

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.) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - 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 LUPA - 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) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Principio di preclusione in senso causale in sede di appello

Nel processo di cognizione, l'onere previsto dall'art. 167, primo comma, cod. proc. civ., di proporre nella comparsa di risposta tutte le difese e di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, comporta che, esaurita la fase della trattazione, non è più consentito al convenuto, per il principio di preclusione in senso causale, di rendere controverso un fatto non contestato, né attraverso la revoca espressa della non contestazione, né deducendo una narrazione dei fatti alternativa e incompatibile con quella posta a base delle difese precedentemente svolte. Ne consegue che, in grado di appello, non è ammessa la contestazione della titolarità passiva del fatto controverso che debba aversi per non contestata nel giudizio di primo grado.

Cassazione civile, sezione seconda, sentenza del 29.11.2013, n. 26859

...omissis...

Dalla documentazione prodotta (verbale d'udienza e lettere dell'11 e del 19.11.2003 e del 10.2.2004), afferma parte ricorrente, risulta in maniera chiara che l'incarico al geom. R. era stato conferito dall'avv. Piero Pollastro, difensore di B.F. nel giudizio svoltosi innanzi al Tribunale di No vara, e nell'interesse della posizione processuale tutelata da detto legale. Ciò nonostante, nè il giudice di primo grado, nè quello d'appello si sono pronunciati sull'eccezione di carenza di legittimazione passiva della S., benchè il

conferimento dell'incarico costituisse un fatto decisivo e controverso.

...omissis...

Posta l'ammissibilità dell'appello e dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva, il giuramento decisorio deferito dalla S. in grado d'appello era senz'altro ammissibile, si sostiene, perchè avente ad oggetto proprio il conferimento dell'incarico e la sua finalizzazione all'accatastamento del bene assegnato a B.F..

La censura si conclude col seguente quesito: "se alla parte processuale che ha correttamente deferito il giuramento decisorio in appello siano imposti altri oneri oltre quello del deferimento stesso in articolati e specifici capitoli nell'atto introduttivo o altra successiva difesa".

6. - Il primo e il terzo motivo, da esaminare insieme per la comunanza di oggetto, sono infondati, anche se per ragioni diverse da quelle esplicitate nella motivazione della sentenza impugnata, di cui pertanto s'impone la correzione ai sensi dell'art. 384 c.p.c., u.c..

E' necessario premettere che, al contrario di quanto affermato nella sentenza d'appello e nel ricorso, la negazione di aver mai incaricato il geom. R. dello svolgimento delle attività professionali per la cui remunerazione è domanda, non espone un'eccezione di carenza di legittimazione passiva, ma integra una difesa inerente alla titolarità del rapporto sostanziale controverso. In quanto difesa, e non eccezione in senso ampio (quale, appunto, quella riguardante la legitimatio ad causam), essa è rimessa alla disponibilità della parte (cfr. ex pluribus e tra le più recenti, Cass. n. 14177/11).

Si tratta allora di stabilire se e quali limiti incontri la relativa deduzione, con l'avvertenza e la sottolineatura che le difese, sebbene non soggette al regime delle eccezioni in senso proprio, possono ugualmente perdersi per effetto di un'intervenuta (ancorchè diversa) preclusione.

6.1. - E' noto che il processo ordinario di cognizione risultante dalla novella di cui alla L. n. 353 del 1990 e dalle successive modifiche, ha reintrodotto il principio di preclusione (previsto nella versione originaria del codice di rito, ma largamente abbandonato in seguito alla novella di cui alla L. n. 581 del 1950).

Attribuito alla preclusione il significato - comune e generalmente accolto - di perdita (piuttosto che di ostacolo all'esercizio) di una facoltà processuale, deve restringersi l'ambito d'indagine necessitato dal caso in esame, vista l'accezione complessa di tale concetto, che si deve alla più autorevole e risalente dottrina processualciviltistica. Può rottamente parlarsi di preclusione, infatti, in presenza di una facoltà estinta perchè non esercitata nel rispetto di un termine perentorio, ovvero consumata perchè già esercitata, ovvero ancora incompatibile rispetto ad altra attività processuale svolta in precedenza. Tralasciate le prime due ipotesi, intuitivamente estranee alla fattispecie, occorre focalizzare l'attenzione sulla terza, che predica un significato causale della preclusione, in quanto derivante da un nesso di contraddizione interno alla stessa logica difensiva della parte titolare del potere.

