

ANÁLISIS CRÍTICO DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROCESOS COLECTIVOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2018)	781
Leandro J. Giannini	
LA JUSTICE A TRAVERS LE CONTRAT	790
Loïc Cadiet	
LOS FUNDAMENTOS DEL PROCESO PENAL DEL MENOR	798
Lorenzo M. Bujosa Vadell	
RIFLESSIONI SU <i>RULE OF LAW</i> E «PRECEDENTE» GIUDIZIALE	812
Luigi Paolo Comoglio	
COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO EM FAVOR DE TERCEIROS E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS	830
Luiz Guilherme Marinoni	
LA LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS Y LA EXIGENCIA DE REPRESENTATIVIDAD ADECUADA	842
Maite Aguirrezabal Grünstein	
IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA “INTERNA” PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA. LA REFORMA DE 2015	854
Manuel Ortells Ramos	
DÉCÉS DE DEUX GÉANTS BRÉSILIENS DE LA PROCÉDURE CIVILE	872
Marcel Storme	
<i>SULL'APPELLO INCIDENTALE DEL SOCCOMBENTE VIRTUALE SU QUESTIONI</i>	874
Marcella Negri	
CULTURA DEL PROCESSO E OBBLIGO DI VERITÀ DELLE PARTI	885
Marco Gradi	
LE OPPOSIZIONI DI MERITO E DI RITO DEL DEBITORE NEL DIRITTO ITALIANO E NEL DIRITTO BRASILIANO*	894
Massimo Cirulli	
UNA LINEA SOTTILE TRA LIBERTA' E IMPOSIZIONE: LA MEDIAZIONE IN MATERIA CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA	910
Michele Angelo Lupoi	
A INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO ATRAVÉS DA CITAÇÃO DO RÉU: UM <i>GEDANKENSPIEL</i> PROCESSUAL	924
Miguel Teixeira de Sousa	
CORNERSTONES OF CIVIL JUSTICE	934
Neil Andrews	
COSTITUZIONE E PROCESSO CIVILE: DALL'ACCESSO AL GIUDICE ALL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE	941
Nicolò Trocker	
L'EVOLUZIONE DEL <i>COLLABORATIVE LAW</i> IN ITALIA: LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA FAMILIARE	957
Olga Desiato	
A TEORIA DA AÇÃO DE CLASSE (<i>Class Action</i>)	979
Owen Fiss	
LA TUTELA D'URGENZA E LE RIFORME PROCESSUALI ITALIANE	985
Paolo Biavati	

SULL'APPELLO INCIDENTALI DEL SOCCOMBENTE VIRTUALE SU QUESTIONI

Marcella Negri
Professore Associato

1. Negli ultimi tempi le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno svolto un intenso lavoro interpretativo su snodi nevralgici della disciplina dell'appello civile, contribuendo così in maniera determinante a fissare la fisionomia che questa impugnazione esibisce allo stadio attuale della sua millenaria evoluzione. Nel giro di poco più di due anni, accompagnando e completando i frammentari e per vero non sempre provvidi interventi legislativi più recenti, il Supremo consesso ha infatti esercitato il suo magistero nomofilattico su molte disposizioni "cardine", ciascuna in maggiore o minore misura rivisitata da stratificate riscritture. Nella corona di pronunce spiccano quelle in tema di: grado di specificazione dei motivi di appello richiesto dal novellato art. 342 c.p.c.¹; nozione di indispensabilità della prova nuova ammessa ai sensi dell'art. 345 c.p.c., nella versione anteriore alla riforma del 2012²; rapporti tra onere di appello incidentale e onere di riproposizione di domande ed eccezioni "non accolte"³. A queste deve aggiungersi l'ordinanza interlocutoria che sottopone alle Sezioni Unite, il cui responso è atteso a breve, la risalente questione del termine ultimo per la riproposizione ex art. 346 c.p.c.⁴

Tra queste pronunce, un rilievo invero centrale al fine di ricomporre i tasselli della disciplina dell'appello rivestono certamente quelle che si propongono di chiarire quali siano le forme ed i modi con cui l'appellato possa devolvere alla cognizione del giudice superiore le eccezioni (genericamente) non accolte, perché non decise ovvero perché decise in senso sfavorevole⁵. Come noto e come ampiamente sottolineato dai numerosi commenti, le Sezioni Unite sposano l'impostazione, che già in precedenza aveva trovato accoglienza presso una parte significativa della dottrina⁶, secondo cui il giudizio di appello esige che l'appellato, il quale voglia ottenere il riesame delle questioni risolte a suo sfavore, formuli una critica argomentata contro il loro rigetto, espresso o anche solo implicito, o contro l'illegittima pretermissione (denunciando in tal caso l'omessa

1 Cass., sez. un., 16.11.2017 n. 27199, in *Foro it.*, 3/2018, I, 937 ss., nota di Balena; in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2018, con nota di E. Italia. Sull'ordinanza di rimessione (Cass., sez. III, 5.4.2017 n. 8845), v. le osservazioni di Consolo in *Corr.giur.*, 2017, 1150 ss.

2 Cass., sez. un., 4.5.2017 n. 10790, in *Corr. giur.*, 11/2017, 1400 ss., con nota di Consolo-Godio.

3 Cass. sez. un., 12.5.2017 n. 11799, in *Corr. giur.*, 11/2017, 1400 ss., con nota di Consolo-Godio; in *Giusto proc. civ.*, 3/2017, 804 ss., con nota critica di Bianchi; in *Riv. dir. proc.*, 1/2018, 258 ss., con nota adesiva di Rascio. La pronuncia individua il discrimine tra onere di appello incidentale ed onere di riproposizione nella circostanza che l'eccezione sia stata oggetto in prime cure rispettivamente di decisione, espressa o implicita, oppure non sia stata esaminata in quanto legittimamente assorbita. In precedenza, nel riconoscere la sufficienza della riproposizione ai sensi dell'art. 346 c.p.c. per la devoluzione al giudizio di appello della domanda di garanzia ritualmente assorbita nel grado precedente, già Cass. sez. un., 19.4.2016 n. 7700 aveva articolato le linee fondamentali del ragionamento poi esplicitato dal successivo *arrêt* anche con riguardo al rapporto tra eccezioni respinte ed eccezioni assorbite (pt.5.6 della motivazione; la sentenza si può leggere in *Corr. giur.*, 7/2016, 968 ss. con nota di Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*). Le Sezioni Unite, con il citato dittico di pronunce, compongono così il contrasto denunciato dalla ord. interloc., avallando la strada che era stata già indicata da Cass. sez. un., 16.10.2008 n. 25246 (in *Giur. it.*, 2009, 2001 ss., con nota di Ronco), con riguardo alla questione di giurisdizione.

4 La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite da Cass., 7.12.2017 n. 29499, in *Corr. giur.*, 2018 2/230, con nota di Godio.

5 Cass. sez. un., 12.5.2017 n. 11799, cit., sulla quale si veda altresì il commento sostanzialmente adesivo di: Battaglia, *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2018, 428 ss. In senso conforme, per la giurisdizione tributaria: Cass. sez. un., 12.9.2017 n. 21105. Cfr., in almeno apparente (dato che dalla motivazione non è dato evincere con sicurezza i fatti di causa) contrasto non consapevole, tacendo del tutto la motivazione sul recente approdo delle Sezioni Unite: Cass. sez. II, 29.1.2018 n. 2091.

6 Già concludevano, sia pure all'esito di percorsi argomentativi non del tutto coincidenti, per la necessità di appello incidentale onde devolvere al secondo giudice questioni risolte a sfavore dell'appellato: Poli, *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 332 ss., 334; Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, 243 ss., facendo soprattutto leva sul parallelismo tra soluzione di questioni in motivazione ovvero con sentenza non definitiva; Monteleone, *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 714 ss., 734; Grasso, *Le impugnazioni incidentali*, Milano, 1973, 86 ss. Analoga conclusione era attinta, pur rigettando l'argomento comune alla dottrina sopra richiamata ed incentrato in sostanza sull'identificazione della locuzione "parte di sentenza" ai sensi dell'art. 329 cpv. c.p.c. con "capo di questione" da: Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 180 ss., 196 s., 202; Ronco, *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito (come baluardo per la sopravvivenza della decisione di merito)*, in *Giur. it.*, 2009, 2001 ss., 2006. La contraria ed assai diffusa impostazione, favorevole alla riproposizione ex art. 346 c.p.c., si trova esemplarmente delineata in: Attardi, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. it.*, 1961, IV, 145 ss., 163; Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, 154 s.; Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2017, II, 383ss.; Bianchi, *Riproposizione in appello delle eccezioni respinte da parte dell'appellato vittorioso in primo grado*, in *Giusto proc. civ.*, 3/2017, 805 ss., 812 s.

pronuncia e la violazione dell'art. 112 c.p.c.), proponendo dunque un appello incidentale nelle forme e nei termini di cui all'art. 343 c.p.c. In altre parole, anche sull'appellato grava un onere di espressa censura motivata, simmetrico a quello che l'art. 342 c.p.c. impone all'appellante, in ordine a tutte le eccezioni decise e respinte. L'ambito proprio della mera ed acritica riproposizione di domande ed eccezioni non accolte ai sensi dell'art. 346 c.p.c., si restringe quindi al caso del rituale e legittimo assorbimento in senso tecnico: si deve cioè trattare di domande proposte in cumulo condizionale e non decise per mancato verificarsi della condizione, alla quale era subordinata la loro decidibilità nel merito, ovvero di eccezioni semplicemente "accantonate" e sulle quali il primo giudice non ha preso posizione alcuna in quanto il loro esame si appalesava superfluo in ragione della soluzione data ad altre questioni "assorbenti".

