

GIAMPIERO BALENA

## LE NOVITÀ RELATIVE ALL'APPELLO

(Firenze, 12 aprile 2013)

testo provvisorio

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. L'inammissibilità dell'appello che non abbia «una ragionevole probabilità» di essere accolto. – 2. L'ambito di applicazione del nuovo “filtro”. – 3. *Segue*: i presupposti e le limitazioni temporali. – 4. Ordinanza d'inammissibilità dell'appello e ricorribilità per cassazione della sentenza di primo grado: rilievi preliminari. – 5. *Segue*: le censure deducibili. – 6. Vizi dell'ordinanza di inammissibilità e possibili rimedi. – 7. Il contenuto dell'atto di appello, con particolare riguardo ai motivi specifici dell'impugnazione: i risultati cui erano approdate la dottrina e la giurisprudenza prima della recente riforma. – 8. *Segue*: la nuova disciplina. – 9. Conclusioni e ragionevole prognosi circa il futuro del “filtro”. – 10. L'ulteriore restrizione all'ammissibilità di *nova* in appello. – 11. Problemi di disciplina transitoria.

1. *Rilievi introduttivi. L'inammissibilità dell'appello che non abbia «una ragionevole probabilità» di essere accolto.* – Nonostante la frenesia riformatrice degli ultimi anni, l'attenzione del legislatore processuale si era concentrata pressoché esclusivamente sulla deflazione e sulla “semplificazione” dei processi in primo grado ed in Cassazione, nonché, parallelamente, sugli strumenti atti ad incrementare la “produttività” dei tribunali e della Corte suprema; mentre il giudizio di secondo grado ne era rimasto – taluno potrebbe aggiungere: per sua fortuna – pressoché indenne, pur essendo la sua crisi era maggiormente evidente. Il giudizio d'appello, d'altronde, è quello che ha pagato lo scotto più pesante della realizzazione del giudice unico in primo grado e della conseguente soppressione delle preture, che ha riversato sulle corti d'appello la gran mole delle impugnazioni una volta spettanti ai tribunali, per di più verosimilmente incrementata dalla qualità mediamente non eccelsa delle decisioni rese dalle sezioni stralcio che furono istituite nel 1997 per lo smaltimento delle cause pendenti al 30 aprile 1995 (e dunque soggette al rito *ante* Novella del 1990).

Non può dunque stupire che il d.l. n. 83/2012, conv. dalla l. n. 134/2012, abbia inteso colmare questa lacuna, inserendo disposizioni che mirano dichiaratamente «a migliorare l'efficienza delle impugnazioni», al fine di ridurre la durata dei relativi giudizi, che esorbita «pressoché sistematicamente i tempi di ragionevole durata del processo, causando la maggioranza dei conseguenti indennizzi disciplinati dalla legge n. 89 del 2001, con conseguente incidenza diretta sulla finanza pubblica»<sup>1</sup>. Meno di un anno prima, peraltro, il legislatore era già intervenuto, in una prospettiva analoga, per disincentivare la proposizione delle istanze d'inibitoria della sentenza di primo grado e comunque per rendere più agevole la definizione del giudizio d'appello, prevedendo espressamente la possibilità che il giudice, finanche in sede d'inibitoria, decida la causa ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c., ossia con immediata lettura in udienza del dispositivo e della motivazione della sentenza<sup>2</sup>. La mancanza di ogni coordinamento tra questi due interventi conferma – ove mai ve ne fosse ancora bisogno – come le riforme della giustizia civile siano oramai ispirate al contingente e prive di qualunque disegno sistematico.

Prescindendo da questa non lieta né originale constatazione, e venendo ad una primissima ricognizione delle più recenti novità, la prima e più discussa è certamente rappresentata dall'introduzione di un «filtro di inammissibilità incentrato su una prognosi di non ragionevole fondatezza del gravame, formulata dal medesimo giudice dell'appello in via preliminare alla trattazione dello stesso», che dovrebbe consentire di selezionare «le impugnazioni meritevoli di essere trattate nel pieno merito»<sup>3</sup>. Stando ai lavori preparatori, si tratterebbe di una soluzione «ispirata ai modelli inglese e tedesco»<sup>4</sup>, ma le maggiori affinità ricorrono, per comune convinzione, rispetto al § 522, comma 2°, n. 1), della ZPO tedesca, in cui è previsto l'immediato rigetto dell'appello che «*offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat*»<sup>5</sup>. A ben riflettere, inoltre, si tratta di un obiettivo del tutto analogo a quello che ha condotto la prassi prima ed il legislatore

dopo ad istituire un preventivo vaglio dell'ammissibilità del ricorso per cassazione, oggi affidato alla «apposita sezione» menzionata dagli artt. 376, 1° comma, c.p.c. e 67-*bis* ord. giud.

Il novellato art. 348-*bis*, dunque, aggiunge alle previgenti fattispecie di inammissibilità ed improcedibilità, da dichiararsi tuttora con sentenza, un'ipotesi di inammissibilità affatto nuova e peculiare, che dev'essere pronunciata con ordinanza, nella fase iniziale del giudizio, allorché *nessuna* delle impugnazioni, principali o incidentali, abbia «una ragionevole probabilità di essere accolta». Anche in questo caso, pertanto, come già era avvenuto nel 2009 con l'introduzione dell'art. 360-*bis* c.p.c., viene inopportuno utilizzato il concetto di inammissibilità per sanzionare non già difetti formali dell'atto di impugnazione ovvero l'inesistenza (originaria o sopravvenuta) del diritto d'impugnare, bensì *l'infondatezza* (più o meno manifesta) dell'impugnazione *nel merito*<sup>6</sup>. E tale opzione si spiega – verosimilmente – coll'intento di giustificare, in tale ipotesi, l'esclusione del consueto effetto sostitutivo della pronuncia d'appello e la reviviscenza della sentenza di primo grado, che in conseguenza di siffatta declaratoria d'inammissibilità diviene essa stessa direttamente ricorribile per cassazione, ovviamente per i consueti motivi contemplati dall'art. 360.

A prescindere da tale rilievo, è evidente che la speranza del legislatore è quella di poter ridurre apprezzabilmente, in tal modo, la durata media dei giudizi di secondo grado, favorendo l'immediata definizione delle impugnazioni che risultino, ad un primo esame, più o meno palesemente infondate. Per invogliare le corti ad avvalersi di tale modalità decisoria – che resta esclusa nelle sole cause in cui è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, a norma dell'art. 70, 1° comma, c.p.c., ed in quelle che siano state promosse in primo grado col rito sommario di cognizione – l'art. 348-*ter* si preoccupa inoltre di precisare che l'ordinanza d'inammissibilità, che deve ovviamente provvedere anche sulle spese del giudizio, è «succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi»; ove l'unica peculiarità, peraltro, rispetto a quanto è già previsto dagli artt. 134, 1° comma, c.p.c. e 118, 1° comma, disp. att., è rappresentata dal possibile rinvio agli «elementi di fatto ecc.», che parrebbe autorizzare una sorta di motivazione (in fatto) *per relationem*, in termini più generosi di quanto la giurisprudenza era già solita comunque ammettere<sup>7</sup>. Questa peculiarità, unita al carattere «succinto» che deve avere la motivazione, induce a ritenere che l'ordinanza in esame potrebbe limitarsi, ad es., a far propria, dichiarando di ritenerla persuasiva e di condividerla, la motivazione in fatto contenuta nella sentenza impugnata<sup>8</sup>, oppure a recepire senza una puntuale disamina, nonostante i vizi analiticamente dedotti dall'appellante, le valutazioni e le conclusioni cui era pervenuto in primo grado il consulente tecnico, oppure a richiamare genericamente le dichiarazioni rese dai testimoni al giudice *a quo*. Se a ciò si aggiunge, poi, che la pronuncia d'inammissibilità – come meglio dirò più avanti (nei §§ 4-5) – apre la strada al ricorso per cassazione *nei confronti della sentenza di primo grado*, direi che tutto cospira per ridurre ai minimi termini l'obbligo di motivazione che incombe in tal caso sul giudice d'appello.

Nei paragrafi che seguono, mi soffermerò essenzialmente su questa non trascurabile innovazione, tentando di chiarire come essa possa concretamente inserirsi nella preesistente struttura del giudizio di appello.

