un appello chiuso ai *nova*, sia la conseguenza di un regime di preclusioni più o meno rigido caratterizzante il primo grado di giudizio. Nel particolare, con riferimento alle domande, l’ambito dello *ius novorum* non sarebbe delimitato tanto dall’art. 345 c.p.c., quanto dall’art. 183, comma 6, c.p.c., che individua il termine ultimo per poter procedere alla precisazione e modificazione delle domande introduttive. In realtà, c’è chi sostiene⁵⁷ che in fondo non esisterebbe nessuna “incompatibilità logica“ tra il principio di rigide preclusioni in primo grado e una ipotetica ammissibilità dei *nova* in appello. Tuttavia, continua l’Autore a sostenere, tale tesi sarebbe comunque il frutto di un sistema che potrebbe apparire alquanto incoerente e poco pratico, parendo contraddittorio che, dopo aver previsto rigide e severe decadenze in primo grado, si conceda alle parti di fare in appello ciò che ormai era definitivamente precluso nel primo giudizio. Il problema è piuttosto quello di trovare un metodo, un *escamotage*, per far convivere i due principi, e che consentisse di equilibrare e calibrare, in un’ottica di “pesi e contrappesi“, l’ammissibilità dello *ius novorum* da una parte e l’efficacia delle preclusioni maturate in primo grado dall’altra. Al di là dei dati

⁵⁶ TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 311.

⁵⁷ TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 97-98.

dottrinari, quello che è certo è che la Riforma del 1990 introduce un rigidissimo sistema di preclusioni sia in primo che in secondo grado. Con la nuova disciplina si vuole rinnovare profondamente l'appello rispetto al 1950, la cui riforma aveva abbandonato il rigido sistema delle preclusioni. Il progetto di riforma rappresenta infatti, tendenzialmente, un ritorno al passato, cioè alla versione del codice del 1942 e un ripensamento delle critiche che avevano investito il codice stesso, sfociando poi nella novella del 1950, con abolizione, o quasi, di ogni preclusione. In un sistema di preclusioni così concepito la fase ultima e utile per la deduzione di fatti principali si chiude nel giudizio di primo grado, di regola alla prima udienza di trattazione o, al più, alla scadenza dell'eventuale termine che il giudice istruttore abbia fissato a norma dell'ultimo comma dell'art. 184 codice procedura civile. D'altro canto, anche la disciplina dello *ius novorum* è assai rigorosa non soltanto per la previsione dell'esclusione della proposizione delle domande nuove, facendo salve quelle che riguardano frutti, interessi, danni successivi alla sentenza impugnata, ma perché esclude anche la proposizione di nuove eccezioni, a meno che queste non siano rilevabili d'ufficio. Con una precisazione per queste ultime: che esse si debbono fondare su fatti anteriori al momento ultimo nel quale in primo grado sono consentite deduzioni di merito. Questo significa che invece fatti successivi a tale momento (il pagamento, per esempio) non siano deducibili in appello⁵⁸. Quanto ai mezzi di prova, la disciplina corrisponde a grandi linee a quella dettata per l'art. 437, comma 2 c.p.c., per il processo del lavoro, quindi si sancisce che sono ammessi solo quei mezzi di prova che siano ritenuti indispensabili per la decisione e risoluzione della controversia, anche a prescindere dal fatto che la parte sia incorsa o meno in preclusioni maturate in primo grado. Salvo ancora l'ipotesi della rimessione in termini per causa non imputabile alla parte allora

⁵⁸ ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V.

prevista e disciplinata all'interno dell'art. 184 *bis* c.p.c., così come introdotto dalla riforma del 1990, la cui portata e il cui contenuto è oggi trasmigrato all'interno dell'art. 153 c.p.c., il quale prevede una regolamentazione che vale ed è dettata non soltanto in rapporto al procedimento di cognizione, ma si insinua e si presenta come garanzia in termini più generali. L'introduzione di un sistema a rigide preclusioni presenta notevoli aspetti di vantaggio e di svantaggio. Da un lato è infatti in grado di fungere da ostacolo alle tattiche dilatorie delle parti e di meglio garantire al giudice una maggiore conoscenza della causa, che può avere così sin dall'inizio (sia sulla base dell'atto di citazione sia della comparsa di risposta sia delle ulteriori deduzioni formulate alla prima udienza). Inoltre, "sicuramente assicura che il giudice possa svolgere un ruolo attivo, di collaborazione tra le parti medesime nel processo ed esercitare funzioni assegnateli già alla prima udienza: nel controllare la regolarità del contraddittorio, ad esempio, o nell'interrogatorio libero delle parti e nel chiedere loro chiarimenti o, ancora, nel tentativo di conciliazione"⁵⁹. Invece, tra gli aspetti più sfavorevoli vi è sicuramente il fatto che una volta calato il sipario delle preclusioni, in via generale, le parti non hanno più la possibilità di dedurre fatti verificatosi successivamente. Bisogna però fare una precisazione in rapporto alle eccezioni. E' opinione consolidata in dottrina che non soggiacciono al divieto di cui all'art. 345 c.p.c. e allo schema preclusivo di primo grado quelle eccezioni che si rendono necessarie di proposizione per esigenze di *ius superveniens*, cioè in relazione a fatti sopravvenuti, secondo un'interpretazione che è valida e vigente tuttora. Ciò è consentito in virtù della sussistenza di due motivi: nell'ipotesi in cui la tardività dell'allegazione sia dovuta a causa non

⁵⁹ ATTARDI, *op. ult. cit.*

imputabile alla parte e nell'ipotesi di presenza di c.d. "sentenza della terza via"⁶⁰.

⁶⁰ CECHELLA, *Attività delle parti*, p. 293.

II. LA RIFORMA DEL 2012

SOMMARIO: II.1 La riforma del 2012: la nuova veste dell'art. 345 c.p.c. - II.1.1 Il divieto di nuove domande in appello. - II.1.2 Il divieto di nuove eccezioni in appello. - II.1.3 I nuovi mezzi di prova: il requisito della <<novità>> e prove <<non nuove>>. - II.1.4 La produzione di nuovi documenti in appello e la legge n. 69 del 2009. - II.1.5 Il concetto di indispensabilità in dottrina e nell'interpretazione giurisprudenziale della Corte di Cassazione. - II.1.6 Le prove non proposte in primo grado per causa non imputabile alla parte. - II.1.7 Il giuramento decisorio.

II.1 La riforma del 2012: la nuova veste dell'art. 345 c.p.c.

La legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito con modificazioni il Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, rappresenta l'ennesima legge in materia di processo civile, volta ad asciugare e a rendere più legnoso (o per meglio dire, "deflazionare") il sistema delle impugnazioni⁶¹. In particolar modo, le modifiche agli artt. 345, comma 3 e 702 *quater*, c.p.c. sono una "novità" della legge non preannunciata dal d.l. n. 83/2012. Il legislatore, con questo provvedimento, ha voluto ulteriormente limitare il novero delle nuove prove ammissibili in appello, togliendo dal comma 3 dell'art. 345 c.p.c. l'inciso (coniato nel rito del lavoro per l'art. 437 c.p.c., ove tuttora continua a vigere) della "indispensabilità" delle prove ammissibili per la prima volta in appello. La formula era certamente tutt'altro che felice e, nonostante i <<fiumi di inchiostro>>⁶² ad essa dedicati non si era rivelata un criterio guida affidabile ed esaustivo. Tuttavia, pur nella sua genericità, rappresentava una valvola di sicurezza all'interno del sistema, in termini di ulteriore possibilità riconosciuta alle parti che il giudice nei processi ordinari di appello potesse ammettere le prove indispensabili. A ciò si accompagna, sull'altro versante, il fatto che la modifica legislativa ha equiparato il regime del rito sommario di cognizione (art. 702-*quater*) a quello che era prima previsto per l'appello "ordinario", con la conseguenza che in tale processo saranno ammissibili sia le prove che la parte dimostri

⁶¹ CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corr. Giur.*, 2012.

⁶² L'espressione è di LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., p. 294.

di non aver potuto proporre nel corso del primo grado per causa ad essa non imputabile sia quelle ritenute “indispensabili”, in luogo del pregresso criterio della mera rilevanza. Rimane quindi, all’interno dell’art. 345 c.p.c., come unico criterio di ammissibilità per le nuove prove e i nuovi documenti in appello solo il requisito della rimessione in termini per causa non imputabile, il quale inevitabilmente sarà portato, se non si vuole irrigidire oltre misura il sistema, ad assumere un significato molto più ampio ed elastico rispetto a quello attribuitogli in precedenza. Così che la nozione sarà portata a ricomprendere al proprio interno e a poggiare, oltre che sui presupposti di forza maggiore e caso fortuito, anche su criteri di carattere soggettivo rappresentato dal principio della diligenza impiegata nel compiere gli atti del processo e dal principio della autoresponsabilità imperniato sul c.d. dovere di buona condotta processuale. È una scelta questa che sempre più trasforma l’appello da rimedio contro l’ingiustizia della decisione appellata in mero controllo sul giudice di primo grado e strumento per rimediare ai suoi errori. In altre parole, sembra piuttosto che l’appello sia stato mantenuto dal nostro legislatore per evitare sostanzialmente che il primo giudice possa sentirsi e comportarsi da *legibus solutus*⁶³. L’attuale disposizione è così formulata:

“Art. 345. *Domande ed eccezioni nuove.* 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. Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d’ufficio. - Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che [che il collegio non li

⁶³ VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2013, n. 2, p. 519.

ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero]⁶⁴ 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”.

Vediamone più da vicino i risvolti pratici e le singole sfumature.

II.1.1 Il divieto di nuove domande in appello

Il divieto di proporre nuove domande in appello è una di quelle questioni che più ha animato la dottrina e la giurisprudenza e che maggiormente ha “affaticato la mente degli studiosi, in ogni tempo e in ogni luogo, come ebbe a scrivere oltre trentacinque anni fa uno dei nostri più geniali processualciviliisti. Ciò non tanto, Egli ⁶⁵ proseguiva, per la sua astratta soluzione, perché tutti si è concordi nel sostenere che domande nuove in appello non se ne possono proporre, quanto per la determinazione della novità della domanda in concreto; aggiungendo, poi, di stupirsi della quantità di tentativi che furono fatti per trovare il criterio distintivo di tale novità, ma di stupirsi ancora di più della pochezza dei risultati che si sono raggiunti”⁶⁶. La regola quindi generale dettata all’interno dell’art. 345, 1° comma, c.p.c., è nel senso di ritenere che le nuove domande, se proposte in appello, debbono essere dichiarate inammissibili ⁶⁷. Il disposto, dettato per il rito ordinario, così come l’art. 437 c.p.c. dettato per il rito del lavoro, ricalca la formulazione dell’art. 490 c.p.c. 1865 (salvo l’intervallo temporale e il ribaltamento di disciplina realizzato

⁶⁴ Parole soppresse dall’art. 54, comma 1°, del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in L. 7 agosto 2012, n. 134.

⁶⁵ SATTI, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1962, p. 133.

⁶⁶ BONSIGNORI, *Il divieto di domande e di eccezioni in appello*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1998, I, 65 ss.

⁶⁷ Non si ha quindi il rigetto in merito, ma la dichiarazione di inammissibilità della domanda nuova. La novità della domanda è rilevabile anche d’ufficio e l’eventuale consenso della controparte alla trattazione nel merito della domanda nuova è irrilevante: il giudice infatti non può procedere ad esaminare nel merito la domanda nuova anche se la controparte, espressamente o implicitamente, ne abbia fatto richiesto, nel senso di volere una decisione di merito sulla domanda nuova.

con le norme di riforma del 1950), e se si vuole, ancor prima, anche l'art. 464 del *Code Napoléon*, nonché *illo tempore*, la Costituzione di Giustino del 529 d.C., che inibiva l'allegazione di nuovi fatti "*quae ad novum capitulum pertinent*". Il divieto di nuove domande deve essere inteso quale divieto di proporre in appello nuove ragioni, a suffragio della domanda principale, dirette a far ottenere al soccombente il bene della vita non conseguito in primo grado, attraverso la predisposizione di uno schema preclusivo ulteriore rispetto al principio del doppio grado di giurisdizione. Invero, la giurisprudenza pratica, dal canto suo, ha ormai abbandonato da tempo il criterio di carattere generale, e di ispirazione mortariana, al quale in passato si era attenuta, che va sotto il nome di "teoria dell'assorbimento", secondo cui la domanda proposta per la prima volta in appello non risulterebbe nuova nella misura in cui quest'ultima "assorbe", per l'appunto, la domanda originaria, escludendone quindi la proponibilità in un separato processo. Il problema allora si polarizza sul diritto fatto valere in giudizio, sulla situazione giuridica di cui si chiede la difesa, sul bene della vita oggetto di tutela tra le parti, con la conseguenza che l'allegazione di nuove circostanze di fatto in appello mutano la domanda solo quando, di riflesso, modificano anche la situazione giuridica sulla quale il primo giudice si è espresso e ha emanato la sentenza. Come è stato osservato, "si ha mutamento della domanda quando muta il nucleo dei fatti che sono casualmente collegati con l'oggetto della domanda stessa"⁶⁸. Secondo l'impostazione più diffusa si avrà quindi domanda nuova quando l'introduzione di nuovi fatti costitutivi genererà la variazione di anche uno soltanto dei tre elementi identificativi (soggettivi e oggettivi) della domanda, ossia *personae*, *petitum*, *causa petendi*, mentre non si avrà domanda nuova nel caso in cui si verifichi una ipotesi di *emendatio libelli*. Le scuole di

⁶⁸ FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, p. 90 ss.

pensiero sono essenzialmente due: da una parte si sostiene che, se si tratta di c.d. diritti autoindividuati, nonostante il divieto sancito dall'art. 345 c.p.c., è possibile dedurre in appello nuovi fatti a fondamento di domande autodeterminate, poiché essi non implicano alcuna *mutatio* nel passaggio tra il primo e il secondo grado di giudizio, ma mera *emendatio*. Più specificatamente, l'allegazione di nuovi fatti principali non costituisce nuova domanda in quanto tali allegazioni non mutano "la sostanza oggettiva del processo che rimane il diritto individuato puramente e semplicemente con l'indicazione del bene della vita alle cui tutela è posto"⁶⁹. La centralità del fatto quale elemento caratterizzante la dimensione oggettiva del processo è argomento fortemente sostenuto dai fautori della c.d. teoria della sostanziazione, cui molti Autori si sono ispirati dopo la riforma del 1990, e che confermerebbero che quella è anche l'opzione scelta e condivisa dal legislatore: ossia, che ogni fatto principale a cui sia ricollegabile il *petitum* integra una nuova domanda⁷⁰; dall'altro lato, c'è invece una parte della dottrina che sostiene, che il nucleo centrale della domanda debba essere in realtà individuato in rapporto all'elemento giuridico che si intende ottenere. Viceversa, nelle domande c.d. eterodeterminate (concernenti obbligazioni in genere nonché diritti di garanzia) dove l'indicazione del fatto costitutivo riveste importanza determinante per l'individuazione del diritto azionato in giudizio (in tali casi, infatti il diritto si identifica solo con la sua fattispecie costitutiva),

⁶⁹ MENGALI, *I nova in appello*, in A.A. V V. *Le impugnazioni civili*, p. 239.

⁷⁰ Rientrano in questa categoria il diritto di proprietà, i diritti reali di godimento e gli altri diritti assoluti (attinenti alla personalità, alla cittadinanza, ai rapporti di famiglia, ecc.) che rappresentano situazioni giuridiche strutturalmente uniche ed irripetibili, nonché i diritti alla consegna o al rilascio di un bene determinato e il diritto alla prestazione di un *facere* o di un *non facere*. Cfr. TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 109. Rimangono invece esclusi i diritti di credito e i diritti reali di garanzia (pegno, ipoteca) poiché essi "possono certo sussistere più volte tra le stesse parti e riferirsi più volte allo stesso credito, per cui diviene pur sempre necessaria l'indicazione del fatto storico generatore della situazione reale affermata", Cit. MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di "petitum" e "causa petendi"*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 475.

l'allegazione per la prima volta in appello di un nuovo fatto costitutivo comporta e determina una modificazione della domanda originaria da ritenersi quindi inammissibile ai sensi del primo comma dell'art. 345 c.p.c. Rimarrebbero escluse e rappresenterebbero quindi una deroga, oltre che l'unica eccezione espressamente prevista nel nostro ordinamento (così come avveniva, d'altra parte, *ante* riforma 1990) al divieto di proposizione di nuove domande, quelle relative alla richiesta di interessi, frutti e accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché al risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa, come prevede lo stesso primo comma dell'art. 345 c.p.c. E' chiaro che in tal caso, come ho già avuto modo di sottolineare, non si tratta di domande nuove, in quanto dipendono e si ricollegano ai fatti già dedotti in primo grado e alle domande ivi proposte. La giurisprudenza ha però sottolineato che trattandosi di domande c.d. di "aggiornamento", il giudice d'appello può conoscere di questi "diritti accresciuti" solo a patto che nel giudizio di primo grado, e cioè nell'udienza di precisazione delle conclusioni, ci sia già stata una richiesta in tal senso. Il legislatore ha stabilito questa regola in virtù della disciplina relativa ai limiti cronologici del giudicato: il giudice fotografa la realtà storica al momento della precisazione delle conclusioni e, una volta proposto appello, il referente temporale di efficacia della sentenza non è più l'udienza di precisazione delle conclusioni di primo grado, ma sarà l'udienza di precisazione delle conclusioni in appello. La pronuncia accerterà la sussistenza o insussistenza del diritto con riferimento, quanto ai fatti, all'udienza di precisazione delle conclusioni in appello. In questo modo, e in un sistema così impostato, si permette di evitare che si celebri un separato processo esclusivamente finalizzato all'aggiornamento delle domande già proposte.

II.1.2 Il divieto di nuove eccezioni in appello

L'art. 345, 2° comma, c.p.c. pone un divieto di deduzione in appello di nuove eccezioni, a meno che queste non siano rilevabili d'ufficio, ossia a meno che non si tratti di eccezioni in senso lato. La norma evidentemente si ricollegava all'art. 180, secondo comma, c.p.c., che prima della riforma del 2005, statuiva che il giudice nel fissare la data per l'udienza di trattazione, assegnava al convenuto un termine perentorio non inferiore a venti giorni per proporre le eccezioni processuali e quelle di merito non rilevabili d'ufficio⁷¹. Poi la legge n. 80 del 14 maggio 2005 ha completamente riformato il regime attraverso l'abolizione dell'udienza *ex* art. 180 c.p.c., e trasferito il relativo e restante contenuto all'interno dell'art. 167, comma 2°, c.p.c. Ora, la distinzione tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto era già presente nel testo originario del codice di procedura civile, e precisamente nell'art. 112 c.p.c.⁷², in ordine al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ma non aveva alcun rilievo e nessuna ricaduta pratica sul contenuto dell'art. 345 c.p.c., in quanto esso riconosceva soltanto che era possibile in appello proporre qualsiasi tipo di eccezione, sia che essa fosse in senso lato sia che essa fosse in senso stretto. Con la legge del 1973 e, ancor di più, con la legge del 1990, si è posto maggiormente il problema di distinguere le due fattispecie; tuttavia, occorre fare una precisazione: il legislatore nella riforma dei *nova* nel rito ordinario ha

⁷¹ Tuttavia gli artt. 183 e 184 c.p.c. consentivano ulteriori termini per ulteriori precisazioni e allegazioni; più precisamente il 4° comma dell'art. 183 c.p.c., prevede che l'attore possa proporre nella prima udienza di trattazione le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte al convenuto. Il giudice, inoltre, su richiesta delle parti, fissa un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il deposito delle memorie relative a precisazioni o modificazioni delle domande e delle eccezioni già proposte, e concede un ulteriore termine, non superiore a trenta giorni, per replicare alle domande e alle eccezioni nuove o modificate dall'altra parte e per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime (comma 4°).

⁷² La norma prevede che <<il giudice [...] non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti>>.

preso come modello il rito del lavoro, ma se è vero questo, è anche vero che, nella formulazione dell'art. 345 c.p.c. per la parte relativa alle nuove eccezioni non si è propriamente ispirato all'art. 437, comma 2°, c.p.c., il quale all' interno non distingue affatto tra le due categorie di eccezioni; nonostante ciò la disposizione è stata sempre comunque interpretata da parte della giurisprudenza nel senso della esclusione dal divieto delle eccezioni in senso lato⁷³. Nel nostro ordinamento la legge prevede che alcuni fatti estintivi, modificativi, impeditivi siano rilevabili d'ufficio (ad esempio, l'art. 1421 c.c. che stabilisce che la nullità del contratto può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice) e che altri fatti estintivi, modificativi e impeditivi devono essere allegati dalla parte (ad esempio, l'art. 2938 c.c. che sancisce che l'eccezione di prescrizione non può essere rilevata d'ufficio dal giudice o l'art. 2969 c.c. che prevede la non rilevabilità d'ufficio della decadenza). A questo punto però si pone un problema di vuoto normativo rispetto alla molteplicità di fatti estintivi, modificativi e impeditivi per i quali il legislatore nulla ha disposto, né nel senso della loro rilevabilità d'ufficio né nel senso della loro rilevabilità su istanza di parte. Di fronte ad una situazione così concepita, dopo l'entrata in vigore prima della legge del 1973 e poi della legge del 1990, si è generato nelle file della giurisprudenza un vasto contenzioso, con centinaia di sentenze della Suprema Corte che si preoccupavano di individuare i criteri distintivi non solo tra eccezioni in senso ampio ed eccezioni in senso stretto, ma anche tra eccezioni (che introducono fatti impeditivi, estintivi, modificativi) e mere difese, seguito, a sua volta, dalla pluralità di voci dottrinarie

⁷³ Cass. S. U., 19 novembre 1998, N. 11720, in *Foro It.*, Rep. 1998, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 336; Cass. 4 aprile 1989, n. 1625, in *Foro It.*, Rep. 1989, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 286, in cui la Corte espressamente afferma che nel rito del lavoro il divieto di nuove eccezioni in appello riguarda solo le eccezioni in senso stretto, non rilevabili ex officio, e non anche le eccezioni in senso ampio o le c.d. mere difese volte solo a contestare il valore probatorio dei mezzi istruttori esperiti in primo grado.

che si sono espresse anche in modo antitetico fra di loro⁷⁴. Partendo dalle tesi di Chiovenda (che hanno influenzato moltissimo l'elaborazione del concetto di eccezione), costui definiva l'eccezione come "un contraddittorio tendente ad impugnare ed annullare l'azione", intesa, a sua volta, "come diritto all'attuazione della legge spettante a chi ha ragione"⁷⁵. Dopo di che, distingueva tra eccezioni in senso proprio (prescrizione, compensazione, ritenzione, incapacità, vizi del consenso, lesione) ed eccezioni in senso improprio, che sono quelle tendenti al rigetto della domanda in quanto o l'azione non è mai nata (simulazione) o è venuta meno prima dell'eccezione stessa (pagamento, novazione, remissione, ecc). In tutti questi ultimi casi, qualora il convenuto non proponga l'eccezione, ma in ogni caso il fatto impeditivo, modificativo, estintivo risulta dagli atti, ricorrono le condizioni per il rigetto della domanda, in quanto, secondo l'Autore, il giudice "non può fabbricare rapporti giuridici"⁷⁶ e quindi rigetta la domanda semplicemente perché l'azione non esiste e non esistendo il giudice non può accogliere domande infondate. Qualora invece il giudice abbia a che fare con una eccezione in senso stretto, anche in mancanza dell'eccezione medesima e in attesa che il convenuto faccia valere il suo diritto, dovrà accogliere la domanda perché l'azione esiste e la domanda è fondata⁷⁷. Per quanto invece riguarda le eccezioni in senso stretto, non espressamente previste dalla legge, secondo Chiovenda la soluzione era di tipo interpretativo, ossia si poteva giungere alla loro individuazione solo attraverso tutta una serie di criteri, quali la tradizione, l'ordine pubblico (quando una circostanza riguarda l'ordine pubblico solitamente non è rimessa alla iniziativa

⁷⁴ ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali*, in *Corr. Giur.*, 2005, 7.

