

Civile Sent. Sez. U Num. 7940 Anno 2019

Presidente: PETITTI STEFANO

Relatore: FALASCHI MILENA

Data pubblicazione: 21/03/2019

SENTENZA

sul ricorso 16912-2015 proposto da:

GAMBINI MARCO, in proprio e nella qualità di erede di Gambini Gabriele (quest'ultimo genitore del medesimo Gambini Marco, già rappresentante ex art. 75 c.p.c. dello stesso, e deceduto in corso di causa), OLIOSI EMILIANA, in proprio e nella qualità di genitore ed a suo tempo rappresentante di Gambini Marco, nonché nella qualità di erede di Gambini Gabriele (a sua volta genitore di Gambini Marco venuto a mancare nelle more del giudizio), elettivamente domiciliati in ROMA, VIA MONTE AMIATA 33, presso lo studio dell'avvocato MICHELA FUSCO, rappresentati e difesi dagli avvocati ROBERTO MANCINI, DANIELE REVERSI, ANDREA PAOLETTI e FRANCO VINCI;

190 /
18

my

- ricorrenti -

contro

STEFFAN VANDA, SOVERINI CARLO, SOVERINI DENIS, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA VALADIER 36, presso lo studio dell'avvocato MAURIZIO POLONI, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIORGIO BRESSAN;

VITTORIA ASSICURAZIONI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dagli avvocati LUIGI PASETTO, LEONARDO PASETTO e ARIANNA FIOCCO;

UNIPOLSAI S.P.A., già FONDIARIA SAI S.P.A., quale incorporante Unipol Assicurazioni s.p.a., Compagnia di Assicurazioni di Milano s.p.a., Premafin Finanziaria s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA L. BISSOLATI 76, presso lo studio dell'avvocato TOMMASO SPINELLI GIORDANO, rappresentata e difesa dall'avvocato PAOLO MARIA CHERSEVANI;

ISTITUTO SCOLASTICO BENACUS S.C. A R.L., in l.c.a., in persona del Commissario Liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA G. PAISIELLO 29, presso lo studio dell'avvocato ANNALISA GIANNETTI, rappresentato e difeso dall'avvocato SERGIO SEGNA;

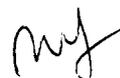
- controricorrenti -

nonchè contro

MILANO ASSI.NI S.P.A. (già LA PREVIDENTE); - intimata -

avverso la sentenza n. 2410/2014 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 31/10/2014.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 17/04/2018 dal Consigliere MILENA FALASCHI;



udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale LUIGI SALVATO, che ha concluso per il rigetto del quarto motivo del ricorso, accoglimento del secondo e del terzo, assorbito il primo;
uditi gli avvocati Michela Fusco per delega orale dell'avvocato Roberto Mancini e Paolo Maria Chersevani.

RITENUTO IN FATTO

Carlo Soverini e Vanda Steffan, genitori di Denis Soverini (divenuto maggiorenne in corso di causa e intervenuto nel giudizio) evocavano, dinanzi al Tribunale di Verona, Gabriele Gambini ed Emiliana Oliosi, in proprio e quali genitori esercenti la potestà sul minore Marco Gambini (il quale, raggiunta la maggiore età, interveniva nel giudizio, oltre a proseguirlo anche come erede del padre, nelle more deceduto) per ottenere il risarcimento dei danni per le lesioni riportate dal proprio figlio, il giorno 7 febbraio 1996, in conseguenza di incidente sciistico cagionato da Marco Gambini.

Instaurato il contraddittorio, nel costituirsi i convenuti, oltre a contestare la responsabilità del figlio, chiedevano ed ottenevano di chiamare in causa l'Istituto Scolastico Benacus S.c., organizzatore della settimana bianca, in quanto tenuto alla vigilanza sugli studenti minorenni ex art. 2048 c.c., nonché la Fondiaria SAI Assicurazioni (oggi Unipolsai) e la Vittoria Assicurazioni per essere da queste tenuti indenni in forza di polizza assicurativa. Le compagnie assicuratrici si associavano alle difese dei convenuti e l'istituto scolastico Benacus, negata ogni responsabilità, chiedeva ed otteneva di chiamare in causa la Previdente Assicurazioni (poi Milano Assicurazioni, oggi UNIPOL SAI) per essere manlevato in caso di condanna.

Il Tribunale di Verona, istruito il giudizio, rigettava la domanda attorea e condannava gli attori a rifondere le spese alle altre parti.

In virtù di appello interposto dai Soverini e dalla Steffan, la Corte di appello di Venezia, nella resistenza degli appellati, che riproponevano

con la comparsa di costituzione le domande in manleva, con la sentenza n. 2410 del 31 ottobre 2014, accoglieva il gravame principale e riformando la decisione di primo grado, riconosceva dovuto agli originari attori il risarcimento dei danni, con accoglimento delle domande restitutorie svolte dagli stessi, mentre dichiarava inammissibile l'(implicita) impugnazione incidentale degli appellati/originari convenuti, perché tardivamente proposta con comparsa di costituzione depositata dopo la scadenza del termine ex art. 343, comma 1, c.p.c..