2. *L'ambito di applicazione del nuovo «filtro»*. – Prima di affrontare i dubbi esegetici suscitati dalla nuova fattispecie d'inammissibilità, sembra utile soffermarsi brevemente sull'ambito di applicazione della disciplina in esame, cominciando proprio dalle controversie che lo stesso legislatore ha espressamente escluso: le cause in cui è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, a norma dell'art. 70, 1° comma, c.p.c., e quelle in cui l'appello è stato proposto ai sensi dell'art. 702-*quater*, c.p.c., ossia quando il processo di primo grado si è svolto secondo il rito sommario di cognizione; senza per queste ultime distinguere – si badi – a seconda che il rito sommario fosse stato liberamente scelto dall'attore, ai sensi dell'art. 702-*bis*,

ovvero fosse imposto dalla legge, trattandosi di una delle cause contemplate dagli artt. 14-30 del d.lgs. n. 150/2011<sup>9</sup>.

Nel primo caso la Relazione illustrativa del d.d.l. n. n. 5312/XVI/C giustifica laconicamente l'eccezione con la «connotazione pubblicistica» delle cause cui deve necessariamente partecipare il p.m.; nel secondo caso, invece, ci si richiama alla «deformalizzazione istruttoria» del procedimento sommario di cognizione, che verrebbe in tal modo «recuperata» (ma forse meglio sarebbe dire «compensata») da un appello «più aperto ai nuovi mezzi di prova» (v. il modificato art. 702-*quater*, su cui *infra* il § 10) e comunque privo di «filtri». Tra i dichiarati obiettivi, inoltre, vi è quello di incentivare in tal modo l'utilizzazione del rito sommario, che avrebbe dato in questi primi anni buona prova di sé e tuttavia sarebbe ancora poco utilizzato.

A me sembra, tuttavia, che in entrambi i casi la motivazione della deroga sia poco appagante.

Nella prima ipotesi, infatti, è difficile comprendere come la rilevanza pubblicistica della controversia possa logicamente rappresentare il *discrimen* rispetto ad una preliminare valutazione che attiene alla manifesta infondatezza del gravame. In altre parole, se l'appello «non ha una ragionevole probabilità» di essere accolto, poco o nulla dovrebbe importare l'oggetto del contendere e l'eventuale suo rilievo pubblicistico; a meno che non voglia pensarsi che il legislatore, nella consapevolezza che il nuovo istituto si presta ad abusi – o all'«appellicidio» da taluno paventato – si sia preoccupato di tenerne indenni le cause che gli stanno maggiormente a cuore<sup>10</sup>.

Parallelamente, per ciò che concerne le cause trattate in primo grado col rito di cui agli artt. 702-*bis* e segg., se si parte dalla premessa – tutt'altro che pacifica nella dottrina, ma a mio avviso corretta e comunque indirettamente avvalorata, se non addirittura imposta, dall'opzione legislativa che sta a monte della «riduzione e semplificazione» dei riti civili di cui al d.lgs. n. 150/2011<sup>11</sup> – secondo cui è estranea a tale rito qualunque sommarietà (intesa come superficialità o comunque incompletezza) della cognizione<sup>12</sup>, non si spiega perché mai la mera «deformalizzazione» del procedimento di primo grado dovrebbe indurre a trattare in modo differente un appello che risulti non avere, *prima facie*, alcuna *chance* di successo. Quanto all'idea, poi, che l'esenzione dal «filtro», unita ad una possibile (ma in realtà improbabile<sup>13</sup>) apertura dell'appello ai nuovi mezzi di prova possa rendere più appetibile il nuovo modello processuale, mi sembra a dir poco ingenuo pensare che sulle valutazioni iniziali del difensore, concernenti la scelta del rito, possano in qualche modo pesare il timore di dovere un giorno passare, in caso di appello, sotto le forche caudine del filtro di ammissibilità, oppure la speranza di poter contare, in caso di soccombenza, su nuovi mezzi di prova, auspicando che il giudice *ad quem* li ritenga «indispensabili» per la decisione.

Senza dire, poi, che l'auspicato successo del rito varato dalla riforma del 2009, finora frenato soprattutto dai comprensibili timori dell'avvocatura di fronte ad un istituto nuovo e non privo di incognite, potrebbe paradossalmente – come ho già rilevato in altra occasione – ridimensionarne notevolmente i potenziali vantaggi, come avviene quando una scorciatoia diviene nota a tutti e dunque finisce coll'essere non meno trafficata di quello che sarebbe il percorso ordinario.

A parte le eccezioni espressamente indicate dal legislatore, non sembra che altre siano individuabili dall'interprete; sicché, in particolare, nessun dubbio dovrebbe sussistere circa l'applicabilità dei nuovi artt. 348-*bis* e 348-*ter* anche all'appello contro sentenze del giudice del giudice di pace, per cui è ovviamente competente il tribunale<sup>14</sup>, nonché all'impugnazione di sentenze non definitive.

3. Segue: *i presupposti e le limitazioni temporali*. – Il primo e fondamentale presupposto, perché l'appello possa essere dichiarato inammissibile *in limine iudicii*, è che l'impugnazione «non abbia una ragionevole probabilità di essere accolta».

Ovviamente sul concreto significato di questa espressione si potrebbe discutere pressoché all'infinito; e già il Comitato per la legislazione, del resto, nel suo parere relativo al d.d.l. di conversione del d.l. n. 83/2012, ne aveva sottolineato la «incerta portata normativa», auspicando una formulazione meno equivoca. Sul piano strettamente lessicale, comunque, essa parrebbe implicitamente evocare ed autorizzare una valutazione in qualche misura sommaria<sup>15</sup>, che non equivale affatto – o comunque non equivale necessariamente – ad un giudizio di manifesta infondatezza dell'impugnazione; sicché al giudice d'appello parrebbe consentito decretare l'inammissibilità anche quando, pur non essendo pienamente persuaso dell'infondatezza dei motivi di appello (ciò che potrebbe magari dipendere dal non aver ancora compiutamente esaminato gli atti di causa), gli appaia “ragionevolmente improbabile” l'accoglimento di (almeno) taluno di essi.

Le preoccupazioni da più parti manifestate – cominciando dalla Commissione giustizia della Camera – non sono certamente prive, dunque, di fondamento. E tuttavia, almeno per questo profilo, mi sentirei cautamente e moderatamente ottimista, poiché ritengo verosimile (e naturalmente auspicabile) che la prassi si orienterà nel senso d'intendere l'equivoca formula adoperata dal legislatore come sostanzialmente equivalente ad una valutazione di manifesta infondatezza dell'appello.

A parte questo nodo cruciale, che solo il tempo potrà sciogliere, chiarendo se l'allarme suscitato dal nuovo istituto era o no eccessivo, l'ulteriore presupposto è che il difetto di «ragionevoli probabilità» di accoglimento riguardi non soltanto l'impugnazione principale, ma pure l'eventuale impugnazione incidentale «di cui all'art. 333», ossia quella comunque proposta entro i consueti termini per l'appello; ché, se così non fosse, si renderebbe necessario decidere con sentenza, secondo l'*iter* ordinario, su tutte le impugnazioni. Stando, dunque, alla lettera dell'art. 348-*bis*, parrebbe irrilevante il giudizio prognostico relativo agli eventuali appelli incidentali *tardivi*, proposti ai sensi dell'art. 334 c.p.c., poiché, una volta definita la fattispecie in esame come ipotesi di inammissibilità, è coerente dedurre che la relativa declaratoria travolga l'impugnazione tardiva (art. 334, 2° comma, c.p.c.)<sup>16</sup>. Ciò non esclude, beninteso, che si tratti di una soluzione sistematicamente inappagante, poiché finisce col far dipendere l'efficacia dell'appello incidentale tardivo da una valutazione che in realtà attiene esclusivamente alla (in)fondatezza dell'appello principale (e dell'eventuale appello incidentale in termini) nel merito; ma ho l'impressione che la volontà del legislatore<sup>17</sup>, in questo caso, sia stata troppo chiara per lasciare spazio ad una diversa conclusione<sup>18</sup>.

Vi è poi da considerare con molta attenzione l'ambito temporale in cui può collocarsi il provvedimento in esame, giacché il superamento dei relativi limiti può incidere, a mio avviso, sulla legittimità del provvedimento stesso. Ed a questo proposito giova preliminarmente sottolineare che quella ora contemplata dagli artt. 348-*bis* e 348-*ter* non è una nuova modalità decisoria agevolata, in qualche modo paragonabile alla sentenza resa nelle forme semplificate di cui all'art. 281-*sexies*, bensì un'opzione che consente al giudice d'appello di sbarazzarsi agevolmente, nella fase iniziale del processo, solo delle impugnazioni manifestamente infondate<sup>19</sup>. La sentenza *ex art.* 281-*sexies*, invece, che può essere pronunciata già alla prima udienza (*v. infra*, § 10 in fine) ed in seguito a sola discussione orale, costituisce uno strumento certamente assai più duttile, per l'ovvia ragione che si presta ad essere utilizzata non soltanto per il rigetto, ma anche per la declaratoria d'inammissibilità o d'improcedibilità e per l'accoglimento dell'appello, ogniquale volta la decisione possa essere motivata in modo particolarmente conciso e sintetico. Da ciò deriva, peraltro, una potenziale sovrapposizione dei due istituti allorché l'unico appello, ovvero la totalità degli appelli tempestivi, non abbiano «ragionevoli probabilità» di essere accolti; con la singolare (ed incongrua) conseguenza, oltretutto, che in tale ipotesi, se il giudice *ad quem* opta per l'ordinanza d'inammissibilità, è esentato dall'affrontare le eventuali impugnazioni incidentali tardive, che invece dovrebbe regolarmente decidere qualora scegliesse la strada della sentenza in forma semplificata.