Si tratta in definitiva di una soluzione, quella oggi con nettezza avallata dalle Sezioni Unite in ben due successive pronunce, che, pur scontando il fattore di incertezza introdotto dalla predicata equiparazione tra rigetto esplicito ed implicito di una eccezione e dalla conseguente necessità di affinare i sempre insicuri criteri distintivi tra silenzio-assorbimento e silenzio-rigetto⁷, si inserisce armonicamente nella logica della cd. *revisio prioris instantiae*, alla quale corrisponde un appello non solo chiuso all'ingresso di nuovo materiale di causa, ma altresì privo di effetto devolutivo integrale ed automatico pur all'interno del capo di domanda oggetto dell'iniziativa dell'impugnante principale. La logica del controllo, contrapposta a quella della rinnovazione completa del giudizio, infatti esige, naturalmente là dove possibile e quindi là dove una previa decisione esista, che la parte interessata a riportare all'attenzione del secondo giudice una questione già risolta si assuma – secondo un imperativo di auto-responsabilità – l'onere di formulare una critica argomentata alla prima pronuncia. Infine, ma non per ultimo, bisogna riconoscere che la soluzione oggi preferita presenta il pregio della semplicità e linearità, almeno se raffrontata alla contrapposta tesi che – muovendo dalla ricerca di una soccombenza "materiale" e di un interesse ad impugnare inteso come interesse conseguire una maggiore utilità, rispetto alla sentenza gravata – fa leva invece sulla "(non) indifferenza utilitaristica"⁸ di rigetto e mancato esame ovvero sulla "(non) equipollenza" tra eccezioni (che sola avrebbe giustificato in capo al vincitore pratico un interesse ad impugnare in via incidentale per conseguire una decisione ancora più favorevole della prima in ragione del "motivo portante" del rigetto⁹): concetti, questi ultimi, di cui, nonostante abbiano alle spalle un cospicuo retroterra di riflessioni dottrinali, non è agevole fornire una definizione sufficientemente univoca e quindi *operativamente* sicura al fine di valutare se sussista o meno un onere di impugnazione.

In questa sede, però, più che esporre la propria personale valutazione in merito alla persuasività o desiderabilità dell'attuale approdo giurisprudenziale, interessa soprattutto indagare una delle sue potenziali implicazioni, che è rimasta in ombra e non trova chiare indicazioni nel *vademecum* che i giudici di legittimità

7 Nel senso che sia questo il passaggio meno soddisfacente del principio sancito dalle Sezioni Unite: Consolo, in Consolo-Godio, *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345 (commi 2 e 3): le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità materiale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio*, in *Corr. giur.*, 2017, 1416 s.; Rascio, *Impugnazione e riproposizione ex art. 346 c.p.c. al vaglio delle Sezioni unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 265 ss., 272. Si tralasciano qui le sterminate indicazioni bibliografiche sulla discutibilissima nozione di cd. giudicato implicito su questioni di rito (prima tra tutte quella di giurisdizione, secondo la prospettiva inaugurata da Cass., sez. un., 9.10.2008 n. 24883) ovvero di merito (ed il pensiero corre all'improprio uso che di tale sintagma fanno le celeberrime Cass. sez. un., 2014 n. 2642 e 2643 con riguardo alla questione di nullità contrattuale, della quale peraltro ribadiscono la perdurante rilevanza officiosa nel grado successivo in assenza di riferimenti espressi nella motivazione della sentenza gravata) e ci si limita solo a rilevare che, con riguardo in specie alle questioni pregiudiziali di rito diverse da quella di giurisdizione appare tuttora assai incerto se davvero, decisa nel merito la causa in primo o secondo grado senza esplicitamente affrontare il tema della decidibilità nel merito, in assenza di iniziative della parte si formi una preclusione interna che impedisca il rilievo officioso di qualsiasi questione impediante (lo esclude, criticando l'*obiter dictum* contenuto nel § 9.4.6 di Cass. 1179/2017: Consolo, *op. ult. cit.*, 1417; Id., *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione fra struttura intima oggettuale del processo e dibattito odierno sulle tentazioni babeliche delle corti*, in *Riv. dir. proc.*, 6/2017, 1562 ss., ove anche si argomenta nel senso della perdurante rilevanza officiosa, non solo in caso di silenzio ma pure a fronte di espressa decisione di una questione pregiudiziale di rito cd. "fondante" e principalmente nei casi che potrebbero essere ricondotti all'art. 161 co. 2 c.p.c.). Con specifico riguardo alle decisioni "implicite", e segnatamente a quella sulla giurisdizione, solleva dubbi sulla configurabilità di un onere di appello incidentale: Pacilli, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione condizionata della parte vittoriosa nel merito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1249 ss., 1256, secondo il quale, in difetto di soccombenza "anche solo potenziale", l'appellato totalmente vincitore nel merito non potrebbe vedersi gravato dell'onere di criticare una decisione che non c'è.

8 Insiste sulla necessità che l'appello incidentale sia sorretto da una soccombenza "materiale" e da un interesse ad impugnare, ravvisabile solo là dove l'accoglimento dell'una ovvero dell'altra eccezione offra al convenuto utilità diverse: Tedoldi, *L'onere di appello incidentale nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2001, 1301 ss., 1304, 1310, 1313 s.; Tedoldi, *L'appello civile*, Torino, 2016, 65 s., dove però l'A. prende atto dell'ormai radicalmente mutato clima giurisprudenziale.

9 La prospettiva è indagata, come ipotesi di lavoro, da Consolo (*Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, 493 s.), il quale osserva che, muovendo dall'idea che l'appello incidentale si corredi solo all'interesse ad impugnare per ottenere una decisione ancor più favorevole, questo interesse potrebbe a rigore sussistere solo in caso di rigetto di eccezioni "non equipollenti". L'Autore tuttavia, e non da oggi, finisce per accordare la sua preferenza alla più semplificata lettura oggi fatta propria dalle Sezioni Unite (Consolo, *op. ult. cit.*, 496 s.; id., *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, cit., 983). La distinzione tra eccezioni equipollenti e non viene ulteriormente rivitalizzata, in diretta critica all'orientamento giurisprudenziale, da: Muroli, *Critica alla figura dell'appello incidentale condizionato su questioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2/2017, 401 ss., 411, 419 ss..

hanno inteso approntare per le parti appellate e specialmente per l'appellato vincitore pratico ma soccombente virtuale su questione ¹⁰.

Ci si riferisce al dubbio se la questione, preliminare di rito o pregiudiziale di merito, devoluta al giudice di seconde cure dall'appello incidentale del vincitore possa o meno essere esaminata e decisa con priorità rispetto a quella censurata dall'appellante principale ovvero se l'esame di tale questione possa o addirittura debba necessariamente essere subordinato alla previa valutazione di fondatezza dell'appello principale.

2. L'attuale assetto – nel riconoscere all'art. 343 c.p.c. un ambito applicativo assai ampliato, rispetto alla impostazione tradizionale e nella pratica forse prevalente almeno fino al tramonto dello scorso millennio, a tutto discapito di quello assai ridotto che residua all'art. 346 c.p.c. – rilancia con forza il quesito circa la possibilità ovvero addirittura l'infedeltà dell'esame prioritario dell'appello principale rispetto a quello dell'appello incidentale su questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito. Non si può infatti eludere la questione se l'appello incidentale del soccombente virtuale debba o almeno possa essere proposto *in via condizionata* all'accoglimento o alla fondatezza dell'appello principale ¹¹, con tutto quanto ne consegue in termini di alterazione dell'ordine logico o naturale di esame delle questioni.

Il tema del carattere condizionato dell'impugnazione incidentale proposta dal soccombente virtuale su questione di rito o di merito è un *topos* frequentatissimo se ci si sofferma sul ricorso per cassazione, mentre l'attenzione della dottrina appare assai più discontinua e sporadica sul versante del giudizio di appello.