Avverso la sentenza della Corte di appello veneta hanno proposto ricorso per cassazione Emiliana Oliosi e Marco Gambini, anche nella qualità di eredi di Gabriele Gambini, sulla base di quattro motivi, cui hanno resistito con controricorso gli originari attori, l'Istituto Scolastico Benacus, la Vittoria Assicurazioni e la Unipolsai.

Fissata la trattazione della causa all'adunanza camerale del 26.09.2017, sia i ricorrenti sia le parti controricorrenti, Soverini-Steffan, l'Istituto Scolastico Benacus e la Unipolsai, hanno depositato memorie ex art. 380-bis.1 c.p.c..

All'esito della camera di consiglio, la Terza Sezione, con ordinanza interlocutoria n. 29499 del 2017, rimetteva gli atti al Primo Presidente, per la risoluzione di una questione di massima di particolare importanza, sia per la mancanza di precedenti univoci o pienamente convincenti, sia per la sentita esigenza nomofilattica caratterizzante l'interpretazione di norme disciplinanti il rito dell'impugnazione di appello, la cui soluzione reputava rilevante per la decisione del ricorso.

Il Primo Presidente assegnava il ricorso alle Sezioni Unite e seguiva la fissazione dell'odierna udienza, in vista della quale le originarie parti, attrice e convenuta, hanno depositato memoria illustrativa.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Con il primo motivo, proposto solo in via prudenziale (in tal senso si esprime testualmente il ricorso), viene denunciata la violazione e la falsa applicazione (ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.) dell'art. 2048, comma 2 c.c. ed *in parte qua* dell'art. 2055 c.c., per il caso in cui si ritenga che la sentenza impugnata abbia voluto addossare la responsabilità dell'accaduto ai soli genitori dell'allora minore Marco Gambini, passaggio motivazionale – ad avviso dei ricorrenti – non del tutto chiaro e ciò per una ragione autonoma, da sola rilevante e che prescinde dall'essersi poi affermata l'inammissibilità dell'istanza articolata nei confronti dell'Istituto scolastico Benacus (quest'ultimo in effetti tenuto a prestare il risarcimento dovuto in quanto il minore era affidato alla sorveglianza del personale docente della scuola stessa, con responsabilità così insorta a carico di detto soggetto), per avere imputato agli stessi *culpa in educando* (esclusa solo quella *in vigilando*).

Con il secondo motivo i ricorrenti lamentano la nullità della sentenza impugnata per violazione dell'art. 346 c.p.c. con riferimento agli artt. 2048, comma secondo, e 2055 c.c., nonché dell'art. 343 c.p.c. con riferimento all'art. 1917 c.c. – in relazione all'art. 360, comma primo, n. 4 c.p.c. – per avere la Corte distrettuale ritenuto che le domande di manleva, sia nei confronti dell'istituto sia delle compagnie assicurative, dovessero essere oggetto di appello incidentale, sebbene fossero state non disattese, ma assorbite dal giudice di primo grado. Ad avviso dei ricorrenti il motivo va scomposto in due distinte doglianze: l'una, prioritaria, relativa alla domanda di manleva svolta nei confronti della scuola privata che aveva organizzato la gita sciistica; la seconda concernente la domanda di garanzia esperita nei confronti della SAI s.p.a. e della Vittoria Assicurazioni s.p.a., società con le quali i Gambini – Oliosi erano assicurati per responsabilità civile. Aggiungono che le due

domande di manleva, garanzia e/o regresso, sul piano processuale, hanno in concreto subito il medesimo trattamento, di modo che l'illustrazione delle ragioni dell'erronea declaratoria di inammissibilità, in appello, dell'una istanza, in particolare quella nei confronti della scuola, presenta i medesimi profili della trattazione della domanda formulata nei confronti delle compagnie assicuratrici; di qui la trattazione cumulativa delle stesse. Proseguono che avendo il giudice di primo grado rigettato la domanda attorea per ragioni di merito, per essere il sinistro occorso imputabile allo stesso danneggiato, le domande svolte in via di manleva avrebbero dovuto ritenersi tutte assorbite, in quanto la loro operatività presupponeva il riconoscimento di un danno risarcibile, invece escluso. Detta situazione processuale avrebbe dovuto comportare, una volta accolto l'appello interposto, la sufficienza della pura e semplice riproposizione delle domande ritenute assorbite.