⁷⁵ CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930 (ristampa 1993), p. 147 ss.

⁷⁶ ORIANI, *op. ult. cit.*

⁷⁷ CHIOVENDA, *op. ult. cit.*

del convenuto farla valere in giudizio, anche se non è propriamente vero il contrario), il fatto che si tratti di una circostanza che potrebbe dar vita ad una separata autonoma azione, ecc.⁷⁸ Carnelutti invece sosteneva, al contrario di Chiovenda, che si era in presenza di un'eccezione in senso stretto solo quando il nucleo centrale dell'eccezione appariva correlato in modo così tanto evidente, all'interesse della parte che l'aveva proposta, con la conseguenza che il giudice poteva pronunciarsi sulle eccezioni non proposte dalle parti solo qualora tale potestà gli fosse esplicitamente attribuita e riconosciuta dalla legge⁷⁹. Di conseguenza, qualora il legislatore non avesse esplicitamente qualificato l'eccezione come impropria essa sarebbe stata da considerarsi come eccezione in senso stretto, riservata quindi all'iniziativa esclusiva della parte. La dottrina maggioritaria rifiutò una simile tesi, sostenendo, *a contrario*, che la presenza nel nostro ordinamento di molte disposizioni relative alle eccezioni rilevabili su iniziativa di parte, e di poche norme riguardanti i casi di eccezione d'ufficio sta a sottolineare una chiara intenzione legislativa di porre un freno ai poteri officiosi del giudice⁸⁰. Di fronte a questi contrasti dottrinari e in mancanza di un criterio distintivo uniforme delle eccezioni, anche la Corte di Cassazione si è pronunciata nel senso di porre un punto alla questione, e lo ha fatto con la sentenza n. 1099 del 1998 resa a Sezioni Unite⁸¹. All'interno di questa sentenza la Corte intendeva poi essenzialmente chiarire anche un altro punto critico, ossia stabilire se

⁷⁸ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, p. 295.

⁷⁹ Secondo l'Autore esisteva una stretta correlazione tra il principio dell'onere della prova e l'onere di allegazione: il convenuto ha perciò l'onere di allegare tutti i fatti impeditivi, estintivi, modificativi che vuole provare, e di conseguenza, deve allegarli. Cfr. ORIANI, *op. ult. cit.*

⁸⁰ MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, p. 92.

⁸¹ Cass., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Foro It.*, 1998, I, p. 764. La Corte era chiamata a pronunciarsi sulla natura dell'eccezione con il quale il datore di lavoro deduceva di volersi avvalere, al fine di ottenere una riduzione della domanda di risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, sostenendo il reperimento da parte del lavoratore di un'altra occupazione retribuita, ancor prima dell'ordine di reintegrazione del medesimo nel precedente posto di lavoro.

le eccezioni rilevabili d'ufficio possano essere o meno proposte senza limiti in appello, e nel fare questo fissava tre punti fermi:

a) l'eccezione in senso stretto ha carattere "eccezionale", ricorrendo solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge;

b) in mancanza di una specifica previsione di legge l'eccezione è rilevabile d'ufficio da parte del giudice. Tuttavia, "il generalizzato potere di rilievo di ufficio" non implica il superamento del divieto di scienza privata del giudice, con la conseguenza che il giudice può attribuire rilevanza ai fatti modificativi, impeditivi o estintivi solo se il fatto è stato allegato dalla parte interessata, ossia la parte ne abbia fatto richiesta. In ogni caso è clausola condizionante il presupposto che il fatto debba risultare dagli atti del processo;

c) la sentenza distingue poi tra il potere di allegazione e il potere di rilevazione, affermando che mentre il primo spetta esclusivamente alla parte e va esercitato entro il limite temporale (previsto dalla legge) del tempestivo deposito della memoria difensiva⁸², il potere di rilevazione, di desumere cioè l'effetto dal fatto, è esercitabile dal giudice anche oltre i detti limiti temporali, e sempre che i fatti siano stati tempestivamente allegati nella memoria difensiva, siano cioè, rilevabili d'ufficio e siano quindi nelle condizioni di far sorgere il potere-dovere del giudice di tenerli in considerazione ai fini della decisione⁸³.

⁸² In particolare, <<ipotizzare l'allegabilità di fatti nuovi significherebbe compromettere il sistema delle preclusioni e, in particolare, la sua funzione di affidare alla fase degli atti introduttivi del giudizio la cristallizzazione di temi controversi e delle relative istanze istruttorie>>, cit. ORIANI, *op. ult. cit.*

⁸³ Con l'unica eccezione rappresentata dai fatti sopravvenuti, la cui allegazione deve comunque avvenire nel primo atto difensivo utile successivo. ORIANI, *Sulle eccezioni proponibili in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 738, in cui l'Autore ritiene questo assunto non condivisibile sulla base del presupposto e della logica stessa delle eccezioni in senso lato, cioè la loro rilevanza d'ufficio, indipendentemente e a prescindere dalle deduzioni e allegazioni poste in essere dalla parte. Non sarebbe quindi molto coerente, nelle idee dell'Autore, affermare che in appello si possono avanzare eccezioni in senso lato solo a patto che queste risultino, e siano già stati allegati in primo grado i fatti posti a fondamento delle stesse. Egli sottolinea come in realtà questa sia stata la soluzione di compromesso adottata dalla riforma del 1990 tra un appello aperto ai *nova* ed uno

Con la sentenza n. 226 del 2001⁸⁴ la Corte supera il precedente orientamento, affermando che, pur vigendo nel nostro ordinamento il principio di scienza privata del giudice, principio che rende necessario che la parte debba allegare e dimostrare l'esistenza del fatto impeditivo, modificativo, estintivo, tuttavia tale allegazione e dimostrazione, proprio per il rilievo d'ufficio delle eccezioni, non solo non è soggetta a termini particolari, ma invece può essere effettuata in ogni stato e grado del giudizio di merito, e a prescindere da qualsiasi volontà o interesse della parte di volersene avvalere. Il principio quindi di scienza privata non vieta e non comporta che il giudice possa rilevare l'efficacia giuridica dei fatti emergenti dagli atti del giudizio, qualora, ovviamente, l'efficacia giuridica di tali fatti sia rilevabile d'ufficio.

In dottrina è opinione pienamente consolidata che non rientrano nel divieto di cui all'art. 345, comma 2°, c.p.c., le eccezioni relative ai fatti sopravvenuti, cioè fatti che sono sorti e si sono verificati in un momento successivo rispetto alla loro deducibilità in prime cure e rispetto ai termini preclusivi di primo grado. È chiaro che una pronuncia indifferente a tali fatti rischierebbe di fotografare una realtà e una situazione non più esistente o che comunque si è modificata nell'arco di tempo intercorso tra la pronuncia di primo grado e il giudizio di impugnazione. Secondo una opinione ormai ben salda, nell'ipotesi di fatti sopravvenuti (che possono rendersi necessari anche in relazione a uno *ius superveniens*), questi sarebbero ammissibili in appello in quanto, in tal caso, la tardività dell'allegazione non è imputabile alla parte ovvero si rende necessaria la loro allegazione in virtù della presenza di c.d. "sentenze della terza via"⁸⁵. Invero, questa facoltà delle parti di poter

assolutamente chiuso: un appello che si apre non a tutti i nuovi fatti, ma solo a quelli che integrano un'eccezione in senso lato, anche se erano già deducibili in primo grado.

⁸⁴ Cass. S. U., 25 maggio 2001, in *Foro It.*, 2001, I, 2810.

⁸⁵ CECHELLA, *Attività delle parti*, p. 293.

contraddire in appello tali fatti, appare oggi subordinata alla mancata concessione in primo grado da parte del giudice di un termine di difesa, unito alla impugnazione della sentenza. Più specificatamente, ciò è avvenuto dopo la legge 69 del 2009 che ha innovato il 2° comma dell'art. 101 c.p.c., il quale ha stabilito ed imposto “una regola di dovere” al giudice, che si traduce nell’assegnare alle parti un termine non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni, ogni qual volta egli intende “*porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio*”.

Un ulteriore problema, per la verità poco dibattuto tra gli interpreti, è la fattispecie relativa alla possibilità di riconoscere o meno alle parti la facoltà di poter precisare o modificare in appello eccezioni già formulate in primo grado attraverso o l'allegazione di un fatto secondario o l'attribuzione ad essi di una diversa qualificazione giuridica. Si tratta invero del c.d. problema delle “eccezioni non nuove”. A tal proposito, è all’evidenza di tutti che l’art. 345 c.p.c. non dispone nulla in tal senso, per cui, ancora una volta, la soluzione dovrà essere ricercata nei rapporti sussistenti ed intercorrenti tra il sistema delle preclusioni in primo grado e il processo d’appello, con la conseguenza che, se si ritengono le preclusioni in primo grado ultrattive allora sia la precisazione che la modificazione delle eccezioni, così come quella delle domande, non sarà possibile ai sensi dell’art. 183 c.p.c. Diversamente argomentando, il problema potrebbe essere affrontato anche in altri termini, ossia nel senso di ritenere che, o l’eccezione non nuova non è mai ammissibile in appello in quanto non espressamente contemplata all’interno dell’art. 345 c.p.c. ovvero è sempre ammissibile perché sfugge al divieto dello *ius novorum*. La risoluzione al problema trova la propria ragion d’essere nei rapporti tra pronuncia del giudice di primo grado e processo di appello. Quindi un’eccezione già proposta potrà trovare ingresso in secondo grado solo se nel primo è stata oggetto di

pronuncia di rigetto; a sua volta, una modifica di una eccezione non nuova potrà trovare ingresso solo se l'eccezione (oggetto di modifica) è stata riproposta o, se rigettata espressamente, è stata fatta oggetto di impugnazione⁸⁶. Una volta affermato ciò non si riscontrano ulteriori ostacoli per l'introduzione in appello del fatto secondario costituente precisazione o modificazione dell'eccezione, a patto di precisare che, tali fatti secondari, non possono, in ogni caso, rappresentare la premessa o l'*escamotage* per introdurre in appello un fatto principale, aggirando così i divieti posti dall'art. 345 c.p.c.⁸⁷. Il divieto di proporre in appello nuove eccezioni che non siano rilevabili d'ufficio dal giudice non copre anche le mere difese, dal momento che, con queste ultime il convenuto si limita a negare l'esistenza del fatto costitutivo allegato dall'attore a fondamento della sua domanda. Le mere contestazioni infatti non comportano né un ampliamento del *thema decidendum*, rimanendo all'interno dei fatti già allegati dalla controparte, né tanto meno la loro deduzione per la prima volta in appello va ad incidere sul *thema probandum*, in quanto l'onere di provare i fatti costitutivi resta in capo all'attore. Talvolta i giudici hanno utilizzato il concetto di mera difesa per farvi rientrare ipotesi che avrebbero in realtà integrato delle eccezioni in senso stretto, al fine di temperare il divieto dei *nova* in appello, e facendo leva sulle difficoltà interpretative riguardanti e inerenti alla distinzione tra fatti impeditivi e fatti costitutivi.

II.1.3 I nuovi mezzi prova: il requisito della <<novità>> e prove <<non nuove>>

Al terzo comma, l'art. 345 c.p.c., secondo una formulazione che riprende l'art. 490 c.p.c. del 1865, sancisce espressamente il divieto di ammissione in appello di <<nuovi mezzi di prova>> (ad eccezione del giuramento decisorio, di quelle prove che il collegio ritenga

⁸⁶ MENGALI, *I nova in appello*, in A. A. VV. *Le impugnazioni civili*, p. 251-252.

⁸⁷ TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 120-121.

indispensabili ai fini della decisione della causa e di quelle prove che la parte dimostri di non aver potuto produrre in primo grado per causa ad essa non imputabile). Bisogna quindi vedere cosa debba intendersi per mezzo di prova <<nuovo>>. Anche su questo punto la dottrina si è divisa tra chi ritiene che nuovo è quel mezzo di prova di tipo diverso rispetto a quello posto in essere in primo grado (ad esempio, prova documentale e prova testimoniale, oppure, è nuova in appello la richiesta dell'interrogatorio formale sugli stessi capitoli che in primo grado avevano formato oggetto di prova testimoniale), ossia che "appartiene ad una *species* diversa da quella degli strumenti istruttori esperiti in primo grado"⁸⁸, e chi ritiene invece che l'espressione <<nuovo>> si riferisca al diverso oggetto di giudizio, cioè quando in grado di appello si propone uno stesso mezzo di prova, identico a quello esperito in primo grado, però vertente su un fatto nuovo ed avente ad oggetto circostanze del tutto diverse e distinte da quelle già assunte con lo stesso mezzo di prova in primo grado⁸⁹. Più specificatamente, l'art. 345, 3° comma, nell'ammettere soltanto i nuovi mezzi di prova che il collegio ritenga indispensabili ai fini della decisione della controversia, o che la parte dimostri di non aver potuto proporre per causa ad essa non imputabile, si riferisce a tutte quelle richieste istruttorie che non sono state proposte dalle parti nel giudizio di primo grado, anche se dirette ad integrare o

⁸⁸MENGALI, *La produzione di nuovi documenti in appello*, *Riv. dir. proc.*, 2008, n. 1, p. 110.

⁸⁹ Così LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, III ed., Torino, 1927, p. 348, <<prova nuova, ai fini dell'ammissibilità in appello, è così la prova che ha oggetto diverso e mezzo identico, quanto quella che ha oggetto identico e mezzo diverso>>. Nello stesso senso, LUISO, *Appello nel diritto processuale civile*, p. 27, secondo il quale: <<una richiesta istruttoria è nuova e come tale ammissibile in appello quando essa riguardi un mezzo di prova mai esperito in prime cure (ancorché il fatto da provare sia già stato oggetto di un diverso mezzo istruttorio) o quando si tratti di un mezzo di prova già esperito in primo grado, ma in relazione a fatti diversi da quelli che sono l'oggetto della prova richiesta in appello: in sintesi, quando si richieda un mezzo di prova "nuovo" su un fatto "vecchio", oppure un mezzo di prova "vecchio" su un fatto "nuovo".

a contraddire i risultati delle prove già ammesse ed espletate in prime cure. In presenza quindi dei requisiti e dei limiti imposti e previsti da tale norma, le parti potranno non soltanto chiedere di provare fatti estranei al *thema probandum* fissato in primo grado (anche se allegati o sorti prima della conclusione del giudizio di primo grado), ma potranno anche dedurre prove dirette ad integrare o a contraddire i risultati di quelle prove già poste in essere nel primo giudizio: in questi casi, la parte potrà in modo indifferente avvalersi o di un mezzo di prova nuovo e diverso oppure di un mezzo di prova identico rispetto al primo giudizio però vertente su circostanze diverse⁹⁰. Argomento questo che può essere maggiormente sostenuto se si guarda al “c.d. principio dell’unitarietà o infrazionabilità della prova”⁹¹ che porta ad affermare l’inammissibilità in appello di tutte quelle prove che siano dirette o indirette a contrastare con le risultanze istruttorie assunte in primo grado, in quanto in questo modo si avrebbe una diversa valutazione dei fatti oggetto dello stesso mezzo istruttorio esperito ed utilizzato in prima istanza. Orientamento questo che è stato anche confermato dalla giurisprudenza di Cassazione⁹², a sostegno quindi della tesi che l’unica istanza istruttoria nuova che sia ammessa in appello è solo quella vertente o su un mezzo di prova del tutto diverso rispetto a

⁹⁰ Così, fra molte, Cass. 5 febbraio 1991, n. 1075; Cass. 27 aprile 1989, n. 1953; Cass. 2 agosto 1997, n. 7176, la quale suole affermare che la “prova nuova” deve vertere su circostanze “del tutto diverse e distinte da quelle che hanno formato oggetto del medesimo tipo di prova già assunto in primo grado” e “non aventi alcuna connessione con quelle dedotte in primo grado”, poiché la nuova prova “non deve essere diretta a rimuovere, contraddire o modificare, anche indirettamente, risultanze già acquisite in primo grado” attraverso la deduzione di capitoli che ben avrebbero potuto formare oggetto di prova contraria.

⁹¹ RUFFINI, *op. ult. cit.*

⁹² Cass. 3 marzo 2005, n. 4652, in *Foro It.*, Rep. 2005, voce *App. Civ.*, n. 82., la quale ha ritenuto, in base al principio della non frazionabilità della prova, inammissibile in appello la prova testimoniale che fosse preordinata, e che vertesse, anche in modo indiretto, a contrastare le risultanze della prova già dedotta e assunta in primo grado, e che operasse, attraverso nuove circostanze e modalità, una diversa valutazione dei fatti oggetto dello stesso mezzo di prova nel precedente grado di giudizio.

quelli esperiti in primo grado (con quindi identità di *thema probandum*) oppure concernente fatti e circostanze diverse da quelli oggetto della prova richiesta in appello rispetto al primo grado. In ogni caso, l'art. 345, terzo comma, c.p.c. non consente l'ammissione in appello di quei mezzi di prova che potevano essere esperiti in primo grado, ma non lo sono stati senza giustificato motivo⁹³, ossia di quei mezzi di prova che, già ammessi in primo grado, non sono stati espletati per decadenza della parte dall'assunzione, o per rinuncia, anche implicita (cioè, per non aver riproposto nell'udienza di precisazione delle conclusioni il mezzo di prova non ammesso)⁹⁴. Una volta pacifico che il requisito della novità della prova non può costituire un espediente per aggirare eventuali decadenze maturate in primo grado (sostenendo il contrario il giudizio di appello risulterebbe più permissivo di quello di primo grado e si prescinderebbe da un comportamento della parte che nel grado precedente ha influito sulla preclusione), il problema rimane in relazione e in riferimento a cosa debba intendersi per "fatti del tutto diversi e distinti", cioè "non connessi" a quelli oggetto di prova in primo grado. Secondo l'orientamento più recente e prevalente il raffronto dovrebbe avvenire "tra l'oggetto della prova richiesta in appello e quello delle deposizioni già acquisite, indipendentemente dalla diversità dei capitoli formulati"⁹⁵. Il compito poi di riconoscere e capire in che cosa sussista questa "connessione" e se esiste spetta al giudice. La valutazione del requisito della novità della prova è rimessa totalmente ed interamente alla discrezionalità del giudice di appello, e non può essere oggetto di sindacato di legittimità da parte della Corte di Cassazione. Parallelamente, sarà ammessa la prova nuova di quei fatti che siano sopravvenuti al termine ultimo per la loro introduzione in primo grado *ex art. 183 c.p.c.*: è l'ipotesi del c.d.

⁹³ MENGALI, *op. ult. cit.*, p. 110.

⁹⁴ TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, p. 173.

⁹⁵ TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 174.

ius superveniens. L'introduzione di nuovi fatti principali in appello (costitutivi, estintivi, modificativi o impeditivi) rende necessario l'accertamento degli stessi, a cui si potrà provvedere con tutti gli strumenti che il legislatore e il nostro ordinamento ritiene ammissibili e mette a disposizione delle parti (al fine di provare l'esistenza o l'inesistenza di tali fatti). Se si limitasse questo potere e questa facoltà di provare con nuovi mezzi istruttori i nuovi fatti controversi e sopravvenuti si inciamperebbe nella violazione dell'art. 24 della Costituzione, cioè nella violazione del "diritto alla prova" (che si presenta e si insinua come corollario del diritto di azione e difesa disciplinati all'interno dello stesso articolo) riconosciuto a tutte le parti del processo. D'altro canto, nell'ipotesi invece di allegazione in appello di nuovi fatti secondari bisogna fare una distinzione fondamentale: nel caso in cui si tratti di fatti secondari che non sono "connessi" ai fatti principali oggetto di cognizione del primo giudice, la loro deduzione non sarà ammessa in quanto, altrimenti, si porrebbe in contrasto con il principio di contestualità delle prove e con la portata dell'art. 184 c.p.c.; nel caso invece in cui i nuovi fatti secondari siano "connessi" ai nuovi fatti principali dedotti per la prima volta in appello, questi potranno formare oggetto di prova in fase di appello, esulando dal campo di applicazione dell'art. 345 c.p.c. e soffrendo delle sole preclusioni istruttorie sancite all'interno del secondo grado di giudizio.

Occorre tuttavia chiedersi quale sia la conseguenza e il destino della <<non novità>> del mezzo di prova. Questo problema è stato ampiamente dibattuto in dottrina e in giurisprudenza. C'è chi ha ritenuto l'inammissibilità nel secondo grado di giudizio dei mezzi di prova non nuovi interpretando a contrario gli artt. 345, comma 3°, e 437, comma 2°, c.p.c., sulla base del presupposto che essendo i mezzi di prova nuovi ammissibili solo entro i limiti di cui ai citati

articoli, i mezzi di prova non nuovi non sono mai ammissibili⁹⁶. Più coerente appare invece il ragionamento di chi sostiene che non esiste un principio normativo in base al quale le prove non nuove non sono ammissibili in appello, in quanto non si può trarre specificatamente e palesemente, neanche dallo stesso art. 345 c.p.c., il presupposto della ammissibilità in appello delle sole prove nuove, con esclusione delle prove non nuove. La decadenza incolpevole può, per esempio, rappresentare un requisito di ammissione in appello di una prova non nuova così come le prove non ammesse o non assunte in primo grado in quanto erroneamente ritenute inammissibili, irrilevanti o superflue dal giudice di prima istanza. Escluso quindi che possano considerarsi <<nuove>> solo quelle prove vertenti su fatti completamente diversi da quelli assunti a tema di istruzione probatoria in primo grado, o quelle che, pur vertendo sugli stessi fatti siano strutturalmente diverse da quelle espletate in primo grado, il problema delle prove <<non nuove>> in appello riguarda e coinvolge tutta una serie di casi diversi, e specificatamente:

- l'ammissione delle prove dedotte in primo grado entro il termine ultimo stabilito per le deduzioni istruttorie, ma non ammesse in quanto erroneamente ritenute inammissibili, irrilevanti o superflue;
- l'assunzione di prove ammesse nel giudizio di primo grado, ma dalle quali le parti siano decadute a norma dell'art. 208 c.p.c. o dell'art. 104 disp. att. cod. proc. civ.;
- l'assunzione delle prove ammesse su richiesta delle parti o disposte d'ufficio in primo grado, ma non assunte ai sensi dell'art. 209 c.p.c., avendo il giudice istruttore ritenuto superflua l'ulteriore istruzione, visti i risultati già raggiunti;
- la rinnovazione totale o parziale di un'assunzione realizzata già in primo grado;

⁹⁶ MENGALI, *op. ult. cit.*, p. 110-111.

- l'ispezione di persone o cose o l'esibizione di un documento o di altra cosa, ordinate nel giudizio di primo grado e non eseguite per rifiuto della parte o del terzo;
- la prestazione del giuramento o la risposta all'interrogatorio formale deferiti in primo grado, ma poi non prestati per mancata comparizione della parte all'udienza appositamente fissata;

Con riferimento alla prova testimoniale:

- l'escussione, in rapporto ai capitoli di prova già ammessi, di testimoni indicati tempestivamente in primo grado, ma esclusi dalla lista ai sensi dell'art. 245, 1° comma, c.p.c., e non più reinseriti a causa di una erronea valutazione del giudice di primo grado nel ritenere superflua la relativa assunzione;
- l'escussione di testimoni indicati ed ammessi in primo grado, ma alla quale la parte ha rinunciato, senza ostacoli da parte delle altre parti e con il consenso del giudice, ai sensi dell'art. 245, comma 2° c.p.c.;
- l'escussione di testimoni regolarmente ammessi ed intimati in primo grado, ma non comparsi, e nei cui confronti non è stato possibile disporre l'accompagnamento coattivo per irreperibilità delle parti *ex art. 255 c.p.c.*⁹⁷

Come quindi si può desumere da questo elenco di prove <<non nuove>> che possono trovare ingresso all'interno del giudizio di secondo grado, pur essendo carenti del requisito della novità, l'art. 345 c.p.c., né, da una parte, espressamente non ammette in appello le prove non nuove, ma nemmeno, dall'altra, le vieta⁹⁸: ciò che invece

⁹⁷ RUFFINI, *op. ult. cit.*, p. 189-190.

