

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Il potere di qualificazione dei fatti del giudicante è limitato dalle eccezioni in senso stretto. Il regime delle preclusioni non è derogabile neanche tramite accordo delle parti.

In ragione della funzione del giudizio di legittimità di garantire l'osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, nonché per omologia con quanto prevede la norma di cui al secondo comma dell'art. 384 cod. proc. civ., deve ritenersi che, nell'esercizio del potere di qualificazione in diritto dei fatti, la Corte di cassazione può ritenere fondata la questione, sollevata dal ricorso, per una ragione giuridica diversa da quella specificamente indicata dalla parte e individuata d'ufficio, con il solo limite che tale individuazione deve avvenire sulla base dei fatti per come accertati nelle fasi di merito ed esposti nel ricorso per cassazione e nella stessa sentenza impugnata, senza cioè che sia necessario l'esperimento di ulteriori indagini di fatto, fermo restando, peraltro, che l'esercizio del potere di qualificazione non deve inoltre confliggere con il principio del monopolio della parte nell'esercizio della domanda e delle eccezioni in senso stretto, con la conseguenza che resta escluso che la Corte possa rilevare l'efficacia giuridica di un fatto se ciò comporta la modifica della domanda per come definita nelle fasi di merito o l'integrazione di una eccezione in senso stretto.

Nel vigore del regime delle preclusioni di cui al nuovo testo degli artt. 183 e 184 cod. proc. civ. introdotto dalla L. n. 353 del 1990, la questione della novità della domanda risulta del tutto sottratta alla disponibilità delle parti - e pertanto pienamente ed esclusivamente ricondotta al rilievo officioso del giudice - essendo l'intera trattazione improntata al perseguimento delle

esigenze di concentrazione e speditezza che non tollerano - in quanto espressione di un interesse pubblico - l'ampliamento successivo del "thema decidendi" anche se su di esso si venga a registrare il consenso del convenuto.

Cassazione civile, sezione sesta, sentenza del 14.2.2014, n. 3437

...omissis...

1. Con il primo motivo di ricorso si lamenta "violazione dell'art. 183 c.p.c. (nella precedente versione applicabile *ratione temporis*) in combinato disposto agli artt. 24 e 111 Cost., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4".

Vi si sostiene la tesi che erroneamente la Corte territoriale avrebbe ritenuto corretta la valutazione del Tribunale, là dove aveva attribuito valore di accettazione del ridimensionamento della domanda in termini di condanna generica alla mancata contestazione da parte del Ministero, così dando rilievo ad una sorta di accettazione tacita della modifica della domanda, ancorchè avvenuta in sede di udienza di precisazione delle conclusioni e, quindi, ben oltre il termine di cui all'art. 183 c.p.c. nella formulazione applicabile al giudizio. Sulla premessa che i termini fissati dall'art. 183 c.p.c. per la modifica della domanda sarebbero fissati dalla legge in modo perentorio per assicurare l'esigenza di un processo rispettoso degli artt. 24 e 111 Cost., cioè del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, si sostiene che l'errore della Corte territoriale risiederebbe nel non avere ritenuto che, di fronte ad un tardivo esercizio del potere di modificazione della domanda, la preservazione di detti principi, dovendo l'art. 183 essere interpretato in via restrittiva per la perentorietà dei termini ch'esso prevede, sarebbe compatibile solo con un'accettazione espressa, mentre non lo sarebbe con un'accettazione tacita, per mancata opposizione o per mero silenzio.

1.1. Con il secondo motivo si deduce "violazione dell'art. 278 c.p.c., in combinato disposto all'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4".

Si tratta di motivo consequenziale al primo, perchè vi si sostiene che, una volta condivisa la necessità che il consenso del Ministero dovesse essere espresso, nella specie, si sarebbe dovuto rilevare che nessun consenso espresso era stato prestato. A sostegno della necessità del consenso del convenuto allorquando l'attore, dopo avere proposto inizialmente una domanda di condanna piena, chieda solo successivamente una condanna generica (con liquidazione del danno da accertarsi in separato processo) viene evocata Cass. n. 9494 del 2011 *rectius* n. 9404 del 2011.