Ciò premesso, il dato dal quale occorre muovere è rappresentato dal 1° comma dell'art. 348-ter, per cui l'ordinanza d'inammissibilità dovrebbe essere pronunciata «all'udienza di cui all'art. 350» (*id est* alla prima udienza di trattazione), «sentite le parti» e «prima di procedere alla trattazione». Da queste indicazioni positive sembra lecito dedurre quanto segue.

A) La pronuncia d'inammissibilità non può intervenire anteriormente alla prima udienza di trattazione, neppure in occasione dell'udienza (*rectius*: della comparizione delle parti in camera di consiglio) che sia stata eventualmente fissata, su ricorso dell'appellante, per la decisione anticipata sulla richiesta d'inibitoria *ex art.* 351, 3° comma, c.p.c.. Tale soluzione trova un'indiretta conferma, d'altronde, nel 4° comma del medesimo art. 351, che esclude, in tale udienza anticipata, finanche la (più garantistica) definizione della causa mediante sentenza *ex art.* 281-sexies, esigendo comunque la fissazione di apposita udienza «nel rispetto dei termini a comparire».

B) Prima di provvedere devono essere «sentite le parti»: non è dunque necessario che il giudice inviti previamente le parti a precisare le conclusioni e le ammetta ad una vera e propria discussione orale, com'è previsto dall'art. 281-sexies; e tuttavia, ove non voglia negarsi a siffatto inciso qualunque autonoma rilevanza, esso parrebbe doversi intendere come doverosa sollecitazione delle parti medesime a trattare *illico et immediate* la «ragionevole probabilità» di successo dell'appello (o dei più appelli)<sup>20</sup>, soprattutto per dar modo all'appellante di replicare a quanto eventualmente sostenuto dall'appellato nella propria comparsa di risposta. In altre parole, sembra che il legislatore, dopo aver imboccato la strada della manifesta infondatezza camuffata da inammissibilità, abbia pure opportunamente avvertito l'esigenza, in considerazione della gravità del provvedimento, di trattare la questione al pari di tutte le questioni rilevabili d'ufficio, seppure con un regime diverso ed attenuato rispetto a quanto previsto dal novellato art. 101, 2° comma, c.p.c., che prescrive la concessione di un termine *ad hoc* per memorie<sup>21</sup>.

C) Qualora sia chiesta, dall'appellante principale o da quello incidentale, la sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, ma non anche l'anticipazione della relativa decisione ai sensi dell'art. 351, 2° comma, logica esige che il giudice, alla prima udienza, si ponga anzitutto il problema dell'eventuale pronuncia di inammissibilità *ex art.* 348-bis<sup>22</sup>, e in secondo luogo si chieda se non sia comunque possibile definire immediatamente il giudizio con sentenza «semplificata», resa ai sensi dell'art. 281-sexies, potendo provvedere sull'istanza d'inibitoria solo all'esito (negativo) di tali verifiche.

Per converso, se per la decisione sull'istanza di sospensione dell'esecuzione o dell'esecutività della sentenza è stata disposta l'anticipazione dell'udienza, è ovvio che l'inibitoria non potrà essere concessa ogniqualevolta il giudice ritenga sussistere i presupposti per l'ordinanza d'inammissibilità, in base all'art. 348-bis, oppure per il rigetto dell'appello con sentenza, pronunciata nelle forme dell'art. 281-sexies: in entrambe le ipotesi, tuttavia, il provvedimento dovrà essere differito alla prima udienza di trattazione ed il rinvio ben potrebbe accompagnarsi ad un esplicito invito delle parti ad esaminare la questione relativa alle «ragionevoli probabilità» di successo delle loro impugnazioni oppure a discutere oralmente (ai sensi dell'art. 281-sexies) la causa.

D) Sebbene la pronuncia dell'ordinanza in esame sia collocata prima dell'inizio della trattazione, alcuni dei primi commentatori ritengono ch'essa debba essere pur sempre preceduta dalle verifiche e dagli eventuali provvedimenti relativi alla regolare instaurazione del giudizio e del contraddittorio, di cui ai commi 2° e 3° dell'art. 350 c.p.c. In altre parole, quand'anche il giudice dovesse valutare senza speranze di successo l'appello, sarebbe tenuto comunque a disporre, ad es., l'eventuale rinnovazione dell'atto d'impugnazione invalidamente notificato, allorché l'appellante non si fosse costituito, oppure l'integrazione del contraddittorio nei confronti di una parte necessaria, ai sensi dell'art. 331 c.p.c.<sup>23</sup>, oppure ancora la notificazione prevista dall'art. 332.

A mio avviso è opportuno domandarsi, preliminarmente, quali siano le esigenze sottese alle verifiche e ai provvedimenti testé menzionati, per accertare se esse rischino o no di essere sacrificate da una pronuncia immediata dell'ordinanza d'inammissibilità *ex art. 348-ter*.

Nel caso della rinnovazione della notificazione dell'appello, ai sensi dell'art. 291 c.p.c., è chiaro ch'essa tutela il principio del contraddittorio ed il diritto di difesa dell'appellato, rispetto all'eventualità che l'appello sia accolto; sicché è altresì chiaro che l'appellato stesso, che nella specie si ipotizza non essersi costituito, non dovrebbe ricevere alcun apprezzabile nocumento dalla circostanza che il giudice, anziché ordinare la sanatoria del vizio, opti per l'ordinanza d'inammissibilità dell'appello che reputi *ictu oculi* infondato.

Analoghe considerazioni potrebbero formularsi, *mutatis mutandis*, in relazione all'ipotesi contemplata dall'art. 331, giacché il rigetto dell'appello, che si cela sotto la declaratoria d'inammissibilità, esclude evidentemente il rischio di giudicati contraddittorii, ossia che la sentenza di primo grado possa passare in giudicato per alcune soltanto delle parti della causa inscindibile o delle più cause tra loro dipendenti<sup>24</sup>.

D'altronde, se si tiene presente e si condivide la soluzione poc'anzi prospettata (nel § 3) in relazione al 2° comma dell'art. 348-ter, non può neppure preoccupare l'eventualità che l'appellato oppure il litisconsorte nei cui confronti siano disposte le suddette misure sananti proponano, dopo la regolarizzazione del contraddittorio, un appello incidentale tardivo, poiché la valutazione della serietà di quest'ultimo non impedirebbe l'ordinanza d'inammissibilità, calibrata esclusivamente sulle «ragionevoli probabilità» di accoglimento delle impugnazioni tempestive.

Il problema, dunque, parrebbe porsi nella sola ipotesi – oramai piuttosto infrequente, in ragione del dimezzamento del termine c.d. «lungo» per l'appello – in cui, al momento della prima udienza di trattazione, i termini di decadenza previsti dagli artt. 325 e 327 c.p.c. non fossero ancora decorsi rispetto all'appellato oppure rispetto a taluno dei soggetti che avevano partecipato al giudizio di primo grado e non sono stati citati in appello, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di cause inscindibili (art. 331) o scindibili (artt. 332); e ciò perché solo in tale ipotesi sarebbe ancora possibile la sopravvenienza di un'impugnazione tempestiva idonea a precludere, se non manifestamente infondata, la definizione del giudizio d'appello con l'ordinanza d'inammissibilità.

Per completezza, tuttavia, v'è pure da considerare, in relazione all'ipotesi da ultimo prospettata, l'eventualità che l'appellato (non costituito) o il litisconsorte della causa inscindibile rimasto estraneo al giudizio d'appello abbiano nel frattempo proposto autonoma e tempestiva impugnazione principale, di cui il giudice potrebbe non avere notizia alla prima udienza di trattazione, se una delle parti non si premurasse di segnalarglielo; il che costituirebbe fonte di non trascurabile complicazione se il giudizio fosse immediatamente definito con l'ordinanza d'inammissibilità.

Quest'ultimo rilievo, che ovviamente non può valere rispetto alle cause scindibili *ex art. 332*, induce a ritenere più prudente, dunque, nonostante tutto, che la pronuncia d'inammissibilità sia preceduta dall'attuazione delle misure sananti previste dagli artt. 291 e 331<sup>25</sup>; e altrettanto dicasi, *a fortiori*, per l'eventuale provvedimento doveroso di riunione previsto dall'art. 335 c.p.c., allorché consti la proposizione di una pluralità di appelli (in forma principale) contro la medesima sentenza.