Con il terzo motivo il Gambini e la Oliosi deducono la nullità della sentenza con violazione dell'art. 112 c.p.c. in rapporto agli artt. 343 e 346 c.p.c. (ex art. 360, comma primo, n. 4, c.p.c.), per avere la Corte territoriale interpretato la richiesta di andare indenni dalle conseguenze risarcitorie del sinistro per cui è causa, chiedendo la condanna dell'Istituto scolastico e delle Compagnie di assicurazione, già parti del processo di prime cure (e ciò per il caso di riforma anche parziale della sentenza resa dal Tribunale di Verona in senso interamente vittorioso ai Gambini - Oliosi), come una domanda proposta con appello incidentale (e quindi tardivo) in luogo di pura e semplice riproposizione ex art. 346 c.p.c., con erronea applicazione, poi, delle ricadute disciplinate, in punto di diritto, dall'art. 343, comma primo, c.p.c.. Ad avviso dei ricorrenti la Corte d'appello avrebbe errato dichiarando inammissibile (e, perciò, non esaminandola) la domanda di regresso proposta nei confronti dell'istituto scolastico (cor)responsabile dell'incidente per omessa

sorveglianza sul minore, nonché le istanze di manleva rivolte alle compagnie assicuratrici chiamate in causa. In particolare, Emiliana Oliosi e Marco Gambini sostengono di non aver avanzato un'impugnazione incidentale - soggetta al termine decadenziale stabilito dall'art. 343, comma 1, c.p.c. (nella specie, pacificamente non rispettato) - avverso la decisione di prime cure che aveva rigettato le richieste risarcitorie degli attori e dichiarato assorbite le istanze dei convenuti nei confronti dei chiamati in causa, bensì di aver ritualmente riproposto (ex art. 346 c.p.c.) le proprie domande al momento della costituzione in appello; conseguentemente, la Corte veneziana avrebbe errato nel comminare la sanzione di inammissibilità di dette domande omettendo poi di esaminarle nel merito.

Infine con il quarto motivo - in via del tutto residuale - i ricorrenti lamentano la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 4, c.p.c. e la violazione e/o la falsa applicazione ex art. 360, comma primo, n. 3 c.p.c., con riferimento agli artt. 2909 c.c., 324 e 329 c.p.c., letti in combinato disposto con l'art. 2048, comma secondo, c.c., per non avere la Corte di appello rilevato e di conseguenza per non essersi conformata al giudicato prodottosi all'esito della sentenza del giudice di prime cure, in forza del quale l'evento dannoso era riconducibile in via esclusiva alla responsabilità dell'Istituto Scolastico Benacus per essere stato il minore Gambini affidato alla sorveglianza del corpo docente di quella struttura. Ad avviso dei ricorrenti, infatti, siffatta statuizione del primo giudice non sarebbe stata oggetto di impugnazione da alcuna delle parti, né in via principale né in via incidentale.

Vanno esaminate in via prioritaria e trattate unitariamente le censure con le quali si allega la violazione dell'art. 346 c.p.c. con riferimento agli artt. 2048, comma secondo, e 2055 c.c., nonché dell'art. 343 c.p.c. con riferimento all'art. 1917 (secondo motivo) e dell'art. 112

c.p.c. sempre in rapporto agli artt. 343 e 346 c.p.c. (terzo motivo), in quanto entrambe volte alla pregiudiziale affermazione della proponibilità (o meno) delle domande di garanzia ex art. 346 c.p.c. anche con comparsa di costituzione depositata oltre il termine di cui all'art. 167 c.p.c.. Esse sono meritevoli di accoglimento.

L'ordinanza interlocutoria della Terza Sezione, del 7 dicembre 2017 n. 29499, evidenzia che la sentenza impugnata appare non in linea con i principi recentemente sanciti anche da queste Sezioni Unite, in particolare con le sentenze n. 7700 del 2016 e n. 11799 del 2017, laddove ha dichiarato inammissibili le domande di manleva e di regresso proposte in primo grado dagli odierni ricorrenti - che avevano domandato, in via principale, il rigetto delle richieste risarcitorie degli attori e, logicamente in via subordinata, che l'obbligazione risarcitoria scaturita dall'applicazione dell'art. 2048 c.c. fosse attribuita o quantomeno estesa all'istituto scolastico, nonché di essere manlevati dalle compagnie con le quali avevano stipulato polizze assicurative - perché oggetto di riproposizione e non di appello incidentale, mentre proprio alla luce del consolidato orientamento richiamato non era necessario, atteso che le stesse erano rimaste assorbite nel giudizio di primo grado, in quanto rigettata nel merito la domanda attorea.