Si richiamano, quindi, Cass. n. 5997 del 2007, n. 11460 del 2007, n. 16259 del 2003, n. 4487 del 2000 e n. 1339 del 2006, per sostenere che, quando l'attore limita l'originaria domanda piena alla sola condanna generica e manchi il consenso del convenuto alla limitazione, il giudice non potrebbe emettere la condanna generica, ma, in ossequio al principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, dovrebbe liquidare il danno in base agli elementi acquisiti al processo oppure rigettare la domanda per difetto di prova, se il danno non risulti provato, dovendosi inoltre escludere la liquidazione equitativa, consentita quando il danno non può essere provato nel suo esatto ammontare e non

quando sia carente la prova della sua entità, che pur sarebbe stato possibile offrire. Se ne fa discendere, sempre nel presupposto che il consenso dovesse essere espresso, che il Tribunale e, quindi, anche la Corte d'Appello avrebbero dovuto considerare inammissibile per tardività la limitazione fatta in sede di precisazione delle conclusioni, con la conseguenza che il Tribunale non avrebbe potuto pronunciare una condanna generica e avrebbe dovuto pronunciare, ai sensi dell'art. 112 c.p.c., sulla domanda originaria piena, come articolata nella citazione introduttiva del giudizio, "e rigettarla nel caso in cui la stessa fosse stata carente di prova".

2. L'esame dei due motivi può procedere congiuntamente stante la stretta connessione delle questioni che essi pongono.

I motivi sono fondati, là dove censurano la sentenza impugnata per avere rigettato il motivo di appello del Ministero diretto a censurare la sentenza del Tribunale, perchè essa - di fronte alla limitazione della domanda in sede di precisazione delle conclusioni, da parte delle società attrici, al profilo del solo *an debeat* e, quindi, alla richiesta di condanna generica con abbandono di quella di condanna piena originariamente formulata - ebbe a ritenere che la limitazione avesse avuto l'effetto di concludere legittimamente l'ambito della decisione, in ragione della mancata opposizione alla riduzione da parte del Ministero.

La fondatezza dei due motivi, peraltro, non dipende dalla condivisione del percorso argomentativo in iure che risulta dalle ragioni giuridiche sulla base delle quali in essi è stata prospettata l'erroneità della sentenza di appello quanto al rigetto del motivo di appello, il secondo, con cui il Ministero aveva sostenuto sia che la limitazione alla sola condanna generica avrebbe dovuto essere da esso accettata, sia che comunque essa sarebbe stata inammissibile perchè effettuata oltre i termini per il potere di modificare la domanda ai sensi dell'art. 183 c.p.c., nonchè, conseguentemente, che la domanda delle società, in ragione dell'inammissibilità della limitazione, avrebbe dovuto decidersi nel suo originario tenore di domanda piena e rigettarsi per mancanza di prova dei danni.

2.1. La fondatezza in iure della dai motivi discende, infatti da un percorso argomentativo che questa Corte, nell'affrontare la questione da essi posta, deve compiere nell'esercizio del potere di individuare l'esatto diritto applicabile alla vicenda che la questione pone.

A ciò la Corte è legittimata dal principio di diritto secondo cui, "In ragione della funzione del giudizio di legittimità di garantire l'osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, nonchè per omologia con quanto prevede la norma di cui al secondo comma dell'art. 384 cod. proc. civ., deve ritenersi che, nell'esercizio del potere di qualificazione in diritto dei fatti, la Corte di cassazione può ritenere fondata la questione, sollevata dal ricorso, per una ragione giuridica diversa da quella specificamente indicata dalla parte e individuata d'ufficio, con il solo limite che tale individuazione deve avvenire sulla base dei fatti per come accertati nelle fasi di merito ed esposti nel ricorso per cassazione e nella stessa sentenza impugnata, senza cioè che sia necessario l'esperimento di ulteriori indagini di fatto, fermo restando, peraltro, che l'esercizio del potere di qualificazione non deve inoltre confliggere con il principio del monopolio della parte nell'esercizio della domanda e delle eccezioni in senso stretto, con la conseguenza che resta escluso che la Corte possa rilevare l'efficacia giuridica di un fatto se ciò comporta la modifica della

domanda per come definita nelle fasi di merito o l'integrazione di una eccezione in senso stretto. (Sulla base di tali principi la Suprema Corte, investita della denuncia di violazione del divieto di domande nuove in appello, ha rilevato d'ufficio che l'introduzione di detta domanda era, in realtà avvenuta in primo grado e che il giudice d'appello, cui la relativa questione era stata devoluta, non ne aveva rilevato la fondatezza)". (così Cass. n. 6935 del 2007; in senso conforme per l'affermazione dello stesso principio Cass, n. 10841 del 2012 con riferimento ad altra fattispecie).