Ciò non stupisce, posto che sinora il tema è stato di fatto oscurato dalla *querelle* sulla stessa esistenza di un potere ed onere di appello incidentale in ordine alle eccezioni non accolte e finiva, in ragione della prevalenza generalmente accordata alla tecnica della riproposizione mera, per essere confinato ad ipotesi relativamente marginali ¹². Peraltro, anche la dottrina che si colloca in tale prospettiva, nei casi residuali in cui comunque ammette un onere di appello incidentale in capo al *vincitore pratico* – e segnatamente nelle ipotesi di: impugnazione, a scioglimento della riserva di gravame a suo tempo interposta, della sentenza non definitiva su questione, nonché di rigetto della domanda proposta in cumulo alternativo ¹³ - quasi altrettanto pacificamente finisce per riconoscere a tale appello un carattere condizionato al successo di quello principale.

Il silenzio serbato sul punto dalle Sezioni Unite sollecita quindi inevitabilmente una più puntuale riflessione ¹⁴, che si emancipi dalla tentazione di trarre troppo meccaniche conclusioni, fondate su equivalenze solo apparenti e nella sostanza mistificatorie tra la posizione dell'appellato e quella del resistente in cassazione. Ciò che ci si propone qui di indagare, infatti, è se l'appello incidentale del vincitore in prime cure debba necessariamente essere concepito in termini omologhi alla corrispondente iniziativa del soccombente virtuale resistente in cassazione e quindi debba o possa atteggiarsi, sempre o almeno in talune ipotesi, come "gravame

10 Sulla nozione di cd. soccombenza "virtuale" o "teorica" si rinvia per tutti a: Grasso, *op. cit.*, 49 s.; Salvaneschi, *op. cit.*, 125 ss., facendone il caso emblematico di impugnazione dissociata da una soccombenza formale (i.e. sulla domanda). Si rammenta qui che le Sezioni Unite (20.10.2016 n. 21260, in *Corr. giur.*, 2/2017, 257 ss. con nota di Consolo; in *Giusto proc. civ.*, 3/2017, con nota di Fornaciari; in *Riv. dir. proc.* 3/2017 con nota di Ruffini) sono intervenute di recente anche sulle condizioni per la decidibilità nel merito della impugnazione (principale) con una pronuncia che, al di là della specifica questione cui si indirizza il principio di diritto (l'impugnazione dell'attore soccombente nel merito sulla questione di giurisdizione), contiene in motivazione spunti di rilievo più generale in ordine alla nozione di soccombenza ed ai suoi tormentati rapporti con quella di "interesse ad impugnare".

11 Segnala chiaramente il problema: Rascio, *Impugnazione e riproposizione ex art. 346 c.p.c. al vaglio delle Sezioni unite*, cit., 273.

12 Esemplari in questo senso, ammettendo un onere di appello incidentale del vincitore solo in ordine a sentenze non definitive su questioni preliminari o pregiudiziali, nonché in relazione a domande condizionali assorbite: Attardi, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, cit., 159 ss.; Id., *Limiti di applicazione del gravame incidentale tardivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 173 ss., 178 s.; Salvaneschi, *op. cit.*, 1990, 77 ss. Secondo Tedoldi, *L'onere di appello incidentale nel processo civile*, cit., 1315, l'appello incidentale (condizionato) del vincitore resterebbe confinato ai soli casi della sentenza non definitiva su questione e del rigetto della domanda di garanzia in ipotesi di rigetto della domanda principale. Come già rammentato, le Sezioni Unite hanno definitivamente chiarito che per le domande subordinate assorbite, come tipicamente quella di garanzia in ipotesi di rigetto della principale, è sufficiente la mera riproposizione (in questo senso: Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 792 ss.; Tedoldi, *op.ult. cit.*, 1312).

13 Sull'appello incidentale dell'attore che veda accolta una delle domande proposte in cumulo alternativo e respinta l'altra: Consolo, *Breve riflessione esemplificativa*, cit., 980; Id., *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 801 nota 200; Salvaneschi, *op. cit.*, 113; Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 179; Poli, *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, cit., 334; *contra*, reputando sufficiente la mera riproposizione ex art. 346 c.p.c.: Tedoldi, *op. ult. cit.*, 1312.

14 Un accenno *per incidens* al carattere condizionato dell'impugnazione del vincitore, e tra l'altro proprio nell'ipotesi più discussa, emerge tuttavia dalla motivazione di Cass., sez. un., 2016 n. 21260, cit., § 10.4 in fine: "il vincitore pratico della causa, se non ha interesse a impugnare per primo il capo della giurisdizione (...) ha tuttavia interesse ad impugnare dopo e per effetto della impugnazione principale sul merito da parte del soccombente pratico e così in via incidentale condizionata per il caso del suo accoglimento". Critico sul punto Consolo, *Considerazioni sistematiche sulla n. 21260. Il "vecchio" rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inattività dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, 2/2017, 257 ss., 273.

condizionato”. Anticipando le conclusioni, si crede che sussistano ottimi argomenti per negarlo¹⁵.

3. A prima vista, l'attuale orientamento del Supremo Collegio parrebbe pregiudicare inevitabilmente la conclusione. Mentre, accedendo alla soluzione oggi disattesa e cioè quella che faceva leva sulla riproposizione ai sensi dell'art. 346 c.p.c., sarebbe stato quasi ovvio desumerne l'immediato riemergere dinanzi al secondo giudice, e nell'ordine naturale loro proprio, delle eccezioni in primo grado respinte e poi diligentemente riproposte¹⁶; la tecnica dell'appello incidentale – traendo con sé l'esigenza che il giudice superiore valuti in primo luogo l'ammissibilità della iniziativa impugnatoria e quindi l'attualità della soccombenza o, meglio, dell'interesse ad impugnare che si concretizza solo con il successo dell'attacco sferrato in via principale dall'avversario – parrebbe portare invece con altrettanta immediatezza a concludere nel senso del condizionamento *de jure*, sulla falsariga di quanto la Suprema Corte ammette oggi (allo stato attuale di una oscillazione interpretativa mai davvero esaurita) per il ricorso incidentale in cassazione¹⁷.

In effetti, giurisprudenza e dottrina prevalenti tendono a trattare unitariamente il tema delle impugnazioni incidentali del vincitore o quantomeno ad affrontarle sulla base di un nucleo argomentativo comune. La scarsa giurisprudenza edita, quando non si limita a riconoscere una generica facoltà di ammissibile condizionamento volontario, non fa che reiterare meccanicamente ed estendere all'appello i principi enunciati in ordine al ricorso incidentale del vincitore¹⁸. Merita peraltro sottolineare – ed il dettaglio è, come emergerà più avanti, tutt'altro che irrilevante – la circostanza che tali pronunce si riferiscono a casi in cui oggetto dell'appello incidentale era una questione preliminare di *merito*, e non già invece una questione pregiudiziale di rito, oppure, ed anzi assai più di frequente, a casi in cui l'appello incidentale verteva sulla domanda di garanzia in prime cure assorbita per rigetto della domanda principale. Già attenta dottrina ha osservato¹⁹ che il condizionamento si trova così avallato soprattutto là dove non esiste un necessario ordine logico di esame delle questioni (quelle preliminari di merito) ovvero quando quel condizionamento corrisponde in realtà a quello già volontariamente imposto dalla parte in prime cure, come nel caso della domanda subordinata di garanzia.

Anche la dottrina dal canto suo ha *per lo più* impostato il problema in termini unitari, giungendo così alla conclusione che anche nelle ipotesi, più o meno residuali a seconda delle preferenze dell'interprete, in cui si impone l'onere di appello incidentale *ex art.* 343 c.p.c. allora tale appello – così come il suo corrispettivo nel giudizio di cassazione – può²⁰ ovvero, e più precisamente, deve essere svolto in via condizionata²¹, sulla scorta di considerazioni attinenti alla sussistenza delle condizioni minime affinché la parte possa ammissibilmente proporre una impugnazione, non importa se in appello o in cassazione, ed

15 Ci si propone quindi di sviluppare ed approfondire l'accento contenuto nel nostro *Gli effetti dell'estinzione nell'arco dei vari gradi del processo*, Torino, 2017, 198 nota 121. In quella sede, il dubbio circa il carattere condizionato (all'accoglimento o alla fondatezza di quello principale) dell'appello incidentale del vincitore poteva essere lasciato sostanzialmente aperto, dato che qualunque fosse la soluzione prescelta, in ogni caso – come si evidenzierà meglio oltre – l'iniziativa del vincitore manterrebbe un carattere strettamente dipendente rispetto alla decidibilità nel merito dell'appello principale, risultando quindi sempre travolto dalla chiusura in rito o dalla estinzione di questa, che era quanto appunto in quella sede premeva acclarare.

16 Nel senso che la riproposizione *ex art.* 346 c.p.c. *a fortiori* conduce alla riemersione contestuale ed al rispetto dell'ordine naturale: Turrone, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, 144.

17 Sul perfetto parallelismo con il ricorso per cassazione: Poli, *L'evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle recenti riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 125 ss., 135 nota 13; e già Id., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, 522. In termini analoghi, benché con toni rassegnati, si esprime oggi, alla luce della riscrittura dell'art. 342 c.p.c. e degli orientamenti dominanti nella giurisprudenza anche: Tedoldi, *L'appello civile*, cit., 66 s., 68.