Ad avviso della Terza Sezione rimettente, però, altra questione appare preliminarmente indispensabile definire onde poter pervenire all'esame delle domande (subordinate) degli originari convenuti, odierni ricorrenti: accertare se le stesse siano state tempestivamente riproposte in secondo grado e, quindi, se siano ammissibili, pacifico che le predette istanze nei confronti delle compagnie assicuratrici e dell'istituto scolastico erano state riproposte al momento della costituzione in appello, avvenuta con comparsa depositata il 25 ottobre 2006 e, cioè, meno di 20 giorni prima dell'udienza fissata per l'8 novembre 2006. Con la conseguenza che nella fattispecie viene in

rilievo, dunque, non già il termine di 20 giorni prescritto dall'art. 343, comma primo, c.p.c. per l'appello incidentale, bensì quello indicato dall'art. 347, comma primo, c.p.c., disposizione che - nel richiamare per la costituzione in appello «i termini per i procedimenti davanti al tribunale» e, segnatamente, quello previsto dall'art. 166 c.p.c. per la parte "convenuta" in secondo grado - impone all'appellato di costituirsi «almeno venti giorni prima dell'udienza» fissata nell'atto introduttivo del giudizio di gravame.

In altri termini si domanda se la mancanza di una tempestiva costituzione comporti la decadenza dalla facoltà di riproporre, a norma dell'art. 346 c.p.c., le domande condizionate e/o le eccezioni rimaste assorbite dal rigetto delle istanze avversarie oppure se, al contrario, tali domande ed eccezioni possano essere riproposte in appello in un momento processuale successivo, finanche all'udienza di precisazione delle conclusioni, giacchè negli invocati pronunciamenti del giudice della nomofilachia non è possibile rinvenire un chiaro indirizzo ermeneutico sulle modalità e, soprattutto, sui termini per esercitare la facoltà di riproporre domande ed eccezioni.

All'uopo lo stesso giudice rimettente premette che la controversia è regolata, *ratione temporis*, dalle norme codicistiche introdotte con la riforma del d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito dalla legge 20 dicembre 1995, n. 534, ed applicabile ai giudizi instaurati dopo il 30 aprile 1995, novella che ha (re-)introdotto per il giudizio di primo grado un sistema fondato su rigide preclusioni che si sostanzia, rispetto alle difese del convenuto, ai sensi dell'art. 167 c.p.c., nella previsione per la quale lo stesso è tenuto, a pena di decadenza, a proporre nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente, depositata almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione, eventuali domande riconvenzionali. In detto assetto normativo, invece - a differenza di quello successivo alla riforma degli anni 2005-2006, che ha anticipato al tempestivo deposito della comparsa di

risposta anche detta preclusione processuale - le eccezioni in senso stretto potevano essere proposte nel termine, non inferiore a venti giorni prima dell'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c., concesso dal giudice all'udienza di comparizione.

La Sezione rimettente ricorda che la giurisprudenza della Corte che ha avuto occasione di pronunciarsi sul punto, con riguardo alle disposizioni introdotte dalla riforma di cui alla legge n. 534 del 1995, ha ritenuto che la riproposizione ex art. 346 c.p.c. potesse essere effettuata dall'appellato in ogni momento del giudizio di secondo grado, sino alla precisazione delle conclusioni, confutando le argomentazioni critiche che erano state espresse dalla dottrina dominante a seguito della novellazione normativa sulle preclusioni nel giudizio di primo grado (v. Cass. 10 agosto 2004 n. 15427); tuttavia andava considerato che il menzionato precedente cronologicamente non aveva potuto tenere conto della (successiva) evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha riguardato le barriere preclusive, pronunciamento che peraltro aveva riguardato fattispecie concernente la riproposizione ex art. 346 c.p.c. di un'eccezione (di prescrizione) formulata rispetto alla domanda attorea (che era stata respinta in primo grado), mentre nella causa *de qua* sono state riproposte in appello le domande di garanzia e di regresso già avanzate nei confronti di terzi e rimaste assorbite dal rigetto in prime cure delle istanze dell'attore principale.

Questo è il perimetro oggettivo della rimessione.

Come chiarito dalla medesima ordinanza interlocutoria, il processo ordinario di cognizione risultante dalla novella di cui alla legge n. 353 del 1990 e dalle successive modifiche, ha reintrodotta il principio di preclusione (previsto nella versione originaria del codice di rito, ma largamente abbandonato in seguito alla novella di cui alla legge n. 581 del 1950). La controversia è peraltro regolata, *ratione temporis*, dalle norme codicistiche introdotte con la riforma del d.l. 18 ottobre

1995, n. 432, convertito dalla legge 20 dicembre 1995, n. 534, applicabile ai giudizi instaurati dopo il 30 aprile 1995, con esclusione delle successive modifiche di cui alla legge n. 80 del 2005.