La difesa è un diritto che si esercita nel processo tanto in negativo, con atteggiamenti silenti, quanto in positivo, attraverso una narrazione dei fatti alternativa a quella svolta dalla parte avversa. Libera la scelta strategica, autoresponsabilità ed affidamento processuale impongono però il loro dazio, ricavabile dal modo in cui la preclusione e la non contestazione dei fatti costitutivi della domanda reagiscono fra di loro.

L'onere della contestazione specifica è stato posto dapprima dall'art. 416,

comma 3, come sostituito dalla L. n. 533 del 1973 sul rito del lavoro ("nella stessa memoria il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa ..."), che l'ha corredato di una prescrizione di tipo ottativo ("... e non limitata ad una generica contestazione"); poi dall'art. 167 c.p.c., comma 1, novellato dalla L. n. 353 del 1990, che ha riprodotto il testo della norma di rito speciale (salvo l'inciso appena richiamato); infine dall'art. 115, comma 1, come modificato dalla L. n. 69 del 2009, che ha finalmente e chiaramente positivizzato il principio di non contestazione, prevedendo che il giudice debba porre a fondamento della decisione (le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché) "i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita". Quest'ultima modifica normativa è inapplicabile al caso di specie (ai sensi della L. n. 69 del 2009, art. 58 il nuovo testo dell'art. 115 c.p.c., comma 1 si applica ai giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore di detta legge); non di meno, le considerazioni che seguono consentono di affermare che anche nel vigore della disciplina antecedente il nesso fra preclusione e non contestazione non si pone in termini diversi da quelli attuali.

6.1.1. - E' ben vero che il principio di preclusione, nel senso causale anzi detto, e quello di non contestazione sono stati elaborati per finalità diverse (anche se entrambe di segno riduttivo), il primo per selezionare le facoltà processuali esercitabili nel progresso del procedimento, il secondo per escludere, all'atto della decisione, l'applicabilità della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c. nei casi in cui il fatto costitutivo della domanda, benchè non provato, sia da ritenersi implicitamente pacifico.

E, in effetti, la giurisprudenza di questa Corte si è trovata spesso a trattare separatamente dell'uno e dell'altro principio, secondo il punto d'osservazione imposto dalla dialettica processuale del caso specifico. Così, si è affermato ripetutamente che la deduzione, ad opera dell'appellato, del proprio difetto di titolarità passiva del rapporto fatto valere in giudizio dall'attore, risolvendosi nella contestazione dei requisiti di fondatezza della domanda, non rientra tra le eccezioni riservate alla parte, ma integrando una mera difesa può essere sollevata per la prima volta anche in appello, senza incorrere nel divieto dei nova previsto dall'art. 345 c.p.c. (Cass. nn. 15832/11, 5642/85, 2843/84 e 5092/83). In tali decisioni, il cui oggetto corrisponde al caso in esame, la visuale elettiva della norma appena citata ha provocato una rifrazione ottica dell'effetto processuale, deviandolo in un ambito diverso da quello proprio.

Correttamente impostata sulla base della dicotomia difesa/eccezione ed altrettanto esattamente risolta nel senso della mera difesa, la questione non è risolta dall'art. 345 c.p.c.. Al contrario, se tale norma è inapplicabile perchè il divieto di eccezioni nuove in appello riguarda, appunto, l'introduzione dei nova, la deduzione sillogistica che ne segue, per cui nel giudizio di secondo grado si può introdurre qualsivoglia difesa nuova, richiede la previa dimostrazione di una clausola generale inclusiva, la quale consenta di affermare che tutto quanto non rientra nel divieto dell'art. 345 c.p.c. è per ciò stesso ammesso in appello. Affermazione, quest'ultima, difficilmente argomentabile ove si consideri che la preclusione stabilita da tale norma non è di tipo causale, ma deriva dalla scadenza dei termini entro cui, nel giudizio di primo grado, le parti sono abilitate a correggere ed integrare le proprie difese assertive, sicchè il problema della preclusione causale resta impregiudicato. E - ovviamente - ancor meno è ipotizzabile che le preclusioni formatesi nel giudizio di primo grado possano emendarsi in quello d'appello, che non è iudicium novum ma

revisio prioris instantiae.