18 Solo sporadica è l'emersione del tema dell'appello incidentale condizionato su questione. In alcuni casi si tratta di incisi del tutto generici, come in: Cass. 20.3.2017 n. 7050, che accenna ad un onere di appello incidentale “eventualmente condizionato” su eccezioni respinte; Cass. 2.10.2000 n. 13001 che si limita a riconoscere che la parte può volontariamente subordinare il proprio appello incidentale su questioni alla condizione dell'accoglimento di quella avversaria. In altri, il principio è sancito a chiare lettere e con esplicito richiamo degli argomenti spendibili per il ricorso per cassazione: Cass. 19.3.2018 n. 6716; id., 1.3.2016 n. 4047; id., 23.9.2004 n. 1912, ove si legge che il principio, riaffermato a partire da Cass., sez. un., n. 2559/2009, del condizionamento *ex lege* del ricorso incidentale “è applicabile anche all'appello”. In tutti questi casi, peraltro, si trattava di un appello incidentale su questione preliminare di *merito*. Una serie assai più nutrita di precedenti, anteriori al Cass. sez. un. n. 7700/2016 che ha riportato l'ipotesi nell'alveo dell'art. 346 c.p.c., riconosce il carattere condizionato dell'appello incidentale relativo alla domanda di garanzia in prime cure “assorbita o respinta” per rigetto di quella principale (*ex multis*: Cass. 17.6.2013 n. 15107; Cass., 29.9.2004 n. 19145, id., 4.2.2004 n. 2061; id., 10.11.1997 n. 11060; 15.3.1995 n. 2992). Frequente è l'affermazione del carattere condizionato dell'appello incidentale su questioni pregiudiziali o preliminari anche nel contesto del giudizio amministrativo; *ex multis*: Cons. di Stato, 3.3.2016 n. 882; id., 23.3.2015 n. 1596; id., 2.3.2009 n. 1154. Per considerazioni critiche sull'orientamento giurisprudenziale e più in generale sul carattere condizionato dell'impugnazione del vincitore: Squazzoni, *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale su questioni di rito*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2016, 299 ss.

19 Ronco, *op. cit.*, 2007.

20 Poli, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., 522, esplicitamente nel segno della identità strutturale dei due mezzi di impugnazione.

21 Nel senso che si tratti di una *condicio juris*, indipendente dalla volontà della parte, *ex multis*: Salvaneschi, *op. cit.*, 124; Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 545, il quale peraltro precisava che la necessaria subordinazione dell'esame non riguarda le questioni rilevabili *ex officio* pur in assenza di specifica impugnazione; Grasso, *op. cit.*, 56; Chiarloni, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969, 123 s.

ottenere l'esame nel merito²². Il ragionamento, ben noto, è in sintesi il seguente: al giudice di seconde cure si impone, come ad ogni altro, l'esame prioritario delle condizioni del suo potere-dovere di decidere nel merito dell'istanza; nei gradi successivi al primo, dunque, il giudice deve in primo luogo valutare l'ammissibilità dell'impugnazione e così l'esistenza delle condizioni che legittimano la proposizione e l'esame dell'impugnazione, sia principale che incidentale. Il vincitore nel merito, che si sia visto respingere una difesa, se non può impugnare in via principale perché non è soccombente né vi avrebbe interesse, può farlo in via incidentale quando la sua vittoria sia minacciata dall'altrui impugnazione. Tale situazione non è tuttavia di per se stessa sufficiente ad integrare il requisito minimo (*i.e.* una soccombente attuale ed un attuale interesse alla modifica della sentenza) perché il giudice possa scendere a valutare la fondatezza o meno del gravame incidentale, fino a che quella minaccia non sia divenuta concreta con l'accoglimento o almeno la delibazione di fondatezza²³ della impugnazione avversaria²⁴.

Specularmente, chi nega cittadinanza all'appello incidentale condizionato, per solito conclude negativamente anche in ordine al suo parente prossimo, cioè il ricorso incidentale del vincitore, facendo essenzialmente leva: sull'inderogabilità dell'ordine logico rito/merito nonché, con riguardo alle questioni preliminari di merito, sull'esigenza di preservare il cd. primato della ragione più liquida; ed osservando inoltre che l'interesse ad impugnare ed a veder accolta tale impugnazione incidentale si ricollegano *direttamente* alla nuova situazione determinata dall'attacco sferrato dal soccombente pratico²⁵.

Da quanto sopra, chi condivida le linee di fondo della teorica della impugnazione incidentale *ex lege* condizionata potrebbe essere indotto ad inferire che l'imposizione dell'onere di appello incidentale in capo al soccombente virtuale comporti inevitabilmente quella alterazione dell'ordine naturale di esame delle questioni che, già disputato in cassazione, si ambienta ancor peggio nel seno del giudizio di appello²⁶.

Da qui potrebbe nascere anche la tentazione di negare la stessa premessa, cioè appunto l'onere di appello incidentale, così da scongiurare *in apicibus* l'innaturale alterazione del *normale* rapporto del giudice di appello con il materiale di causa²⁷. La conclusione sarebbe tuttavia affrettata.

Occorre considerare che non sussiste affatto un nesso rigido di reciproca implicazione tra onere di appello incidentale in capo al soccombente virtuale, necessità di sua proposizione in via condizionata ed alterazione dell'ordine logico/naturale dell'esame delle questioni.

22 Per tutti: Chiarloni, *op. ult. cit.*, 19 ss., 133 ss., 229 ss.; Grasso, *op. cit.*, 53 ss.; Consolo, *op. ult. cit.*, 542 ss.; Salvaneschi, *op. cit.*, 121 ss. In questo medesimo ordine di idee (ma v. oltre sull'evoluzione del suo pensiero): Attardi, *Limiti di applicazione del gravame incidentale tardivo*, *cit.*, 181. Per ulteriori riferimenti, si rinvia a: Baccaglioni, *Ricorso incidentale subordinato e questioni pregiudiziali di rito*, in *Corr. giur.*, 2009, 1007 ss.; Benigni, *Accordi preventivi di rinuncia alle impugnazioni e ricorso incidentale condizionato*, in *Giur. it.* 2014, I, 80.

23 Ci si riferisce alla tesi, formulata con riguardo al giudizio di cassazione e specialmente per i ricorsi incidentali su questioni di rito, che subordina l'esame di questo (non già all'accoglimento, cui conseguirebbe la cassazione di regola con rinvio, della sentenza viziata) bensì alla mera delibazione di fondatezza del ricorso principale (Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 289 ss., 295).

24 Infatti, esaminata per prima ed accolta l'impugnazione incidentale del vincitore, questi non conseguirebbe un risultato per lui più utile rispetto a quello già conseguito mercé la sentenza impugnata: quindi solo dopo l'accoglimento di questa sorge un interesse attuale all'accoglimento della impugnazione incidentale. Secondo Grasso, *op. cit.*, 54 s., si deve distinguere tra interesse a proporre l'impugnazione incidentale, che sarebbe già attuale con la proposizione dell'impugnazione avversaria, ed inattualità del pregiudizio che "resta virtuale fino a quando sia accolta l'impugnazione principale". Proprio la mancanza di attualità del pregiudizio, che si concretizza con l'attualizzarsi di una soccombente pratica in capo all'appellato, impone la subordinazione dell'esame dell'impugnazione incidentale al successo di quella principale (Grasso, *op. loc. ult. cit.*; Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, *cit.*, 255). Critico nei confronti della costruzione di Grasso: Turrone, *op. cit.*, 143 s., il quale osserva che non avrebbe senso prospettare un potere di impugnare disgiunto da quello di ottenere l'esame nel merito del gravame e distinguere tra interesse a proporre l'impugnazione ed inattualità del pregiudizio.

25 Così, in termini del tutto generali, sottolineando che l'interesse ad impugnare (che include anche quello all'esame nel merito dell'impugnazione) sorge nel soccombente virtuale già per effetto del mero rischio di perdere la propria vittoria, innescato dall'altrui impugnazione senza che sia necessario attendere altresì l'accoglimento: Luiso, *Diritto processuale civile*, *cit.*, 409, 451, 466; Turrone, *op. cit.*, 141 s., con riguardo alle questioni di rito. Esclude in generale, sia per l'appello sia per la cassazione, la postergazione dell'esame sulle questioni di rito oggetto dell'impugnazione incidentale: Brunialti, *Soccombente (teorica) su questioni, tra riproposizione dell'eccezione ed appello incidentale*, in *Giusto proc. civ.*, 3/2010, 851 ss., 855. Con specifico riguardo al ricorso per cassazione, in senso contrario al condizionamento sia quando conduca ad alterare l'ordine rito/merito sia quando finisca per imporre un ordine nderogabile di esame all'interno delle questioni di merito, che ostacolerebbe le economie realizzabili con una decisione sostitutiva *ex art. 384 c.p.c.*, si veda oggi: Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *cit.*, 592 s., salvo solo il caso in cui una espressa graduazione delle difese nel merito fosse stata già articolata dalla parte nei gradi di merito.