2.2. Le ragioni giuridiche che comportano l'accoglimento della questione nel caso di specie si collocano, invero, a monte del problema dell'atteggiamento tenuto dal convenuto di fronte al comportamento dell'attore che, dopo aver proposto una domanda di condanna al risarcimento piena la limiti al solo profilo della condanna generica e pretenda, quindi, di riservare a separata sede il giudizio sul quantum debeatur.

Ritiene il Collegio, infatti, che il problema dell'atteggiamento del convenuto di fronte a siffatto comportamento dell'attore, mentre poteva assumere rilievo nel regime processuale anteriore alle modifiche del processo civile introdotte dalla L. n. 353 del 1990 e successive modifiche sia divenuto, invece, del tutto irrilevante nel regime processuale successivo a detta legge.

Nel regime antecedente alle modifiche introdotte da detta legge, infatti, la rilevanza degli atteggiamenti delle parti in ordine alla verifica nel processo delle poche preclusioni previste, sia sotto il profilo degli oneri di allegazione e, quindi, di individuazione della domanda e dei fatti rilevanti per la decisione, sia dei fatti in senso principale (eccezioni e contro eccezioni), sia di quelli in senso secondario (rilevanti in funzione solo probatoria), era dominata dal potere dispositivo delle parti, che si ammetteva potesse intervenire sulle stesse preclusioni ricollegate, quasi in chiusura del processo, al momento della precisazione delle conclusioni, tanto che la stessa mutato libelli o la proposizione di una domanda nuova in quella sede, in mancanza di reazione della controparte, venivano considerate idonee a determinare il dovere decisorio del giudice, esclusa la possibilità da parte sua di rilevare l'inosservanza della regola preclusiva espressa allora nell'art. 184 c.p.c..

Ciò, da spiegazione del perchè nella giurisprudenza della Corte la modificazione della domanda in senso limitativo espressa nel passaggio dalla domanda di condanna piena ad una di condanna generica risultasse apprezzata sulla base dell'atteggiamento tenuto dal convenuto.

2.3. Sulla premessa, avallata e precisata definitivamente dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 12103 del 1995 (di seguito si vedano Cass. n. 85 del 1999 ed ancora di recente Cass. n. 25510 del 2011), nel senso che fosse ben possibile un'iniziale domanda di condanna generica dell'attore salva la possibilità che il convenuto potesse pretenderne l'estensione in senso pieno (il principio di diritto era il seguente: "Con riguardo alle azioni di risarcimento del danno (sia in materia contrattuale che extracontrattuale), è ammissibile la domanda dell'attore originariamente rivolta unicamente ad una condanna generica, senza che sia necessario il consenso (espresso o tacito) del convenuto, costituendo essa espressione del principio di autonoma disponibilità delle forme di tutela offerte dall'ordinamento ed essendo configurabile un interesse giuridicamente rilevante dell'attore a forme di tutela cautelare o speciale (quali l'iscrizione d'ipoteca giudiziale ex art. 2818 cod. civ. o l'azione risarcitoria in materia di concorrenza sleale di cui all'art. 2600 cod. civ.). Rispetto a siffatta

domanda, l'opposizione del convenuto si configura come richiesta (anche implicita) di accertamento dell'insussistenza del danno, attraverso un giudizio di certezza e non di semplice probabilità, ed è ricollegabile all'interesse del convenuto medesimo ad ottenere una tutela preventiva contrapposta a quella richiesta dall'attore; con la conseguenza che, una volta proposta detta opposizione, l'attore, al fine dell'accoglimento della propria domanda, è tenuto a dare la dimostrazione della sussistenza del danno (non della sua mera probabilità), anche se indipendentemente dall'individuazione attuale dell'entità dello stesso"), si era così affermato che "La configurabilità di una domanda nuova (artt. 183 e 184 cod. proc. civ.) riguarda soltanto l'ipotesi della richiesta della liquidazione del danno proposta, in corso di causa, dopo l'iniziale domanda di condanna generica e non anche l'ipotesi inversa (domanda di condanna generica al risarcimento dopo quella originaria di liquidazione del danno), alla quale, ai sensi dell'art. 278 cod. proc. civ., è invece applicabile il principio secondo cui il divieto di pronunciare sull'an debeat e rinviare la liquidazione ad un separato giudizio è dettato esclusivamente a tutela degli interessi della controparte e, conseguentemente, non è operante ove manchi l'opposizione della medesima all'indicata delimitazione dell'oggetto della causa." (così Cass. n. 3017 del 1980) Ancora anteriormente si veda Cass. n. 1944 del 1977: "Il divieto di scindere il giudizio sull'an da quello sul quantum, qualora la domanda non abbia avuto fin dall'origine ad oggetto la sola condanna generica, non opera ove il convenuto non si sia in primo grado opposto alla richiesta attrice di limitare la pronuncia dell'an debeat, in quanto tale mancata opposizione configura un'adesione implicita alla modificazione della domanda, e preclude di dedurre l'irritualità nelle successive fasi e gradi del processo".