6.1.2. - In altri casi, invece, la giurisprudenza di questa Corte ha colto lucidamente il nesso tra preclusione in senso causale e non contestazione del fatto, distinguendone l'effetto di stabilità o di provvisorietà secondo la natura costitutiva (o principale) ovvero istruttoria (o secondaria) del fatto stesso (cfr. Cass. S.U. n. 761/02, la quale ha affermato che nel rito del lavoro il difetto di specifica contestazione dei conteggi elaborati dall'attore per la quantificazione del credito oggetto di domanda di condanna, allorchè il convenuto si limiti a negare in radice l'esistenza del credito avversario, si caratterizza per un diverso grado di stabilità a seconda che investa fatti costitutivi del diritto o circostanze di rilievo istruttorio, perchè nel primo caso il limite della contestabilità dei fatti originariamente incontestati si identifica con quello previsto dall'art. 420, comma 1, codice di rito per la modificazione di domande e conclusioni già formulate, mentre, nel secondo trova più ampia applicazione il principio della provvisorietà, ossia della revocabilità della non contestazione, le sopravvenute contestazioni potendo essere assoggettate ad un sistema di preclusioni solo nella misura in cui procedono da modificazioni dell'oggetto della controversia).

6.1.3. - Nonostante la loro diversa portata, preclusione e non contestazione s'intersecano, dunque, in un'area comune in cui l'una non può prescindere dall'altra. Ciò appare evidente ove si consideri che in un sistema processuale improntato alla tecnica della preclusione, il fatto non contestato, prima ancora di rilevare come dato storico ammesso su cui il giudice è abilitato a fondare la decisione, diviene costituito processuale e non può essere nuovamente posto in dubbio attraverso l'esercizio dello ius poenitendi (che sia occasionato dall'esito sfavorevole del primo grado e dalla necessità di contrastare la sentenza che s'intende impugnare, o più semplicemente dal mutamento di difensore in corso di causa).

Ed infatti, è stato precisato da questa Corte che la questione relativa alla titolarità passiva del rapporto controverso, che attiene al merito della lite, non costituisce un'eccezione in senso stretto - soggetta, come tale, al regime decadenziale sancito, nel sistema processuale di cui alla L. 26 novembre 1990, n. 353, dall'art. 180 c.p.c., comma 2, e, a seguito delle modifiche recate dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, nella L. 14 maggio 2005, n. 80, dall'art. 167 c.p.c. - bensì, involgendo la contestazione di un fatto costitutivo del diritto azionato, integra una mera difesa, sottoposta agli oneri deduttivi e probatori della parte interessata e, segnatamente, ove con essa si introducano nuovi temi di indagine, alle preclusioni connesse alla esatta identificazione del thema decidendum e del thema probandum; con l'ulteriore conseguenza che l'esclusione dal thema decidendum dei fatti tardivamente contestati (e la loro conseguente inopponibilità nelle fasi successive del processo) si verifica solo allorchè il giudice non sia in grado, in concreto, di accertarne l'esistenza o l'inesistenza ex officio, in base alle risultanze ritualmente acquisite (Cass. n. 18207/10).

Il luogo processuale in cui s'incrociano i due principi si colloca, dunque, all'esito della trattazione, allorchè, depositate le memorie assertive e quelle istruttorie, si definiscono irretrattabilmente i rispettivi ambiti del thema decidendum e del thema probandum. E' in tale momento che, stabilizzatisi i limiti della contestazione, si determina la preclusione corrispondente, che non consente alla parte contro cui si è formata di proporre una narrazione dei fatti

alternativa e incompatibile rispetto a quella su cui aveva impostato la propria difesa. Diversamente, si provocherebbe un'inammissibile regressione dello stato del processo, del tutto inconciliabile con il sistema attuale che, prevedendo una perfetta sequenzialità fra oneri assertivi, di contestazione e probatori, non consente di riaprire la trattazione dopo l'istruzione della causa.

6.1.3.1. - Tali conclusioni permangono valide anche nel procedimento innanzi al giudice di pace, che sebbene semplificato nella costituzione delle parti e nella trattazione, è caratterizzato dal regime di preclusioni che assiste il procedimento dinanzi al Tribunale, le cui disposizioni sono applicabili in mancanza di diversa disciplina (cfr. Cass. nn. 12454/08, 3339/01 e 4376/00), con la sola differenza che la trattazione si conclude quando le parti, invitate dal giudice "a precisare definitivamente i fatti", compiono, occorrendo, le attività di cui all'art. 320 c.p.c., comma 3.