Va premesso che per consolidato orientamento di questa Corte, la disciplina dettata dall'art. 346 c.p.c. fa sì che in appello viga un effetto devolutivo limitato e non automatico, con la conseguenza che la mancata riproposizione delle domande o delle eccezioni respinte o ritenute assorbite comporta che in capo alle parti si verifichi una vera e propria decadenza, con formazione di giudicato implicito sul punto. Del resto detta norma costituisce applicazione rigorosa del principio della domanda, di cui all'art. 112 c.p.c., e la rinuncia di cui parla la disposizione opera solo all'interno del processo, ma non chiarisce con quale modalità e in quali tempi debba avvenire la riproposizione.

L'onere della riproposizione posto dall'art. 346 c.p.c. di certo non opera per le questioni rilevabili d'ufficio dal giudice in sede di gravame, ove non oggetto di esame e decisione in primo grado.

Ciò comporta che le questioni pregiudiziali di rito che non siano state fatte oggetto di alcuna soluzione nella motivazione della sentenza di primo grado rimarranno rilevabili anche ad opera del giudice di appello, pur in mancanza di un motivo di gravame o della riproposizione di esse.

Il principio secondo cui l'art. 346 c.p.c. non si applica con riferimento alle questioni rilevabili d'ufficio deve coordinarsi con il sistema delle preclusioni e con l'art. 342 c.p.c. che sancisce la specificità dei motivi d'impugnazione, in virtù dei quali la libera iniziativa del giudice con riguardo alle questioni rilevabili d'ufficio trova un limite nel caso in cui una di tali questioni sia stata espressamente decisa nel precedente grado di giudizio ed il relativo punto non abbia formato oggetto di impugnazione ovvero, nel caso di parte praticamente vittoriosa, non sia stato comunque riproposto al giudice di appello. Il riferimento dell'art. 346 c.p.c. alle sole eccezioni non accolte comporta, inoltre,

che non sia necessaria, per la considerazione delle stesse da parte del giudice d'appello, la riproposizione delle c.d. mere difese: come noto, invero, se le eccezioni comportano la deduzione di un fatto dotato di un'efficacia giuridica diversa da quella propria delle circostanze di fatto invocate dall'attore a sostegno della propria domanda (come fatti aventi efficacia impeditiva, modificativa o estintiva del diritto fatto valere dallo stesso), le mere difese si limitano alla contestazione o alla negazione del fatto costitutivo, nell'ambito dei fatti che il giudice è già chiamato a conoscere, e ciò anche laddove il convenuto deduca nuove e diverse circostanze di fatto, purché le stesse, ove provate, possano determinare l'inesistenza del fatto principale.

In altri termini, la norma si occupa solo delle domande e delle eccezioni sulle quali non vi sia stata una parte praticamente soccombente, con la conseguenza che la mera riproposizione, che deve essere contenuta nella comparsa di risposta dell'appellato, è onere della parte che sia rimasta totalmente vittoriosa nel merito.

Quanto alla riproposizione, per orientamento consolidato di questa Corte, la stessa può avvenire in qualsiasi forma idonea ad evidenziare in modo non equivoco la chiara e precisa volontà della parte di sottoporre la questione alla decisione del giudice di appello (Cass. n. 12345 del 2003), sebbene non sia sufficiente, a tal fine, il richiamo alle conclusioni e deduzioni operate nel giudizio di primo grado, dovendo la riproposizione avvenire in maniera specifica (Cass. n. 16360 del 2004).

Proprio in detto ordine di ricostruzione della disciplina del giudizio di appello questo giudice della nomofilachia ha identificato con chiarezza la parte che ha l'onere di proporre l'appello incidentale e quella che invece può limitarsi a riproporre le domande e le eccezioni ai sensi dell'art. 346 c.p.c.: la parte totalmente vittoriosa in primo grado non deve, perché non ne ha l'interesse, proporre appello incidentale e può riproporre le domande (anche riconvenzionali) o le eccezioni non

accolte o non esaminate perché assorbite nella sentenza di primo grado nella comparsa di costituzione (Cass. Sez. Un. n. 12067 del 2007; Cass. n. 24989 del 2013; Cass. n. 13411 del 2014). Per domanda subordinata che può essere riproposta ai sensi dell'art. 346 c.p.c. va intesa anche la chiamata in garanzia, svolta in primo grado dal convenuto totalmente vittorioso nel merito, visto il rigetto della domanda dell'attore (Cass. Sez. Un. n. 7700 del 2016).

Per quanto attiene al momento in cui la riproposizione può avvenire, con riguardo alla parte appellata, che costituisce il *proprium* della decisione rimessa a questo Collegio, il precedente richiamato dall'ordinanza interlocutoria (Cass. n. 15427 del 2004 cit.) è stato massimato nei seguenti termini: "Per sottrarsi alla presunzione di rinuncia di cui all'art. 346 c.p.c., la parte vittoriosa in primo grado ha l'onere di riproporre, a pena di formazione del giudicato implicito, in modo chiaro e preciso le domande e le eccezioni (in senso stretto) respinte o ritenute assorbite, in qualsiasi momento del giudizio di secondo grado, fino alla precisazione delle conclusioni, non essendo applicabile al giudizio di appello il sistema di preclusioni introdotto per il giudizio di primo grado, con il D.L. n. 432 del 1995, conv. nella legge n. 534 del 1995".