⁹⁸ "La verità è, o almeno a me sembra, che dall'art. 345, 3° comma non può desumersi alcun argomento a favore o contro l'ammissibilità in appello di prove <<non nuove>>". Cit. RUFFINI, *op. ult. cit.*, p. 192.

certamente prevede e regola è l'introduzione in appello di nuovi mezzi di prova contraddistinti dal carattere della novità, rispetto ai mezzi istruttori esperiti in primo grado, a condizione che il giudice li ritenga indispensabili ai fini della risoluzione della causa o a patto che la parte dimostri la sua non colpevolezza nel non averli potuti dedurre in prima istanza. La *questio* risale al codice del 1940, il cui secondo comma dell'art. 345 c.p.c. stabiliva che le parti potevano avanzare la richiesta di ammissione di nuovi mezzi di prova soltanto in presenza del parametro dei gravi motivi. Un criterio questo (dell'ammissione di tutti i mezzi di prova, nuovi e non) che appariva abbastanza elastico e che consentiva perciò al giudice dell'appello di poter rimediare a eventuali errori commessi dal giudice di prime cure attraverso l'assunzione di nuovi mezzi di prova che nel primo giudizio erano stati ritenuti o inammissibili o superflui o irrilevanti. Quando, con la Novella del 1950, si riformulò l'art. 345 c.p.c. nel senso di stabilire che le parti potevano in appello produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova (e non poteva essere altrimenti avendo i riformatori come modello e punto di riferimento l'art. 490, ultimo comma del codice di rito del 1865 che espressamente sanciva e affermava la possibilità di poter dedurre nuove prove in appello), ciò portò una parte della dottrina a sostenere che la c.d. <<novità>> della prova costituisse un requisito indispensabile per la sua ammissione in appello, da ciò ricavandosi che nel giudizio di secondo grado non fosse possibile riprodurre prove non espletate in primo grado, o meglio, non espletate per violazione di forma, o rispetto alle quali fosse intervenuta una decadenza o che fossero state rinunciate o, ancora, che tendessero ad integrare o a contraddire le prove assunte in primo grado⁹⁹. Questa stessa impostazione è stata mantenuta anche per l'art. 437 c.p.c., rito del lavoro. In dottrina c'è poi chi ha sostenuto anche che, in realtà, il

⁹⁹ In questo senso, LUISO, *Appello nel diritto processuale civile*, cit., p. 27; SATTA, *Commentario*, II, 2, cit., p. 143 ss.

requisito della novità della prova e dell'indispensabilità vivrebbero in un rapporto di "continenza", nel senso che una prova per essere ammissibile in secondo grado deve essere prima nuova e poi, in secondo luogo, anche indispensabile. Questo ragionamento non appare comunque condivisibile: già sotto la vigenza del codice del 1865, che all'art. 490 ammetteva la proposizione in appello di prove nuove, non era corretto ricavare da tale norma il divieto di proporre prove prive del carattere della novità. Tale impostazione infatti era sorretta dal postulato secondo il quale al giudice di appello era consentito procedere all'assunzione di prove proposte già in primo grado, ma poi non assunte, perché ritenute in modo errato dal giudice di prime cure irrilevanti, inammissibili o superflue. Anche l'art. 345 c.p.c., come modificato in seguito alla legge 14 luglio 1950, n. 581, non portava e non poteva portare alla affermazione della regola di ammissibilità delle prove nuove a una regola di esclusione delle prove non nuove. E questo ragionamento vale ancora di più adesso, ossia se rapportato all'attuale disciplina vigente dalla legge del 1990, e se raffrontato con la disciplina contenuta all'interno dell'art. 356 c.p.c., dal momento che il terzo comma dell'art. 345 c.p.c. non si occupa di disciplinare compiutamente la portata delle prove non nuove, imponendo di ricercarne la risoluzione altrove. Infatti, mentre l'art. 345 c.p.c. si limita semplicemente ad individuare quelle che sono le nuove prove eccezionalmente ammissibili in appello (individuate nel giuramento decisorio, nelle prove non dedotte in primo grado per causa non imputabile alla parte e in quelle che il collegio ritiene indispensabili ai fini della decisione della controversia) non preoccupandosi minimamente di prevedere una regolamentazione e soluzione per le prove <<non nuove>>, l'art. 356, 1° comma, c.p.c. nel disciplinare l'assunzione e la rinnovazione delle prove da parte del giudice di appello, si riferisce anche alle prove <<non nuove>>, in quanto già disposte in primo grado o *ex*

officio (cioè, è l'ipotesi in cui sia stato il giudice di primo grado stesso a provvedere alla loro assunzione, o al contrario, il giudice non si è pronunciato sulle relative istanze, o pronunciandosi abbia ritenuto le prova inammissibili, irrilevanti o superflue, o ancora, le abbia ammesse ma non sia stato possibile procedere alla loro assunzione per rinuncia, decadenza o altra causa) o perché dedotte dalle parti.

II.1.4 La produzione di nuovi documenti in appello e la legge n. 69 del 2009

E' generalizzata in dottrina e in giurisprudenza la distinzione tra <<prove precostituite>>, che si formano al di fuori del processo e che entrano a far parte dello stesso tramite una semplice modalità, ossia la loro produzione all'interno del processo, e <<prove costituenti>>, come le prove orali per esempio, che sono tutte prove che si formano all'interno del processo stesso. Il disegno di legge Vassalli del 1988, all'art. 184 c.p.c. (relativo alle deduzioni istruttorie in primo grado) assoggettava ad uno stesso termine decadenziale sia la produzione di nuovi documenti in appello sia la richiesta di nuovi mezzi di prova, e all'art. 345 c.p.c., comma 3, espressamente stabiliva che non si potevano proporre nel secondo grado di giudizio né nuovi mezzi di prova né prodursi documenti, a meno che la parte non dimostrava, rispettivamente, di non averli potuti proporre o di non averli potuti dedurre per cause ad essa non imputabili. Al termine poi dell'iter legislativo mentre il testo definitivo dell'art. 184 c.p.c. ha continuato a prevedere la assoggettabilità allo stesso sistema di decadenza sia i mezzi di prova che i documenti, non è stato così per il testo definitivo dell'art. 345 c.p.c.. comma 3, che ha assoggettato al requisito della mancata proposizione per causa non imputabile alla parte e al requisito della inammissibilità, solo i mezzi di prova con esclusione dei documenti.

Parallelamente, nel rito del lavoro, l'art. 437 c.p.c., comma 2, sanciva un divieto di novità in appello che concerneva e toccava solo le prove costituenti, trovando così la produzione ed acquisizione di nuovi documenti nessun motivo ostativo. La *ratio* si ravvisava e trovava la propria giustificazione nel fatto che l'introduzione di documenti nel giudizio di appello non si poneva in contrasto con le esigenze di celerità e concentrazione del processo¹⁰⁰ e dei tempi processuali, poiché l'acquisizione di essi si esauriva in un unico atto e non dava luogo alla necessità di fissazione di una nuova udienza, come invece avveniva per tutti gli altri mezzi di prova eccezionalmente ammessi in quanto ritenuti indispensabili o non dedotti per causa non imputabile alla parte. La questione dell'ammissibilità o meno dei nuovi documenti in appello è una di quelle che ha affaticato per anni sia la dottrina che la giurisprudenza, pervenendo soltanto relativamente di recente ad una soluzione univoca. La *questio* ha trovato, in specie, una propria pacifica soluzione soltanto in seguito alle due importanti sentenze rese a Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione: le sentenze nn. 8202 e 8203, pronunciate rispettivamente in relazione al rito del lavoro e al rito ordinario, e solo in seguito alla legge n. 69 del 2009 che ha modificato l'art. 345 c.p.c. nel senso di includere espressamente i documenti all'interno delle prove oggetto di limitazione dello *ius novorum* in appello. Dunque, vediamo adesso quali sono gli orientamenti dottrinari che si sono manifestati e sviluppati prima delle menzionate pronunce giurisprudenziali (che hanno placato e risolto in maniera unitaria il contrasto interpretativo manifestatosi oltre che in dottrina anche in giurisprudenza). In particolar modo, nell'ambito della dottrina processualistica, c'era chi autorevolmente

¹⁰⁰ PROTO-PISANI, *Nuove prove in appello e funzione del processo civile*, in *Foro it.*, 2005, I, 1699 ss.

afferitava¹⁰¹, a sostegno della tesi di ricomprendere i documenti all'interno del divieto ai *nova* in appello, che entrambe le norme (art. 437 e art. 345 c.p.c.) nel determinare e sancire il principio di inammissibilità di nuovi mezzi di prova in secondo grado si riferissero anche alle nuove produzioni documentali, senza nessuna differenziazione, rimarcando come anche la prova documentale sia un <<mezzo di prova>>, perché tutte le prove sono <<mezzi>>¹⁰², cioè strumenti idonei a convincere il giudice della verità dei fatti adottati all'interno del processo e che vengono utilizzati dalle parti a sostegno della propria attività difensiva. In quest'ottica si è affermato che i documenti configurano e rappresentano una *species*, sia pure particolare, del *genus* delle prove. Innanzitutto, si evocava a sostegno di tale assunto il disposto dell'articolo 163 n. 5, sopravvissuto alle novelle del 1950 e del 1990, e con formula analoga a quella dettata all'interno degli artt. 414 n. 5 e 416, comma 3 c.p.c. per il rito del lavoro (così come stabilito in seguito alla legge n. 533 del 1973, e che disciplinano rispettivamente il contenuto del ricorso introduttivo e la memoria difensiva), che prevede che l'atto di citazione debba contenere <<l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione>>¹⁰³. Vi è quindi una forte indicazione nel senso che

¹⁰¹ RUFFINI, *La prova nel giudizio civile di appello*, Padova, 1997, p. 214; FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione e la novella del 1990*, Torino, 1991, p. 32.

¹⁰² Cass. civ. Sez. Unite, 20 aprile 2005, nn. 8202 e 8203, in *Riv. dir. proc.*, 2005, n. 2, 1051 ss., con nota di CAVALLONE B.

¹⁰³ Secondo Trib. Roma 15 giugno 1979, cit., <<da tali disposizioni, contenute nelle norme introduttive della nuova disciplina processuale e perciò dotate di accentuato valore definitorio, si evince, incontestabilmente, che il legislatore del 1973 ha adottato una nozione di "mezzi di prova" comprensiva dei documenti, i quali ne costituiscono una specie ("in particolare"). L'interprete è dunque vincolato da una ovvia esigenza di ragione a ritenere che la nozione "mezzi di prova" sia stata richiamata anche nell'art. 437 con lo stesso significato>>. Cfr. RUFFINI, *op. ult. cit.*, p. 215. Di diverso e contrario avviso, Cass. 29 marzo 1980, n. 2080, in *Giust. Civ.*, 1980, I, 1, 1525, in cui la Suprema Corte in tale pronuncia fondava e sosteneva l'ammissibilità in appello dei nuovi documenti sulla considerazione che il codice di procedura civile mostra di cogliere in più punti la

il legislatore abbia considerato e concepito i documenti come una *species* del *genus* mezzi di prova. A ciò si aggiunga che anche l'art. 167 c.p.c., stabilisce che il convenuto deve indicare nella comparsa di risposta tutte le sue difese e le eventuali domande riconvenzionali nonché i mezzi di prova di cui <<intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni>>, non potendosi desumere dalla semplice mancanza, all'interno di questo articolo, dell'inciso <<in particolare>>, la non appartenenza anche dei documenti ai mezzi di prova dei quali il convenuto intende avvalersi. Così invece è per gli artt. 414, n. 5 e 416, comma 3, c.p.c. (a norma dei quali, rispettivamente il ricorso introduttivo del rito del lavoro deve contenere "l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione", e così è, infine, anche per l'art. 416, comma 3, a norma del quale nella propria memoria difensiva il convenuto, nel processo del lavoro, deve "indicare specificatamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare"), il cui riferimento ai documenti, dopo quello ai mezzi di prova, è qui espressamente invece introdotto con la locuzione <<in particolare>>, a dimostrazione e a riprova sempre del fatto che il legislatore, recependo al riguardo la classificazione chiovendiana, considera i documenti una specie del più ampio genere dei mezzi di prova, nel quale sono per l'appunto ricompresi. Come Ruffini più volte

distinzione tra <<mezzi di prova>> e <<documenti>> (artt. 345 e 184 c.p.c.), osservando inoltre come l'art. 345, comma 2 c.p.c., nel testo *ante* novella del 1950 menzionava distintamente i nuovi documenti dai nuovi mezzi di prova, stabilendo che la per la produzione degli uni e per la proposizione degli altri la necessità di un accertamento di sussistenza di gravi motivi da parte del giudice. L'aver il legislatore del 1973 indicato e previsto solo i mezzi di prova quali oggetto di divieto in appello, non può essere sinonimo di dimenticanza o di soppressione della distinzione processuale tra mezzi di prova e documenti, ma piuttosto espressione del riconoscimento che la produzione di nuovi documenti in appello non mette a repentaglio il principio e l'esigenza di celerità del processo.

sottolinea all'interno della sua monografia¹⁰⁴, l'argomento di fondo e la distinzione operata all'interno delle citate norme non consiste tanto nel sottolineare una intenzione (che comunque non c'era, a detta dell'Autore) del legislatore di negare l'appartenenza delle prove documentali al *genus* <<mezzi di prova>>, quanto piuttosto e più semplicemente nella differente terminologia e, di riflesso, diversa attività che viene richiesta alle parti di porre in essere ai fini della propria attività difensiva: “chiedere” un mezzo di prova costituendo, “produrre” un documento. E questa distinzione è utile per chiarire anche la portata e il significato dell'art. 184 c.p.c., nel testo modificato dalla legge n. 533 del 1990, a norma del quale il giudice istruttore, su istanza di una qualsiasi delle parti, deve assegnare ad entrambe un termine perentorio entro il quale <<produrre documenti ed indicare nuovi mezzi di prova, nonché altro termine per l'eventuale indicazione di prova contraria>>. Quindi, mentre per le prove c.d. costituenti basta semplicemente che le parti formulino le loro istanze istruttorie entro i termini di cui all'art. 184 c.p.c., per quanto riguarda i documenti, la decadenza non è scongiurata dalla semplice indicazione degli stessi, occorrendo invece anche la loro produzione, ossia l'inserimento del documento all'interno del proprio fascicolo. Ma vi è di più: “il fatto che i documenti siano mezzi di prova non esclude che la loro acquisizione all'interno del processo prescindano da un procedimento di assunzione, subordinato ad un preventivo giudizio di ammissibilità e rilevanza¹⁰⁵. E' su questa semplicissima e incontrovertibile affermazione che si fonda un altro degli argomenti addotti al fine di escludere i documenti dal campo di applicazione dell'art. 437, 2° comma ed ora dell'art. 345, 3° comma”¹⁰⁶. Cioè, i sostenitori della non soggezione dei documenti ai

¹⁰⁴ RUFFINI, *op. ult. cit.*

¹⁰⁵ Cfr. LUISO, *Appunti di diritto processuale civile. Processo di cognizione*, p. 56, 61.

¹⁰⁶ Cfr. RUFFINI, *op. ult. cit.*, p. 222.

limiti imposti dagli articoli citati, facevano leva su un ulteriore argomento, di natura sistematica, secondo il quale le nuove produzioni documentali non mettono a repentaglio e non incidono, a differenza delle altre istanze istruttorie, sulle esigenze di economia dei tempi processuali, in quanto non necessitano di un procedimento di assunzione, essendo sufficiente la loro produzione. “L’argomento di ordine sistematico-economicistico, che fa leva su una presunta non incidenza delle nuove produzioni documentali in appello sulle esigenze di speditezza e celerità del giudizio, era stato rilevato come lo stesso fosse in realtà più suggestivo che convincente”¹⁰⁷, dal momento in cui non si tiene in debito conto dell’incomprimibile diritto delle altre parti a contro dedurre, a qualsiasi produzione documentale, con altre prove, anche costituende. Si deve quindi pervenire alla conclusione che anche le prove documentali possono determinare un prolungamento delle attività processuali, al pari della deduzione di una prova costituenda. Si pensi, in tal senso, alla produzione di un atto pubblico o di una scrittura privata che possono dare origine a giudizi di per sé lunghi e complessi a seguito dei procedimenti di querela di falso o di istanza di verifica (c.d. procedimenti di verifica delle prove documentali). E ciò è pienamente comprovabile e avvalorabile in virtù sia dell’art. 24 della Costituzione che nei suoi primi due commi sancisce e garantisce il diritto di azione e di difesa in ogni stato e grado del processo, sia in relazione al c.d. principio della parità delle armi tra attore e convenuto: come è stato autorevolmente notato, ogni volta che si consenta ad una parte l’acquisizione nel processo di un nuovo documento, il giudice dell’appello non può infatti negare alla controparte la possibilità di dedurre mezzi di prova (ove, per <<prova contraria>> si intende che questa può essere data con ogni

¹⁰⁷ Cfr. RUFFINI, *Preclusioni 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.

mezzo) necessari ai documenti prodotti, comportanti l'espletamento di una ulteriore attività istruttoria, incompatibile, all'evidenza, con quelle esigenze di celerità e concentrazione del processo. Si tratta di critiche che erano state avanzate da parte di chi, nonostante le due sentenze della Corte del 2005, continua a ritenere più fondata e ragionevole un'interpretazione della normativa volta ad escludere i nuovi documenti dal novero dei nuovi mezzi di prova non ammissibili in appello, se non in via eccezionale; interpretazione verso la quale porterebbero "opzioni valutative di carattere metagiuridico", come l'opportunità di non chiudere del tutto ai *nova* il giudizio di appello, in vista di una migliore decisione della causa nel merito¹⁰⁸. Tuttavia, l'esigenza pregnante, il bisogno e la necessità di una ricerca della verità materiale, ai fini di una migliore decisione nel merito (anche se ciò può comportare un parziale ridimensionamento delle esigenze di speditezza e di celerità) non può tollerare soluzioni diverse per le prove costituite e per le prove costituende, "e non consenta in alcun modo di privilegiare, in grado di appello, la parte che per motivi spesso causali si trovi ad essere in possesso di un documento, rispetto a chi per ragioni accidentali deve far uso della prova orale"¹⁰⁹.

Con le note sentenze "gemelle" emanate dalla Corte di Cassazione nello stesso giorno, dal medesimo collegio e con la stessa soluzione (ma una in riferimento al rito del lavoro e una in riferimento al rito

¹⁰⁸ <<Va pur detto, però, che probabilmente, in tanta incertezza è preferibile far ricorso al criterio dell'interpretazione più ragionevole, seppur non sorretta da argomenti logico-giuridici insormontabili. E proprio a un tal criterio, cui inevitabilmente si riconnettono opzioni valutative di carattere metagiuridico (tra le quali, ad es., l'opportunità di non chiudere del tutto ai *nova* il giudizio di appello), reca ausilio la *voluntas legis* storicamente ricostruita, cioè l'opzione di fondo compiuta dal legislatore stesso nell'atto di emanare il testo della legge. L'intenzione del legislatore, manifestata attraverso la soppressione dell'originario disposto del disegno di legge Vassalli, pare decisamente essere nel senso della libera ammissibilità di nuovi documenti in appello>>. Cfr. TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 225.

¹⁰⁹ Cfr. CECHELLA, *Le attività delle parti: il divieto dei nova*, in Vaccarella-Capponi-Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, p. 294.

ordinario), la Corte prende atto del contrasto dottrinale e giurisprudenziale che nel corso degli anni si era formato in materia di ammissibilità o meno di prove documentali nel giudizio di appello, dando chiara prova, in un primo momento, di sposare l'orientamento di chi sosteneva la necessità di escludere i nuovi documenti dal novero del divieto di cui all'art. 437 c.p.c. per il rito del lavoro e di cui all'art. 345 c.p.c. per il rito ordinario. Come già accennato, l'iter giurisprudenziale perseguito non è stato pacifico. In precedenti pronunce la Corte aveva, in realtà, condiviso tutt'altro orientamento: si pensi alle sentenze pronunciate tra la fine degli anni Settanta ed il decennio successivo in cui la Suprema Corte dichiara che in realtà l'art. 437, comma 2, c.p.c. si riferirebbe alle sole prove costituenti, non estendendosi anche alle prove costituite, cioè ai documenti¹¹⁰. Successivamente la Corte inizia a farsi portatrice di un altro pensiero ed orientamento, gettando le basi dell'attuale disciplina. Si fa riferimento in tal senso, alle sentenze 6 aprile 2001, n. 5133 e 20 gennaio 2003, n. 775¹¹¹, rispettivamente, anche queste, dettate per il rito del lavoro e per il rito ordinario. In entrambe le pronunce, la Corte da una parte si limita ad affermare l'applicabilità anche ai documenti dei limiti imposti dall'art. 345, comma 3° c.p.c., senza però darne una compiuta giustificazione¹¹², dall'altra si spinge un po' più oltre, affermando che la produzione di nuovi documenti in appello può aversi solo nel caso di indispensabilità degli stessi e di decadenza incolpevole della parte: in questo modo la Corte inizia a battere e a segnare una strada che culminerà in modo completo e

¹¹⁰ Cass. 29 giugno 1977, n. 2835, in *Foro It. Rep.* 1977, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 291.

¹¹¹ Cass. 6 aprile 2001, n. 5133, in *Giur. It.* 2002, VI, 719 ss.; Cass., sez. Lav., 20 gennaio 2003, n. 775, in *Corr. Giur.* 2003, 913 ss.

¹¹² “[...] ciò che era invece lecito attendersi, dato che una tale posizione contrasta con 25 anni di giurisprudenza della Corte di Cassazione precedenti”. Cit. A. MENGALI, *La produzione di nuovi documenti in appello*, *Riv. dir. proc.*, 2008, n. 1, p. 107.

compiuto con le due sentenze emanate nel 2005, e sancendo un principio che vale per tutti i mezzi di prova, senza operare alcuna distinzione. Alla regola generale della non ammissibilità di nuovi mezzi di prova in appello (che si ricava dall'*incipit* : <<Non sono ammessi nuovi mezzi di prova, salvo che ... >>), l'art. 345 c.p.c. pone due eccezioni: quella delle prove che la parte dimostri di non aver potuto produrre prima per causa ad essa non imputabile, e quella delle prove che risultano indispensabili ai fini della decisione. La prima eccezione non pone particolare problemi interpretativi: si tratta sostanzialmente di un richiamo all'istituto della rimessione in termini, di cui all'art. 153, comma 2, così come novellato in seguito alla legge 69/2009¹¹³. In tale senso, è chiaro come la prova della sussistenza della causa non imputabile (a giustificazione della mancata deduzione tempestiva del mezzo di prova in primo grado) non incorre nel divieto di cui all'art. 345 e può essere offerta con ogni mezzo (sia con prove documentali sia con altri mezzi di prova). Molti problemi interpretativi pone invece la seconda eccezione, cioè quella relativa alle prove che la legge configura come <<indispensabili ai fini della decisione della causa>> (secondo l'identica formulazione degli artt. 345, comma 3° c.p.c., e 437, comma 2°, c.p.c.). Del concetto di indispensabilità sia in dottrina che in giurisprudenza nessuno dubita del fatto che esso debba tenersi distinto dal concetto di "rilevanza" che concerne "l'astratta idoneità delle prove a dimostrare la fondatezza delle domande o delle eccezioni"¹¹⁴, perché altrimenti la norma non sancirebbe alcuna preclusione, dovendosi ammettere sempre e solo mezzi di prova

¹¹³L'istituto era prima disciplinato all'interno dell'art. 184 *bis*, introdotto dalla legge 353/1990, situato all'interno del Libro II relativo al procedimento di cognizione, e ora trasferito all'interno del Libro I contenente le disposizioni generali.