26 Nel senso che l'appello incidentale del vincitore possa "eventualmente" atteggiarsi come condizionato alla fondatezza di quello principale, in sostanza nelle stesse situazioni in cui lo sarebbe un ricorso incidentale per cassazione: Tedoldi, *L'appello civile*, *cit.*, 68, 111 ss., § 11; Poli, *L'evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione*, *cit.*, 135 nota 13.

27 Si veda, con esiti ed argomenti opposti e speculari a quelli sviluppati da Poli: Muroli, *Critica alla figura dell'appello incidentale condizionato su questioni*, *cit.*, 411 ss., 415. L'Autrice in definitiva muove dall'assunto che il carattere condizionato dell'appello incidentale su questioni sia una conclusione obbligata e scontata, ma che, essendo tale condizionamento incompatibile con la struttura e l'oggetto del giudizio di appello, non resti altra logica soluzione se non quella di confutare la premessa, cioè la stessa esistenza e predicabilità alla luce dell'art. 343 c.p.c. di un onere di appello incidentale in ordine alle eccezioni "equipollenti".

È dunque opportuno sgombrare il campo da alcuni equivoci.

Da un lato, si deve ammettere che l'attentato all'ordine logico di esame delle questioni, ed in particolare a quello indefettibile rito/merito, non può dirsi con sicurezza scongiurato per effetto della derubricazione dell'iniziativa, da una ad alto tasso formale ad una meno impegnativa, richiesta all'appellato per devolvere al giudice di seconde cure tali questioni: anche nella prospettiva della mera riproposizione, è stata autorevolmente sostenuta l'esigenza che il riesame della questione pregiudiziale di rito riproposta dal soccombente virtuale dovesse necessariamente essere subordinato all'accertamento della fondatezza del gravame principale, suggerendosi così l'indifferenza *ai fini qui in esame* della tecnica processuale di riemersione della questione²⁸.

Dall'altro lato, e soprattutto, non è affatto scontato che l'argomento centrale, che sta alla base della teorica del condizionamento *ex lege*, e cioè l'attualizzarsi della soccombenza virtuale solo con l'effettiva perdita del vittoria garantita dalla pronuncia resa nel grado precedente, sia suscettibile di riproporsi identico per l'appello e per la cassazione.

Merita infatti di essere attentamente considerata l'intuizione che l'impugnazione, necessariamente incidentale, del vincitore pratico ma soccombente su questione, si comporti diversamente a seconda della diversa struttura dei mezzi di impugnazione coinvolti.

4. Prima di approfondire il discorso lungo il binario sopra tracciato, va fatta qui una precisazione fondamentale, onde dissipare un'ulteriore ed assai pericolosa fonte di fraintendimento.

L'idea che possano *de plano* estendersi all'appello incidentale i medesimi argomenti spesi per giustificare la subordinazione del ricorso incidentale, infatti, troverebbe una giustificazione granitica e difficilmente disputabile *se fosse vera* la tesi secondo la quale i due rimedi impugnatori sarebbero ormai divenuti sostanzialmente sovrapponibili e sarebbero costruiti entrambi come impugnazioni rescindenti il cui oggetto è sempre, in prima battuta, la sentenza e quindi la verifica degli errori che essa esibisce e solo secondariamente e mediatamente il diritto sostanziale oggetto della domanda²⁹.

Se davvero il sopra lumeggiato approdo delle Sezioni Unite avesse disvelato la *reductio ad unitatem* di appello e cassazione, allora inevitabile sarebbe applicare indifferentemente all'uno ed all'altro gli argomenti pro o contro il condizionamento dell'impugnazione del vincitore alla fondatezza o all'accoglimento della impugnazione principale.

E' chiaro che solo *non* avallando una tale assimilazione resta aperta la possibilità di giungere a conclusioni diverse nei due casi.

Fermo che non è questa la sede per svolgere un compiuto confronto con la tesi dottrinale sopra evocata, si può e si deve comunque ribadire che l'attuale assetto del giudizio di appello resta ben lungi dalla struttura rescindente propria del giudizio in cassazione³⁰.

Se è vero che l'appello ha oggi, ma in realtà da lungo tempo ormai, perduto l'idoneità a devolvere automaticamente ed integralmente il materiale di causa dal primo al secondo grado di giudizio; se è vero inoltre che il carattere di *revisio prioris instantiae* e la necessità di un confronto critico ed argomentato con la decisione di prime cure, oltre la manifestazione della volontà di non accettarla, rappresenta oggi un connotato innegabile del giudizio di secondo grado; se pure tutto ciò è vero, tanto ancora non autorizza

28 In questo senso, si veda soprattutto: Chiarloni, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, cit., 231, il quale infatti conclude che la riproposizione ex art. 346 c.p.c. di un'eccezione pregiudiziale di rito già respinta in prime cure, in quanto mira ad un esito, il rigetto in rito, meno favorevole di quello già incassato dal convenuto vittorioso, avverrà anch'essa in via condizionata (mentre altrettanto non varrebbe per le eccezioni di merito, dato che qui non la sostituzione della motivazione del rigetto sarebbe di regola indifferente per il convenuto). Che il problema del condizionamento dell'esame della questione risolta a sfavore dell'appellato sia in realtà indipendente dalla tecnica processuale di riemersione di tale questione, riconoscono anche: Balena, *op. cit.*, 394 s.; Turroni, *op. cit.*, 137 s.

29 Nel senso che "ormai è un ricordo la concezione dell'appello come giudizio in cui il giudice di secondo grado, una volta proposto l'appello, pronuncia immediatamente e direttamente sulla domanda già oggetto del giudizio di primo grado": Poli, *L'evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione*, cit., 130; Id., *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 120 ss.; Id., *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, *Riv. dir. proc.*, 2010, 48 ss. La quasi completa assimilazione di appello e cassazione, quanto all'oggetto dei due giudizi, era stata già delineata dall'A. nella monografia del 2002 (*I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., 584 ss.).

30 Ci si permette di rinviare alle considerazioni svolte in: *Gli effetti dell'estinzione nell'arco dei vari gradi del processo*, cit., 25 ss., nonché 33 ss., con riguardo alle sorti della sentenza di condanna di prime cure in ipotesi di sua "conferma" con sentenza di appello successivamente cassata con rinvio.

a desumere che l'appello abbia per via smarrito anche il suo tratto più qualificante, cioè il carattere di impugnazione sostitutiva idonea, nei limiti di quanto ritualmente devoluto, a riprodurre immediatamente e *direttamente* innanzi al giudice di seconde cure l'oggetto della domanda originaria. Tale tratto caratteristico trova infatti un inequivocabile *riconoscimento positivo* nell'art. 359 c.p.c., là dove prescrive che la sentenza conclusiva del giudizio di appello abbia potenzialmente la medesima latitudine di contenuti già prevista per il giudizio di prime cure, senza prevedere, come invece si ricava dagli artt. 382, 383 e 384 c.p.c. per il giudizio di cassazione, decisioni il cui contenuto sia limitato al riscontro della fondatezza o infondatezza dei motivi di censura e quindi al mero rigetto del gravame, e salvo solo il caso della declaratoria di inammissibilità o improcedibilità del gravame. Il carattere immediatamente ed irreversibilmente sostitutivo della sentenza di appello, del resto è chiaramente presupposto altresì dall'art. 393 c.p.c., oltre che dagli artt. 336 e 338 c.p.c.

La *vigente* disciplina positiva del giudizio di appello, se riguardata *nel suo complesso*, non consente dunque all'interprete di introdurre nello schema un previo momento rescindente. In particolare, la specificazione dei motivi, necessaria a pena di inammissibilità dall'art. 342 c.p.c., serve essenzialmente ad individuare e delimitare, esplicitando le ragioni del dissenso rispetto alla prima soluzione, le questioni devolute al secondo giudice, ma non incide di per se stessa sull'oggetto del giudizio che a questi è demandato: un giudizio il cui oggetto resta immediatamente e direttamente il diritto fatto valere con la domanda originaria e non si concentra invece in prima battuta sulla sentenza e sul riscontro degli errori censurati con i motivi di impugnazione, la cui funzione, quindi resta tuttora ben distinta da quella svolta dai motivi di ricorso per cassazione³¹. Ne segue che il giudice di appello procederà alla trattazione del materiale di causa, nei limiti del devoluto e del nuovo ammissibilmente introducibile, negli stessi termini e con gli stessi poteri del giudice di prime cure, trovando applicazione pur in secondo grado gli artt. 187 c.p.c. e 279 c.p.c.³².