Nella motivazione della pronuncia viene puntualmente argomentato il dissenso rispetto all'incidenza del regime delle preclusioni poste per il giudizio di primo grado rispetto alla questione che ne occupa. Nello specifico, era denunciata la violazione da parte del giudice di primo grado dell'art. 346 c.p.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., per avere lo stesso ritenuto inammissibile la riproposizione di un'eccezione in quanto non avvenuta nella comparsa di risposta in appello.

La Corte ha ritenuto fondato il motivo di ricorso evidenziando che, dopo la novella del 1995, ad una giurisprudenza pressoché consolidata secondo la quale la riproposizione è ammissibile fino alla

precisazione delle conclusioni, si contrappone la dottrina dominante la quale sostiene che tale posizione determina una disparità di trattamento sia tra appellato ed appellante (al quale è inibita la proposizione di censure successive e diverse rispetto a quelle contenute nell'atto di appello), sia tra il convenuto nel giudizio in primo grado, assoggettato a rigorose preclusioni, e quello in secondo grado.

In primo luogo la Corte, in tale pronuncia, ha rilevato che il richiamo operato dall'art. 347, comma primo, c.p.c. alla costituzione in appello secondo le forme ed i termini per i procedimenti davanti al tribunale, deve essere inteso, in conformità alla formulazione letterale della disposizione, nel senso che non può ricomprendere anche le decadenze poste per tali procedimenti alle difese delle parti.

Per altro verso, nella medesima decisione è evidenziata l'incompatibilità delle preclusioni del giudizio di primo grado rispetto al sistema dell'appello, essendo la distinzione tra udienza di prima comparizione ed udienza di trattazione, e la concessione, quindi, di un termine previsto dal secondo comma dell'art. 180 c.p.c. incompatibili con la disciplina e la struttura del processo di appello, con l'effetto, ritenuto "artificioso" e privo di valide basi testuali, di ritenere limitato il richiamo operato dall'art. 347, comma primo, c.p.c. alle modalità di costituzione in causa del giudizio di primo grado al solo art. 167, comma primo, c.p.c. laddove prevede che nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese.

Nella decisione si fa riferimento anche al più generale problema di compatibilità del sistema con il principio di parità dei diritti di difesa tra le parti in causa, richiamando la giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 345, comma secondo, c.p.c., sollevata, in relazione all'art. 3 Cost., per il diverso trattamento riservato, nel giudizio di appello, all'appellante, che può proporre o riproporre le

eccezioni solo con specifico motivo di impugnazione nell'atto di appello, e all'appellato, che, invece, può proporre le predette eccezioni fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, trattandosi di una disparità giustificata dalla diversa posizione processuale delle predette parti.

La questione va meditata in ragione dell'assunto per il quale, attraverso il generale rinvio, da parte dell'art. 359 c.p.c., alla disciplina del giudizio di primo grado per quanto non espressamente regolato in appello, troverebbero applicazione anche in sede di gravame le previsioni contenute negli artt. 167 e 171 c.p.c. per il giudizio di primo grado.

Nell'ambito dell'elaborazione relativa alla disciplina applicabile *ratione temporis* nella fattispecie concreta qui in esame, ossia quella successiva alla richiamata riforma del 1995 ed anteriore a quella di cui alla legge n. 80 del 2005, in primo grado il convenuto è tenuto a proporre, a pena di decadenza, le sole domande riconvenzionali (nonché a richiedere di chiamare in causa terzi) mediante la comparsa di risposta tempestivamente depositata ex art. 167 c.p.c., potendo sollevare le eccezioni non rilevabili d'ufficio entro il termine concesso dal giudice all'udienza di comparizione, nella misura non inferiore a venti giorni prima dell'udienza di trattazione (diversamente, a seguito della novellazione operata dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, che ha modificato l'art. 167 c.p.c. nel senso di "anticipare" alla comparsa di costituzione e risposta depositata entro venti giorni prima dell'udienza, ormai unica, di comparizione e trattazione ex art. 183 c.p.c., la decadenza per il convenuto, anche ai fini della proposizione delle eccezioni in senso stretto).