¹¹⁴ Cfr. SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit. p. 572.

rilevanti, ossia aventi ad oggetto fatti rilevanti¹¹⁵. Il requisito, quindi, di indispensabilità deve piuttosto intendersi ed essere concepito come un *quid pluris* rispetto alla semplice rilevanza della prova. Affermato ciò, in realtà il problema non si risolve in termini chiarificatori, e molteplici sono stati i tentativi della dottrina ed anche della giurisprudenza in tal senso. Sicuramente quello che si fa apprezzare della sentenza delle Sezioni Unite è che essa riporta coerenza nel sistema delle preclusioni tra giudizio di primo grado e giudizio di secondo grado. Invero, se il sistema delle preclusioni è immaginato dal legislatore per attuare il principio della ragionevole durata del processo, sarebbe irragionevole ammettere liberamente l'ingresso di prove documentali sull'assunto che per esse non vi è bisogno di alcuna attività propriamente istruttoria, ossia di alcuna attività di assunzione e costruzione della prova in giudizio, perché se è vero che le prove precostituite si formano appunto prima del processo, è anche vero che la loro produzione può sempre comportare la necessità di svolgere e porre in essere nuove attività processuali. A conclusione di questo paragrafo si può comunque pienamente affermare che oggi la questione della produzione dei nuovi documenti all'interno del giudizio di appello è stata definitivamente superata e risolta in seguito alla legge n. 69 del 2009 che ha sancito in modo pieno e assoluto l'inclusione dei documenti all'interno del divieto di cui all'art. 345, comma 3 c.p.c.

II.1.5 Il concetto di indispensabilità in dottrina e nell'interpretazione giurisprudenziale della Corte di Cassazione

Con riferimento al regime delle nuove prove che possono trovare ingresso per la prima volta nel giudizio di appello, un accenno più approfondito merita la questione della indispensabilità della prova.

¹¹⁵BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, I, 303 ss.

Come è stato già visto in precedenza, il divieto di introdurre nuovi mezzi di prova in appello viveva all'interno di due eccezioni: una riguardante l'ipotesi in cui il giudice dell'impugnazione consideri il mezzo di prova indispensabile ai fini della decisione della controversia e una riguardante l'ipotesi in cui la parte dimostri di non aver potuto produrre il mezzo di prova in primo grado per causa ad essa non imputabile. Per quanto riguarda il primo aspetto, il carattere della indispensabilità che apriva alle nuove prove le porte del giudizio di appello è una di quelle questioni particolarmente annose, che è stata per moltissimi anni oggetto di dibattiti e di problematiche riflessioni all'interno della dottrina e della giurisprudenza nel difficile tentativo di trovare una risoluzione ed una precisa definizione. Anche senza dilungarsi troppo sui termini della questione, dal momento che è stata definitivamente superata in seguito alla recente modifica operata con d.l. n. 83/2012, convertito con modifiche nella legge n. 134/2012, che ha (tra le altre cose) eliminato ogni inciso e riferimento al requisito della indispensabilità, residuando e circoscrivendo la portata dell'art. 345 comma 3° al solo requisito della incolpevole decadenza della parte ai fini dell'ammissibilità delle nuove prove. Alcuni Autori, a tal proposito, hanno osservato come “cosa debba intendersi per indispensabilità è pressoché impossibile spiegarlo in termini di logica formale o di analisi del pensiero”¹¹⁶. Quindi, come possiamo da subito notare, la nozione di indispensabilità appare pressoché sfuggente, e dottrina e giurisprudenza hanno, nel corso del tempo, e con molte oscillazioni, cercato di definirne i contorni ed i contenuti, anche se, tuttavia, le varie soluzioni prospettate non hanno poi risolto la questione in maniera lineare e definitiva. Ora, il requisito della indispensabilità della prova, ai fini della sua ammissione per la prima volta in appello, era già presente all'interno dell'art. 437 c.p.c. del rito del

¹¹⁶ PROTO-PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1999, p. 523.

lavoro. Una volta poi trasferito nel diverso contesto del rito ordinario e quindi riprodotto nell'art. 345, comma 3, c.p.c., perdeva ogni sua ragionevolezza: il requisito dell'indispensabilità infatti poteva trovare una sua *ratio* e una sua giustificazione solo nell'ambito del rito del lavoro in virtù dell'accentuazione dei poteri istruttori del giudice di quel rito. Il legislatore del 1990 non ha infatti riprodotto nel terzo comma dell'art. 345 l'inciso <<anche d'ufficio>> che invece nell'art. 437, comma 2, accompagna l'ammissione delle prove ritenute indispensabili dal collegio. Questa omissione, seppure da sola non sufficiente a sostenere la tesi di chi ritiene i mezzi di prova disponibili d'ufficio sottratti alla disciplina dettata all'interno dell'art. 345, comma 3, c.p.c., sottolinea evidentemente una precisa e chiara volontà del legislatore di attribuire un minor margine ai poteri di iniziativa probatoria nel giudizio ordinario al giudice dell'appello rispetto a quelli esperibili in secondo grado dal giudice del lavoro¹¹⁷. Ne consegue allora che nel rito del lavoro, vigendo il principio dell'iniziativa probatoria del giudice, e non sussistendo un rapporto di reciproca esclusione tra le preclusioni maturate in primo grado e l'ammissione di nuovi mezzi di prova in appello, il collegio è sempre nella facoltà di poter dare ingresso ai nuovi mezzi di prova che siano idonei a giungere ad una risoluzione della controversia diversa rispetto a quella emergente dalle prove raccolte o derivante dalla applicazione della regola di giudizio fondata sull'onore della prova, a condizione che la loro esistenza risulti da un atto che sia stato validamente acquisito all'interno del processo¹¹⁸. Sul requisito della indispensabilità del mezzo di prova sono state avanzate varie ipotesi interpretative che possono raggrupparsi e racchiudersi in tre grandi

¹¹⁷ RUFFINI, *La prova nel giudizio di appello*, p. 261.

¹¹⁸ RUFFINI, *Preclusioni 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. In senso dissimile, CECHELLA, *Le attività delle parti: il divieto dei nova*, in cui l'Autore nota come anche l'art. 345, comma 3, c.p.c., <<consente al giudice di appello di svolgere un'iniziativa probatoria d'ufficio quando il giudice di prima istanza non vi ha provveduto>>, p. 295.

filoni argomentativi: secondo una prima ricostruzione c'è chi ha sostenuto che per prova indispensabile si intende quella capace di sovvertire la decisione del giudice di primo grado qualora questa sia stata resa non sulla base delle prove acquisite, ma sulla base della regola di giudizio fondata sull'onore della prova¹¹⁹, contenuta all'interno dell'art. 2697 c.c. Ma a una tale opinione, si è contestato, che così facendo si verrebbe a vanificare completamente il sistema delle preclusioni in primo grado e si correrebbe il rischio di premiare l'inerzia delle parti in fatto di deduzioni probatorie, consentendogli in secondo grado non solo di poter integrare quelle prove che abbiano lasciato in maniera incerta un fatto che andava provato, ma anche consentendogli la deduzioni di prove non dedotte in primo grado per causa ad essa imputabile¹²⁰. Un secondo filone sostiene poi che indispensabile sia quella prova capace di determinare un rovesciamento della decisione di primo grado. Si tratta di prove cioè, che hanno ad oggetto fatti che siano in grado di orientare in modo necessario e decisivo l'orientamento ed il convincimento del giudice di appello nel senso di una conferma o riforma della sentenza di primo grado, o anche solo di dare una rappresentazione dei fatti principali diversa da quella risultante dalla sentenza impugnata¹²¹. Infine, una diversa e più restrittiva posizione è stata assunta da chi ritiene che <<decisivi>> siano quei fatti e quelle prove che da sole possono portare alla definizione della controversia, e la cui prova sarebbe ugualmente consentita in appello anche se la parte non abbia proposto il relativo mezzo di prova in primo grado per causa ad essa non imputabile¹²². Ma a questo punto il discorso si sposterebbe su l'altro versante che è quello dell'eccezione, alternativamente prevista dal legislatore, al divieto di nuove prove in appello, e cioè alla

¹¹⁹ PROTO-PISANI, *Lavoro (controversie individuali)*, in *Nuoviss. Dig. It., Appendice*, IV, Torino, 1984, p. 605.

¹²⁰ Cfr. CECHELLA, *Le attività delle parti: il divieto dei nova*, p. 295.

¹²¹ MENGALI, *op. ult. cit.*, p. 119.

¹²² V. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, p. 160.

dimostrazione della parte di non averle potute proporre in primo grado per causa ad essa non imputabile. Ora, vista la difficoltà di trovare una soluzione pacifica ed una definizione uniforme, e vista anche l'esigenza di attribuire un senso al concetto di indispensabilità, c'è anche chi ha sostenuto, ed ammesso, "l'impossibilità dell'impresa" e si è limitato semplicemente a sostenere che il disposto dell'art. 345 c.p.c. non esprimerebbe un vero e proprio criterio giuridico, ma che con tale norma il legislatore ha solo invitato <<il giudice d'appello ad essere ... parco nell'ammissione delle nuove prove>>¹²³. Alla norma in commento quindi non verrebbe attribuito neanche un vero e proprio valore giuridico, ma sarebbe solo una "regola di tendenza" con cui il legislatore avrebbe voluto, in qualche modo, limitare il potere del giudice dell'appello di ammettere nuove prove¹²⁴. Sulla base di questo presupposto sembra quasi che il giudizio di appello graviti, più che sui fatti che costituiscono il *thema probandum* e sulla natura decisiva di essi, sul principio del libero convincimento del giudice di appello: la necessità di assumere il nuovo mezzo di prova deriva da questa "delibazione" del giudice stesso che appare in grado di orientarlo nel senso di risolvere la causa in una revisione o in una conferma del giudizio di fatto contenuto nella sentenza impugnata¹²⁵. Tuttavia, preso atto che tutte le soluzioni avanzate dalla dottrina avevano prestato il fianco a numerose critiche la soluzione che sembrò

¹²³ Così LUISSO, *Il processo del lavoro*, cit., p. 295.

¹²⁴ BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, I, 303 ss.

¹²⁵ <<Dunque, l'analisi strutturale del giudizio di indispensabilità si rivela deludente, poiché conduce, con la stessa naturale e ineluttabile necessità con cui tutti i fiumi sfociano in mare, al principio del libero convincimento e alla piena discrezionalità del giudice di fatto, tanto di primo grado quanto di appello: l'assenza di criteri giuridici o logici che appaiono vincolanti riduce il requisito dell'indispensabilità a una "materia grezza" nelle mani di un libero *artifex* al quale, semplicemente, vien raccomandato di limitare l'uso delle nuove prove in fase di gravame e forse, più in generale (ma la deduzione è tutt'altro che certa), di "rispettare" il più possibile il giudizio di fatto espresso dal primo giudice>>. TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 209.

preferibile fu quella di chi ritenne che indispensabile fosse la prova rilevante, ammissibile e non superflua. Ciò era possibile attraverso la valorizzazione dell'elemento finale rispetto alla quale la prova debba essere considerata indispensabile, ossia la decisione del giudice¹²⁶. Ora, prima di procedere alla ricostruzione critica del requisito della indispensabilità, bisogna precisare come esso trovi la sua sicura e certa ubicazione nell'ambito dei nuovi fatti allegabili per la prima volta in appello. È opinione infatti consolidata che le restrizioni fissate all'interno dell'ultimo comma dell'art. 345 c.p.c. alla deduzione di nuovi mezzi di prova non si applicano alle nuove allegazioni di fatto consentite per la prima volta in appello e che sarebbero in grado di provocare la revoca, la modifica o la conferma della sentenza di primo grado. Tali strumenti probatori infatti possono trovare ingresso nel secondo grado ed essere ammessi dal secondo giudice sulla base dei criteri di rilevanza e ammissibilità di cui all'art. 184 c.p.c. L' allegazione per la prima volta in appello di nuovi fatti principali si porta necessariamente con sé il diritto delle parti di avvalersi di ogni mezzo di istruttorio previsto nel nostro ordinamento, e ogni restrizione al diritto alla prova, in tal senso, si pone in antitesi rispetto alla logica cui il nostro sistema è improntato, ossia rispetto alla portata dei diritti costituzionali, e più specificatamente rispetto al diritto alla prova e al diritto di difesa in ogni stato e grado del processo di cui all'art. 24 della Carta Costituzionale. Come è stato sottolineato, l'indispensabilità dei mezzi di prova "sgorgherebbe dal diritto stesso delle parti di avvalersi di ogni mezzo istruttorio previsto dall'ordinamento al fine di provare la fondatezza delle nuove domande o delle nuove eccezioni. Al di fuori di quest'area si aprirebbe un'ampia zona grigia,

¹²⁶RUFFINI, *op. ult. cit.*; l'Autore limita tuttavia questa interpretazione alla disposizione dettata per il rito del lavoro, poiché, partendo dal principio dell'ultrattività delle preclusioni in primo grado, ritiene che queste possano essere superate solo dal giudice del lavoro in virtù dei poteri istruttori officiosi che l'ordinamento gli attribuisce, nei limiti in cui la prova sia indispensabile.

indeterminabile a priori, ove la valutazione di indispensabilità rimarrebbe consegnata al prudentissimo apprezzamento del giudice”¹²⁷. Ma andando oltre le diverse opinioni ed incertezze interpretative quel che è certo è che il concetto di indispensabilità va assolutamente tenuto distinto e su un piano del tutto separato dal concetto di rilevanza. Una prova è infatti rilevante quando incide direttamente su un fatto principale oppure quando concerne fatti secondari da cui è possibile trarre l’esistenza o l’inesistenza di uno dei fatti principali¹²⁸. Più specificatamente, rilevanti sono tutte quelle prove pertinenti tanto all’oggetto del giudizio, ossia al fatto oggetto di prova, quanto al mezzo istruttorio con cui la parte intende dimostrare l’esistenza o l’inesistenza dei fatti dedotti, e che sono in grado di fornire un risultato utile ai fini della conferma o della falsificazione del *thema probandum*. Da questo punto di vista, si è sostenuto che il concetto di rilevanza vive all’interno di un “concetto di relazione” tra il mezzo istruttorio e il fatto (che la parte intende provare con tale mezzo istruttorio) e tra il fatto secondario oggetto di prova e il fatto principale che ne costituisce la possibile conclusione¹²⁹. Mentre il giudizio sull’ammissibilità ha quindi ad oggetto il mezzo di prova che si vorrebbe assumere, quello di rilevanza ha ad oggetto il fatto del quale si chiede l’assunzione di uno specifico mezzo di prova. Così, i fatti principali (costitutivi, modificativi, impeditivi ed estintivi) hanno una rilevanza immediata, mentre i fatti secondari saranno rilevanti nella misura in cui da essi si possa trarre l’esistenza o l’inesistenza di un fatto principale. In realtà non è sempre stato così. Cioè, in passato la dottrina, al contrario di quanto ormai è consolidato oggi, tendeva ad equiparare il concetto di rilevanza a quello di indispensabilità, con la conseguenza che il limite alla prova in appello diveniva un limite vacuo e ridicolo

¹²⁷ TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 193.

¹²⁸ TEDOLDI, *L’istruzione probatoria nell’appello civile*, p. 198.

¹²⁹ TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 201.

perché asserire ciò voleva dire consentire in appello tutto, dal momento che ogni prova nuova può essere ritenuta rilevante. Con l'introduzione poi dell'art. 702-*bis* e ss. c.p.c., in seguito alla legge n. 69 del 2009 che ha introdotto nel nostro ordinamento il procedimento semplificato di cognizione piena, le scelte di fondo operate, più specificatamente, all'interno dell'art. 702 *quater* c.p.c., riguardante l'appello contro le ordinanze conclusive del rito sommario, hanno aperto la strada alla deducibilità di nuove prove purché rilevanti. Il fatto quindi che in appello fosse consentita l'introduzione di qualunque mezzo di prova rilevante rende ragione del fatto che si tratta di un concetto restrittivo e diverso, che non può avere ricadute sull'interpretazione dell'art. 345, comma 3, c.p.c. "Le difformità letterali delle due norme non potevano essere all'origine di regole diverse. L'indispensabilità è perciò concetto irriducibile al concetto di rilevanza, con buona pace delle teorie che avevano assimilato le due nozioni"¹³⁰. In relazione al concetto di indispensabilità della prova, non si è solo espressa la dottrina con tesi e posizioni anche diametralmente opposte tra di loro, ma anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha cercato di individuare un criterio che possa essere capace di orientare l'interprete nella definizione di tale requisito. Nelle precedenti pronunce a quelle del 2005¹³¹, la Corte si era limitata semplicemente ad affermare che la valutazione di indispensabilità compiuta dal giudice di appello era insindacabile in Cassazione, anche quando mancava la motivazione in ordine al rigetto o all'accoglimento della nuova istanza istruttoria. Nella disamina degli interventi dottrinali e giurisprudenziali un punto di fondamentale arresto è rappresentato dalle due sentenze gemelle del 2005 in cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, risolvendo da una parte la questione relativa alla produzione di nuovi documenti in

¹³⁰ Cit. CECHELLA, *L'appello speciale*, in A. A. VV. *Le impugnazioni civili*, p. 304.

¹³¹ Cass. 20 giugno 1996, n. 5714, in *Foro It.*, Rep. 1996, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 212.

appello, dall'altra provano a ricostruire l'incerta nozione di indispensabilità della prova in termini apparentemente diversi per il rito del lavoro e per il rito ordinario. Nel processo del lavoro, il concetto di indispensabilità della prova (quale si trova all'interno dell'art. 437, comma 2, c.p.c.) si porrebbe come strumento di «opportuno temperamento del principio dispositivo con le esigenze di ricerca della verità materiale», nel senso che, dato i maggiori poteri istruttori attribuiti e riconosciuti al giudice del lavoro rispetto a quello del rito ordinario, egli, qualora ritenga le prove acquisite sui fatti allegati dalle parti insufficienti, non si può limitare a decidere sulla causa attraverso l'applicazione della regola di giudizio dell'onore della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio ai provvedimenti istruttori che ritiene necessari al fine di superare l'incertezza dei fatti ricostruiti. Tale potere-dovere è riconosciuto, dice la Corte, al giudice d'appello nel rito laburistico indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o decadenze in primo grado in danno alle parti. Il giudice d'appello insomma, dovrebbe, prima ancora che procedere nella decisione della causa attraverso la regola dettata all'interno dell'art. 2697 c.c., attivarsi per seguire d'ufficio le c.d. «piste probatorie» desumibili dalle risultanze istruttorie già acquisite in primo grado, ma non del tutto sfruttate dalle parti¹³². Per quanto invece riguarda il processo ordinario, di cui alla sentenza 20 aprile 2005, n. 8203, la Corte ha affermato che il giudice d'appello sarebbe «abilitato ad ammettere, nonostante le già verificatesi preclusioni, solo quelle prove che ritenga – nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite – “indispensabili”, perché suscettibili di una influenza causale più incisiva rispetto a quella che le prove, definite come rilevanti, hanno sulla decisione finale della controversia; prove che, proprio perché indispensabili, sono capaci, in altri termini, di determinare un

¹³²CAVALLONE, *Anche i documenti sono «mezzi di prova» agli effetti degli art. 345 e 437 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2005.

positivo accertamento dei fatti di causa, decisivo talvolta anche per giungere ad un completo rovesciamento della decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado>>. Ciò che quindi salta all'occhio è innanzitutto che il concetto di indispensabilità costituisce una peculiarità ed una specificazione del più ampio *genus* del concetto di rilevanza, e che la Suprema Corte appare orientata nel senso di ritenere indispensabili, e pertanto ammissibili in appello a prescindere dalla dimostrazione della decadenza incolpevole, tutti quei mezzi istruttori che sono in grado di mutare il giudizio di fatto reso dal primo giudice e che appaiono idonei ad orientare il convincimento del giudice nel senso di una conferma o di una riforma della sentenza impugnata. Questa affermazione è ancora più condivisibile se si guarda all'espressione utilizzata dalla Cassazione, per cui le prove indispensabili possono portare <<talvolta anche>> ad un completo rovesciamento della sentenza impugnata. Espressione questa che sta implicitamente a significare che in appello può essere ammesso come indispensabile anche un mezzo di prova che sia diretto a confermare la decisione resa dal primo giudice¹³³. Sulla base quindi di questa sentenza, l'indispensabilità ricorre quando, in virtù delle prove già acquisite in primo grado, il mezzo di prova in questione sia in grado di <<sovertire>> la decisione della sentenza di primo grado. E nel fare ciò, ossia nella valutazione circa l'indispensabilità del mezzo di prova, il giudice d'appello non può chiaramente prescindere dal contenuto della

¹³³ RUFFINI, *Preclusioni 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. Suscita invece dei dubbi, ed appare estranea alla *ratio decidendi* della sentenza n. 8203/2005, l'opinione secondo la quale prove indispensabili sono solo quelle capaci di provocare un accertamento positivo dei fatti di causa. Il principio della parità delle armi, garantito dall'art. 111, comma 2, Cost., e il diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost., impongono infatti un trattamento identico sia per le prove positive che per quelle negative, sicché il giudice d'appello non può negare l'ingresso nel secondo giudizio di quei mezzi di prova che appaiono idonei a fornire un contributo decisivo ai fini dell'accertamento dell'inesistenza del *factum probandum*. Cfr. RUFFINI, *op. ult. cit.*

sentenza impugnata e dal giudizio di fatto in essa contenuto. La questione tuttavia, come anticipato all'inizio di questo paragrafo, è ormai sopita dalla cancellazione al riferimento del requisito dell'indispensabilità all'interno dell'art. 345 c.p.c., in seguito alla legge di modifica n. 83 del 2012; modifica che tra l'altro i primi commentatori processualisti hanno considerato <<*tutto sommato, inutile [...] stante la ritrosia giudiziale a uscire dalla equidistante passività, come occorre per dare il lasciapassare di indispensabilità ad una prova, anche preconstituita*>>¹³⁴.

II.1.6 Le prove non proposte in primo grado per causa non imputabile alla parte

Il secondo criterio-deroga previsto all'interno dell'art. 345, 3° comma c.p.c., riguardante il divieto di introdurre nuove prove in appello, è rappresentato dall'ammissione di quelle prove che la parte dimostri di non aver potuto dedurre in primo grado, prima del maturare della decadenza di cui all'art. 184 c.p.c., per causa ad essa non imputabile¹³⁵. I maggiori interrogativi si sono posti in relazione alla questione se il requisito della indispensabilità possa considerarsi alternativo rispetto a quello della non imputabilità ovvero se la colpevolezza rappresenti un requisito che deve necessariamente sussistere affinché nuove prove possano trovare ingresso in appello. L'*iter* parlamentare della norma, la cui formulazione definitiva si è avuta solo in sede di approvazione della legge n. 353/1990 da parte della Camera dei Deputati, inducono a ritenere concettualmente distinte le due nozioni. Nonostante ciò, una parte della dottrina tende

¹³⁴ MENGALI, *I nova in appello*, in A.A. VV. *Le impugnazioni civili*, p. 265.