Rispetto a questo quadro, a chi scrive non pare affatto che implicazioni diverse possano discendere dalla necessità, oggi riconosciuta dalle Sezioni Unite, che l'iniziativa della parte appellata, ai fini della riermersione in appello di questioni già decise nel grado precedente a proprio sfavore, assuma la consistenza formale dell'appello incidentale anziché quella della riproposizione acritica. Solo a prima vista l'esigenza che ciascuna questione già decisa a sfavore della parte (appellante ovvero appellata) venga motivatamente censurata dall'interessato potrebbe indurre a reputare che il giudice di appello sia chiamato a decidere non sulla domanda originaria, sibbene e direttamente sulle singole questioni censurate. Vero è piuttosto che si tratta, in sostanza, di un problema attinente al solo profilo delle *tecniche di devoluzione* delle questioni (micro-capi) all'interno del macro-capo di domanda sul quale il giudice è chiamato comunque a decidere. L'alternativa tra riproposizione acritica e riproposizione argomentata non interessa quindi l'oggetto del giudizio di appello, bensì solo le forme procedurali per la perimetrazione dell'ambito della *cognitio* del giudice di seconde cure³³.

Si può dunque concludere nel senso che l'imposizione all'appellato, che voglia ottenere il riesame di questioni già risolte a suo sfavore, di un onere di iniziativa connotato da forme e termini più stringenti, ed omologhi rispetto a quelli che valgono per l'appellante, meglio risponde a quella esigenza di progressiva rastremazione del materiale di causa già da tempo messa a fuoco dalla dottrina ed alla necessità che ogni errore del primo giudice sia censurato mediante una argomentazione critica³⁴. Tale onere non trascina affatto indefettibilmente con sé impegnativi corollari sistematici in ordine all'oggetto del giudizio di appello ed alla funzione dei motivi specifici di cui all'art. 342 c.p.c. (come le stesse Sezioni Unite riconoscono in un passaggio della pronuncia che chiarisce quale sia il contenuto richiesto a pena di inammissibilità per

31 Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., 479, 550.

32 Si veda altresì: Muroni, *op. cit.*, 416 ss. la cui difesa del carattere sostitutivo dell'appello si condivide qui pienamente, pur con la fondamentale precisazione che nulla cambia in tale rispetto l'ampliarsi dell'ambito di applicazione dell'art. 343 c.p.c.

33 Per la conclusione che il giudizio di appello resta un giudizio sostitutivo "sullo stesso oggetto" della domanda originaria, pur esigendo da parte sia dell'appellante che dell'appellato una censura critica delle singole questioni risolte in motivazione a danno della parte interessata al riesame: Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 66 ss.

34 Vedi peraltro nel senso che altrettanto avrebbe potuto ricavarsi in via di interpretazione dell'art. 346 c.p.c. (cioè specificando le modalità ed i tempi della riproposizione) "senza necessità di ricorrere ad un istituto (l'impugnazione incidentale) la cui complessiva disciplina non si attaglia al caso in esame": Bianchi, *op. cit.*, 821 s., testo e nota 43.

l'atto di appello³⁵), né per vero in ordine alla inesauribile disputa intorno al significato da attribuire alla espressione "parte di sentenza" ai fini dell'art. 329 cpv.³⁶ Infatti, la ricerca della "minima unità impugnabile", o meglio della "unità elementare" in cui la sentenza può essere scomposta ai fini della riproposizione critica nel grado successivo, non può confondersi con quella della "minima unità suscettibile di passaggio in giudicato", se non attribuendo alla nozione di giudicato significati molto diversi: il cd. giudicato "interno" che si cristallizza sulla soluzione di una questione preliminare o pregiudiziale³⁷ per mancata impugnazione si riduce infatti a null'altro che una preclusione endo-processuale al riesame della questione già decisa³⁸, di per se stessa estranea all'ambito in cui opera l'art. 329 cpv. c.p.c.

5. Sgombrato il campo da fallaci assimilazioni così come dalla tentazione di aggirarlo a piè pari, l'interprete può dunque confrontarsi a mente sgombra con il problema, ormai ineludibile, della possibilità di un condizionamento dell'appello incidentale rispetto all'esito di quello principale.

Come già anticipato, vi sono buone ragioni per tenere fermo l'onere di appello incidentale del vincitore e nel contempo escluderne, di regola, il condizionamento e quindi la subordinazione all'accoglimento dell'appello principale. A tale approdo del resto era giunta la riflessione di un indimenticato Maestro, all'esito di un lungo confronto con il tema delle impugnazioni incidentali del vincitore³⁹.

Per giungere a tale risultato non è in realtà neppure necessario porre in discussione l'orientamento attualmente seguito dalla Cassazione con riguardo al solo apparentemente sovrapponibile problema posto dal ricorso incidentale del vincitore pratico ma soccombente su questione. Indipendentemente dal grado di persuasività che si ritenga di riconoscere a tale orientamento⁴⁰, infatti, le motivazioni che lo sostengono mal si adattano al diverso ambiente del giudizio di appello.

Se, come tuttora deve riconoscersi, l'appello resta una impugnazione sostitutiva il cui oggetto coincide con quello della domanda proposta in prime cure e la cui struttura consente al giudice di appello di accedere immediatamente e direttamente all'esame nel merito di tale domanda, sia pure per il tramite delle sole

35 Cass., sez. un., 16.11.2017 n. 27199, *cit.*, § 5.1, ove si legge che "la riforma del 2012 non ha trasformato, come alcuni hanno ipotizzato, l'appello in un mezzo di impugnazione a critica vincolata. L'appello è rimasto una *revisio prioris instantiae* ed i giudici di secondo grado sono chiamati in tale sede ad esercitare tutti i poteri tipici di un giudizio di merito, se del caso svolgendo la necessaria attività istruttoria, senza trasformare l'appello in un anticipato ricorso per cassazione" (corsivo nostro).

36 Accenti diversi risuonano nelle argomentazioni dei giudici di legittimità. Così: Cass., sez. un., n. 11799/2017, *cit.*, § 9.2.2, giustificando proprio *alla luce dell'art. 329 cpv. c.p.c.* l'onere di appello incidentale onde evitare il consolidarsi di un giudicato interno sulle questioni decise in senso sfavorevole alla parte ma non riproposte tramite appello incidentale. Vedi anche: Cass., sez. un., n. 21260/2016 *cit.*, che attribuisce dignità di "capo autonomo", sul quale parametrare la soccombenza formale, alla questione di giurisdizione, pervenendo così ad escludere per difetto di soccombenza sul relativo "capo" che l'attore soccombente nel merito possa impugnare sulla giurisdizione.

37 Per la precisazione che le questioni pregiudiziali di rito, prive di autonomia rispetto al capo di merito cui accedono, dovrebbero a rigore sempre, soprattutto se davvero "fondanti", riemergere insieme con quello e quindi mantere intatta la loro rilevanza officiosa in ogni stato e grado del giudizio, salva diversa volontà di legge: Consolo *Considerazioni sistematiche sulla n. 21260, cit.*, 273; Id., *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione ...*, *cit.*, 1568 s., 1576 s.; id., *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345, cit.*, 1417. Più in generale, nega *tout court* cittadinanza al fenomeno del cd. giudicato interno: Bianchi, *op. cit.*, 812 s.

38 Il fenomeno della formazione progressiva della decisione, per effetto della stabilizzazione delle decisioni su questioni non ritualmente censurate, non ha in realtà nulla a che fare con l'art. 329 cpv. c.p.c., che ha unicamente riguardo a statuizioni suscettibili di giudicato sostanziale ai sensi dell'art. 2909 c.c. (Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *cit.*, 483, 442; id., *Il cumulo condizionale di domande, cit.*, I, 254 nota 207; De Cristofaro, *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*, in *Corr. giur.*, 2000, 758 s.). In senso contrario, pur tenendo ben ferma la distinzione tra giudicato interno su mere questioni e giudicato sostanziale, riconducono all'acquiescenza impropria anche la preclusione di questioni già decise e non specificatamente impugunate: Rascio, *op. ult. cit.*, 247 s.; Poli, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie, cit.*, 398, 423 s., 515 ss., 519; Grasso, *op. cit.*, 92; Battaglia, *op. cit.*, 443).

39 Ci si riferisce a: Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 289 ss. In questo contributo, l'Autore affina il concetto di impugnazione incidentale del vincitore, intesa quale impugnazione "condizionata" l'interesse alla cui proposizione sorge solo con l'avversaria impugnazione principale e che perciò non è riconducibile all'art. 334 c.p.c. (vedi già: Attardi, *Limiti di applicazione del gravame incidentale tardivo, cit.*, 178 s.), introducendo una fondamentale distinzione tra appello e cassazione. In appello, l'impugnazione del vincitore, pur restando sempre strettamente dipendente dall'esaminabilità di quella principale e quindi destinata a cadere in caso di sua inammissibilità/improcedibilità ovvero estinzione, non si pone altresì come condizionata al suo accoglimento e quindi non comporta alcuna innaturale alterazione nell'ordine di trattazione delle questioni. L'intuizione fondamentale della estraneità dell'impugnazione incidentale del vincitore rispetto all'art. 334 c.p.c., è oggi ripresa, sia pur ad altri fini rispetto a quelli che qui interessano, da: Merlin, *Inscindibilità dei giudizi e riproposizione di domande fra litisconsorti nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1290 ss., 1317 s.