E) Sbrigate le incombenze preliminari di cui sopra, non sembra possibile – e comunque è quanto meno contrario allo spirito dell'art. 348-ter – che il giudice differisca *ex officio* l'inizio della trattazione al sol fine di approfondire la questione concernente la possibile inammissibilità dell'impugnazione per mancanza di «ragionevoli probabilità» di successo: in altre parole, al di fuori della frequente ipotesi, già prospettata poc'anzi, in cui il giudice, alla prima udienza, debba riservarsi la decisione sull'istanza d'inibitoria della sentenza appellata – nel qual caso nulla impedisce, ovviamente, che lo scioglimento della riserva conduca al rigetto dell'istanza ed alla contestuale declaratoria d'inammissibilità dell'appello *ex art. 348-bis* – parrebbe da escludere

che il giudice, in assenza di un'esplicita richiesta della parte (appellata), possa, avendo sollevato d'ufficio la questione della inammissibilità (per manifesta infondatezza) dell'appello, evitare di decidere alla prima udienza e differire la relativa pronuncia ai sensi dell'art. 186 c.p.c.; la quale norma consente di provvedere fuori udienza – si badi – solamente «sulle domande e sulle eccezioni delle parti», e non semplicemente per risolvere un dubbio che il giudice si sia posto autonomamente.

G) Quel ch'è certo, comunque, è che l'ordinanza *ex art. 348-ter* è consentita solamente «prima di procedere alla trattazione». Pertanto, una volta avviata la trattazione della causa, per es. con l'ordine di comparizione personale delle parti per il tentativo di conciliazione o finanche con la mera fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni (ed *a fortiori* quando siano state ammesse prove nuove o sia stata disposta la rinnovazione di prove già assunte in primo grado), non è possibile che il giudice ci ripensi e – magari dopo che le parti hanno precisato le rispettive conclusioni – decida la causa con ordinanza, ai sensi dell'art. 348-ter; e semmai si tratta di verificare se l'inosservanza dei limiti temporali fissati dal legislatore sia poi deducibile come motivo d'impugnazione dell'ordinanza medesima, irritualmente pronunciata in luogo della sentenza.

Per ultimo, sempre a proposito dei limiti applicativi del nuovo “filtro”, è opportuno sottolineare ch'esso può operare, per espressa previsione normativa, solamente al di «fuori dei casi in cui deve essere dichiarata *con sentenza* l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello»; il che va inteso, stando all'opinione largamente prevalente ed anche a mio avviso più persuasiva, nel senso che l'ordinanza *ex art. 348-ter* non può essere utilizzata per le ipotesi in cui, anteriormente alla riforma, l'inammissibilità (o l'improcedibilità) doveva essere pronunciata con sentenza, trattandosi di una «questione pregiudiziale attinente al processo» (art. 279, 2° comma, n. 4, c.p.c.)<sup>26</sup>. Se a ciò si aggiunge che l'eventuale nullità dell'atto di appello è disciplinata dall'art. 164 c.p.c., sicché esclude la definizione del giudizio in mero rito, se ne può evincere che la valutazione circa la «ragionevole probabilità» di accoglimento dell'appello attiene esclusivamente al *merito* dell'impugnazione; mentre le pronunce d'inammissibilità per ragioni processuali – inclusa, si badi, quella determinata dall'eventuale inosservanza del novellato art. 342 c.p.c. (su cui v. *infra* il § 7) – non si sottraggono, com'è giusto che sia, all'ordinario ricorso per cassazione, che ovviamente consente ed impone alla Corte suprema di esaminare e valutare autonomamente (e non soltanto sotto il profilo della congruità della motivazione) la sussistenza del vizio rilevato dal giudice *a quo*<sup>27</sup>.

4. *Ordinanza d'inammissibilità dell'appello e ricorribilità per cassazione della sentenza di primo grado: rilievi preliminari.* – Per aggirare l'ostacolo rappresentato dall'art. 111, 7° comma, Cost., che avrebbe sicuramente imposto di ammettere la ricorribilità dell'ordinanza d'inammissibilità *sotto ogni profilo* – e dunque, entro i limiti dei motivi di cui all'art. 360 c.p.c., anche in relazione al merito dell'appello (o dei più appelli) – il legislatore ha espressamente previsto che tale declaratoria d'inammissibilità non soltanto determini, in ragione dell'esclusione del normale effetto sostitutivo della sentenza di appello, la sopravvivenza della sentenza di primo grado, ma riapra altresì i termini per impugnare quest'ultima direttamente con ricorso per cassazione.

Più esattamente, il 3° comma dell'art. 348-ter stabilisce che «in tal caso il termine per il ricorso per cassazione avverso il provvedimento di primo grado decorre dalla comunicazione o notificazione, se anteriore, dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilità»; il che sta a significare che il termine c.d. breve di 60 giorni, previsto dall'art. 325 c.p.c., decorre indifferentemente dalla comunicazione o dalla notificazione, ancorché quest'ultima sia eventualmente eseguita ad iniziativa della cancelleria. Inoltre, poiché si richiama esplicitamente l'art. 327 c.p.c., «in quanto compatibile», a me sembra che il ricorso per cassazione, quand'anche dovesse essere omessa la predetta comunicazione o notificazione, resterebbe precluso col decorso del termine di sei mesi,

decorrenti dalla pronuncia in udienza dell'ordinanza d'inammissibilità ovvero dal suo deposito in cancelleria<sup>28</sup>.

Il sistema escogitato, ancorché macchinoso, è in qualche misura ingegnoso, tenuto anche conto che la particolare stringatezza dell'ordinanza in questione, nonostante la contestuale restrizione del sindacato concernente la motivazione in fatto, risultante dalla nuova formulazione dell'art. 360 n. 5 – che oggi parrebbe escludere la censurabilità della mera «insufficienza» o «contraddittorietà» della motivazione<sup>29</sup> – avrebbe potuto quanto meno incentivare i ricorsi fondati su tale tipo di vizio. Ciò nonostante, i dubbi sulla bontà della soluzione adottata appaiono più che leciti, soprattutto perché – come molti dei primi commenti hanno subito rilevato – è assai probabile ch'essa si risolverà in un incremento del numero dei ricorsi di legittimità.

A prescindere da questo rischio, occorre precisare che il ricorso nei confronti della sentenza di primo grado sarà consentito, di regola, per tutti i motivi contemplati dall'art. 360, 1° comma, a meno che l'inammissibilità dell'appello sia stata motivata con le «stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata» (*id est* della sentenza di primo grado): in tale ipotesi, infatti, l'impugnazione è proponibile per i soli primi quattro motivi di cui all'art. 360, e non anche per quello previsto dal n. 5. A me sembra, tuttavia, che tale limitazione, applicabile anche al(ricorso contro )le *sentenze* d'appello confermatrice della decisione impugnata (alla medesima condizione ch'esse condividano pienamente, in definitiva, la motivazione in fatto adottata dal giudice *a quo*), sia del tutto irragionevole, alla luce della contestuale – e già rammentata – modifica dell'art. 360 n. 5. Se oggi, infatti, è sindacabile (quanto meno in virtù di tale disposizione<sup>30</sup>) solamente l'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti» – e cioè, a quanto pare, la sola carenza *totale* di motivazione, cui pacificamente si equipara la motivazione meramente apparente<sup>31</sup> – se si assume, cioè, che il giudice d'appello abbia sostanzialmente omesso ogni spiegazione circa la soluzione adottata in relazione ad una *quaestio facti*, decisiva e controversa, che pure gli era stata evidentemente riproposta attraverso i motivi di appello, è ben difficile comprendere e giustificare (anche in relazione all'art. 3, 2° comma, Cost.) l'incensurabilità di tale vizio, dovuta alla mera circostanza che già il giudice di primo grado fosse incorso nella medesima omissione. Inoltre, se davvero si trattasse di *omessa* motivazione, non avrebbe alcun senso, evidentemente, l'evocato raffronto fra le «ragioni (...) poste a base della decisione impugnata» e quelle con cui è motivata l'ordinanza d'inammissibilità.