6.1.4. - Pertanto e in sintesi definitiva, può affermarsi che nel processo di cognizione l'onere previsto dall'art. 167 c.p.c., comma 1 di proporre nella comparsa di risposta tutte le difese e di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (onere del pari enucleabile, per il procedimento innanzi al giudice di pace, dall'art. 320 c.p.c., comma 3 e dall'applicazione estensiva delle norme sul procedimento innanzi al Tribunale), comporta che, esaurita la fase della trattazione, non è più consentito al convenuto, per il principio di preclusione in senso causale, di rendere controverso un fatto non contestato, vuoi attraverso la revoca espressa della non contestazione, vuoi deducendo una narrazione dei fatti alternativa e incompatibile con quella posta a base delle difese precedentemente svolte. Pertanto, nel successivo grado d'appello non è ammessa la contestazione della titolarità passiva del rapporto controverso che, ai sensi della norma citata, debba aversi come non contestata nel giudizio di primo grado.

6.2. - Nella fattispecie, in disparte la genericità della censura con cui l'appellante ha inteso negare la titolarità passiva del rapporto, è decisivo rilevare che dall'esame degli atti - cui questa Corte ha accesso trattandosi di verificare un fatto processuale - si rileva che la convenuta si era costituita in primo grado "riconoscendo di essere tenuta al pagamento delle prestazioni professionali del geom. R., ma contestando di dovere alcune voci, come il "frazionamento del cortile", "l'urgenza" e la "redazione e presentazione di scheda catastale con procedura DOCFA ...". Ella aveva quindi eccepito di non aver mai conferito alcun incarico all'attore, per poi concludere chiedendo l'integrale compensazione della "somma effettivamente spettante al geom. R. per le prestazioni professionali svolte" a suo favore, con la somma da attribuirle "a titolo di risarcimento danni, ex art. 96 c.p.c." (v. sentenza di primo grado).

Al netto della negazione del conferimento dell'incarico, oggettivamente ambigua sia per la possibilità che questo fosse stato dato dal proprio legale nel corso del giudizio di divisione (come in effetti ritenuto dal giudice di prime cure), sia per il contesto complessivo delle difese contemporaneamente svolte, deve ritenersi che nel primo grado di giudizio la convenuta abbia ammesso l'an e contestato il quantum debeatur, tanto da indicare selettivamente le voci contestate della parcella e da chiederne la compensazione con la somma al pagamento della quale l'attore avrebbe dovuto essere condannato per responsabilità processuale aggravata.

Se ne deduce l'inammissibilità del motivo d'appello inteso a negare la titolarità

passiva del rapporto contrattuale, trattandosi di difesa incompatibile con la linea difensiva osservata nel giudizio di primo grado.

7. - Il secondo motivo è inammissibile perchè non coglie la ratio decidendi della pronuncia impugnata, la quale ha considerato rinunciata, perchè non riproposta in appello, la domanda ex art. 96 c.p.c. (sia pure errando nell'applicazione dell'art. 346 c.p.c., che riguarda le domande assorbite e non quelle respinte, che richiedono invece un motivo specifico d'appello e non la semplice riproposizione). Per contro, la censura in esame invoca un principio di diritto affatto diverso, che essendo stato elaborato dalla giurisprudenza di questa Corte in tema di precisazione delle conclusioni ex art. 189 c.p.c. all'interno del medesimo grado di giudizio, è del tutto inapplicabile nella specie. Infatti, la mancata formulazione di un apposito motivo d'appello sulla reiezione - espressa nella pronuncia di primo grado - della domanda formulata dalla convenuta ai sensi dell'art. 96 c.p.c., importa il giudicato interno sulla medesima statuizione per acquiescenza tacita ex art. 329 c.p.c..

8. - L'esame dei restanti motivi d'impugnazione, che suppongono l'anzidetta difesa nuova, è assorbito dalla reiezione del primo e del terzo mezzo d'annullamento.

9. - In conclusione, il ricorso va respinto.

10. - Nulla per le spese, non avendo la parte intimata svolto attività difensiva in questa sede.

p.q.m.

La Corte rigetta il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della seconda sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 24 ottobre 2013.

Depositato in Cancelleria il 29 novembre 2013