¹³⁵ Questo criterio era stato inserito e previsto all'interno dell'originario testo del disegno di legge quale unico varco per l'ammissione di nuove prove in appello. Fu poi temporaneamente eliminato nel primo testo approvato dal Senato che aveva accettato quale unica possibilità di introduzione di nuove prove in appello solo quelle affidate esclusivamente alla valutazione di indispensabilità dei mezzi istruttori richiesti. Fu poi reinserito e aggiunto dalla Camera dei Deputati solo in sede di approvazione parlamentare della l. 353/1990.

ancora ad includere nell'ambito della nozione di indispensabilità quella delle prove la cui mancata proposizione e deduzione in primo grado non sia imputabile alla parte, quasi come se tale ultimo requisito costituisse una *species* nel più ampio *genus* dell'indispensabilità¹³⁶. L'elemento finale rispetto al quale tali prove dovrebbero considerarsi indispensabili sarebbe costituito dall'art. 24 della Costituzione, ossia dal diritto alla prova ivi garantito¹³⁷. Un simile argomento traeva spunto dall'art. 437, comma 2°, c.p.c., nell'ambito del rito del lavoro, in cui il legislatore ha espressamente previsto al suo interno solo l'ipotesi della prova indispensabile. Tuttavia, è opinione consolidata quella che ritiene di non dubitare affatto che la norma possa essere interpretata anche nel senso di ammettere in appello la proposizione di nuove prove che la parte non abbia proposto in primo grado senza sua colpa¹³⁸. A tal proposito è infatti stato peraltro contestato come il legislatore del 1990, a differenza di quello della riforma del rito del lavoro del 1973, ha espressamente ed alternativamente inserito e previsto all'interno dell'art. 345, comma 3° c.p.c., entrambi i requisiti e i parametri, per cui non sarebbe in ogni caso corretto ridurre l'ipotesi delle prove non colpevolmente proposte a mera *species* del *genus* <<prove indispensabili>>. Le due ipotesi quindi di deroga al divieto di nuovi mezzi di prova in appello appaiono fondamentalmente indipendenti l'una dall'altra: l'indispensabilità prescinde dalla eventuale dimostrazione della non imputabilità, e la non imputabilità ammette, dal canto suo, la nuova prova anche e nonostante questa non possa

¹³⁶ SASSANI, *Art. 345 (Domande ed eccezioni nuove)*, in CONSOLO-LUIISO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, p. 391.

¹³⁷ RUFFINI, *op. ult. cit.*, p. 35. Sul diritto alla prova, da intendersi come diritto della parte di impiegare tutte le prove di cui dispone al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la sua pretesa, e di contraddire alle prove dedotte dalla controparte o disposte d'ufficio dal giudice, e che altro non è se non una delle serie di poteri, dei doveri e delle facoltà spettanti a ciascuna delle parti nel corso del processo. Cfr. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, p. 422 ss.

¹³⁸ LUIISO, *Il processo del lavoro*, p. 294.

definirsi indispensabile, ai sensi sia dell'art. 345, comma 3° c.p.c., e prima ancora ai sensi dell'art. 24 Cost. Un'altra questione interpretativa è poi quella che ha riguardato l'art. 184 *bis*, il cui contenuto è oggi trasmigrato all'interno dell'art. 153, comma 2, c.p.c., così come modificato in seguito alla legge n. 69 del 2009. Da molti infatti l'ipotesi di cui al terzo comma dell'art. 345 c.p.c. era considerata una applicazione dell'art. 184 *bis* relativo alla remissione in termini, con lo scopo principale di voler così circoscrivere e ridurre ancora di più l'ambito di applicazione del parametro della indispensabilità. A tal proposito è stato osservato come il criterio differenziale tra l'art. 345, comma 3°, c.p.c. e l'art. 184 *bis* c.p.c. che permette di non ridurre l'art. 345, comma 3° ad una mera ripetizione dell'art. 184 *bis*, sia che il primo si riferisca ai mezzi di prova in senso stretto non proposti in primo grado e non ai fatti oggetto di prova come sembra riferirsi l'art. 184 *bis*¹³⁹. Ora, muovendo anche dalla prassi applicativa, le ipotesi di nuovi mezzi di prova che la parte non abbia potuto proporre in primo grado per causa ad essa non imputabile, e riconducibili all'ambito dell'art. 345, comma 3°, c.p.c., possono essere così schematizzate:

- mezzi di prova che la parte non abbia potuto proporre nel primo grado a causa di un evento storico estraneo al processo o a causa di un comportamento dell'avversario che abbia del tutto impedito alla parte le relative difese¹⁴⁰;
- prove delle quali la parte ha incolpevolmente ignorato l'esistenza nel corso del giudizio di primo grado. Tuttavia si precisa che, ove la scoperta avvenga in corso di giudizio di

¹³⁹ TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 212.

¹⁴⁰ Secondo alcuni Autori, la necessità di ammettere nuove prove in appello deriva dall'esigenza di prevenire la revocazione della sentenza ai sensi dell'art. 395 n. 3, che concerne l'ipotesi di ritrovamento di documenti decisivi non prodotti in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario. Così CONSOLO, *Le proposte <<Vassalli>> di riforma del c.p.c.: note sulla disciplina della sentenza e delle sue fasi di gravame*, p. 198; CECHELLA, *Le attività delle parti: il divieto dei nova*, p. 295.

prime cure, non potrà applicarsi l'art. 345, comma 3° c.p.c., ma l'interessato dovrà richiedere al giudice istruttore, all'interno di tale giudizio, la rimessione in termini ai sensi dell'art. 184 *bis* c.p.c.¹⁴¹;

- mezzi di prova volti a dimostrare la falsità delle prove su cui è basata la sentenza di primo grado¹⁴²;
- prove che hanno ad oggetto fatti sopravvenuti e quelli che abbiano acquisito rilevanza giuridica a seguito di *ius superveniens*;
- prove che hanno acquistato particolare rilevanza a seguito della prospettiva giuridica accolta nella sentenza di primo grado, diversa rispetto a quella affermata dalle parti: ci si riferisce, più specificatamente, a quelle questioni di diritto riguardanti l'individuazione e l'interpretazione della norma da applicare alla fattispecie dedotta in giudizio (risolte in senso difforme rispetto alle indicazioni delle parti)¹⁴³, sia a quelle questioni relative ai fatti risultanti dagli atti e la cui efficacia possa essere rilevata d'ufficio¹⁴⁴;
- prove che le parti non abbiano potuto proporre nel giudizio di primo grado a causa della prematura definizione dello stesso in virtù del fatto che il giudice abbia erroneamente accolto una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, senza dapprima aver proceduto alla concessione alle parti dei termini di cui all'art. 184 c.p.c.;

¹⁴¹ RUFFINI, *La prova nel giudizio di appello*, p. 41.

¹⁴² Anche in questo caso l'appello mira a prevenire la revocazione ex art. 395, n. 2, c.p.c., essendo in questo caso la sentenza viziata da un vizio revocatorio.

¹⁴³ E' l'ipotesi della c.d. sentenza della "terza via", ossia il caso in cui il giudice abbia inquadrato la fattispecie e la qualificazione giuridica del rapporto controverso entro norme diverse da quelle proposte dalle parti e discusse nel contraddittorio sviluppatosi in primo grado. Cfr. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, p. 216.

¹⁴⁴ RUFFINI, *op. ult. cit.*, p. 43.

- le prove dei fatti allegati a sostegno di nuove domande e di nuove eccezioni, nei limiti in cui queste sono ammissibili in appello;
- le prove rese necessarie dall'intervento in appello del terzo legittimato all'opposizione sulla base dell'art. 404 c.p.c.;

Il giudice d'appello nei cui confronti venga avanzata richiesta di istanza istruttoria nuova, a causa della mancata imputabile proposizione in primo grado dei mezzi di prova che si vogliono introdurre in appello, sarà tenuto a valutare che i motivi allegati siano supportati da elementi tali e sufficienti che ne fanno presumere l'attendibilità¹⁴⁵ ovvero dovrà valutare la verosimiglianza degli elementi offerti dalla parte incolpevolmente decaduta. Tuttavia il giudice escluderà l'ammissione dei mezzi di prova richiesti qualora ritenga, in base alle regole di esperienza e con ragionevole certezza, l'inesistenza o la superabilità dell'impedimento, addotto dalla parte, con la normale diligenza. Si sottolinea infine, e si specifica, come l'impedimento non imputabile alla parte di cui all'art. 345, comma 3° c.p.c. debba avere carattere assoluto e non relativo, cioè non deve consistere semplicemente in una mera difficoltà delle parti di compiere l'atto entro il termine decadenziale di cui all'art. 184 c.p.c., ma deve consistere e sostanziarsi in impedimenti che siano davvero di natura insormontabile per la parte onerata, tanto da poter consentire e permettere in appello l'esercizio di poteri istruttori preclusi dopo il primo grado di giudizio¹⁴⁶.

II.1.7 Il giuramento decisorio

L'ultima deroga contemplata e prevista all'interno dell'ultimo periodo dell'art. 345, terzo comma, c.p.c., rispetto al divieto di proporre nuovi mezzi di prova, riguarda la libera possibilità di

¹⁴⁵ RUFFINI, *op. ult. cit.*, p. 45-46.

¹⁴⁶ TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 218.

deferire giuramento decisorio, anche su fatti già allegati in primo grado¹⁴⁷. La ragione è evidente ed è da ricercare nella natura stessa di questo mezzo di prova: esso è capace di per sé a decidere in ordine alla controversia ed è idoneo a rendere incontestabile il fatto su cui è prestato; le parti, dal canto loro, deferendolo o prestandolo, si assumono tutta la responsabilità per l'esito della lite, e a quel punto il giudice sul piano della valutazione probatoria può solo prendere atto del comportamento tenuto dalle parti all'interno del processo. Esso coincide e si identifica con i poteri di disposizione del diritto controverso riservati esclusivamente alla parte e che la parte stessa può esercitare finché dura la causa¹⁴⁸. Ora, data la sua particolare natura di strumento risolutivo c'è stato anche chi ha persino dubitato della sua collocabilità tra i mezzi di prova. Tuttavia asserire ciò non significa accreditare ed avvalorare la tesi di chi sostiene e ravvisa nel giuramento un "negozio processuale"¹⁴⁹, ma più semplicemente significa prendere atto degli effetti sostanziali che, attraverso la sentenza, il giuramento determina sul diritto oggetto di contestazione. Il giuramento mantiene sempre natura di mezzo di prova diretto all'accertamento del fatto su cui è prestato, ma il vincolo che la legge impone al giudice nel valutare la dichiarazione della parte implica una disposizione indiretta del diritto controverso analoga, sul piano pratico, a quella che si attua con un negozio giuridico¹⁵⁰. Sulla base dell' art. 233 c.p.c., il giuramento decisorio può essere deferito in qualunque stato della causa di fronte al giudice istruttore, ed anche nel giudizio di rinvio, a norma di quanto ammette e prevede l'art. 394 c.p.c., ultimo comma c.p.c., e sempre che

¹⁴⁷ Il previgente testo dell'art. 345 contemplava il giuramento decisorio sotto il diverso profilo delle spese, al fine di escludere che il suo deferimento in appello esponesse la parte a rischio dell'onere delle spese del giudizio di secondo grado, in applicazione dell'art. 92 c.p.c.

¹⁴⁸ TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 235-236.

¹⁴⁹ Così BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, p. 122 ss; REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, p. 223; SATTA, *Commentario*, II, p. 228.

¹⁵⁰ Cfr. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, p. 237.

riguardi fatti la cui allegazione non sia preclusa. In particolar modo, l'attenzione della dottrina si è però concentrata sulle differenze riscontrate tra l'art. 345, comma 3°, c.p.c., che menziona esplicitamente solo il giuramento decisorio¹⁵¹ e l'art. 437, comma 2°, c.p.c., all'interno del quale è espressamente prevista l'ammissibilità in appello sia del giuramento decisorio che di quello estimatorio (tra l'altro non si spiega perché una contestazione come quella sollevata per il rito ordinario non sia stata avanzata anche per il rito del lavoro dal momento che il legislatore ha fatto propria una formulazione che, se interpretata *a contrario*, sembrerebbe lasciar fuori dal novero dei mezzi di prova ammissibili d'ufficio il giuramento suppletorio)¹⁵². La soluzione generalmente accolta e prevalente in dottrina in riferimento al rito ordinario è tuttavia nel senso di ritenere che l'esplicita menzione del solo giuramento decisorio all'interno dell'art. 345 c.p.c. non esclude in ogni caso l'esperibilità in appello anche del giuramento suppletorio e della sottospecie di esso, ossia del giuramento estimatorio. Sono infatti tutti mezzi di prova che rientrano nell'ambito dei poteri istruttori officiosi del giudice e, pertanto, ammissibili anche in fase di gravame, poiché i limiti sanciti dall'ultimo comma dell'art. 345 c.p.c. si riferiscono soltanto ai mezzi istruttori riservati alle parti¹⁵³. Ovvero, più semplicemente, nel ritenere che l'omessa menzione, all'interno del citato articolo, deriva del fatto che le condizioni di ammissibilità ed efficacia di tali mezzi istruttori integrerebbero sempre gli estremi della indispensabilità ai fini della decisione della causa. E questo vale in maniera più evidente per il giuramento suppletorio che può essere deferito d'ufficio a una

¹⁵¹ Disposizione tra l'altro identica a quella contenuta nell'originario testo dell'art. 345 c.p.c., non ancora modificato dalla legge 14 luglio 1950, n. 581.

¹⁵² RUFFINI, *op. ult. cit.*, p. 49. Tra l'altro, la giurisprudenza ha ritenuto in varie pronunce che il legislatore, citando all'interno dell'art 437, comma 2, c.p.c. il giuramento estimatorio abbia in realtà voluto far riferimento anche a quello suppletorio, considerandolo quindi una *species* del più ampio *genus* di giuramento estimatorio.

¹⁵³ TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 236.

delle parti al fine di decidere la causa quando le domande o le eccezioni non sono pienamente provate, ma nemmeno del tutto sprovvedute di prova. La *ratio* della norma in esame non è quindi quella di escludere l'esperibilità in appello del giuramento suppletorio o estimatorio, ma è quella di sottrarre invece il giuramento decisorio dal novero dei mezzi di prova vietati in appello ove non indispensabili¹⁵⁴.

¹⁵⁴ RUFFINI, *op. ult. cit.*, p. 266.

III. L'APPELLO SPECIALE

SOMMARIO: III.1 La disciplina dell'appello di diritto comune e il profilarsi di un appello speciale. Profili generali. - III.1.1 Il processo a cognizione piena e il processo a cognizione sommaria: caratteristiche fondamentali, differenze ed elementi comuni. - III.2 Il motivo di appello nel processo sommario di cognizione *ex art. 702-bis c.p.c.* - III.2.1 Le ricadute della legge n. 134/2012 nel processo sommario e le introdotte novità difensive nel processo sommario. - III.3 Il rito camerale ibrido come processo a cognizione piena di rito speciale e la disciplina del reclamo-appello: contenziosi fallimentari e controversie di famiglia. - III.3.1 Le prove atipiche nel rito camerale: uso, efficacia e garanzia del principio del contraddittorio.

III.1 La disciplina dell'appello di diritto comune e il profilarsi di un appello speciale. Profili generali.

Dopo aver percorso le tappe fondamentali dell'evoluzione legislativa, giurisprudenziale e normativa relativamente alla disciplina contenuta all'interno dell'art. 345 c.p.c., riguardante specificatamente il divieto di *ius novorum* in secondo grado, e più genericamente i caratteri fondamentali dell'istituto dell'appello di diritto comune, non si può prescindere dal considerare e tracciare quelle che sono le linee essenziali riguardanti l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un diverso regime, per così dire "speciale", il quale tiene ben saldo l'istituto dell'appello ai suoi primordi, mantenendone così le caratteristiche originarie, ossia di strumento che si qualifica come mezzo di gravame e non come mezzo di impugnazione in senso stretto. È lo stesso legislatore, fautore e artefice della Riforma del 2012, a segnare e a battere la via della ricostruzione sistematica. Il Decreto Sviluppo del 2012 ha introdotto, infatti, in tal senso, una novità legislativa molto rilevante, anche nell'ottica di ridurre il carico di lavoro delle Corti d'appello, confermando e mettendo così in evidenza che, anche quest'ultima riforma, appare dichiaratamente ispirata all'imperativo categorico della celerità dei processi e al principio che da anni costituisce il *leitmotiv* della più recente stagione di riforme: la garanzia della efficienza del processo civile. Questo intento è stato in tal senso perseguito attraverso l'introduzione dei nuovi artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c., che hanno inserito e previsto una sorta di <<udienza filtro>>, volta

all'immediata identificazione degli appelli meritevoli di trattazione. Più specificatamente, in un contesto così strutturato e concepito, il giudice è chiamato ad effettuare un giudizio sulla fondatezza dell'impugnazione, che non ha nulla a che vedere con il vizio di forma dell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione, ma si tratta di una vera e propria valutazione prognostica sulla ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello e, in caso negativo, è chiamato a dichiararlo inammissibile con ordinanza non reclamabile. La funzione argomentativa dell'appello, così, nella configurazione che tale mezzo di impugnazione ha progressivamente assunto nel diritto attuale e vivente, ha acquisito un ruolo ed un'importanza sempre maggiore, al punto che l'indicazione delle motivazioni logico-giuridiche dirette alla critica del provvedimento impugnato sono divenute, a pena di invalidità, parte fondamentale ed indispensabile dell'atto di impugnazione. L'art. 348-*bis* c.p.c. infatti prevede che, al di fuori dei casi in cui debba essere pronunciata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile quando non ha ragionevole probabilità di essere accolta. Il merito del motivo però, come questione di ammissibilità dell'appello, non è applicabile, per espressa previsione legislativa, ai processi sui diritti indisponibili. Sono esclusi infatti dall'ambito di applicazione del nuovo filtro, gli appelli concernenti le controversie in cui è previsto, a pena di nullità, l'intervento obbligatorio del P.M., ai sensi dell'art. 70, 1° comma, c.p.c., e negli appelli avverso le ordinanze decisorie e conclusive del procedimento sommario di cognizione ai sensi dell'art. 702-*quater* c.p.c. Le ragioni di siffatta esclusione sarebbero ravvisabili, stando al tenore della Relazione illustrativa, rispettivamente nella <<connotazione pubblicistica delle prime>> e nella <<deformalizzazione istruttoria>> del procedimento sommario di cognizione. Quanto al primo aspetto, è evidente l'intento del

legislatore che, non riponendo troppe aspettative nella iniziativa del p.m., ha preferito delineare e predisporre un processo scevro da ostacoli a fronte della tutela di determinati diritti e situazioni indisponibili, concependo così un giudizio di secondo grado che gode della piena prerogativa di una rinnovazione senza limiti o filtri derivanti dal c.d. motivo di appello, e che, normalmente ispirato alle forme del reclamo camerale (contro i decreti del Tribunale per i minorenni o contro le sentenze di separazione e divorzio) è quindi aperto a tutte le possibili novità e introduzioni sul piano sia del *thema decidendum* sia del *thema probandum*, e non si presta né al vaglio della ragionevole probabilità di accoglimento né tanto meno le scarse forme previste e imposte dall'art. 739 c.p.c. impongono tutto il rigore oggi dettato dall'art. 342 c.p.c., nuovo conio, relativo alla specificazione del motivo¹⁵⁵. Il secondo aspetto poi, a cui fa riferimento l'art. 702-*quater* c.p.c., riguarda invece il procedimento sommario di cognizione così come introdotto in seguito alla legge n. 69 del 2009.

III.1.1 Il processo a cognizione piena e il processo a cognizione sommaria: caratteristiche fondamentali, differenze ed elementi comuni

Operando una classificazione dei processi (tuttavia bisogna specificare che in questo caso non esiste una tripartizione lineare dal momento che il processo civile ha subito nel corso del tempo innumerevoli stratificazioni legislative delineandosi ed estrinsecandosi in un complesso quadro di procedimenti, al contrario di quanto accade e viene previsto per il sistema e la disciplina delle tutele finali che il nostro ordinamento predispose ai fini della difesa e salvaguardia del diritto di cui si chiede la protezione e il riconoscimento, e tali sono: la tutela dichiarativa o di mero

¹⁵⁵ CECHELLA, *L'appello speciale* in A. A. VV. *Le impugnazioni civili*, Torino, 2012, p. 309-310.

accertamento, la tutela di condanna esecutiva e la tutela costitutiva di effetti giuridici nuovi), una prima importante distinzione è quella tra: processo a cognizione piena e processo a cognizione sommaria. Il processo a cognizione piena è il processo classico, quello generalmente inteso, che si dovrebbe applicare sempre in materia di processo civile. Tuttavia è stato sempre fonte e oggetto di molti problemi e difficoltà legate alla eccessiva lungaggine e durata dei processi; per tale motivo, con il tempo, sono sorti e si sono maggiormente affermati e succeduti, i c.d. processi speciali o sommari che hanno sempre di più preso il posto dei processi a cognizione piena, caratterizzati dalla rapidità delle tutele e per essere dei processi molto più semplificati e snelli. Ora, mentre in entrambi i casi l'attività di giurista che il giudice compie è identica, in quanto sia nella cognizione sommaria che nella cognizione piena, l'attività del giudice si estrinseca e si manifesta, alla luce dei fatti ricostruiti, nell'individuazione di una norma giuridica generale e astratta la cui fattispecie si avvicina maggiormente alla fattispecie concreta, la interpreta e la applica ai fini della regolazione del rapporto giuridico tra i soggetti, nel compiere l'attività di giurista-storico, e in generale di ricostruzione e cognizione dei fatti, il ruolo del giudice è molto diverso sia nell'uno che nell'altro caso. Questa diversità, in particolar modo, si sostanzia in tre fondamentali elementi, che concernano: l'accertamento dei fatti (nel processo a cognizione sommaria è il giudice che domina il processo e gode di un potere di iniziativa probatoria d'ufficio piena al contrario di quanto accade nel processo a cognizione piena in cui il giudice normalmente agisce solo se sollecitato dalla iniziativa delle parti), l'uso nel processo a cognizione sommaria di prove atipiche, le c.d. "sommarie informazioni", a ulteriore dimostrazione e riprova della proiezione di questo tipo di processo verso una maggiore elasticità e celerità del risultato processuale, e infine nella deformalizzazione della regola di

assunzione delle prove; più specificatamente, in rapporto a questo terzo e ultimo elemento, si stabilisce che mentre nei processi a cognizione piena le prove vengono raccolte attraverso dei procedimenti molto formalizzati (quasi si trattasse di veri e propri procedimenti interni al processo stesso, e in tal senso si pensi ad esempio al procedimento previsto per l'assunzione di una prova testimoniale), nei procedimenti a cognizione sommaria è stabilito e fissato invece un modello differente, in quanto il giudice è molto più libero e svincolato dal rispetto di determinati vincoli formali e non è assolutamente tenuto a seguire un *iter* procedimentale particolare e ben determinato ai fini della assunzione di una specifica prova, ma il processo, in quanto appunto "sommario", è molto più elastico, molto meno preciso nel suo svolgimento e nelle forme di raccolta delle prove. Chiarito ciò, bisogna poi sottolineare come entrambi i tipi di processo vivono e si estrinsecano, a loro volta, in tre diverse e rispettive tipologie. Per cui, nell'ambito del processo a cognizione piena abbiamo: il processo a cognizione piena di rito ordinario che, come detto, è il modello generale utilizzato per tutte quelle materie non sottoposte e regolate già a monte dai procedimenti particolari, il c.d. processo semplificato o abbreviato, introdotto in seguito alla legge n.69/2009 e disciplinato solo all'interno degli artt. 702-bis, 702-ter, 702-quater c.p.c., che è un processo che nonostante si svolga nelle stesse forme della cognizione piena è, in realtà, più snello e rapido rispetto a quest'ultimo, ed infine la terza tipologia è rappresentata dai riti speciali a cognizione piena nel cui ambito rientrano il rito del lavoro, le controversie locative, le controversie agrarie, i procedimenti per separazione e divorzio e il processo possessorio. Dall'altra parte, il processo a cognizione sommaria, a sua volta, anche vive di distinzioni al suo interno, e ricomprende: il processo cautelare, il processo monitorio o anticipatorio degli effetti esecutivi della sentenza finale e di merito e la tutela o processo

camerale la cui regolamentazione è prevista, anche in questo caso, solo all'interno di tre articoli del codice di procedura civile, ossia gli artt. 737, 738, 739; in specie, il nostro legislatore cercando di risolvere il grande cruccio del sistema che è quello della eccessiva durata dei processi, è andato alla ricerca di diverse soluzioni che prevedessero dei tempi processuali molto più stringenti e che nel contempo fossero comunque in grado di assicurare la tutela dei diritti lesi, individuando, appunto, il rito camerale, il cui rito è particolarmente utilizzato nei campi del diritto familiare e fallimentare.