40 Il cui maggior difetto, si è osservato, sarebbe la mancanza di gradazioni ed adattamenti, a seconda del tipo di questioni oggetto del ricorso incidentale: Consolo, *Travagli "costituzionalmente orientati" delle sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 5/2009, 1141ss., 1157, avanzando dubbi sull'insuperabilità dell'argomento fondato sulla carenza di soccombenza attuale; Panzarola, *Sul condizionamento de jure del ricorso incidentale per cassazione del vincitore nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 188 ss. In particolare, il condizionamento del gravame sul rito dovrebbe essere sempre respinto per l'inaccettabile l'alterazione dell'ordine rito-merito che ne conseguirebbe (Consolo, *Considerazioni sistematiche sulla n. 21260, cit.*, 273), mentre di un condizionamento *souple* (alla delibazione di fondatezza cioè) potrebbe tutt'al più discorrersi per le questioni preliminari di merito, quando ciò tuttavia non impedisca alla Corte di definire rapidamente la controversia con una pronuncia sostitutiva. Per una ricapitolazione e rivisitazione critica degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, v. da ultimo e dalla prospettiva del processo amministrativo: Squazzoni, *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale su questioni di rito, cit.*, 323 s.

questioni ritualmente devolute al suo esame, allora la situazione in cui versa il vincitore pratico e appellante incidentale è ben diversa da quella in cui si trova il ricorrente incidentale per cassazione, la cui iniziativa si inserisce all'interno di un giudizio connotato dalla strutturale priorità logica (e di regola anche cronologica) di un momento rescindente⁴¹.

Affinché l'impugnazione incidentale del vincitore possa essere esaminata nel merito occorre che il vincitore vi abbia interesse; tale interesse si attualizza solo quando si profili il concreto rischio di perdere l'utilità già acquisita, ciò che appunto si determina quando vengano in essere le condizioni per la riapertura della trattazione sul merito della domanda originaria e quindi si profili la concreta possibilità che venga adottata una nuova e diversa decisione sulla domanda originaria⁴². Nel contesto del ricorso per cassazione, la riapertura della trattazione presuppone l'accertamento del vizio denunciato con il ricorso principale ed il conseguente annullamento della sentenza (di regola, alla luce del tenore testuale dell'art. 384 c.p.c., con rinvio). Per questa ragione, è quantomeno plausibile ritenere che prima di tale momento l'interesse all'esame nel merito del ricorso incidentale non sussista e che perciò il giudice di legittimità non possa procedere all'esame prioritario del ricorso incidentale⁴³, anche quando questo abbia ad oggetto una questione *litis ingressus impediens*.

Altrettanto non può ripetersi, invece, nel contesto del giudizio di appello.

La riapertura della trattazione innanzi al giudice dell'appello, infatti, è immediata e senza diaframmi; proposto appello principale, il giudice di seconde cure è chiamato direttamente a riesaminare il merito della causa per il tramite delle questioni devolute con i motivi specifici di appello o comunque ritualmente devolute alla sua cognizione, per decidere direttamente sulla domanda originaria negli stessi termini in cui già lo aveva fatto il primo giudice e con poteri del tutto analoghi, incluso quello di rilievo *ex officio* di questioni, di rito ma pure di merito, non ancora espressamente decise. Se, quindi, proposto appello principale e così riaperta immediatamente la fase di riesame della controversia, il concreto rischio di una riforma della sentenza a danno del vincitore è subito incombente (e non mediato dalla necessità di eliminazione della sentenza in quanto viziata, prima di poter accedere al riesame del merito nella fase rescissoria), l'interesse all'esame dell'appello incidentale avente ad oggetto una questione pregiudiziale o preliminare non abbisogna di altro. In altri termini, l'immediata riapertura della trattazione implica che le parti possano subito avvalersi di tutte le difese che già avevano articolato in prime cure: anche di quelle che, già respinte dal primo giudice, vengono sottoposte mediante appello incidentale al riesame del secondo. L'iniziativa del soccombente virtuale resta, in un certo senso, condizionata, ma non già all'accoglimento o alla fondatezza della impugnazione avversaria, bensì solo alla *decidibilità nel merito* di quest'ultima: nel senso che l'appello incidentale del vincitore viene travolto da qualsiasi impedimento – per inammissibilità, improcedibilità ovvero estinzione – all'esame di quello principale⁴⁴.

Ove l'appello principale sia idoneo ad aprire il secondo grado di giudizio, manca però qualsiasi ragione valida per obbligare il giudice di seconde cure ad alterare l'ordine logico di esame delle questioni ed in particolare la necessaria priorità delle questioni attinenti all'ammissibilità della domanda rispetto a quelle attinenti alla

41 Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, cit., 292. Lo spunto è ripreso, proprio sottolineando l'elemento differenziale introdotto, rispetto alla dicotomia rescindente/rescissorio caratteristica del giudizio di cassazione, dal carattere sostitutivo dell'appello e dalla conseguente riapertura immediata della trattazione sulle questioni ritualmente devolute, da: Rascio, *op. ult. cit.*, 258 ss., 325 ss.; id., *Impugnazione e riproposizione*, cit., 273; Ronco, *op. cit.*, 2007; Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 2017, 394 ss.

42 E' questa la ragione per la quale non mi sembra cogliere pienamente nel segno il rilievo di Turrone (*op. cit.*, 141 in nota 79; analogamente: Pacilli, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione condizionata della parte vittoriosa nel merito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1249 ss., 1259), là dove osserva che "se non si confuta l'idea che la decisione sulla fondatezza dell'appello principale costituisce "condizione dell'azione" per l'appello incidentale, a nulla vale il richiamo alla natura sostitutiva dell'appello".

43 Non sarebbe un'obiezione dirimente quella, pur suggestiva, secondo cui se davvero l'interesse ad impugnare del vincitore nascesse solo dal successo dell'altrui ricorso principale, allora non dovrebbe neppure essere possibile proporre il ricorso incidentale, ancorché subordinandone l'esame alla fondatezza di quello avversario (Turrone, *op. cit.*, 142). Si potrebbe replicare che, posto che le regole del giudizio di impugnazione ed in particolare gli artt. 333, 340, 361 c.p.c. vogliono che l'impugnazione incidentale sia proposta *in limine litis*, il vincitore, prospetticamente interessato a censurare la questione risolta a suo sfavore, non potrebbe certo attendere l'esame del ricorso principale per poi proporre il proprio: onde, se non lo si voglia privare del potere di avvalersi di tutte le sue difese in fase di gravame, non resta, appunto, che ammetterne la proposizione (prima ancora che si concretizzi un interesse attuale, ma) in via condizionata (così: Attardi, *Limiti di applicazione del gravame incidentale tardivo*, cit., 181).

44 La sussistenza di un nesso ben più stretto rispetto a quello delineato dall'art. 334 cpv. tra l'impugnazione (necessariamente) incidentale del vincitore, soccombente virtuale, e la decidibilità nel merito della impugnazione principale di controparte è ribadita da Attardi (*Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, cit., 292) anche con riguardo all'appello, nonostante egli escluda per le ragioni sopra viste che si possa parlare di impugnazione condizionata nello stesso senso comunemente predicato per il ricorso incidentale per cassazione.

sua fondatezza⁴⁵ ovvero per impedirgli di realizzare l'economia processuale consentita dall'esame prioritario della questione di merito che si presenti "più liquida"⁴⁶. Scartata dunque l'indefettibile subordinazione *ex lege*, nemmeno si vede per quale ragione si dovrebbe attribuire al convenuto soccombente virtuale la facoltà di imporre *volontariamente* al giudice un ordine di trattazione diverso da quello naturale, se non nei ristretti limiti in cui tale imposizione sarebbe stata possibile anche in prime cure⁴⁷.

Escluso categoricamente che si possa obbligare il giudice ad esaminare i profili di rito solo dopo quelli attinenti alla fondatezza della domanda, il potere dispositivo della parte potrebbe esercitarsi tutt'al più nel senso di comprimere il ricorso del giudice alla tecnica del "primato della ragione più liquida" e quindi unicamente con riguardo ai rapporti tra le varie difese di merito articolate in prime cure⁴⁸. Alla stregua di quest'ultima considerazione, il potere di condizionamento *volontario* che la parte potrebbe ammissibilmente esercitare *in appello* si presenta allora semplicemente come il riflesso di quel medesimo potere di condizionamento già esercitabile dalla stessa in prime cure mediante la vincolante graduazione – evidentemente solo là dove consentita, in ragione di un interesse qualificato che a sua volta presuppone la diversa utilità della sentenza di rigetto a secondo del suo motivo portante⁴⁹ – delle eccezioni di merito⁵⁰. In definitiva, si tratterebbe di una condizione apposta all'esame, prioritario o meno, della questione riproposta con l'appello incidentale.