Ferma la necessità che la riproposizione da parte dell'appellato totalmente vittorioso debba avvenire all'atto della costituzione nel giudizio di appello, in quanto la riproposizione per la prima volta in sede di precisazione delle conclusioni determina un *vulnus* al diritto di

difesa dell'appellante (ma anche dell'eventuale altro appellato destinatario della riproposizione), il dubbio attiene al se a tal fine la costituzione debba necessariamente essere tempestiva (venti giorni prima dell'udienza fissata nell'atto di citazione in appello ovvero differita) o possa avvenire direttamente all'udienza ex art. 350 c.p.c.. Del resto il solo riferimento al combinato disposto degli artt. 167 e 171, comma secondo, c.p.c., *ratione temporis* applicabile, stante il richiamo che l'art. 347, comma primo, c.p.c. fa a "le forme e i termini per i procedimenti davanti al tribunale", non è da solo risolutivo circa il significato da attribuire all'attività di riproposizione ex art. 346 c.p.c., per cui vanno chiariti i limiti di compatibilità delle attività che ex art. 167 c.p.c. si precludono per la parte convenuta in primo grado con la tempestiva costituzione in giudizio, con la struttura del giudizio di appello.

Indubbiamente la riproposizione ex art. 346 c.p.c. concorre a delimitare l'ambito della devoluzione al giudice di appello sia con riguardo all'oggetto del giudizio di impugnazione, per la riproposizione delle domande assorbite, sia con riguardo all'ampiezza della cognizione del giudice del gravame in relazione alle eccezioni su cui dovrà pronunciare. Tuttavia le domande e le eccezioni non accolte attengono pur sempre alla trattazione di circostanze già rientranti nel *thema probandum* e nel *thema decidendum* del giudizio di primo grado, poiché non introducono, nel giudizio pendente, nuovi diritti (come si può argomentare dall'art. 345, comma primo, c.p.c.) o nuovi fatti concretanti eccezioni (come si può argomentare dall'art. 345, comma secondo, c.p.c.) e quindi non viene ampliato l'oggetto del giudizio, ma solo mostrato l'interesse, comunque condizionato all'accoglimento dell'appello, alla decisione su diritti od eccezioni già a suo tempo ritualmente introdotti in giudizio.

Precisato che la mancata riproposizione di una domanda non esaminata in primo grado non dà luogo a giudicato ma ad una

preclusione processuale ed 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 processualcivilistica. Può rettamente parlarsi di preclusione, infatti, in presenza di una facoltà estinta perché non esercitata nel rispetto di un termine perentorio, ovvero consumata perché già esercitata, ovvero ancora incompatibile rispetto ad altra attività processuale svolta in precedenza.

Tralasciate le ultime due ipotesi, intuitivamente estranee alla fattispecie in esame, occorre focalizzare l'attenzione sulla prima, che predica una espressa previsione che correla (come fa l'art. 343 c.p.c. per l'appello incidentale) alla mancata tempestiva costituzione dell'appellato la impossibilità di riproporre domande od eccezioni rimaste assorbite in primo grado. In mancanza di basi sistematiche che impongano di assimilare l'attività di riproposizione a quella di formulazione *ex novo* di domande ed eccezioni in appello (come previsto dall'art. 345, commi primo e secondo, c.p.c.), non può operare il principio di preclusione, elaborato per selezionare le facoltà processuali esercitabili nella progressione del procedimento, secondo il punto di osservazione imposto dalla dialettica processuale del caso di specie, per cui la visuale elettiva dell'art. 346 c.p.c. sarebbe deviata in un ambito diverso da quello suo proprio, che va correttamente impostata sulla base della dicotomia difesa/eccezione ed altrettanto esattamente risolta nel senso della mera difesa. Diversamente si finirebbe con l'attrarre nella disciplina dell'appello incidentale anche la riproposizione di domande condizionate e/o di eccezioni non altrimenti esaminate dal primo giudice.

Né si può accedere alla diversa soluzione, per cui la costituzione dovrebbe avvenire nei venti giorni antecedenti l'udienza fissata

nell'atto introduttivo dell'appello, invocando l'interesse pubblico al corretto e celere svolgimento del processo (il c.d. principio del giusto processo), in quanto la parte destinataria della riproposizione di domande e di eccezioni assorbite in primo grado avrà la possibilità di argomentare l'infondatezza delle domande o delle eccezioni – peraltro sulla base di fatti già ritualmente allegati in causa – fino alla comparsa conclusionale. L'unica questione che al riguardo può presentare criticità concerne l'ipotesi in cui la riproposizione attenga a domande e/o eccezioni che abbiano comportato lo svolgimento di istanze di prove costituenti, non assunte in primo grado. Per il caso in cui, poi, le domande e/o le eccezioni riproposte siano accompagnate da istanze probatorie non esaminate o comunque non ammesse in primo grado, deve ritenersi che il giudice di appello possa pronunciare i provvedimenti necessari all'esito dell'udienza di trattazione, se del caso anche riservando la decisione sul punto. Deve, infatti, favorirsi l'approccio interpretativo secondo cui l'eventuale assunzione di mezzo istruttorio che appaia idoneo, per lo spessore contenutistico che lo connota, a sovvertire il verdetto di primo grado, nel senso di mutare il contenuto di uno o più giudizi di fatto sui quali si basa la pronuncia impugnata, fornendo un contributo decisivo all'accertamento della "verità materiale", è esso stesso espressione coerente con i principi del giusto processo (art.111 commi 1 e 2 Cost.).