A ben riflettere, dunque, proprio la disposizione in esame lascia intendere come il legislatore fosse consapevole che il ritorno all'originaria formulazione dell'art. 360, n. 5, non può escludere la sindacabilità della motivazione (in fatto) sotto i profili della “sufficienza” e della coerenza logica; ed è solo in tale prospettiva che può comprendersi – ma non certo approvarsi – la limitazione risultante dal 4° comma dell'art. 348-*ter*. Oltretutto, tenuto conto dell'estrema stringatezza che dovrebbe o potrebbe caratterizzare la motivazione dell'ordinanza d'inammissibilità, la comparazione prospettata dal legislatore sarà spesso del tutto virtuale<sup>32</sup>. In altre parole, è facile pronosticare che la situazione ipotizzata nella disposizione in esame, ossia una sostanziale coincidenza motivazionale<sup>33</sup>, verrà riscontrata per il sol fatto che l'ordinanza d'inammissibilità si sia limitata a rinviare *per relationem* alla motivazione della sentenza di primo grado. Il che, ovviamente, incentiva il supino appiattimento del giudice *ad quem* sulle argomentazioni in fatto – seppur, magari, gravemente lacunose – adottate dal giudice di primo grado.

5. Segue: *le censure deducibili*. – Esauriti questi rilievi preliminari, occorre ora chiarire quali vizi siano concretamente deducibili col ricorso per cassazione proponibile, in seguito all'ordinanza d'inammissibilità dell'appello, direttamente nei confronti della sentenza di primo grado.

A questo riguardo deve anzitutto sottolinearsi che, mentre l'originaria formulazione dell'art. 348-ter, risultante dall'art. 54 del d.l. n. 83/2012, ammetteva esplicitamente il ricorso «nei limiti dei motivi specifici esposti con l'atto di appello», tale limitazione è venuta meno in sede di conversione del medesimo d.l., in accoglimento di un emendamento presentato dal Governo. A mio avviso, si è trattato di una correzione quanto mai opportuna, ove si consideri che appello e ricorso per cassazione sono impugnazioni dalle caratteristiche assai diverse e che, in particolare, dalla “reviviscenza” della sentenza di primo grado potrebbe scaturire la deduzione di vizi che la parte soccombente non aveva interesse a far valere con l'appello. Si pensi, ad es., all'ipotesi in cui la sentenza di primo grado fosse affetta da vizi di costituzione del giudice (art. 158 c.p.c.) ovvero da una qualunque altra nullità che, essendo estranea alle fattispecie contemplate dall'art. 354 c.p.c., non avrebbe escluso la pronuncia di una nuova decisione di merito da parte del giudice di secondo grado: venuta meno la possibilità di tale decisione sostitutiva in appello, non v'è ragione alcuna per escludere che vizi di questo genere siano dedotti col ricorso per cassazione, al fine di ottenere l'annullamento con rinvio al medesimo giudice che avrebbe dovuto pronunciare sull'appello (art. 383, 4° comma, c.p.c.).

A prescindere da quest'ultimo rilievo – e dunque affrontando il problema in termini più generali – v'è poi da domandarsi se ed in quale misura il contenuto dell'atto di appello, principale o incidentale, possa comunque incidere sul novero delle censure deducibili con l'eventuale ricorso successivamente proposto, ai sensi dell'art. 348-ter, nei confronti della sentenza di primo grado.

A mio avviso occorre distinguere, a tal fine, tra le preclusioni che potrebbero derivare dal giudicato, anche in relazione all'operare dell'art. 329, 2° comma, c.p.c., e quelle che invece sarebbero desumibili, *all'interno dei capi della sentenza appellati*, esclusivamente dai motivi specifici concretamente dedotti con l'atto di appello, in virtù del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c.).

Sulla funzione dei motivi di appello dovrò necessariamente tornare tra breve, a proposito della nuova formulazione dell'art. 342. Per il momento mi limiterò ad enunciare la convinzione che l'onere di motivare l'appello non possa intendersi con esclusivo riferimento alla formazione progressiva del giudicato, bensì operi con maglie sensibilmente più ristrette, escludendo la cognizione del giudice di secondo grado finanche su questioni di fatto o di diritto che non sarebbero “coperte” dal giudicato (tant'è che potrebbero essere “riaperte” anche dall'appellato, senza bisogno di alcuna impugnazione). Questo perché, stando alla ricostruzione che a me sembra più corretta e persuasiva, è sì vero che ai fini dell'art. 329 cpv. debbono considerarsi «parti» della sentenza, idonee a passare autonomamente in giudicato, anche le decisioni su singole questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, ma è pur vero che ciò può valere solamente in relazione a «ciascuna completa fattispecie» ad effetti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi della situazione soggettiva azionata, e non rispetto ad «ogni profilo di mero fatto o di puro diritto» della fattispecie stessa<sup>34</sup>. Così, per fare un banale esempio, qualora il giudice di primo grado, nell'accogliere la domanda, avesse respinto l'eccezione di prescrizione sollevata dal convenuto, reputando applicabile una certa norma sulla prescrizione, in virtù di una determinata qualificazione giuridica del rapporto, e nel contempo ravvisando nella specie un valido atto interruttivo della prescrizione, l'atto di appello che contestasse l'avvenuta interruzione della prescrizione sarebbe certamente idoneo a rimettere in discussione la questione di prescrizione, escludendo senz'altro il passaggio in giudicato del relativo “capo” di sentenza, ma non autorizzerebbe automaticamente il giudice d'appello a rivedere *sua sponte* la qualificazione giuridica del rapporto, a meno che non vi fosse una sollecitazione in tal senso dello stesso appellato, se del caso ai sensi dell'art. 346 c.p.c.

Fatta questa doverosa – ancorché necessariamente sintetica – premessa, e tornando al problema dei possibili motivi del ricorso per cassazione proponibile nei confronti della sentenza di primo grado, a me non sembra che l'art. 348-ter, pur nella formulazione emendata dalla legge di conversione, possa giustificare il superamento dei limiti del giudicato, determinando una sorta

di restituzione nel termine per impugnare, che d'altronde non risponderebbe ad alcuna apprezzabile esigenza equitativa<sup>35</sup>. Tenuto conto, anzi, dell'opinabilissima utilizzazione della nozione di "giudicato implicito" nella più recente giurisprudenza di legittimità (e mi riferisco, ovviamente, alla ben nota interpretazione "correttiva" dell'art. 37 c.p.c., quanto al regime di rilevabilità officiosa del difetto di giurisdizione), è facile pronosticare che i suddetti limiti verranno invocati anche per escludere la possibilità di dedurre a fondamento del ricorso per cassazione la questione di giurisdizione o qualunque altra questione processuale *litis ingressum impediens* che non era stata dedotta con l'appello, principale o incidentale. In relazione a tali ipotesi, infatti, se il giudice di primo grado aveva deciso la causa nel merito, si potrà verosimilmente affermare che la mancata impugnazione della statuizione "implicita" di rigetto della questione ha determinato la formazione del giudicato sulla questione medesima.

A prescindere da quest'ultimo rilievo, vorrei aggiungere che, qualora si condivida la premessa circa l'inattaccabilità dei capi della sentenza di primo grado che non erano stati impugnati con l'appello, il ricorrente per cassazione *ex art. 348-ter*, 3° comma, al fine evitare possibili problemi sotto il profilo dell'"autosufficienza" del ricorso, dovrà opportunamente indicare nell'atto introduttivo, ogniqualvolta la decisione impugnata consti di una pluralità di capi, che per l'appunto si tratta di capi ch'erano stati già tempestivamente impugnati con l'appello<sup>36</sup>, e magari (non essendo affatto previsto che il fascicolo del giudizio di secondo grado sia trasmesso alla Cassazione) prudentemente allegare al ricorso una copia dello stesso atto di appello, affinché la Corte possa compiere le verifiche officiose attinenti all'ammissibilità dell'impugnazione.

Tutt'altra soluzione s'impone, invece, quanto ai motivi dell'anteriore appello dichiarato inammissibile, dai quali, a mio avviso, non può derivare alcuna autonoma preclusione circa i motivi del successivo ricorso per cassazione<sup>37</sup>. Difatti, al di là dell'univoca indicazione che può trarsi dalla rammentata modifica della norma ad opera della legge di conversione, non vedo da cosa potrebbe ricavarsi una siffatta limitazione. In particolare, escluderei che nella specie possa utilmente invocarsi il (peraltro fantomatico) principio di "consumazione" dell'impugnazione<sup>38</sup>, che sicuramente non può operare, in assenza di una specifica previsione normativa, tra impugnazioni diverse.

Nell'ambito dei capi a suo tempo impugnati in appello, dunque, il ricorso per cassazione ben potrà fondarsi, a mio avviso, su *errores in iudicando* o *in procedendo* nuovi e differenti rispetto a quelli già dedotti senza successo dinanzi al giudice di secondo grado, e darà luogo ad un giudizio di legittimità senza particolarità degne di nota, ove si prescinda dalla circostanza che, in caso di cassazione con rinvio, la causa dovrà essere rimessa non al giudice *a quo*, bensì a quello «che avrebbe dovuto pronunciare sull'appello» (nuovo art. 383, 4° comma) ed invece l'aveva dichiarato inammissibile.