Con specifico riferimento alla limitazione al solo profilo della condanna generica di una pregressa domanda di condanna piena si veda Cass. n. 5521 del 1983: "Nel caso di domanda di risarcimento del danno, il divieto di separazione del giudizio sull'an da quello sul quantum non opera se alla richiesta in tal senso dell'attore abbia prestato adesione il convenuto, anche se non espressamente, purchè in modo certo ed univoco, come quando il convenuto medesimo non abbia sollevato alcuna eccezione al riguardo nel momento in cui la controparte, nel precisare le conclusioni definitive, abbia limitato la propria domanda alla condanna generica, con riserva di richiedere il quantum il separato giudizio", (in senso conforme anteriormente: Cass. n. 1169 del 1982; n. 3037 del 1981; n. 4986 del 1979; n. 475 del 1979; successivamente Cass. n. 3225 del 1985; più di recente, Cass. n. 458 del 1999, secondo cui "In mancanza di opposizione del convenuto, la domanda di risarcimento del danno proposta nell'atto introduttivo può essere limitata in sede di conclusioni definitive all'"an debeatur"").

Cass. n. 10256 del 1998, a sua volta, affermò che il consenso del convenuto poteva giustificare la limitazione al solo an debeat addirittura in appello, statuendo che "La domanda di condanna al risarcimento del danno deve esser rigettata se non è dimostrato l'"an" e il "quantum", non potendo il danneggiato chiedere l'applicazione dell'art. 278 cod. proc. civ. se non ha proposto apposita istanza; può invece ridurre in corso di causa o nel giudizio di appello la sua domanda risarcitoria limitandola alla pronuncia sull'"an", e rinviando il "quantum" ad un separato giudizio, se la controparte vi consente, espressamente o tacitamente".

2.4. Come emerge dalle riportate massime l'atteggiamento di consenso del convenuto rilevante per rendere rituale la limitazione della domanda di condanna, proposta originariamente come piena, a domanda di condanna generica, con l'effetto di restringere il dovere decisorio e, quindi, l'ambito della decisione alla sola condanna generica, e di lasciare al separato giudizio il profilo dell'an debeatur, veniva ravvisato indifferentemente sia in una manifestazione espressa sia in una manifestazione tacita e la genericità di riferimento a quest'ultima evidenziava l'attribuzione di idoneità sia ad un consenso tacito per facta concludentia sia ad un consenso esprimentesi nel mero silenzio dopo la limitazione.

3. Il Collegio rileva, a questo punto, che non consta che il problema del rilievo del consenso del convenuto per legittimare la limitazione alla condanna generica di una domanda originariamente proposta in modo pieno sia stato mai esaminato dalla giurisprudenza di questa Corte sulla base del dato normativo, rappresentato dal mutamento di prospettiva segnato dalla riforma di cui alla L. n. 353 del 1990, rispetto al rilievo decisivo del potere dispositivo delle regole processuali, pacificamente attribuito alle parti dalla riforma del 1950 (di cui alla L. n. 581 del 1950) in ragione dell'ancoraggio sostanziale delle preclusioni alla fissazione del thema decidendum (e pure di quello probandum) all'udienza di precisazione delle conclusioni e, dunque, della sostanziale svalutazione del profilo di interesse pubblicistico delle preclusioni, palesato da questo ritardo del momento della loro operatività sino al momento della rimessione in decisione della causa.