III.2 Il motivo di appello nel processo sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c.

All'appello nel processo sommario di cognizione è dedicato un solo articolo che è il 702 *quater* c.p.c. Appare quindi arduo trovare una soluzione interpretativa che sia il più possibile coerente ed attendibile rispetto a tutti i problemi che dall'applicazione di questo istituto potrebbero derivare. Prima di accingerci però ad affrontare una tale problematica, appare opportuno svolgere e porre in essere alcune considerazioni generali sul procedimento sommario di cognizione in quanto tale. La legge n. 69 del 2009 ha inserito nel Libro IV, Titolo I, del codice di procedura civile, il Capo III-*bis* intitolato "Del procedimento sommario di cognizione", la cui disciplina è contenuta soltanto all'interno di tre articoli: il 702 *bis*, *ter* e *quater* c.p.c. Esso si qualifica e si presenta come un rito strutturalmente diverso ma identico nel risultato al processo a cognizione piena, con forme processuali però semplificate, volendo il legislatore con tale normativa perseguire, ancora una volta, l'obiettivo di tentare una velocizzazione ed accelerazione del sistema della nostra giustizia civile e porre così rimedio agli endemici mali che l'affliggono, dal momento che in tale procedimento la fase di

trattazione è più ristretta di quella ordinaria ed anche la fase di raccolta del materiale è molto contratta e si arriva velocemente al provvedimento giurisdizionale. Tuttavia occorre sottolineare l'equivoco di fondo nel quale è incorso il legislatore con una tale disciplina. Un processo infatti regolato da poche e stringate norme, quale è quello di cui ci stiamo occupando, non può essere di per sé sinonimo di un processo <<semplice>>, quanto, semmai, di un processo che fa sorgere molti dubbi interpretativi e che necessita quindi di una laboriosa e sistematica opera di integrazione ed elaborazione. Tradendo quindi quelle che erano le aspettative del nostro legislatore non ci troviamo, dunque, di fatto, di fronte ad un processo <<facile>> o comunque la cui utilizzazione pratica risulta meno complessa rispetto al processo ordinario di cognizione¹⁵⁶. Va comunque precisato che, benché la collocazione topografica e l'espressa denominazione legislativa possono sospingerci verso la tentazione di ricondurre il nuovo procedimento dentro lo schema classico della tutela sommaria, la maggior parte degli interpreti propende per la classificazione dello stesso quale processo a cognizione piena ma semplificata. Più esattamente, il procedimento in questione non è sommario nello stesso senso in cui viene utilizzata questa parola nell'ambito del procedimento cautelare o nel senso in cui la si poteva utilizzare all'interno dell'art. 19 del d.lgs. n. 5/2003 (qui siamo lontani dalla logica che era sottesa alla disciplina prevista per il rito societario)¹⁵⁷, ma è sommario nel senso che esso è

¹⁵⁶ DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2009, n. 6, p. 1584-1585.

¹⁵⁷ Del tutto diverso infatti dal procedimento sommario di cui stiamo parlando era il processo sommario societario disciplinato all'interno dell'art. 19 del D.Lgs. 5/2003 e abrogato dalla legge 69/2009. Anch'esso era alternativo al processo a cognizione piena, nel senso che il soggetto interessato poteva scegliere l'uno o l'altro processo, ma, al contrario, dei processi sommari, la tutela che si otteneva con il sommario societario era ben diversa in quanto il provvedimento sommario non aveva efficacia anche dichiarativa, ma solo esecutiva. La tutela sommaria societaria portava dunque alla formazione di un titolo esecutivo che, in caso di inadempimento della controparte, apriva la strada alla tutela esecutiva, ma che in

semplificato ed il giudice accerta i fatti in modo pieno, godendo di un maggior margine di movimento esclusivamente perché la causa si presenta più semplice nei suoi presupposti fattuali¹⁵⁸. In specie, la sommarietà consiste e si deduce inequivocabilmente dalla deformalizzazione dell'istruttoria prevista dall'art. 702 *ter*, comma 5, c.p.c. Per tale ragione è meglio quindi parlare di rito abbreviato o semplificato anziché di rito sommario. Insomma, siamo dunque in presenza di un processo che ha delle proprie peculiarità strutturali e di cui si tenterà di tracciarne le caratteristiche essenziali. Innanzitutto è, insieme al procedimento per ingiunzione e al procedimento per convalida di licenza e sfratto, un procedimento speciale di cognizione alternativo al rito ordinario, che non esclude di per sé il ricorso al processo a cognizione piena, nel senso cioè che il soggetto interessato può scegliere se tutelare il suo diritto attraverso un processo a cognizione piena oppure attraverso uno di questi procedimenti speciali, riuscendo comunque ad ottenere lo stesso tipo di tutela dall'uno o dall'altro procedimento (si parla in tal senso di concorso di strumenti di tutela)¹⁵⁹. Con una differenza fondamentale però, ed è lo stesso art. 54 della stessa legge n. 69 del 2009 a prevederla, a proposito della delega al Governo per la riduzione e

nessun modo accertava l'esistenza del diritto tutelato. Il procedimento sommario societario era quindi l'unica ipotesi, nel nostro ordinamento, di procedimento speciale che aveva la specifica ed esclusiva funzione di formare un titolo esecutivo e che non costituiva esercizio di funzione giurisdizionale dichiarativa. Con la sua abrogazione, nel nostro sistema è venuta meno l'unica fattispecie di processo sommario non dichiarativo né cautelare.

¹⁵⁸ Cfr. BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.*, in www.judicium.it; nello stesso senso vedi BALENA, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2009, p. 749; COSTANZO, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in www.judicium.it.

¹⁵⁹ Va specificato che è esso è alternativo al processo ordinario di cognizione, ma non ai riti speciali: in particolare, è escluso che esso sia applicabile alle controversie di lavoro o in materia di separazione e divorzio. Fermi questi limiti, con il procedimento sommario di cognizione potranno essere decise cause appartenenti sia alla cognizione di condanna, sia a quella di mero accertamento e costitutiva. Allo stesso modo, non si riscontrano limiti all'utilizzo del procedimento sommario di cognizione per iniziare la causa di merito dopo la concessione di provvedimenti cautelari, ai sensi dell'art. 669 *octies* c.p.c. Cfr. DITTRICH, *op. ult. cit.*, p. 1586.

semplificazione dei riti: possono essere ricondotti al modello “sommario” tutti i procedimenti speciali di natura contenziosa, anche camerale, in cui risultino “*prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell’istruzione della causa*”, ma, al contrario di quanto avviene per il procedimento di cui agli artt. 702-*bis* e ss., per i processi camerale sarà esclusa la possibilità di una “conversione” nelle forme della cognizione ordinaria, disciplinata all’interno del Libro II del codice. Il rito camerale è infatti un rito che, per definizione e per sua natura, non tollera alternative a sé stesso, ad esperienze diverse da sé stesso, è un rito autosufficiente, che si impone prepotentemente. Se ne deduce quindi che il procedimento sommario resta un *unicum* di difficile inquadramento, che partecipa al tempo stesso del modello speciale sommario come del modello del rito ordinario; il legislatore infatti ha deciso di collocarlo nel Libro IV, ma l’istituto poteva benissimo trovare ugualmente una sua collocazione altrettanto idonea all’interno del Libro II del codice¹⁶⁰. Non esistono speciali condizioni di ammissibilità al procedimento sommario: è semplicemente l’attore che sceglie di ricorrere a questo procedimento (tramite la proposizione della domanda con ricorso e non con citazione), se non quella della ipotesi espressamente prevista dall’art. 702 *bis* c.p.c., ossia a patto che la causa rientri tra quelle in cui <<il tribunale giudica in composizione monocratica>>, e dunque con l’esclusione di quelle materie e cause devolute alla cognizione del giudice di pace o che prevedono una decisione collegiale, il cui elenco si rinvia all’art. 50 *bis* c.p.c. Se quindi la controversia rientrasse tra quelle elencate dal citato articolo il giudice dovrà, con ordinanza non impugnabile, dichiarare l’inammissibilità della domanda. Quanto al contenuto del ricorso l’art. 702-*bis*, comma 1, richiama espressamente tutti gli elementi elencati dall’art. 163 c.p.c. per l’atto di citazione; richiamo che implica necessariamente

¹⁶⁰ CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, in www.judicium.it.

l'operatività dell'art. 164 c.p.c., in tema di sanatoria dei vizi dell'atto introduttivo del giudizio. Il ricorso, con il decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione, la quale deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza (art. 702-bis, commi 2 e 3). Il convenuto, dal canto suo, deve costituirsi mediante deposito in cancelleria della comparsa di risposta, all'interno della quale deve deporre le sue difese e prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda, deve indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione, nonché formulare le conclusioni. L'art. 702-bis ripete poi sostanzialmente anche quanto previsto dall'art. 167 c.p.c., ossia il convenuto deve proporre nella comparsa di risposta, a pena di decadenza, anche le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio; è poi possibile la chiamata di un terzo in causa. Come quindi si può vedere, l'art. 702-bis c.p.c. delinea una fase introduttiva del procedimento sommario che coincide, *mutatis mutandis*, con quella del processo a cognizione piena. Alla prima udienza fissata il giudice dovrà compiere una doppia verifica preliminare: da un lato, dovrà accertare la sussistenza dei presupposti processuali "classici"¹⁶¹, ossia se il giudice adito è competente (per materia, territorio e valore), e in caso contrario si avrà la trasformazione e la conversione del rito in ordinario, con conservazione delle decadenze già maturate, dall'altro dovrà verificare altresì la sussistenza di un ulteriore ordine di presupposti, quelli necessari, affinché la causa possa continuare ed essere decisa tramite procedimento sommario di cognizione. A tal proposito l'art. 702-ter, commi 2 e 3, disciplina i casi in cui il giudice ritenga la causa a decisione collegiale oppure ritenga che la stessa necessiti di una istruzione "non sommaria". In ogni caso, in entrambe

¹⁶¹ CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. Giur.*, 2009.

le evenienze verrà emanata un'ordinanza non impugnabile: se la causa è a decisione collegiale, questa ordinanza sarà di inammissibilità della domanda; se invece il giudice ritiene, sulla scorta delle difese delle parti e sulla base dell'impianto probatorio sviluppato, la causa non compatibile con le forme del rito sommario, sempre con ordinanza non impugnabile fissa l'udienza di trattazione, tipica del rito ordinario, di cui all'art. 183 c.p.c.: in tal caso si applicheranno poi le disposizioni del Libro II. È questo uno snodo fondamentale e un punto cruciale del processo sommario, in quanto la scelta dell'attore, è condizione necessaria ed indispensabile per l'instaurazione del giudizio, ma non sufficiente affinché il processo continui con le forme sommarie, essendo a tal proposito imprescindibile la valutazione giudiziale di compatibilità della causa con l'istruzione sommaria. Con la conseguenza che, laddove tale valutazione sia negativa, il giudice deve disporre la conversione del rito determinando la continuazione del processo con le forme di quello ordinario. Il provvedimento con cui il giudice provvede in tal senso è, come ho già detto, un'ordinanza che, per espressa previsione di legge, è inimpugnabile (e, quindi, non revocabile, né modificabile *ex art. 177, 3° comma, n. 2, c.p.c.*). In dottrina ci si è allora chiesto, a tal proposito, se detto provvedimento, dal momento che non può essere oggetto di impugnazione, sia allora soggetto a ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 c.p.c.*: la soluzione fino a questo momento prospettata è negativa sia perché non esiste e non è sancito in nessuna norma e disposizione un diritto a tale rito del ricorrente, sia soprattutto perché il provvedimento in questione non comporta il rigetto della domanda, ma soltanto la conversione del rito e la continuazione del giudizio con le forme di quello ordinario. Con la conseguenza che, ove si accerti che il giudizio, per lo stato di complicazione raggiunto quale conseguenza delle difese delle parti, non poteva continuare con il rito sommario, la parte interessata potrà

in appello essere rimessa a compiere quelle attività di istruzione probatoria e allegazione che le erano state impedito dallo svolgimento del processo con le forme sommarie¹⁶². La trattazione e l'istruttoria sono regolate, assai sinteticamente, dal quarto e quinto comma dell'art. 702-ter c.p.c. Quanto alle modalità della trattazione, la norma prevede che «il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno (...)»¹⁶³, vale a dire che il giudice rimarrà libero di disporre lo scambio delle memorie, ove lo ritenga necessario, potrà assumere prove atipiche ovvero prove tipiche seguendo modalità atipiche¹⁶³, ed anche l'udienza di precisazione delle conclusioni sarà rimessa alla discrezionalità del giudicante. Per lo svolgimento della fase istruttoria è sinteticamente previsto che il giudice «procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in ordine all'oggetto del provvedimento richiesto»¹⁶⁴. La snella formula utilizzata ed adoperata dal legislatore tende a sottolineare che l'istruzione nel procedimento sommario è dunque rimessa al potere discrezionale del giudice. Il solo fatto però che costui possa fare largo uso di poteri discrezionali non può porre nell'oblio le garanzie costituzionali: egli dovrà sempre rispettare i principi del contraddittorio e del giusto processo. Il procedimento sommario si chiude col rigetto o l'accoglimento della domanda ed è definito con ordinanza, la quale ha la stessa efficacia ed è del tutto equivalente ad una sentenza ordinaria di primo grado, ma priva delle formalità tipiche di quest'ultima rende il processo più celere. Come afferma espressamente l'art. 702-quater c.p.c., l'ordinanza sommaria «produce gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile», beninteso se non appellata (non già genericamente «impugnata» come nell'art. 19 d. lgs. 5/2003)¹⁶⁴ entro trenta giorni dalla

¹⁶² CEA, *op. ult. cit.*

¹⁶³ BOVE, *op. ult. cit.*

¹⁶⁴ CONSOLO, *op. ult. cit.*

comunicazione o notificazione. Pur nel silenzio del legislatore si ritiene che nel caso eccezionale di mancata comunicazione e di assenza di notificazione sia applicabile il termine lungo per l'impugnazione decorrente dal deposito della pronuncia, portato oggi a sei mesi dal deposito dell'ordinanza (art. 327, comma 1°, c.p.c.).

Se tutti questi concetti caratterizzanti il processo sommario, e di cui si è cercato di tracciarne le caratteristiche essenziali, li caliamo, ai fini della presente analisi, all'interno dell'ordinanza che chiude il procedimento sommario notiamo che la particolarità di tale rito, evidentemente per le forme che lo contraddistinguono e per l'atto conclusivo in cui è contenuto il giudizio, è dato dalla disciplina dell'appello, chiaramente difforme dalla disciplina comune. Le regole applicabili infatti all'appello nel rito ordinario non sono suscettibili di applicazione in egual misura, ma vi sono delle differenze sostanziali. L'art. 348-*bis* c.p.c. che disciplina la fattispecie del motivo di inammissibilità costituito dalla non ragionevole probabilità di accoglimento non trova infatti applicazione nell'ambito del processo sommario e la ragione è da ricercarsi nella semplificazione delle forme previste per l'ordinanza con cui si conclude il giudizio, che rende inevitabilmente meno severa la formulazione del motivo specifico di gravame e di conseguenza mantiene su basi ben più salde e originarie la natura di gravame dell'appello¹⁶⁵. Essendo l'ordinanza succintamente motivata è evidente che l'exasperazione del motivo che ha contraddistinto l'orientamento della Cassazione dagli anni duemila in poi e che ha portato alla legge 134/2012 e al formalismo della specificazione del motivo, ai sensi dell'art. 342 c.p.c., non può esistere nel rito abbreviato. La parte dunque non è chiamata a misurarsi con una motivazione che sorregge una sentenza, ma con una motivazione che accompagna un'ordinanza, la quale fa proprio un motivo talmente

¹⁶⁵ CECHELLA, *L'appello speciale* in A.A. VV. *Le impugnazioni civili*, Torino, 2012, p. 311.

scarno che l'appello non può far altro che tornare alla sua dimensione "primordiale" di mezzo di gravame. Da questo punto di vista la caratteristica principale dell'appello del sommario è il fatto di seguire e trasformarsi nel vero e proprio procedimento di primo grado.

III.2.1 Le ricadute della legge n. 134/2012 nel processo sommario e le introdotte novità difensive nel processo sommario

Nel quadro normativo anteriore alla riforma del 2012, il disposto dell'art. 702-*quater* c.p.c. stabiliva che in appello erano ammessi e trovavano liberamente accesso tutti i nuovi mezzi di prova e i nuovi documenti che il collegio avesse ritenuto <<rilevanti>> ai fini della decisione della causa (così assicurando il pieno esame della controversia), ovvero se la parte dimostrava di non averli potuti proporre nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile. Le nuove prove (orali e documentali) dunque potevano, nel sistema disegnato e delineato dalla legge n. 69/2009, alternativamente essere ammesse solo sulla base di una duplice valutazione di ammissibilità: nella ipotesi di rilevanza delle stesse (e non sulla base del ben più rigido requisito e criterio della indispensabilità previsto per il caso in cui la controversia sia stata decisa secondo le norme sul procedimento ordinario *ex* art. 345 c.p.c.), e di dimostrazione che la parte non le abbia potute proporre nel corso del processo di primo grado per causa a lei non imputabile. Quindi, mentre l'art. 345 c.p.c. chiudeva e sbarrava alle parti la possibilità di utilizzazione di prove nuove in appello, nell'ambito del rito sommario l'art. 702-*quater* c.p.c. prevedeva una tale possibilità purché fossero ritenute, per l'appunto, rilevanti. La norma nel suo impianto originario svelava così una liberalizzazione d'altri tempi, che si estrinseca e si esprimeva pienamente nell'ammettere prove nuove, purché rilevanti, ovvero tutti i nuovi mezzi di prova (siano

essi fatti principali, costitutivi o che rilevassero come eccezioni, o anche solo fatti secondari da cui risalire al fatto principale attraverso la prova critica presuntiva). Alla parte doveva essere riconosciuta ed offerta l'occasione, almeno in un grado del processo, di un pieno dispiegarsi del diritto alla prova, come espressione del diritto di difesa¹⁶⁶. A tal proposito, parte della dottrina riteneva che il termine <<rilevante>> impiegato dall'art. 702-*quater* c.p.c. mettesse in rilievo ed evidenziasse l'intenzione di voler così derogare alla disciplina di diritto comune e ammettere nuovi mezzi istruttori in base a un criterio che fosse meno rigido, in ragione naturalmente, della struttura semplificata del procedimento di primo grado¹⁶⁷. Alla contrazione dei termini e della facoltà di integrazione probatoria in primo grado, infatti, corrispondeva un appello più aperto e più incline a porre rimedio a eventuali pregiudizi subiti nella fase semplificata¹⁶⁸. Su un tale assetto normativo è intervenuto il legislatore con la riforma operata con legge 134/2012 che “anziché conservare la norma e il suo senso profondo, si lascia trascinare nella modifica apportata all'art. 345 c.p.c., seppur conservando la diversità, ma attenuando la totale liberalità della originaria previsione”¹⁶⁹. La prova nuova rilevante diventa la prova nuova indispensabile, modificando così il regime dei *nova* istruttori *ex* art. 702-*quater* c.p.c. e sancendo che le prove consentite in appello sono solo quelle ritenute <<indispensabili>>¹⁷⁰ e non più <<rilevanti>>. Il divieto diventa ora assoluto, salvo l'ipotesi della rimessione in termini. Ma un simile cambiamento di rotta, impegna oltre modo l'interprete e suscita molti e gravi problemi ed interrogativi di costituzionalità. Calato infatti il concetto della indispensabilità nel

¹⁶⁶ CECHELLA, *op. ult. cit.*, p. 312.

¹⁶⁷ CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69*, in *Corr. Giur.* 2009.

¹⁶⁸ Cfr. BERGAMINI, *Evoluzioni dell'appello civile*, in *Giust. Civ.*, 2013.

¹⁶⁹ Cit. CECHELLA, *op. ult. cit.*, p. 312.

¹⁷⁰ Lo stesso aggettivo utilizzato all'interno dell'art. 345, comma 3, c.p.c. e dell'art. 437, comma 3, c.p.c.

diverso contesto del processo sommario o semplificato, questo sarà chiamato a misurarsi, oltre che con la miriade delle interpretazioni giurisprudenziali e dottrinarie che nel corso del tempo sono state date ed elaborate, anche con le caratteristiche proprie di questo processo, e cioè con il problema e la questione del mancato svolgimento in primo grado del diritto alla prova, dovuto proprio alla semplificazione delle forme, quando il giudice di appello dovesse, contrariamente a quello di prime cure, ritenere doverosa e necessaria ovvero indispensabile, per l'appunto, una istruttoria vera e propria secondo le regole di diritto comune. Un legislatore più accorto, che avesse avuto memoria delle diatribe ermeneutiche suscitate e sollevate prima dall'art. 437, 2° comma e poi dall'art. 345, 3° comma, c.p.c., sicuramente si sarebbe guardato bene dal riprodurre formule linguistiche così ambigue. Vi è da chiedersi infatti quale coraggiosa parte vorrà ancora usufruire di questo più celere strumento processuale e decisorio, ora che il regime delle nuove prove nella fase di appello è stato a tal punto irrigidito da consentire solo le nuove prove indispensabili. La elasticità della fase istruttoria in appello originariamente concepita dall'art. 702-*quater* c.p.c. (aperta alle prove ritenute "rilevanti"), e così la possibilità di recuperare prove eventualmente tralasciate in primo grado, era previsione rassereneante per le parti. Il pericolo allora che si corre è che il nuovo rito sommario di cognizione cada, a soli pochi anni dalla sua entrata in vigore, in desuetudine, a meno che la giurisprudenza non adotti dei criteri di valutazione del requisito della indispensabilità della prova più elastici e dai confini più certi rispetto a quelli elaborati, a suo tempo, in relazione all'art. 345, comma 3, c.p.c.¹⁷¹.