Mette conto di sottolineare, anzi, che, quantunque il legislatore abbia ommesso di precisarlo<sup>39</sup>, non v'è alcuna plausibile ragione che impedisca in tal caso alla Cassazione, laddove il ricorso sia fondato e «non siano necessari ulteriori accertamento di fatto», di decidere essa stessa la causa nel merito, ai sensi dell'art. 384, 2° comma<sup>40</sup>. Né varrebbe invocare, contro siffatta soluzione, il principio del doppio grado di giurisdizione; vuoi perché tale principio, com'è noto, è privo di una specifica portata positiva, vuoi, comunque, perché nella specie il secondo grado è stato già percorso, ancorché sia stato definito con una pronuncia (solo formalmente) in rito.

6. *Vizi dell'ordinanza d'inammissibilità e possibili rimedi.* – L'analisi svolta nei precedenti parr. 2 e 3, in cui ho tentato di evidenziare presupposti e limiti positivi del c.d. "filtro", avrebbe un valore essenzialmente didascalico-dentologico e una modestissima rilevanza pratica se la carenza di quei presupposti ed il superamento di quei limiti rimanessero privi di conseguenze e di rimedi.

Uno dei punti più critici, dunque, nella ricostruzione dell'istituto, attiene proprio all'impugnabilità dell'ordinanza d'inammissibilità pronunciata ai sensi degli artt. 348-*bis* e 348-*ter*, nella consapevolezza degli abusi cui potrebbe dar luogo l'applicazione di tali disposizioni, in specie se il provvedimento fosse sottratto a qualunque forma di gravame.

In via preliminare mi sembra opportuno rilevare che, una volta circoscritto al *merito* della causa l'ambito di applicazione dell'ordinanza in esame, vi è un diffuso consenso circa l'impossibilità di censurare col ricorso per cassazione la valutazione del giudice d'appello relativa alla manifesta infondatezza (ovvero, se si preferisce, alla mancanza di «ragionevole probabilità» di accoglimento) dell'impugnazione; mentre non lievi dissensi si registrano in ordine all'ipotesi dell'ordinanza d'inammissibilità affetta da vizi propri o comunque pronunciata in difetto dei presupposti indicati dal legislatore, che una parte dei primi commentatori ritiene (autonomamente) ricorribile in forza dell'art. 111, 7° comma, Cost.<sup>41</sup>.

Ciò premesso, è chiaro che il problema testé prospettato si risolve nell'appurare se l'ordinanza *ex art.* 348-*ter* possieda o no i caratteri della “decisorietà” e della “definitività”, cui l'opinione oggi dominante subordina l'esperibilità del ricorso c.d. straordinario garantito dalla norma costituzionale.

Per ciò che attiene al primo punto, a me sembra che la natura decisoria del provvedimento in questione sia evidentissima ed incontestabile, trattandosi di una pronuncia che definisce – ancorché (solo formalmente) in rito – un giudizio (quello di appello) che ha ad oggetto (al pari di quello di primo grado) dei *diritti*.

Ove mai occorresse una conferma di ciò, basterebbe rammentare i risultati cui è approdata la giurisprudenza di legittimità in relazione ai provvedimenti di giurisdizione volontaria e, soprattutto, le argomentazioni ad essi sottese. In passato – come si ricorderà – si era sviluppato un certo filone interpretativo secondo cui, fermo restando il principio dell'inammissibilità del ricorso c.d. straordinario nei confronti dei provvedimenti di volontaria giurisdizione emessi in sede di reclamo, si sarebbe dovuta ammettere un'eccezione allorché si fosse trattato di provvedimenti di inammissibilità del reclamo; poiché in questa ipotesi – si osservava – ad essere negata è l'azione, che costituisce un vero e proprio diritto, ancorché di natura processuale, e dunque si ricade nell'ambito dei provvedimenti propriamente decisori. Le Sezioni unite, nello sconfiggere quell'orientamento, affermarono che «la pronuncia sull'osservanza delle norme che regolano il processo, disciplinando i presupposti, i modi e i tempi con i quali la domanda può essere portata all'esame del giudice, *ha necessariamente la medesima natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato* e, pertanto, non può avere autonoma valenza di provvedimento decisorio e definitivo, se di tali caratteri quell'atto sia privo (...)»<sup>42</sup>.

Tornando all'ipotesi di cui ci stiamo occupando, dunque, ciò che rileva, al fine della natura “decisoria” dell'ordinanza *ex art.* 348-*ter*, non è semplicemente l'incidenza di quest'ultima sul diritto (processuale) all'impugnazione, quanto piuttosto il fatto ch'essa s'inserisca in un giudizio che verte innegabilmente su diritti. Di talché, se il legislatore del 2012 si fosse limitato a prevedere la possibile definizione del giudizio d'appello con ordinanza, non par dubbio che quest'ultima sarebbe stata ricorribile ai sensi dell'art. 111 Cost.

Posto, invece, che siffatto provvedimento apre la strada al ricorso per cassazione direttamente nei confronti della sentenza di primo grado, ci si deve ovviamente chiedere se tale disciplina escluda l'altro presupposto cui è subordinato il ricorso c.d. straordinario, ossia la “definitività” dell'ordinanza, intesa come idoneità a determinare la formazione del giudicato sul diritto controverso. E la risposta, almeno in linea di principio, non può non essere positiva; non tanto per ragioni formali – ossia per il fatto che la cosa giudicata può formarsi, nella specie, solo sulla sentenza di primo grado – quanto piuttosto perché le violazioni di legge (eventualmente) già dedotte con l'atto di appello potranno essere per l'appunto poste a fondamento del ricorso per cassazione.

Naturalmente i due rimedi non sono affatto equivalenti, giacché al secondo restano estranee – viepiù nel caso di specie, in ragione della sancita irrilevanza del motivo di cui al n. 5

dell'art. 360 – tutte le censure concernenti la valutazione delle prove e la ricostruzione dei fatti (extraprocessuali); ma ciò rappresenta un inconveniente trascurabile, quanto meno dal punto di vista dell'art. 111 Cost., che garantisce l'accesso alla Corte suprema solamente per le violazioni di legge<sup>43</sup>.

Il problema appare invece piuttosto serio ove si consideri l'ipotesi dell'ordinanza affetta da vizi propri o comunque pronunciata in difetto dei presupposti specifici (anche di ordine temporale) indicati dal legislatore. Si può pensare, ad es., al caso in cui l'ordinanza d'inammissibilità sia stata pronunciata prematuramente, ossia prima dell'udienza di trattazione o comunque senza che le parti siano state sentite, nonché a quello – diametralmente opposto – in cui il provvedimento sia intervenuto, in luogo della (a quel punto ineludibile) sentenza, dopo l'esaurimento della trattazione e la precisazione delle conclusioni. Gli esempi, peraltro, potrebbero essere ben più numerosi, dovendosi tra l'altro considerare l'eventualità che l'ordinanza di inammissibilità sia fondata su questioni di rito che avrebbero richiesto la decisione (di inammissibilità o improcedibilità dell'appello) con sentenza, oppure abbia omesso di pronunciare su una questione di questo tipo, sollevata dall'appellato o rilevabile d'ufficio (attinente, per es., alla tardività dell'appello ovvero della costituzione dell'appellante). In tutti questi casi, infatti, posto che il vizio da cui è affetta l'ordinanza di inammissibilità deriva da una violazione di legge (processuale), delle due l'una: o si ammette ch'esso possa farsi comunque valere nell'ambito del giudizio di cassazione successivamente promosso, ai sensi dell'art. 348-ter, 3° comma, nei confronti della sentenza di primo grado, o altrimenti è inevitabile riconoscere che la stessa ordinanza d'inammissibilità è (per tali motivi) direttamente ricorribile per cassazione a norma dell'art. 111 Cost., trattandosi di un provvedimento (decisorio e) *in parte qua* definitivo<sup>44</sup>. In altre e più chiare parole, a me sembra che, in presenza di violazioni di legge riguardanti un provvedimento decisorio (quale indubbiamente è, per le ragioni poc'anzi evidenziate, l'ordinanza contemplata dall'art. 348-ter), l'esclusione del ricorso c.d. straordinario possa ammettersi alla sola condizione che dette violazioni di legge siano effettivamente deducibili nel prosieguo del giudizio ovvero attraverso un diverso rimedio; ché, se così non fosse, sarebbe davvero troppo facile, per il legislatore ordinario, aggirare la garanzia offerta dalla norma costituzionale<sup>45</sup>.

Ciò premesso, e prima di approfondire l'alternativa esegetica testé indicata, mi sembra però opportuno sottolineare che la dimensione pratica del problema è minore di quel che potrebbe *prima facie* apparire.