Una volta che il problema lo si esamini, come deve farsi nella specie, nella diversa e quasi assente prospettiva dell'incidenza del potere dispositivo delle parti sulle preclusioni introdotte dalla L. n. 353 del 1990 e, quindi, sempre mantenute pur nella nota successione di mutamenti di disciplina avvenuti dapprima con la legislazione del 1995 e, da ultimo, con il D.L. n. 35 del 2005, convertito con modificazioni dalla L. n. 80 del 2005, il rilievo del consenso del convenuto di fronte alla limitazione della domanda da piena a generica si deve, invece, decisamente escludere.

3.1. La giurisprudenza della Corte nega, infatti, ogni incidenza al potere delle parti in ordine alla possibile disposizione del regime delle preclusioni, reputando che quel potere non esista in ragione del carattere pubblicistico delle esigenze sottese all'introduzione delle preclusioni, atteso che il processo civile è anche un servizio fornito ai consociati, e considerando che l'osservanza delle preclusioni è materia dominata dal principio del potere di rilevazione d'ufficio del giudice.

Con particolare riguardo alle preclusioni previste dall'attuale art. 183 c.p.c. al potere delle parti sulla modificazione e precisazione delle domande e, quindi, alla conseguente esclusione della possibilità di introdurre una domanda nuova nel processo, è, invero, consolidato il principio di diritto secondo cui "Nel vigore del regime delle preclusioni di cui al nuovo testo degli artt. 183 e 184 cod. proc. civ. introdotto dalla L. n. 353 del 1990, la questione della novità della domanda risulta del tutto sottratta alla disponibilità delle parti - e pertanto pienamente ed esclusivamente ricondotta al rilievo officioso del giudice - essendo l'intera trattazione improntata al perseguimento delle esigenze di concentrazione e speditezza che non tollerano - in quanto espressione di un interesse pubblico - l'ampliamento successivo del "thema decidendi" anche se su di esso si venga a registrare il consenso del convenuto (Principio enunciato

dalla Suprema Corte in relazione ad ipotesi di trasformazione di domanda di simulazione assoluta esercitata dal terzo creditore in revocatoria ordinaria)" (così Cass. n. 9875 del 2005; nello stesso senso Cass. n. 25598 del 2011;n. 947 del 2012).

La differenza di regime di rilevazione della inosservanza delle preclusioni è, inoltre, sottolineata da Cass. n. 17152 del 2006, secondo cui: "Con riguardo ai procedimenti pendenti alla data del 30 aprile 1995 - per i quali trovano applicazione le disposizioni di cui agli artt. 183 e 184 cod. proc. civ. nel testo vigente anteriormente alla "novella" di cui alla L. n. 353 del 1990 (D.L. n. 432 del 1995, art. 9, conv. nella L. n. 534 del 1995) - il divieto di introdurre una domanda nuova nel corso del giudizio di primo grado risulta posto a tutela della parte destinataria della domanda; pertanto, la violazione di tale divieto - pur essendo rilevabile anche d'ufficio, non essendo riservata alle parti l'eccezione di novità della domanda - non è tuttavia sanzionarle in presenza di un atteggiamento non oppositorio della parte medesima, consistente nell'accettazione esplicita del contraddittorio o in un comportamento concludente che ne implichi l'accettazione. A tal fine, l'apprezzamento della concludenza del comportamento della parte, riservato al giudice di merito, va compiuto attraverso una seria indagine sulla significatività dello stesso, senza che assuma rilievo decisivo il semplice protrarsi del difetto di reazione alla domanda nuova, o - qualora questa sia formulata all'udienza di precisazione delle conclusioni - il mero silenzio della parte contro la quale la domanda è proposta, sia essa presente, o meno, a detta udienza. Viceversa, il regime di preclusioni introdotto dalla novella di cui alla L. n. 353 del 1990 deve ritenersi inteso non solo a tutela dell'interesse di parte ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che la tardività di domande, eccezioni, allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo. (Nella specie, è stato escluso che potesse integrare accettazione del contraddittorio il silenzio della controparte nelle due udienze successive alla proposizione della domanda nuova)"; nel medesimo senso Cass. n. 25242 del 2006 e Cass. n. 21228 del 2007.

La soluzione della rilevabilità d'ufficio della violazione delle preclusioni è ferma anche per le eccezioni: è stato statuito, infatti, che "Il regime di preclusioni introdotto nel rito civile ordinario riformato deve ritenersi inteso a tutela non solo dell'interesse di parte ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che la decadenza per il mancato rispetto, da parte del convenuto, del termine perentorio, di cui all'art. 180 c.p.c., comma 2, per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito, deve essere rilevata d'ufficio dal giudice, indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo" (Cass. n. 11318 del 2005; si veda anche Cass. n. 6532 del 2006).