L'ammissibile graduazione delle allegazioni introduce scenari interessanti, che in questa sede possono essere solo tratteggiati sommariamente. Quando il convenuto abbia in primo grado effettivamente proposto le sue difese in un certo ordine di preferenza, si può presentare il caso in cui il rigetto della domanda avversaria discenda dall'accoglimento dell'eccezione svolta solo in via subordinata. In tali ipotesi, sia che l'eccezione di merito svolta in via prioritaria fosse stata esaminata e respinta, sia che essa fosse stata indebitamente accantonata, la parte che non intenda abbandonare quell'ordine di esame volontariamente impresso, una volta ricevuta la notifica dell'impugnazione della controparte, ha certamente l'onere di proporre appello incidentale⁵¹, nel secondo caso censurando la violazione dell'art. 112 c.p.c. e richiedendo che in appello l'esame delle questioni di merito avvenga secondo la sequenza preferita e dal primo giudice violata⁵². Se, in ragione dell'espressa preferenza imposta all'esame delle sue difese, si ammettesse che il convenuto vittorioso nel merito, ma che abbia vista respinta o indebitamente pretermessa la sua allegazione prioritaria, possa anche prendere *per primo* l'iniziativa di impugnare la sentenza al fine di ottenere in secondo grado una maggiore utilità⁵³; allora, quando quello stesso convenuto sia stato prevenuto dall'impugnazione della controparte praticamente soccombente, il suo appello incidentale, in quanto sorretto da un autonomo

45 Attardi, *op. ult. cit.*, 292; Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 325 s. Il carattere condizionato dell'appello incidentale, limitatamente però alle questioni pregiudiziali di rito, viene con nettezza escluso anche da: Rinaldi, *Sulla ammissibilità dell'appello incidentale condizionato*, in *www.judicium.it*, § 3; nonché, Brunialti, *op. cit.*, 855, invocando però quella simmetria tra cassazione ed appello che qui si nega.

46 Attardi, *op. loc. ult. cit.* Esclude il condizionamento *ex lege* anche: Rascio, *op. ult. cit.*, 259.

47 Sulla radicale irrilevanza della volontà della parte, che mai potrebbe imporre al giudice del gravame un ordine di esame diverso da quello naturale, e con la sola eccezione dei casi in cui si tratti di "questioni che anche in primo grado la parte poteva fare affrontare dal giudice in un certo ordine": Luiso, voce *Appello*, in *Digesto disc. priv.*, I, Torino, 1987, rist. 1994, 386.

48 L'analisi dell'appello incidentale su domande *rigettate* esula dall'oggetto delle riflessioni svolte in queste pagine, anche perché l'unica ipotesi in cui può parlarsi di piena vittoria nel merito pur in presenza del rigetto di una delle domande proposte è quello dell'attore che abbia proposto domande incompatibili in cumulo *alternativo* (in argomento, v. sopra nota 12).

49 L'ammissibilità della graduazione delle difese di merito, in quanto sorretta da un interesse meritevole da ravvisarsi nelle possibili ricadute extra-processuali del motivo del rigetto, è esplicitamente riconosciuta da: Cass. sez. un., n. 11799/2017, cit., § 9.3.3. Sui limiti di ammissibile imposizione volontaria di un vincolante ordine di esame delle questioni di merito: Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., 521 ss.; Salvaneschi, *op. cit.*, 146 ss.; Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 975 ss.

50 Così, impostando il problema in termini di condizione dalla parte volontariamente imposta all'ordine con cui il giudice di appello può procedere all'esame delle questioni di merito: Rascio, *op. ult. cit.*, 260 s.

51 Secondo Cass n. 11799/2017, cit., § 9.4.4, nel caso in cui il giudice di prime cure abbia respinto la domanda *senza esaminare* (né espressamente né implicitamente) l'eccezione proposta dal convenuto in via prioritaria, e quindi abbia disatteso la richiesta di esame prioritario, allora "se il convenuto intende mantenere la richiesta di graduazione è necessario che egli proponga appello incidentale, mentre se si limita a riproporre l'eccezione la conseguenza è che detta richiesta (*si intenda: di esame prioritario*) è abbandonata ai sensi dell'art. 329 cpv." (il corsivo tra parentesi è nostro).

52 Nel senso che solo quando il convenuto già avesse "espressamente posto un vincolo di subordinazione alle eccezioni svolte", allora sia il rigetto della eccezione svolta in via principale, sia il suo assorbimento in violazione di tale vincolo dovranno essere censurati con appello incidentale: Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesive) su riproposizione e appello incidentale*, cit., 983.

53 Diversamente dal caso in cui le difese fossero state svolte in via concorrente, infatti, quando il convenuto ottenga il rigetto della domanda dell'attore in ragione dell'accoglimento di un'eccezione proposta solo in via subordinata, questi viene a trovarsi in una situazione di soccombenza cd. "sostanziale" che dovrebbe legittimarlo già all'impugnazione in via principale (per tutti: Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., 492 s., 499; Salvaneschi, *op. cit.*, 152 s.; Menchini, *op. cit.*, 1011 ss., il quale peraltro segue una lettura dell'art. 346 c.p.c. diversa da quella presupposta nel testo).

interesse, non potrebbe dirsi condizionato: né alla fondatezza⁵⁴, ma a ben vedere nemmeno alla stessa esaminabilità nel merito del gravame principale. Anche nella situazione descritta, peraltro, l'iniziativa del convenuto mira a riportare dinanzi al giudice di appello l'eccezione in prime cure respinta o indebitamente tralasciata, secondo la medesima graduazione e quindi secondo il vincolante ordine di esame già articolato in primo grado, comprimendo così il potere del giudice di selezionare la questione "più liquida" secondo un criterio di economia strettamente endo-processuale.

L'appello incidentale del vincitore che censuri la decisione sfavorevole di una questione pregiudiziale di rito dovrà invece sempre e necessariamente essere deciso con priorità rispetto all'appello principale del soccombente pratico: per meglio dire, anzi, l'ordine di esame e decisione delle questioni devolute al giudice di appello sarà quello indefettibilmente imposto dall'art. 276 c.p.c., restando l'eventuale manifestazione di una diversa volontà del tutto inoperante.

Resta da considerare se la condizione eventualmente ed *inammissibilmente* apposta dall'appellante incidentale renda inammissibile anche il gravame, con la conseguenza che il giudice di seconde cure non potrebbe riesaminare la questione pregiudiziale o preliminarmente così irritualmente devoluta⁵⁵.

A sostegno di questa impostazione milita la considerazione che in effetti il convenuto praticamente vincitore con una simile iniziativa non avrebbe affatto inteso devolvere sempre e comunque la questione a riesame, ma solamente proporre un "*appel precaution*", così che – non potendo operare la condizione – farebbe difetto una piena volontà gravatoria. Ciononostante, la soluzione preferibile sembra comunque quella che, lasciando intatta l'efficacia dell'appello incidentale, confina l'inammissibilità alla condizione illegittimamente apposta (*vitiatur se non vitiat*)⁵⁶, così come in tutte le ipotesi in cui le parti tentino, fuori dai casi in cui ne abbiano la facoltà, di imporre al giudice un ordine di esame delle questioni diverso da quello naturale: dovendosi ritenere che la graduazione delle difese, se ingiustificata ed inammissibile, non privi di effetto l'allegazione difensiva. Conclusione questa che si impone *a fortiori* quando l'appello incidentale (inammissibilmente assoggettato a condizione, nel tentativo di impedirne l'esame prioritario) abbia ad oggetto questioni pregiudiziali di rito cd. "fondanti", cioè rientranti in quel novero di presupposti processuali la cui carenza il giudice dovrebbe poter *sempre* rilevare *ex officio* in ogni stato e grado del processo⁵⁷.

54 Muroi, *op. cit.*, 419 ss., osservando che in caso di rigetto o assorbimento (anche indipendentemente, par di capire, dalla espressa manifestazione di una volontà di esame prioritario) di eccezione "non equipollente", il motivo di rigetto della domanda sarebbe già di per sé idoneo a generare un interesse ad impugnare *in via principale* e quindi autonomo, così che l'appello contro tale rigetto e volto a stimolare un mutamento della motivazione, se proposto in via incidentale non potrebbe in ogni caso considerarsi condizionato rispetto alla fondatezza dell'appello principale avversario.

55 Così: Ronco, *op. cit.*, 2008, argomentando dall'art. 1354 c.c.

56 Così in effetti concludeva, nell'escludere la possibilità di subordinare l'esame del ricorso incidentale sul rito: Cass., 23.5.2001 n. 212, in *Giur. it.*, 2001, 1580 ss., con nota di Chiarloni; in *Corr. giur.*, 2001, 1473 ss., con nostra nota.

57 Come sottolinea: Consolo, *Considerazioni sistematiche sulla n. 2126*, cit., 273.