In primo luogo, infatti, l'interesse all'autonoma impugnazione dell'ordinanza difetterà (anche, probabilmente, sotto il profilo formale) se l'atto d'appello si basava su ragioni meramente giuridiche, che possono tranquillamente riproporsi attraverso il ricorso per cassazione (proponibile nei confronti della sentenza di primo grado)<sup>46</sup>.

In secondo luogo, ipotizzando che il giudice di secondo grado abbia omesso il rilievo di un impedimento processuale da dichiarare con sentenza (quale, in particolare, l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello), è chiaro che l'appellante non avrebbe alcun interesse a dolersene, mentre l'interesse dell'appellato a dedurre un siffatto vizio sorgerebbe nel solo caso in cui l'appellante proponesse successivamente ricorso nei confronti della sentenza di primo grado (e ciò, ovviamente, al fine di contestare l'ammissibilità di tale ricorso, in conseguenza dell'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza impugnata).

In terzo luogo, infine, alcuni possibili vizi potrebbero risultare, *ex post*, affatto innocui ed irrilevanti. Si consideri, ad es., l'omessa integrazione del contraddittorio *ex art.* 331 c.p.c. oppure l'omessa rinnovazione dell'atto di appello o della relativa notificazione, affetti da una nullità non sanata dalla costituzione dell'appellato: nell'uno e nell'altro caso, essendo stata l'impugnazione definita (almeno formalmente) in mero rito, il litisconsorte rimasto estraneo al giudizio e l'appellato contumace non avrebbero motivo di dolersi dell'*error in procedendo*, che ovviamente non impediva loro di proporre, qualora l'avessero voluto, (separato) appello in via principale.

Operate queste opportune precisazioni e delimitazioni, tuttavia, il problema evidentemente rimane, ancorché ridimensionato; sicché parrebbe inevitabile ammettere che l'ordinanza d'inammissibilità processualmente illegittima è, almeno in talune ipotesi, direttamente ricorribile per cassazione. Nella specie, peraltro, senza bisogno di scomodare l'art. 111 Cost., direi che a tale conclusione può pervenirsi sulla base dello stesso art. 360 c.p.c., tenuto conto del noto principio c.d. della prevalenza della sostanza sulla forma, secondo cui la natura e la "sostanza" di un provvedimento, al fine dell'individuazione del regime d'impugnazione, si determinano in ragione non già della forma adottata dal giudice, bensì del suo contenuto effettivo. Non di rado, infatti, la giurisprudenza ha utilizzato estensivamente siffatto principio<sup>47</sup> anche in relazione ad ipotesi in cui l'errore del giudice non riguardava semplicemente la forma del provvedimento (ordinanza in luogo della prescritta sentenza), bensì derivava dall'insussistenza degli specifici presupposti cui la legge subordinava la definizione del giudizio con ordinanza: si pensi, in tal senso, alla pacifica appellabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto pronunciata in difetto delle condizioni previste dall'art. 663 c.p.c.<sup>48</sup>, nonché all'analogica soluzione cui sono di recente pervenute le Sezioni unite in relazione all'ipotesi dell'ordinanza che, ai sensi dell'art. 789, 3° comma, c.p.c., dichiara esecutivo il progetto di divisione nonostante la presenza di contestazioni<sup>49</sup>.

Ovviamente, qualora si acceda a questa soluzione, il possibile concorso tra l'impugnazione dell'ordinanza d'inammissibilità dell'appello e quella della sentenza di primo grado può dar luogo, in assenza di una specifica disciplina, a qualche complicazione, in specie se i due ricorsi per cassazione sono proposti da parti diverse; nel qual caso non potrebbe neppure utilizzarsi la possibilità, da taluno suggerita<sup>50</sup> – ed in effetti a mio avviso praticabile – di impugnare i due provvedimenti con un unico ricorso. Si tratterebbe, peraltro, di inconvenienti tutto sommato tollerabili, in buona parte risolvibili attraverso la (obbligatoria) riunione *ex art.* 335 c.p.c., che non credo, comunque, possano costituire una remora per l'interprete, di fronte alla ben più pressante esigenza di evitare che possibili abusi nell'applicazione del nuovo "filtro" finiscano col rendere meramente virtuale la garanzia del doppio grado di giurisdizione; garanzia che il legislatore ordinario potrebbe sì – come troppo spesso si sottolinea – un giorno eliminare, ma che d'altronde, almeno fino a quel giorno (cui speriamo di non arrivare mai), non può essere concretamente rimessa alla mera discrezionalità del giudice d'appello.

Rimane da verificare, peraltro, se sia eventualmente praticabile una diversa soluzione, che consenta di far valere gli eventuali vizi dell'ordinanza d'inammissibilità nell'ambito del ricorso per cassazione successivamente proposto, ai sensi dell'art. 348-*ter*, nei confronti della sentenza di primo grado.

Una siffatta soluzione può apparire sicuramente più impervia, in mancanza di un'espressa previsione positiva, ma trae spunto, d'altronde, proprio dalla relazione illustrativa del d.d.l. n. 5312/C (da cui è sortita la legge n. 134/2012, di conversione del d.l. n. 38/2012), che su questo punto, con riferimento all'art. 54 del d.d.l., testualmente afferma: «Rimane impregiudicato il potere della Suprema Corte di cassazione, alla quale sia denunciata la decisione di prime cure, di rilevare, quando ritenuto inerente alle garanzie assicurate dall'articolo 111 della Costituzione, nullità inerenti al procedimento di appello». Si consideri, inoltre, che almeno per alcuni profili non par dubbio che la Corte possa e debba rilevare finanche d'ufficio gli eventuali vizi dell'ordinanza di inammissibilità, giacché essi si riverberano sulla stessa ammissibilità del ricorso: si pensi, in particolare, all'ipotesi in cui il giudice d'appello abbia ommesso di rilevare una causa di inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione (ad es. per tardiva proposizione dell'appello o tardiva costituzione dell'appellante) che avrebbe dovuto essere dichiarata con sentenza ed avrebbe ovviamente determinato il passaggio in giudicato della pronuncia di primo grado, escludendo in tal modo il successivo ricorso a norma dell'art. 348-*ter*.

A mio avviso, dunque, con un certo sforzo interpretativo non è affatto impossibile sostenere che tutti i vizi *in procedendo* dell'ordinanza di inammissibilità siano deducibili – se del caso in via d'impugnazione incidentale – nell'ambito del giudizio di cassazione instaurato

nei confronti della sentenza di primo grado<sup>51</sup>; il che, se non erro, eliminerebbe ogni possibile complicazione.

Prima di esaurire questo argomento, tuttavia, mi sembrano opportune due ulteriori precisazioni.

In primo luogo, la soluzione testé prospettata non può valere quando il principio della prevalenza della sostanza sulla forma debba applicarsi – per così dire – nella sua accezione più ristretta, ossia quando il giudice d'appello abbia erroneamente utilizzato la forma dell'ordinanza per risolvere cause o questioni che dovevano essere necessariamente decise, invece con sentenza: per es. nell'ipotesi, già prospettata, in cui abbia dichiarato inammissibile o improcedibile l'appello, ovvero in quella in cui abbia definito con ordinanza d'inammissibilità una causa trattata in primo grado col rito sommario di cognizione. In questi casi, dunque, non v'è dubbio che l'unica impugnazione consentita sia l'ordinario ricorso per cassazione.

La seconda precisazione riguarda invece il capo dell'ordinanza d'inammissibilità che abbia pronunciato sulle spese del giudizio d'appello; rispetto al quale sembra inevitabile ammettere il ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost.<sup>52</sup> Se è vero, infatti, che tale statuizione, essendo dipendente da quella di inammissibilità (*recte*: di manifesta infondatezza) dell'impugnazione, potrebbe rimanere automaticamente travolta, ai sensi dell'art. 336, 2° comma, c.p.c., dall'eventuale successivo accoglimento del ricorso proposto nei confronti della sentenza di primo grado<sup>53</sup>, è pur vero che questa soluzione non può operare rispetto ai vizi propri della pronuncia sulle spese; ossia quando, ad es., l'importo della condanna alle spese sia esorbitante oppure, all'opposto, quando il giudice d'appello abbia integralmente compensato le spese senza indicarne nella motivazione le «gravi ed eccezionali ragioni» (art. 92, 2° comma, c.p.c.). In questi casi, dunque, il ricorso per cassazione rappresenta l'unico rimedio esperibile.