Né, infine, un fattore impeditivo alla interpretazione sistematica sopra illustrata può essere individuato nel c.d. filtro in appello (di cui alla novella realizzata dalla legge n. 134 del 2012), che indurrebbe a ritenere obbligatoria la definizione dell'oggetto della cognizione del giudizio di appello limitatamente ai rispettivi atti introduttivi. Infatti il termine della riproposizione delle domande e delle eccezioni, nonché di deduzioni istruttorie, è da ritenere irrilevante in relazione all'applicazione degli artt. 348 *bis* e ss. c.p.c., in quanto disposizioni

previste per il solo caso in cui l'appello appaia *ab origine* manifestamente infondato (quindi, a prescindere dalle difese di controparte, da dichiarare inammissibile), con la conseguenza che non si pone neanche un problema di potere-dovere decisorio su dette domande ed eccezioni riproposte e, per l'effetto, del tempo della loro (re)introduzione del giudizio di impugnazione.

Le considerazioni fin qui svolte non sono contrastate dalla previsione dell'art. 281 *sexies* c.p.c., esteso dalla legge n. 183 del 2011 anche al giudizio di appello (art. 352, ultimo comma, c.p.c. aggiunto dall'art. 27, comma primo, lett. d della legge n. 183 cit.), attraverso il quale è stata codificata la possibilità di definire con il meccanismo di immediata decisione anche il giudizio di impugnazione, all'esito della discussione orale della causa, espressione di una potestà facoltativa riconosciuta in via esclusiva al giudice, che verrebbe ad essere incisa dalle scelte processuali della parte appellata. Ma anche in questa ipotesi occorre osservare che il nostro ordinamento non esclude la facoltà di costituzione tardiva della parte appellata ed anche ove questa riterrà di svolgere mere difese, con la sua scelta "attendista" costringerà comunque l'appellante ad assumere una posizione solo durante la fase di trattazione e quindi, eventualmente, richiedendo un rinvio per controdedurre, oltre ad indurre il giudice ad acquisire conoscenza delle medesime difese per la eventuale trattazione orale dell'appello nella medesima udienza.

D'altra parte, proprio il contemperamento del principio del giusto processo inteso ad una più rapida decisione della causa con le altre garanzie, essendo le preclusioni processuali – come sopra detto – collegate all'espressa previsione della decadenza, comporta una valutazione di compatibilità, equivalente a quella imposta dall'art. 359 c.p.c.

In conclusione, va affermato il seguente principio di diritto: «Nel processo ordinario di cognizione risultante dalla novella di cui alla

legge n. 353 del 1990 e dalle successive modifiche, le parti del processo di impugnazione - che costituisce pur sempre una *revisio prioris instantiae* - nel rispetto dell'autoresponsabilità e dell'affidamento processuale, sono tenute, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia (al di fuori delle ipotesi di domande e di eccezioni esaminate e rigettate, anche implicitamente, dal primo giudice, per le quali è necessario proporre appello incidentale: art. 343 c.p.c.), a riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, in quanto rimaste assorbite, con il primo atto difensivo e comunque non oltre la prima udienza, trattandosi di fatti rientranti già nel *thema probandum* e nel *thema decidendum* del giudizio di primo grado».

La decisione di accoglimento dell'appello (principale), con conseguente dichiarazione di inammissibilità delle difese svolte dagli appellati (originari convenuti), adottata dalla corte distrettuale, che ha ritenuto non tempestiva la costituzione dei Gambini - Oliosi ai sensi dell'art. 343, primo comma, c.p.c., si pone in contrasto con tale principio, sicchè il secondo ed il terzo motivo di ricorso vanno accolti.

I restanti motivi di ricorso, formulati in via subordinata ovvero residuale, che attengono alla corresponsabilità dell'Istituto scolastico, non esaminati dalla corte territoriale per avere ritenuto tardive le difese dei ricorrenti, sono assorbiti dall'accoglimento dei mezzi due e tre.

La sentenza impugnata va, dunque, cassata, con rinvio alla medesima corte territoriale che si dovrà nuovamente pronunciare tenendo conto dell'indicato principio di diritto.

Al giudice del rinvio è rimessa anche la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità, ai sensi dell'art. 385 c.p.c..

P.Q.M.

La Corte, accoglie il secondo ed il terzo motivo del ricorso, assorbiti i restanti motivi;

cassa la decisione impugnata e rinvia a diversa Sezione della Corte di appello di Venezia, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio delle Sezioni Unite del 17 aprile 2018.