¹⁷¹ CONSOLO, *op. ult. cit.*

III.3 Il rito camerale ibrido come processo a cognizione piena di rito speciale e la disciplina del reclamo-appello: contenziosi fallimentari e controversie di famiglia

Il fenomeno di un appello c.d. “speciale” trova una propria ragion d’essere ed un proprio terreno fertile anche ben oltre il caso della ordinanza conclusiva del processo semplificato. Si potrebbe dire, invero, che esso trova applicazione ogni qual volta ci sia un giudizio che si svolga e si concluda in forme semplificate e deformalizzate. È appena il caso di richiamare e di rifarci alla disciplina della tutela camerale, il cui rito nasce originariamente sotto l’istituto della volontaria giurisdizione per la quale è prevista una scheletrica disciplina legislativa che si traduce semplicemente nella previsione ed esistenza di soli tre articoli: 737, 738, 739 c.p.c. Cioè, più specificatamente, nel nostro ordinamento ci sono delle materie e dei settori in cui l’intervento di un organo giurisdizionale è previsto sulla base di presupposti diversi da quelli tradizionalmente intesi e concepiti. Le leggi processuali disciplinano l’attività del giudice non solo quando essa è svolta e diretta alla tutela giurisdizionale dei diritti, ma anche nelle ipotesi in cui ad essa è attribuita una funzione diversa. Il nostro ordinamento ha così previsto che in determinate evenienze, che sono rappresentate dalle situazioni indisponibili dei diritti, il giudice civile possa svolgere funzioni non propriamente giurisdizionali ma amministrative. Di fronte a tali circostanze il giudice non appartiene più al potere giurisdizionale bensì a quello esecutivo¹⁷². Egli viene investito di un ruolo che è tradizionalmente

¹⁷²<<La necessità ... che i diritti e gli status debbano sempre poter essere fatti valere in processi a cognizione piena con attitudine al giudicato (formale o sostanziale), non esclude affatto che il legislatore ... possa prevedere che taluni specifici diritti possono essere fatti valere anche ... in processi sommari-semplificati destinati a concludersi in provvedimenti che ... abbiano solo efficacia esecutiva>>, CARRATTA, *I procedimenti cameral-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1052; cit. PROTOPISANI, *Usi ed abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393 ss.

tipico della Pubblica Amministrazione in quanto è chiamato a svolgere una funzione che non è, per l'appunto, giurisdizionale ma amministrativa; egli interviene esclusivamente come amministratore di interessi privati quando, nell'ambito di questi interessi privati, entrano in gioco interessi di natura generale e pubblica. Si pensi, in tal senso, alle ipotesi di autorizzazioni a compiere atti negoziali nell'interesse del minore o incapace concessi ai rappresentanti: qui il giudice non interviene per dirimere controversie relative a determinati diritti, in quanto i diritti non ci sono ancora, non sono ancora sorti (semmai sorgeranno dopo), ma interviene solo per valutare l'opportunità o meno, sotto il profilo generale, di determinati elementi di ordine pubblico e generale. Si pensi ancora alle ipotesi di nomina o rimozione dei rappresentanti, amministratori o tutori del minore o incapace (per negligenza o abuso di potere, ecc.), alle ipotesi di messa in liquidazione di una società o ai casi di revoca per giusta causa dei liquidatori giudiziali di società di persone o società di capitali. Ancora una volta in tali circostanze il giudice è chiamato ad assicurare non la tutela giurisdizionale dei diritti o degli *status* violati (o anche meramente contestati), bensì a gestire interessi di minori, incapaci, società, patrimoni separati, gruppi collettivi. Al giudice non si chiede di accertare una fattispecie concreta e legislativamente disciplinata, ma qualcosa di radicalmente diverso: di effettuare una valutazione di opportunità in ordine alla gestione di determinati interessi a lui eccezionalmente devoluta. Il *proprium* delle funzioni esercitate dal giudice non si esprime mai nello svolgimento di una funzione giurisdizionale in senso stretto, ma solo ed esclusivamente nella gestione di interessi. Solo la gestione di interessi rientra nella competenza del giudice camerale¹⁷³. Il legislatore ritiene così che solo il giudice, come persona fisica, data la sua posizione istituzionale di pubblico funzionario caratterizzato

¹⁷³ PROTO-PISANI, *Usi ed abusi della procedura concorsuale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 421-424.

dalla assoluta terzietà, e tenuto conto delle sue cognizioni specifiche, sia il soggetto più adatto a curare la portata e la dimensione di certi interessi. Preferisce e vuole l'intervento di un organo che sia assolutamente imparziale, autonomo ed indipendente rispetto a qualsiasi tipo di potere. Il rito camerale rappresenta e costituisce un modello alternativo rispetto al processo a cognizione piena, adottabile, senza preclusioni di sorta, in tutte quelle situazioni di urgenza che caratterizzano la procedura e le materie ad esso soggette. Esso essenzialmente nasce per risolvere e per far fronte al problema nel nostro sistema della eccessiva durata dei processi. Così il legislatore ha cercato una risoluzione a tale problema anche attraverso il rito camerale, particolarmente utilizzato nel campo del diritto fallimentare e familiare. Nel fare ciò ha derogato però a molte regole tipiche del processo a cognizione piena ed è andato a collidere con molte disposizioni fondamentali, anche di ordine costituzionale, tra cui il principio del contraddittorio di cui all'art. 111 della Costituzione. L'espansione delle forme camerale dall'ambito della volontaria giurisdizione ha imposto alla tutela giurisdizionale dei diritti le scarse regole dell'art. 737 ss. c.p.c., costringendo e sottoponendo così l'opera della giurisprudenza ad un'intensa attività di rielaborazione ed adattamento del rito rispetto a quelle che sono le garanzie costituzionali della difesa, del contraddittorio, della motivazione, del controllo di legittimità, onde evitare così casi di declaratorie di incostituzionalità o denunce da parte della dottrina. I provvedimenti camerale sono atti che scaturiscono da una trama procedimentale priva di <<solennità, complessità, gradualità>>¹⁷⁴: si caratterizzano infatti per la presenza di un'istruttoria deformatizzata

¹⁷⁴ ALLORIO, *Saggio polemico sulla <<giurisdizione>> volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 35: <<Là dove la legge adotti, per l'emanazione di un provvedimento, un rito, le cui forme ricalchino quelle comuni, secondo il vigente codice processuale, ai "procedimenti in camera di consiglio", non si potrà mai ritenere, in mancanza d'una norma espressa (di cui peraltro non saprei indicare alcuno esempio), che questo rito possa sboccare nella cosa giudicata sostanziale>>.

che avviene e si svolge con la tecnica delle sommarie informazioni¹⁷⁵, prevedono che il provvedimento del giudice assuma la forma del decreto motivato che, ai sensi dell'art. 737 ss., c.p.c., sarà peraltro modificabile o revocabile in ogni tempo e non acquista mai la stabilità e l'autorità di cosa giudicata e quindi, come già detto, non hanno natura giurisdizionale, bensì amministrativa (revocabilità e modificabilità in ogni tempo altro non significa che assenza del giudicato formale e del giudicato sostanziale)¹⁷⁶; infine, nei confronti dei decreti emessi in sede di reclamo e nei confronti dei decreti emessi dalla Corte di appello in unico grado normalmente non è ammessa alcuna impugnazione e non è previsto il requisito della ricorribilità in cassazione *ex art. 111, comma 2°, Cost.* In particolare, la Corte di Cassazione esclude l'applicabilità di tale ultimo articolo per la carenza dei presupposti di applicazione della norma, in quanto i decreti non sono provvedimenti decisori su diritti soggettivi. Se il procedimento in esame è utilizzato in materia contenziosa (come accade nel processo fallimentare), allora il decreto emesso in sede di reclamo, avendo natura decisoria e definitiva, è ricorribile in Cassazione; ma fino a quando il procedimento è applicato alla giurisdizione volontaria in senso stretto, tale possibilità è esclusa¹⁷⁷,

¹⁷⁵ Istruttoria deformalizzata però non significa che non si applica la regola sull'onere della prova. Se alla fine dell'istruttoria i fatti non sono provati, il giudice rigetta l'istanza, così LUISSO, *Diritto processuale civile*, IV, 2011, p. 288.

¹⁷⁶ Il decreto *ex art. 737 ss c.p.c.* sarà modificabile o revocabile in ogni tempo: *a)* per motivi di legittimità quando le nullità (formali o extraformali) non si siano sanate nel corso del procedimento ovvero tramite le discipline di sanatoria relative ai singoli presupposti extraformali, nei limiti in cui tali discipline siano applicabili anche all'ambito camerale; *b)* per motivi di merito, cioè in seguito alla allegazione di fatti o prove sia preesistenti al momento della emanazione del decreto (in tal caso, la revoca o la modifica avrà efficacia *ex tunc*) sia sopravvenuti (la revoca o la modifica avrà qui efficacia *ex nunc*); cfr. PROTO-PISANI, *op. ult. cit.*, p. 419-420.

¹⁷⁷ Nell'ambito della giurisdizione volontaria bisogna distinguere tra: giurisdizione sostanzialmente volontaria, e in tal caso il provvedimento del giudice costituisce un elemento integrativo dell'efficacia di un atto di diritto sostanziale, il cui effetto è quello di concorrere a formare un atto di diritto sostanziale (ad es., nel caso in cui il giudice autorizza la vendita del bene del minore, il provvedimento del giudice è un elemento necessario per la vendita o nel caso dell'amministratore di

potendo i provvedimenti essere modificati e revocati in ogni tempo (art. 742 c.p.c.). La regola è quindi che i provvedimenti resi nell'ambito di procedimenti camerali sono, di regola, soggetti a reclamo (art. 739 c.p.c.), il quale, al di là della diversità e denominazione linguistica utilizzata dal legislatore, corrisponde ad un vero e proprio appello in quanto il reclamo ha la caratteristica di essere un mezzo di gravame, così come era tradizionalmente concepito. Entrando in *medias res*, il fenomeno è evidente nell'ambito dei contenziosi fallimentari di cui però il rito camerale ha mantenuto solo il *nomen*, presentando caratteri e forme che nella sostanza celano e ricalcano un vero e proprio processo a cognizione piena, con la particolarità del regime previsto e predisposto per l'appello. In tal caso si può parlare di un vero e proprio rito camerale ibrido in quanto presenta al proprio interno caratteri tipici della cognizione piena ma al contempo si rifà ad una disciplina dell'appello per così dire originaria. Il fenomeno invece è meno evidente nelle controversie di famiglia che presentano rispetto ai contenziosi fallimentari una disciplina più lacunosa fatta di rinvii e non di regolamentazioni *ad hoc*, come si può riscontrare nell'ultima riforma sulla filiazione naturale attuata con legge n. 219 del 2012 all'interno della quale il legislatore ha preferito semplicemente richiamarsi alle disposizioni dell'art. 737 e ss. c.p.c. "*in quanto compatibili*". Ugualmente anche per l'appello si richiamano genericamente le forme del rito in camera di consiglio¹⁷⁸, con la

sostegno il cui provvedimento è un elemento integrativo degli atti da questi compiuti, e giurisdizione formalmente volontaria in cui, invece, in questo caso, il provvedimento di giurisdizione volontaria non si qualifica come elemento integrativo di un atto di diritto privato, ma come un vero e proprio provvedimento che da solo produce effetti di diritto sostanziale. In tali casi il procedimento si struttura come un processo ordinario contenzioso e un provvedimento che non è più un decreto, ma una sentenza impugnabile con gli ordinari mezzi di impugnazione (così anche, ad es., il processo di separazione e divorzio, l'adozione, il processo di inabilitazione ed interdizione).

¹⁷⁸ In precedenza si era dubitato del fatto che la camera di consiglio valesse solo per la fase decisoria, dovendo l'appello così essere regolato nelle forme della

conseguenza che in sede di reclamo avverso le sentenze di separazione e divorzio oppure contro il decreto del tribunale dei minori si ha la non applicabilità delle disposizioni dell'appello comune, ma esclusivamente delle regole dell'art. 739 c.p.c. Quindi mentre per i contenziosi fallimentari è prevista una disciplina specifica che si qualifica in termini di rito camerale ibrido e che presenta caratteri propri della cognizione piena, ma che al contempo si riallaccia anche alla disciplina dell'appello così come originariamente concepito, non è così e il discorso cambia nell'ambito delle controversie di famiglia che invece fanno propria una disciplina che si riallaccia completamente a quella prevista per il rito camerale in senso stretto che in quanto rito autosufficiente e che non tollera per propria natura alternative a sé stesso presenta una sua disciplina specifica che non ha nulla a che vedere né con le regole del processo ordinario o sommario di cognizione né con la disciplina dell'appello comune: ecco perché presentano i due ambiti (contenziosi fallimentari e controversie di famiglia) due discipline analoghe nell'appello ma fundamentalmente diverse e differenti per altri aspetti; perché mentre nei contenziosi fallimentari la diversità nel giudizio di appello rispetto alle regole di diritto comune si manifesta e si esprime per la previsione di un rito camerale ibrido, nelle controversie di famiglia la *ratio* che sottostà a tale diversità è differente e si riallaccia soprattutto alla inerzia del legislatore di non prevedere una regolamentazione *ad hoc*, anziché sancire la presenza di un sistema disciplinare lacunoso in molti suoi aspetti. Diverso è quindi in tal caso il discorso rispetto al rito camerale ibrido e ai procedimenti di natura contenziosa ove non sussiste alcun problema di lacuna o di un richiamo analogico, come nel caso, appunto, delle controversie familiari che per trovare una propria risoluzione devono

cognizione ordinaria nella fase introduttiva e di trattazione, ma la questione è stata risolta nel senso della generalizzazione delle forme camerale, Cass. 4 gennaio 1991, n. 37, in *Foro It.*, 1991, I, c. 1119.

costantemente rifarsi al sistema del rito camerale così come disciplinato dal legislatore, mancando ogni possibile riferimento espresso a norme come quelle contenute negli artt. 342, 345 e 348-*bis* c.p.c.¹⁷⁹. Le regole dell'appello comune relativi ai rigori previsti sulla enunciazione dell'errore o del vizio in cui può essere incorso il giudice di primo grado così come i limiti preclusivi ai *nova*, non trovano quindi ragione di essere applicati ed estesi anche in tale ambito. Nel diritto fallimentare invece le cose cambiano perché qui il legislatore non si limita semplicemente e puramente a recepire la disciplina del rito camerale, ma introduce una disciplina *ex novo* che introduce modelli che non hanno nulla a che vedere con la camera di consiglio, di cui richiamano “nostalgicamente” solo il nome, ma che costituiscono invero veri e propri processi a cognizione piena. Non è quindi alla lacunosa disciplina dell'art. 739 c.p.c. che si richiama, ma ad un procedimento di gravame integralmente regolato *ex novo*. Basti prendere le mosse dall'art. 18 della legge fallimentare. Da un lato infatti se il rito camerale presenta aspetti conciliabili con le regole proprie del processo a cognizione ordinaria, quali la disciplina sulla forma-contenuto degli atti introduttivi, l'adozione di preclusioni stringenti, le forme di instaurazione del contraddittorio, l'adottabilità di una tutela cautelare anche incidentale, lo svolgimento di un'ampia istruttoria preceduta da un giudizio di ammissibilità e rilevanza della prova che non consentono più un inquadramento sistematico della disciplina nei termini nominalistici adottati dal legislatore, imponendo invece un'inevitabile richiamo alle forme ordinarie della cognizione piena, dall'altro l'istituto del reclamo-fallimentare presenta aspetti e caratteristiche diverse, rispetto all'appello comune, in ordine alla regola dell'onere di specificazione della motivazione dell'impugnazione e rispetto al divieto di novità in secondo grado, qualificandosi ed insinuandosi come gravame nel senso pieno, vero e

¹⁷⁹ CECHELLA, *L'appello speciale*, in A.A. VV. *Le impugnazioni civili*, Torino, 2012, p. 316.

stretto della parola. Ciò è molto più evidente soprattutto in seguito alla riforma operata con legge n. 134/2012, ove all'interno dell' art. 18, commi 8 e 10, 1. fall., è stato maggiormente accentuato l'aspetto dell'effetto devolutivo nell'ottica di una maggiore coincidenza dell'oggetto dell'appello con l'oggetto del giudizio di primo grado, e molto più liberalizzata l'iniziativa delle parti nelle allegazioni di nuovi fatti sopravvenuti e nella deduzione di nuove istanze istruttorie. In particolar modo, anche se il comma 2° dell'art. 18, 1. fall., prevede, nel dettare le regole della forma-contenuto del ricorso, che oltre all'indicazione dell'autorità e delle parti del provvedimento appellato, debba essere indicata necessariamente anche "l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni", ciò non implica che sia estensibile al reclamo fallimentare né il rigore che oggi discende dalla regola di specificazione del motivo *ex art. 342 c.p.c.*, nuovo conio, né la portata dispositiva dell'art. 348-*bis* c.p.c. in ordine alla ragionevole probabilità di accoglimento o meno dell'impugnazione. Infatti, se è vero che la specificazione della motivazione si rende necessaria ai fini della validità del reclamo e per il principio generale per cui è necessario indicare la *causa petendi* e il *petitum* della domanda, dall'altro lato è vero anche che l'esposizione dei fatti e gli elementi di diritto richiesti, con le relative conclusioni, riportano e si riallacciano più ai requisiti di una domanda in primo grado piuttosto che ai requisiti formali dell'appello di diritto comune. Ne deriva che il reclamo non dovrà, ai fini della sua ammissibilità e validità, contenere tassativamente l'indicazione dei contenuti sostitutivi che vengono richiesti al giudice di seconde cure o l'elenco analitico dei motivi, dei vizi e delle modifiche richieste dall'art. 342 c.p.c., e tale da indurre il giudice dell'appello ad effettuare e porre in essere un giudizio prognostico di ragionevole probabilità di accoglimento ai sensi dell'art. 348-*bis* c.p.c., ma semplicemente si limiterà ad

indicare i capi della sentenza e del decreto che intende impugnare, come poi, d'altra parte, era previsto e sancito in precedenza, prima della riforma del 2012. Laddove non sussista un vero e proprio capo di sentenza o decreto impugnabili, per mancanza di soccombenza vera e propria, in quanto risulti assorbita la domanda o l'eccezione, il reclamante dovrà semplicemente limitarsi, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., alla riproposizione delle domande ed eccezioni non accolte, ovvero neanche rigettate¹⁸⁰. E la stessa *ratio* che, d'altra parte, governa la fase introduttiva dell'appello, si ravvisa anche nella fase istruttoria di secondo grado all'interno della quale non trovano applicazione i limiti all'introduzione dei *nova* di cui all'art. 345, commi 2 e 3, c.p.c., potendosi quindi ammettere nuove allegazioni di fatto e nuove difese, siano esse eccezioni o mezzi di prova. Per quanto invece attiene alla materia familiare, in passato si stabiliva che per le materie soggette a giurisdizione volontaria in senso stretto, avendo tali provvedimenti natura provvisoria, era esclusa la possibilità di una loro impugnazione sia in appello, attraverso reclamo ex art. 739 c.p.c., sia tramite ricorso straordinario in Cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., essendo essi modificabili e revocabili in ogni tempo. In seguito poi alle due riforme processuali, la legge n. 80 del 2005 e la n. 54 del 2006, si è intervenuto più specificatamente nella regolamentazione della materia. In particolare, la legge sull'affidamento condiviso, ha introdotto il comma 4 dell'art. 708 c.p.c., che prevede la possibilità di sottoporre l'ordinanza presidenziale a reclamo di fronte la Corte di appello, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla notifica del provvedimento¹⁸¹. La nuova disposizione, nel rinvio operato dall'art. 4 della legge n. 54 del 2006, si applica anche nei procedimenti di

¹⁸⁰ CECHELLA, *op. ult. cit.*

¹⁸¹ In difetto di notifica, si applica il termine decadenziale di sei mesi dal deposito del provvedimento in cancelleria, ex art. 327 c.p.c.

separazione e divorzio¹⁸². Dubbi invece sorgono sulla estensibilità della disciplina dell'ammissibilità del reclamo nell'ambito dei procedimenti di fronte al Tribunale per i minorenni. Secondo una parte della giurisprudenza, in tali casi non troverebbe applicazione in via analogica l'art. 708, comma 4, c.p.c., trattandosi di disposizione eccezionale¹⁸³; secondo invece un altro orientamento giurisprudenziale, il provvedimento provvisorio emesso dal Tribunale per i minorenni, per il suo contenuto e funzione è equiparabile al provvedimento presidenziale nei procedimenti per separazione e divorzio relativo all'affidamento dei figli, e come tale reclamabile davanti la Corte d'appello, sezione minorenni¹⁸⁴.

III.3.1 Le prove atipiche nel rito camerale: uso, efficacia e garanzia del principio del contraddittorio

La questione della portata e dell'uso delle prove atipiche all'interno del processo è una di quelle che coinvolgono ed interessano molto dottrina e giurisprudenza, soprattutto in vista del fatto che il tema non cessa mai di arricchirsi di nuovi spunti dovuti al continuo moltiplicarsi delle esperienze giuridiche. Il nocciolo della questione, in particolar modo, non riguarda tanto l'ammissibilità delle stesse all'interno del processo, e ciò soprattutto sia dopo la loro espressa introduzione ad opera dell'art. 189 c.p.p., che ne legittima l'uso nel processo penale, sia alla luce dell'avvenuto riconoscimento all'interno di tutti i processi del principio del diritto alla prova come estrinsecazione del più essenziale diritto di difesa, in base al quale deve ritenersi consentito e ammissibile l'ingresso e l'impiego di ogni strumento probatorio rilevante, purché non espressamente vietato dalla legge. Il problema è piuttosto quello di una ricostruzione del

¹⁸² LUPOI, *Il reclamo contro i provvedimenti provvisori e urgenti nel procedimento di separazione e divorzio*, in *www.judicium.it*.

¹⁸³ App. min. Palermo, 5 giugno 2009, in *Fam. dir.*, 2009, p. 1131.