3.2. Ebbene, una volta assunta la premessa che nel regime processuale del processo civile imperniato sulle preclusioni siccome introdotte dalla L. n. 353 del 1990 l'atteggiamento della controparte non ha alcuna rilevanza, ai fini del possibile superamento di una preclusione e segnatamente di quella al potere di modifica della domanda, che opera sempre in forza dell'art. 183 c.p.c. nelle varie versioni succedutesi e che determina che la precisazione delle conclusioni, come emerge dall'art. 189 c.p.c., debba essere fatta comunque nei limiti delle conclusioni formulate a norma dell'art. 183 c.p.c. (salva,

naturalmente, eventuale attività legittimata da una rimessione in termini, ora in generale prevista dal secondo comma dell'art. 153 c.p.c. e salva, altresì, la legittimità di quanto giustificato da circostanze sopravvenute, come tali esorbitanti dal principio di preclusione), risulta palese che un'attività di modificazione della domanda come quella sottesa all'abbandono da parte dell'attore di una richiesta di decisione su una domanda di condanna in senso pieno e dalla limitazione al solo profilo della condanna generica, qualora sia compiuta all'udienza stessa di precisazione delle conclusioni, risulta inammissibile perchè effettuata in violazione del regime delle preclusioni al potere di modificazione della domanda previsto dal testo dell'art. 183 c.p.c., applicabile *ratione temporis* al processo (cioè quella antecedente alla riforma di cui al citato D.L. n. 35 del 2005 per il presente giudizio) ed è altrettanto evidente che tale inammissibilità dev'essere rilevata d'ufficio e non è elisa in alcun modo da un atteggiamento di acquiescenza espressa o tacita del convenuto. Ne deriva che, se la detta modifica in senso limitativo viene effettuata, tanto se non via sia opposizione espressa o tacita (per comportamento concludente significativo) del convenuto, quanto se il convenuto resti silente sul punto, quanto se l'opposizione vi sia, il giudice è tenuto a rilevare che la modifica dev'essere considerata *tamquam non esset* e, dunque, deve pronunciare sulla domanda di condanna in senso pieno e non sulla domanda per come ridimensionata.

Ove il giudice non rilevi d'ufficio la violazione del principio di preclusione e decida sulla domanda per come limitata, cioè soltanto sulla condanna generica, riservando a separato giudizio l'accertamento del quantum, si verifica, invece, l'illegittimità della sentenza. E, poichè la nullità è stata determinata dal comportamento del giudice di mancato esercizio del potere di rilevazione d'ufficio, il convenuto bene può dedurla con l'impugnazione della decisione. E ciò, non solo nel caso che egli si fosse opposto e la sua eccezione alla limitazione sia stata disattesa dal giudice in sede di decisione, ma anche se aveva accettato tacitamente od espressamente la limitazione all'*an debeatur* oppure era rimasto silente di fronte ad essa.

Invero, nel caso di accettazione tacita od espressa o di silenzio, poichè la nullità della sentenza non è derivata dal comportamento del convenuto, sia pure implicante il mancato rilievo della nullità derivante dalla violazione del principio di preclusione, bensì dalla pronuncia della sentenza da parte del giudice senza rilevazione di quella nullità, possibile anche in sede decisoria, non può ritenersi che la deduzione della nullità della sentenza gli sia preclusa ai sensi dell'art. 157 c.p.c., comma 3 cioè come se egli vi avesse dato causa oppure avesse espressamente o tacitamente rinunciato. La ragione si rinviene nel fatto che il comportamento di mancata rilevazione della nullità, in sostanza, non è quello che ha determinato la nullità della sentenza, che è, viceversa, derivata dal mancato esercizio del potere di rilevazione d'ufficio, che poteva essere esercitato con la sentenza stessa e che, dunque, assume il rilievo di vero e proprio atto causativo della nullità.

Semmai l'atteggiamento di consenso espresso o tacito del convenuto, che poi impugni la sentenza pentendosi di esso, potrà valutarsi dal giudice dell'impugnazione ai sensi dell'art. 92 c.p.c., comma 1.