¹⁸⁴ App. Cagliari, 21 gennaio 2010, decr., in *Fam. min.*, 10, fasc. 4, p. 62.

grado di efficacia delle stesse alla luce della mancanza nel nostro ordinamento di un inquadramento unitario delle varie ed eterogenee categorie di prove non espressamente previste e riconosciute dalla legge¹⁸⁵, in relazione anche al sistema delle garanzie difensive non solo formali, ma anche sostanziali. Innanzitutto occorre dire che, per prova atipica, in linea di principio, si intende ogni prova non prevista dalla legge, ogni strumento diretto all'accertamento del fatto non regolato dal codice, ma divenuta ormai di uso comune. Esse possono sostanziarsi per esempio nella richiesta di informazioni a terzi al di fuori del vincolo del giuramento o senza l'ossequio alle specifiche forme previste per la prova testimoniale, come l'indicazione delle circostanze in capitoli, od ancora tradursi nella c.d. testimonianza stragiudiziale (cioè, gli scritti dei terzi), nell'assunzione di una consulenza tecnica non formale, in documenti informatici ed elettronici, in prove raccolte in altri processi (civili, amministrativi, penali, tributari, ecc.) od anche in prove scientifiche per l'accertamento dei fatti imposti dal progresso tecnico (ad esempio, le prove ematologiche e del DNA). In specie, i processi cameral-sommari si caratterizzano e si differenziano dal processo ordinario proprio per l'uso di prove atipiche, elemento questo che è espressione, ancora una volta, dell'esigenza di creare ed instaurare un processo che sia essenzialmente più snello nelle sue forme e articolazioni, ma efficace nel suo svolgimento. Posta la tendenziale atipicità delle informazioni camerali previste dall'art. 738, comma 3, c.p.c. e del loro utilizzo all'interno del processo, la questione che si pone è un'altra e molto più pregnante: cioè è quella di vedere se il giudice, nei casi in cui è investito del potere di assumere sommarie informazioni, sarà poi libero di escludere richieste di prove tipiche che le parti vogliano eventualmente proporre, e decidere così la causa solo sulla base dello strumento probatorio previsto all'interno

¹⁸⁵ RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002.

dell'art. 738, comma 3, c.p.c. Per spiegare e chiarire ciò, occorre far riferimento a quella che è stata l'origine storica del rito camerale. Esso nasce ed affonda le proprie radici all'interno dei procedimenti di giurisdizione volontaria, per cui nell'ottica di un processo che si caratterizzava per avere funzioni semplificate, non abbisognava affatto del complesso di mezzi istruttori che il legislatore aveva predisposto per il rito ordinario all'interno del codice. Al presupposto della totale informalità delle informazioni si aggiunga poi anche il carattere e la natura ufficiosa delle prove e della loro assunzione, dovuto a specifiche ed ulteriori esigenze quali la necessità della speditezza dell'indagine e la natura pubblicistica di certe situazioni (si pensi, ad esempio al procedimento per interdizione e inabilitazione). Ovviamente il carattere dell'ufficiosità non esclude a priori quello dell'onere della prova a carico delle parti; è infatti stabilito che quest'ultime sono sempre chiamate ad integrare un'eventuale e incompleta attività probatoria dell'ufficio, sia perché ciò non può ritenersi implicitamente escluso dalla portata dell'art. 738, comma 3, c.p.c., sia per il semplice fatto che l'onere della prova una volta che sussiste esso è sempre pieno: ciò che, tutta al più, si può dire, è che esso non può essere considerato l'esclusivo ed unico metodo che porta all'accertamento. La regola dell'onere della prova resta dunque inderogabile anche nel procedimento camerale¹⁸⁶. Tuttavia, il carattere dell'informalità non va sottovalutato né va concepito e interpretato in modo assoluto. In sostanza, l'atipicità del mezzo va accolta e condivisa a condizione che tale requisito non ne snaturi la sua efficacia probatoria: come, a voler dire che la testimonianza potrà essere assunta senza una analitica capitolazione di circostanze, ma pur sempre di testimonianza si tratta e tale deve rimanere, con la conseguenza che dovrà quindi essere esclusa e non potrà essere presa in considerazione l'ipotesi di assunzione di prova

¹⁸⁶ LUISSO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, p. 247.

testimoniale nello studio dei difensori, per esempio, o in genere fuori dal tribunale. In secondo luogo, l'assunzione delle prove meramente sommarie trova comunque un suo limite nella regola della verbalizzazione. Ciò essenzialmente per il già ricordato e menzionato principio della tutela del diritto di difesa di cui al comma 2° dell'art. 24 della Cost. Se infatti nel verbale non vi fosse alcuna traccia del tipo di informazioni che sono state utilizzate e che hanno consentito l'emissione o meno del provvedimento, alle parti sarebbe negata e preclusa ogni possibilità di difesa nella successiva udienza di comparizione. La verbalizzazione non può limitarsi e tradursi in un semplice provvedimento che è stato emanato "assunte sommarie informazioni", ma ne deve essere indicata la fonte o il tipo di informazione. Questa appare un'esigenza ineludibile, espressione di quel minimo di garanzie difensive che deve sussistere in ogni momento della vicenda giurisdizionale e processuale, pure in quei casi in cui il contraddittorio è limitato o compresso. In particolar modo, l'atipicità deve sempre poter consentire la salvaguardia del contraddittorio o quanto meno la comparizione delle parti e la proposizione delle rispettive difese, e ciò tanto più che la legge prevede e fissa l'impiego e l'uso del procedimento camerale per la tutela di tutte quelle situazioni che afferiscono e coinvolgono diritti soggettivi (soprattutto è infatti utilizzato tale rito in materia di diritto di famiglia, come ad esempio nei procedimenti di fronte al tribunale per i minorenni per i provvedimenti ablativi della patria potestà o nei procedimenti di revisione delle condizioni della separazione e del divorzio, ecc) o addirittura potestà pubbliche. Il necessario ossequio al contraddittorio diventa così un obbligo ineludibile in tali procedimenti non soltanto alla luce della prescrizione di cui al nuovo comma 2° dell'art. 111 Cost. (che impone l'obbligo e il rispetto di tale principio in tutti i processi, senza alcuna distinzione), ma anche sotto un profilo più specifico, che è quello della garanzia della

corretta tutela dei diritti soggettivi che di volta in volta sono in gioco in tale tipo di processo¹⁸⁷. L'ufficiosità dell'indagine e l'atipicità dell'assunzione probatoria sono quindi giustificate in rapporto alla specialità del rito e della particolarità delle materie per le quali è previsto l'uso del rito camerale. Ma, se è vero questo, è anche vero che, il rito camerale non vede sminuire, in ogni caso, la propria efficienza di tutela, rispetto al rito ordinario, in ragione del fatto che esso non può mai debordare, per espressa previsione costituzionale, dal sistema delle garanzie difensive, neanche nell'ottica di una giustificazione di semplificazione delle forme. L'acquisizione può dunque restare ed essere atipica ed informale, senza però che ciò possa pregiudicare o rappresentare un pericolo né per la correttezza dell'accertamento né per il rispetto del contraddittorio che deve svolgersi ed essere garantito in tutti gli aspetti dell'istruttoria camerale (e quindi non solo in sede di ammissione del mezzo di prova, ma anche durante la fase dell'acquisizione e valutazione della stessa). In tale direzione un passo molto importante è stato compiuto con la legge 24 marzo 2001, n. 89, sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine della ragionevole durata, all'interno della quale per la prima volta si è assistiti alla espressa enunciazione che il rito camerale di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. debba esprimersi ed esplicarsi nel rispetto del contraddittorio tra le parti, prevedendo e regolando il loro diritto ad essere sentite e a presentare memorie e documenti fino a cinque giorni prima della camera di consiglio (art. 3, comma 5° della legge). E' indubbiamente un segnale forte e significativo che attesta il fatto di come il problema delle garanzie difensive nel rito camerale si sia finalmente posto ed imposto anche a livello legislativo, rappresentando in tal senso una base ferma e un porto sicuro per gli ulteriori sviluppi giurisprudenziali da parte della Cassazione e della Corte

¹⁸⁷ RICCI, *op. ult. cit.*

Costituzionale. Solo percorrendo questa strada si inizierà a superare il dogma per cui solo nel processo a cognizione piena di rito ordinario si riesce ad offrire e ad ottenere in termini sia di efficienza, che di garanzie, l'osservanza piena e compiuta del sistema della tutela dei diritti soggettivi rispetto al più novello e semplificato rito camerale.

CONCLUSIONI

A conclusione di questo lavoro e di quanto esposto mi sembra doveroso e opportuno accennare e trarre alcune considerazioni d'insieme sulla struttura e sulla funzione del giudizio di appello, nonché sul rapporto di esso con alcuni principi cardini del processo civile e del nostro ordinamento, anche e soprattutto alla luce dell'attuale realtà socio-economica. Quando nel 1969 Mauro Cappelletti propose l'abrogazione dell'appello, ancora il processo civile non viveva e non si estrinsecava all'interno delle limitazioni normative oggi previste dall'attuale legge del 2012: le parti non si imbattevano in preclusioni forti e rigide in primo grado, vi era ampio spazio per lo *ius novorum* in secondo grado (le parti, infatti, salva l'impossibilità di introdurre nuove domande potevano formulare nuove eccezioni e proporre nuove prove) e non esisteva ancora un procedimento sommario di cognizione come quello oggi disegnato e regolato all'interno degli artt. 702 *bis* ss. del c.p.c., che lasciano al giudice un ampio margine di discrezionalità e di libertà in ordine alla scelta della gestione e applicazione delle regole procedurali, in vista di una maggiore celerità del processo. L'equilibrio del sistema insomma, negli anni Settanta del secolo scorso, si reggeva su un assetto strutturale completamente diverso rispetto a quello attuale, anche perché diverso era il contesto socio-economico in cui si insinuava. Tutto ciò è a poco a poco venuto meno. È solo infatti all'inizio degli anni Novanta che, in seguito alle incessanti riforme processuali, unite alla copiosa giurisprudenza della Corte di Cassazione, che inizia, all'interno della macchina procedurale, a porsi in maniera sempre più prestante il problema della ragionevole durata dei processi, soprattutto in seguito alla riforma costituzionale sul <<giusto processo>> del 1999 che ha coinvolto l'art. 111 della Costituzione, lasciando in ombra gli altri, non meno importanti

principi, come il diritto di difesa e il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale.

“Offrire un rimedio contro gli appelli <<dilatori>> è problema <<eterno>> del processo civile. Spigolando in biblioteca, non è difficile trovare perle stagionate di saggezza, come quella di Justin von Linde nella sua opera del 1831 sulla dottrina dei mezzi di impugnazione nel processo comune tedesco: << Già da tempo si trova nel diritto romano il seguente principio, più semplice ad affermarsi che a mettersi in pratica: gli appelli che servono solo ad uno scopo dilatorio devono essere inammissibili. Qualora la legge non determini nei particolari ai fini dell'applicazione questo principio, in sé corretto, e non lo concretizzi davvero, essa fallisce facilmente il suo scopo, il principio si presta ad un impiego arbitrario e se ne può facilmente abusare a vantaggio o a danno di coloro che cercano giustizia>>”¹⁸⁸. Nel processo civile italiano le Corti d'appello si trovano attualmente in una condizione di stallo molto difficile, se si porge anche solo uno sguardo distratto agli ultimi dati del Ministero della Giustizia¹⁸⁹. È infatti nella prospettiva di una maggiore razionalizzazione del sistema che si insinua la *ratio* della più recente riforma che ha lo scopo di alleggerire il nostro sistema delle impugnazioni “reputato un lusso garantistico che nuoce alla ragionevole durata”¹⁹⁰. Lo scopo è quindi essenzialmente quello di ridurre i tempi biblici della giustizia civile italiana, soprattutto in un periodo di crisi economica e di *spendig review*: non a caso la riforma è contenuta all'interno del Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, che reca l'intitolazione di “Misure urgenti per la crescita del Paese”. Tuttavia, il rischio che si corre è quello di provocare una parziale

¹⁸⁸ CAPONI, *La riforma dell'appello civile*, in *Foro It.*, 2012, V.; *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, n. 3, p. 1153.

¹⁸⁹ Tra la metà del 2010 e la metà del 2011: 162.940 cause sopravvenute, 145.500 definite, 444.908 pendenti, senza considerare che nel 68% dei casi il giudizio di appello si conclude con sentenze che confermano quelle di primo grado.

¹⁹⁰ CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di “svaporamento”*, in *Corr. Giur.*, 2012.

dissoluzione della funzione rimediale che tradizionalmente le impugnazioni hanno avuto nel nostro sistema. È stato più volte ripetuto come spesso il funzionamento della giustizia civile non dipenda tanto e prevalentemente dalla disciplina normativa e dai marchingegni procedurali posti in essere dal legislatore, quanto piuttosto da fattori di ordine materiale, dalla disponibilità delle risorse e dall'organizzazione degli uffici giudiziari. Pertanto, invece di aumentare le risorse si aspira a diminuire il numero dei processi, in questo caso: d'appello. Invece di migliorare l'offerta di giustizia dello Stato, si è cercato di contrarre la domanda di giustizia dei cittadini, sviando le controversie dal giudice ad altri organismi o attribuendo al giudice stesso maggiori poteri. Il rimedio si è così rivelato peggiore del male ed è stato l'occasione per mutare le regole del processo. Il coro, pressoché, unanime di *disappointment* che si è sollevato nei confronti di quest'ultima novella, induce tuttavia a svolgere qualche ulteriore riflessione sulla portata dell'art. 345 c.p.c. Nel fare ciò non si può certamente prescindere da valutazioni d'esame di più ampio respiro sulla natura dell'appello così come generalmente inteso, ossia quale mezzo ordinario di impugnazione che si caratterizzava nell'originaria impostazione del codice di procedura civile per essere espressione di un mezzo di gravame e non di un mezzo di impugnazione in senso stretto, come lo è il ricorso per Cassazione. L'ammissibilità o meno dei *nova* non può infatti da sola determinare la caratterizzazione del giudizio di secondo grado come *novum iudicium* piuttosto che come *revisio prioris instantiae*, ma certamente contribuisce in maniera significativa nell'orientarlo nell'una o nell'altra direzione. L'appello nasce come strumento di rinnovazione piena del giudizio espresso dal giudice di primo grado, con la conseguenza che il giudice d'appello aveva la prerogativa di giudicare su un oggetto e su uno stesso rapporto giuridico su cui si era già pronunciato il giudice di prime cure, nei limiti dell'effetto

devolutivo impresso dalla domanda di appello, in ossequio del noto brocardo latino “*tantum devolutum quantum appellatum*”, e volto ad ottenere un riesame della controversia ed un giudizio finale che ha sempre effetto sostitutivo della sentenza oggetto di impugnazione, anche quando cioè, la sentenza di appello conferma quella di primo grado. Ciò discendeva essenzialmente, ed in maniera inequivocabile, dal fatto che l’appello tradizionalmente era inteso come uno strumento di gravame a critica libera, e cioè, svincolato dalla deduzione di motivi d’impugnazione individuati per legge. In tale contesto, a fronte di tutta la serie di interventi normativi che si sono succeduti nel corso del tempo in materia, e che sospingono sempre più decisamente la struttura del giudizio di secondo grado nella direzione dell’impugnazione in senso stretto (e ciò soprattutto a seguito del più recente intervento legislativo), l’appello, così come storicamente concepito, è ormai tramontato: per un verso, infatti, ha perso sempre più la sua configurabilità in termini di strumento caratterizzato da un effetto devolutivo pieno ed automatico attraverso l’exasperazione degli oneri di specificazione dei motivi di appello richiesti a pena di inammissibilità (art. 342 c.p.c., nuovo conio), divenendo, di conseguenza e per forza di cose, strumento di critica e di controllo della sentenza impugnata, avente ad oggetto la verifica dell’errore o del vizio processuale in cui è incorso il giudice di primo grado. Le stesse Sezioni Unite hanno affermato che oggi il giudizio di appello si configura, in relazione degli elementi strutturali che lo caratterizzano, come una <<impugnazione in senso stretto a critica libera>>, nel senso appunto che la parte appellante può denunciare con i motivi specifici tutti i possibili vizi di illegittimità, formale o sostanziale di formazione del provvedimento di primo grado, siano essi *error in procedendo* (invalidità) o *error in iudicando* (ingiustizia). Sino ad arrivare ad imporre all’appellante di effettuare anche un giudizio prognostico sulla soluzione che intende ottenere

mediante il giudizio di appello, chiaramente difforme rispetto a quello reso in prime cure. Tutto ciò ha contribuito nel senso di trasformare in modo inequivocabile il giudizio di appello da “*novum iudicium*” a “*revisio prioris instantiae*”, ossia nel senso di un giudizio di secondo grado incentrato non più solo ed esclusivamente sul rapporto sostanziale controverso, ma sul controllo degli errori nei quali l’appellante sostiene di essere incorso il primo giudice. Il legislatore è poi andato ben oltre, portando alle estreme conseguenze la natura dell’appello non solo sul piano formale ma anche su quello sostanziale e di merito, aggiungendo un ulteriore tassello nel lungo percorso di trasformazione della giustizia civile, al momento culminato nell’introduzione del c.d. <<filtro>> d’appello disciplinato all’interno degli artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c., come ragione di inammissibilità del mezzo per mancanza di <<ragionevole probabilità di accoglimento dell’impugnazione>>. E’ il colpo finale all’inquadramento generale dell’istituto, che fuoriesce dall’alveo del gravame, per rompere gli argini e dilagare verso la impugnazione mera, fondata sulla denuncia di specifici vizi di ingiustizia o nullità della sentenza impugnata. A ciò si aggiungano le ulteriori restrizioni previste sulla finestra dei *nova* che, se da una parte non hanno accorciato i tempi dei processi (come era invece auspicabile nelle intenzioni del legislatore), dall’altra si è comunque preclusa la possibilità di riparare alle lacune difensive delle parti, con la conseguenza che gli errori colposi degli stessi, o meglio dei loro avvocati, non possono così trovare rimedio all’interno del procedimento di secondo grado se non nella ipotesi di rimessione in termini per causa non imputabile. La limitata possibilità di introdurre *nova* in appello radica così la convinzione della necessità per le parti di “scoprire tutte le loro carte” già nel giudizio di primo grado in modo da evitare il possibile “effetto sorpresa” per l’avversario, e soprattutto di disincentivarle dall’assumere comportamenti dilatori,

spingendoli in questo modo a mostrare tutti i loro mezzi di prova davanti al primo giudice, pena la loro inutilizzabilità, salvo essere in presenza delle ipotesi eccezionali previste dalla legge. A ciò si aggiunga che, nel contempo, il legislatore ha cominciato a diversificare ancora di più la disciplina applicabile all'appello ed esperibile avverso specifici provvedimenti, risultandone così un quadro molto complesso. Il legislatore ha sostanzialmente operato nel senso di piegare ancora di più l'appello a funzioni e ruoli profondamente diversi da quelli tradizionali e del modello di diritto comune, senza però che a ciò corrispondesse in senso stretto, anche e di riflesso, una diversificazione di istituti, discipline e denominazioni. Tutte queste considerazioni e premesse che confermano sempre più la crisi che l'istituto sta attraversando. Emerge dunque un quadro generale di profonda trasformazione dell'*iter* processuale che continua a porre e a suscitare molti dubbi e interrogativi. Difficile è quindi fare un bilancio certo e indiscusso dell'ultima riforma del giudizio di appello: “se è vero che vi è (quasi) sempre ritrosia ad accettare il <<nuovo>>, ed anzi si è disposti ad accettarlo solo dopo aver fatto di tutto per ricondurlo al <<vecchio>>, è anche vero, soprattutto in materia processuale, che si dovrebbe dar corso a riforme solo quando il non far nulla si rivelerebbe la peggior riforma. E in questo caso vi è il fondato sospetto che sarebbe stato molto meglio lasciare le cose come stavano”¹⁹¹.

¹⁹¹ POLI, *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 1, p. 143.

BIBLIOGRAFIA

- ALLORIO E., *Saggio polemico sulla <<giurisdizione>> volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948.
- ALLORIO E., *Sul doppio grado del processo civile*, in *Studi in onore di Liebman*, Milano 1979, III, 1783 ss.
- ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991.
- ATTARDI A., *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V.
- BALENA G., *La nuova pseudo riforma della giustizia civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2009.
- BARONE A., *Nuovi documenti in appello: è tutto chiarito?*, in *Foro it.*, 2005, I.
- BERTOLINO G., *Nota in materia di estensione anche alle prove documentali della disciplina, dettata dall'art. 345 c.p.c., in materia di limiti all'ammissibilità in appello, nel rito ordinario, dei nuovi mezzi di prova*, in *Giur. It.*, 2005.
- BIONDI B., *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo, 1913.
- BONSIGNORI A., *Il divieto di domande e di eccezioni nuove in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, 65 ss.
- BOVE M., *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.*, in www.judicium.it.
- BOVE M., *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, I, 303 ss.
- BRIGUGLIO A., *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 3, 537 ss.
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936.

CAPONI R., *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, n. 3, 1153 ss.

CAPONI R., *La riforma dell'appello civile*, in *Foro it.*, 2012, V, 292 ss.

CAPPONI B., *Il diritto processuale civile <<non sostenibile>>*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, n. 3, 855 ss.

CAPPONI B., *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, in *www.judicium.it*.

CARRATTA A., *I procedimenti cameral-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1049 ss.

CAVALLINI C., *Verso una giustizia <<processuale>> : il tradimento della tradizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 2, 316 ss.

CAVALLONE B., *Anche i documenti sono <<mezzi di prova>> agli effetti degli art. 345 e 437 c. p. c. ,* in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1072 ss.

CEA C.M., *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*.

CECCHHELLA C., *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007.

CECCHHELLA C., *La riforma del processo per separazione e divorzio*, Pisa, 2006.

CECCHHELLA C., *L'appello speciale*, in A. A. VV. *Le impugnazioni civili*, Torino, 2012.

CECCHHELLA C., *Le attività delle parti: il divieto dei nova*, in Vaccarella-Capponi-Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992.

CECCHHELLA C., *Processo civile*, Milano, 2012.

CERINO-CANOVA A., *Le impugnazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 501 ss.

CERINO-CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 431 ss.

CERINO-CANOVA A., *Sull'appello civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 92 ss.

CHIOVENDA G., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1923.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960.

CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930 (ristampa 1993).

CONSOLO C., *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. Giur.*, 2009.

CONSOLO C., *Le proposte <<Vassalli>> di riforma del c.p.c. : note sulla disciplina della sentenza e delle sue fasi di gravame*, in *Giust. Civ.*, 1989, II.

CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di <<svaporamento>>*, in *Corr. Giur.*, 2012, 1133 ss.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, Le tutele*, Cedam, Padova, 2003.

COSSIGNANI F., *Riflessioni sulle recenti modifiche dell'art. 345 c.p.c. (legge n. 69/2009 e legge n. 134/2012)*, in *Giur. It.*, 2003.

DALFINO D., *Limiti all'ammissibilità di nuove prove in appello: le Sezioni Unite compongono il contrasto di giurisprudenza (anche con riferimento al rito ordinario)*, in *Foro it.*, 2005, I.

DITTRICH L., *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1582 ss.

FABIANI M., *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, III, p. 795 ss.

FAZZALARI E., *Il giusto processo e i "procedimenti speciali" civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, I.

FAZZALARI E., *Il processo ordinario di cognizione e la novella del 1990*, Torino, 1991.

FERRI C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975.

FINOCCHIARO G., *Ridotta l'ammissibilità delle nuove prove in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, n. 35, 63 ss.

GROSSI D., *Il diritto di difesa ed i poteri del giudice nella riforma delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, n. 3, 1021 ss.

LOMBARDO L., *La produzione di nuovi documenti nel giudizio civile di 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.

LUDOVICI G., *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2012.

LUISO F. P., *Appunti di diritto processuale civile. Processo di cognizione*, Pisa, 1991.

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000.

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2011.

LUISO F. P., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992.

LUISO F. P. – VACCARELLA R., *Le impugnazioni civili*, Torino, 2012.

LUPOI M. A., *Il reclamo contro i provvedimenti provvisori e urgenti nel procedimento di separazione e divorzio*, in www.judicium.it.

MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 1989.

MANDRIOLI C., *Riflessioni in tema di "petitum" e "causa petendi"*, in *Riv. dir. proc.*, 1984.

MENGALI A., *I nova in appello*, in A. A. VV. *Le impugnazioni civili*, Torino 2012.

MENGALI A., *La produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, n. 1, 99 ss.

MONTESANO L., - VACCARELLA R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996.

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923.

ORIANI R., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali*, in *Corr. Giur.*, 2005, 7.

ORIANI R., *Sulle eccezioni proponibili in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006.

PIZZORUSSO A., *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in *Atti del XII Convegno Nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, Milano 1980, e in *Riv. dir. proc.*, 1978, 33 ss.

POLI R., *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato o valutato dal giudice di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 4-5, 1186 ss.

POLI R., *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, n. 1, 48 ss.

POLI R., *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 1, 120 ss.

PORRECA P., *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, n. 3, p. 823 ss.

PROTO-PISANI A., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1999.

PROTO-PISANI A., *Lavoro (controversie individuali)*, in *Nuoviss. Dig. It., Appendice, IV*, Torino, 1984.

PROTO-PISANI A., *Nuove prove in appello e funzione del processo*, in *Foro it.*, 2005, I, 1699 ss.

PROTO-PISANI A., *Usi ed abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393 ss.

SASSANI, *Art. 345 (Domande ed eccezioni nuove)*, in CONSOLO-LUISO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*.

REDENTI E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1957.

- REDDENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938.
- RICCI E. F., *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in *Riv. dir.proc.*, 1978, 59 ss.
- RICCI G. F., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, II, 409 ss.
- RUFFINI G., *La prova nel giudizio civile di appello*, Padova, 1997.
- RUFFINI G., *Preclusioni 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.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959.
- SATTA S. – PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 1996.
- SCARSELLI G., *Sugli errori degli ultimi venti anni nel porre rimedio alla crisi della giustizia civile*, in *Foro it.*, 2011, V, 50 ss.
- TARZIA G., *Realtà e prospettive dell'appello civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 86 ss.
- TEDOLDI A., *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella <<iconoclastica>> del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 1, 145 ss.
- TEDOLDI A., *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000.
- VERDE G., *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, n. 2, 507 ss.
- VELLANI C., *I processi civili alla conclusione della XVI legislatura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, n. 2, 783 ss.
- VELLANI C., *Le preclusioni nella fase introduttiva del processo ordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 153.