3.3. Le esposte considerazioni impongono, dunque, in accoglimento dei due motivi, la cassazione della sentenza sulla base dei seguenti principi di diritto: "Nell'ipotesi in cui l'attore abbia proposto una domanda di condanna piena e in

sede di precisazione delle conclusioni la limiti al solo profilo della condanna generica, si verifica una modificazione della domanda in senso riduttivo che, nel regime delle preclusioni introdotte dalla L. n. 353 del 1990 dev'essere ritenuta inammissibile. Poichè la violazione delle preclusioni e segnatamente quella dei limiti temporali del potere di modificare la domanda nel detto regime è rilevabile d'ufficio dal giudice, la modificazione dev'essere ritenuta inammissibile tanto se il convenuto la eccepisca, quanto se il convenuto ometta di farlo, quanto se assuma un atteggiamento di accettazione espressa o tacita della modificazione.

Il mancato rilievo dell'inammissibilità da parte del giudice e la pronuncia della condanna generica determinano una nullità della sentenza deducibile in sede di impugnazione da parte del convenuto, ancorchè egli in sede di precisazione delle conclusioni no abbia eccepito l'inammissibilità della limitazione alla condanna generica o l'abbia espressamente o tacitamente accettata, poichè tale atteggiamento non può essere apprezzato ai sensi dell'art. 157 c.p.c., comma 3".

Inoltre, in generale, il Collegio ritiene opportuno affermare il seguente principio di diritto: "Ove sia prevista una nullità rilevabile d'ufficio dal giudice fino alla pronuncia della sentenza stessa (come la violazione del limite temporale del potere di modificazione della domanda), il mancato esercizio del potere di rilevazione della parte interessata o l'espressa o tacita rinuncia ad esercitarlo, non è atteggiamento della parte riconducibile all'art. 157 c.p.c., comma 3 ai fini della possibilità di far valere la nullità della sentenza che non abbia rilevato la nullità".

4. Il Collegio ritiene a questo punto che vi siano le condizioni per decidere la causa nel merito, peraltro richiesta dal ricorrente nel ricorso, in quanto l'atteggiamento tenuto dalle società attrici con la inammissibile limitazione della domanda, comportava l'implicito riconoscimento dell'esistenza di una situazione di carenza di prova della fondatezza della domanda riguardo al profilo relativo alla determinazione in concreto dei danni ed alla loro quantificazione, atteso che si sollecitava un accertamento di esso in un separato giudizio e considerato che in alternativa non si era richiesto di pronunciare sulla domanda completa nei limiti delle eventuali prove esistenti in atti: è sufficiente leggere le conclusioni precisate dalle società in primo grado, che sono riprodotte nella loro congiunta conclusionale di primo grado (prodotta nel fascicolo di primo grado, prodotto dalle odierne resistenti).

L'esistenza della situazione di mancanza della prova del danno in concreto sofferto, dovendo il Tribunale decidere sulla domanda di condanna piena, imponeva allora la reiezione di tale domanda per la constatazione che i danni scaturenti dal comportamento pur potenzialmente lesivo del Ministero non risultavano provati.

E' appena il caso di rilevare che, come emerge sia dalla lettura della sentenza del Tribunale, prodotta in atti nel fascicolo d'appello dalle resistenti, sia della comparsa conclusionale delle resistenti in primo grado, sia della comparsa di risposta in appello congiunta delle tre società ed ancora anche nel controricorso (imputabile solo alle resistenti), non si è mai alluso all'esistenza di una situazione che, una volta considerata la domanda originaria delle stesse come non limita al profilo generico e rimasta nella sua dimensione piena, avrebbe dovuto comportare l'accoglimento nel quantum entro certi limiti, cioè nei limiti della prova ipoteticamente esistente.

In questa situazione, essendo escluso che un'attività probatoria possa aver luogo in appello e non sussistendo necessità di accertamenti di fatto, si può decidere sul merito dell'appello quanto al secondo motivo ed accoglierlo con la riforma della sentenza di primo grado ed il rigetto della domanda.

5. Le spese dell'intero giudizio, attesa la novità dell'approccio esegetico cui si è proceduto in questa sede, possono integralmente compensarsi.

p.q.m.

La Corte accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata quanto al rigetto del secondo motivo di appello e decidendo nel merito su tale motivo, in riforma della sentenza di primo grado del Tribunale di Roma, rigetta le domande delle società attrici. Compensa le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile - 3, il 10 ottobre 2013.

Depositato in Cancelleria il 14 febbraio 2014

La Nuova Procedura Civile