7. *Il contenuto dell'atto di appello, con particolare riguardo ai motivi specifici dell'impugnazione: i risultati cui erano approdate la dottrina e la giurisprudenza prima della recente riforma.* – All'indomani dell'11 settembre 2012, data da cui si applica la nuova disciplina che si sta esaminando, gli avvocati italiani sono apparsi preoccupati, più che dal “filtro” in sé considerato, dagli elementi di forma-contenuto prescritti per l'atto di appello, a pena di inammissibilità, dai novellati artt. 342, 1° comma, e 434, 1° comma, c.p.c.; mostrandosi in tal modo poco rassicurati dall'osservazione secondo cui tali prescrizioni potrebbero «giovare per rendere meno aleatorio il giudizio probabilistico sotteso alla valutazione preliminare di cui all'art. 348 *bis* c.p.c.»<sup>54</sup>. Se si tiene conto della nefasta esperienza del quesito di diritto, imposto per il ricorso per cassazione dall'ora abrogato art. 366-*bis* – rispetto al quale analogamente si pensò, inizialmente, che avrebbe potuto favorire una più attenta ponderazione, da parte del ricorrente, delle concrete *chance* di successo dell'impugnazione – mi pare che le preoccupazioni siano del tutto legittime; tanto più che è difficile credere che una sanzione d'inammissibilità possa avere come obiettivo o possa comunque risolversi, seppure indirettamente, in un elemento di garanzia per l'appellante.

Ciò nonostante, e pur con la cautela che in questi casi è d'obbligo, tenterò qui di seguito di chiarire le ragioni per cui le nuove prescrizioni formali, palesemente ispirate al § 520 della *ZPO* tedesca<sup>55</sup> – di cui gli artt. 342 e 434 rappresentano, *in parte qua*, una traduzione piuttosto pedissequa, ancorché inopportuna rimangiata – se per un verso denotano una discutibile fattura tecnica (in linea con il livello medio di quasi tutti gli interventi del legislatore processuale dell'ultimo decennio), per altro verso non dovrebbero a mio avviso produrre – verosimilmente ed auspicabilmente – autonomi danni, o comunque aggravare in misura significativa gli oneri dell'appellante nella redazione dell'atto d'impugnazione.

Per dar conto di questa convinzione è opportuno prendere le mosse dall'analisi della situazione precedente, e dunque, nella specie, soprattutto dall'anteriore formulazione dell'art. 342, 1° comma, c.p.c., sostanzialmente risalente al testo originario del 1940, che si limitava a richiedere per l'atto di appello, oltre alle «indicazioni prescritte nell'art. 163», comuni all'atto

introduttivo del giudizio di primo grado, «l'esposizione sommaria dei fatti *ed i motivi specifici dell'impugnazione*».

Questa disposizione – com'è noto – ha avuto, unitamente a quella dell'art. 346, un ruolo di primaria importanza nel ridimensionare drasticamente l'ampiezza tradizionale dell'effetto devolutivo dell'appello, ossia l'automatica riemersione dinanzi al giudice *ad quem*, entro i limiti dei capi di sentenza investiti dall'impugnazione, di tutte le domande e le questioni già sottoposte all'esame del primo giudice; fenomeno che trovava un'indiretta conferma, sul piano strettamente positivo, nell'art. 486, 3° comma, del c.p.c. del 1865, secondo cui, in presenza di una sentenza comprendente una pluralità di capi, l'appello proposto senza un'esplicita indicazione dei capi impugnati doveva comunque intendersi «proposto contro tutti».

Venuta meno tale disposizione, nessuno ha mai dubitato, se non erro, che l'appellante (principale o incidentale) fosse tenuto ad indicare le parti (*id est* i capi) della sentenza effettivamente impugnate e le relative modifiche chieste al giudice di secondo grado, che rappresentano, a ben riflettere, il *petitum* della domanda d'impugnazione. Le discussioni, invece, riguardavano la funzione dei «motivi *specifici*» (fino a ieri) richiesti dalla norma in esame. Stando ad una parte della dottrina, maggiormente fedele alle caratteristiche tradizionali dell'appello come impugnazione dall'effetto devolutivo pieno ed automatico, tali motivi servivano essenzialmente a chiarire quali parti della sentenza l'appellante intendesse effettivamente impugnare; sicché l'eventuale loro omissione sarebbe rimasta sostanzialmente irrilevante nel caso in cui risultasse comunque la volontà dell'appellante d'impugnare la sentenza nella sua interezza. Corollario di questa tesi era che, per il sol fatto che l'appellante avesse chiesto una nuova decisione su una determinata domanda, il giudice d'appello sarebbe stato automaticamente (re)investito (anche) di tutte le questioni già sottoposte all'esame del primo giudice.

Nella giurisprudenza, tuttavia, dopo qualche iniziale incertezza, questa tesi ha perso progressivamente terreno, essendo prevalsa l'idea che i motivi «specifici» richiesti dall'art. 342 non servissero solamente ad individuare i capi della sentenza concretamente impugnati, ma assolvessero, invece, la ben più incisiva funzione di “selezionare” le questioni che il giudice di secondo grado poteva e doveva a sua volta affrontare e risolvere; con la precisazione, inoltre, che il grado di specificità dei motivi di appello dipendeva essenzialmente dal livello di specificità della motivazione della decisione impugnata, giacché le critiche dell'appellante dovevano essere potenzialmente idonee a contrastare l'*iter* argomentativo seguito dal primo giudice<sup>56</sup>. In altre parole, mentre l'appello delineato dal codice del 1865 poteva finanche ridursi ad una generica richiesta di riesame di tutte le domande e le questioni già sottoposte al primo giudice, con l'effetto di obbligare comunque il giudice *ad quem* ad una siffatta revisione integrale della decisione impugnata, l'appello disciplinato dal codice vigente, già prima della riforma che stiamo esaminando, doveva contenere critiche puntuali all'operato del giudice *a quo*, poiché le questioni investite da tali «specifiche» censure, unite a quelle eventualmente «riproposte» dall'appellato ai sensi dell'art. 346, avrebbero circoscritto in modo tendenzialmente definitivo ed esclusivo l'ambito della cognizione del giudice d'appello. Il che ha rappresentato, a mio avviso, un'evoluzione molto positiva e razionale, giacché è solo dalla selezione delle questioni, unita alla possibilità di raffrontare la motivazione del giudice *a quo* con le critiche dell'appellante, che può derivare al giudice d'appello una potenziale posizione di vantaggio; mentre nel sistema del codice previgente la decisione di secondo grado, resa all'esito di un *novum iudicium*, si giustapponeva puramente e semplicemente a quella di primo grado e ad essa si sostituiva per il sol fatto di provenire da un giudice “superiore”, senza offrire alcuna oggettiva garanzia, seppure meramente teorica, di maggiore ponderatezza.

Ad ogni buon conto quella che ho testé riassunto è l'interpretazione che poteva dirsi oramai acquisita e consolidata, grazie anche a reiterate pronunce delle Sezioni unite<sup>57</sup>, prima della recente modifica dell'art. 342; mentre i dubbi residui riguardavano esclusivamente

l'individuazione delle questioni (eccezionalmente) sottratte all'onere di specificazione dei motivi, nonché le conseguenze derivanti dal mancato assolvimento di tale onere.

In ordine al secondo punto, dalle ricadute pratiche assai modeste, ci si chiedeva, in particolare, se l'assoluta genericità delle censure prospettate con l'atto di appello fosse causa di nullità dell'atto stesso, assimilabile ad una carenza della *causa petendi* e dunque sanabile solo *ex nunc*, oppure d'inammissibilità dell'impugnazione, oppure ancora – secondo la soluzione che a me era sempre parsa più congrua e persuasiva – di puro e semplice rigetto nel merito.

Quanto al primo punto, certamente più significativo dal punto di vista delle conseguenze applicative, si riteneva che la cognizione del giudice d'appello si estendesse automaticamente, pur in mancanza di specifiche censure:

a) alle questioni, processuali o di merito, rilevabili d'ufficio anche in sede d'impugnazione (si pensi, ad es., alla nullità del contratto, a norma dell'art. 1421 c.c.) e risultanti dagli atti, a condizione che su di esse non vi fosse stata un'espressa decisione del giudice *a quo*<sup>58</sup>;

b) a tutte le questioni di mero diritto (relative, ad es., all'interpretazione di una norma di legge), per le quali vale il noto principio *iura novit curia*, purché riguardassero punti della decisione che erano stati investiti, seppure per un diverso profilo, dalle censure dell'appellante<sup>59</sup>.

In entrambi i casi, infatti, si ammetteva che il giudice d'appello, *all'interno dei capi impugnati*, potesse esaminare tali questioni di propria iniziativa, indipendentemente dalla sollecitazione della parte che aveva proposto l'impugnazione.

8. Segue: *la nuova disciplina*. – Alla luce dell'evoluzione sinteticamente rammentata nel par. precedente, è lecito affermare che il principio *tantum devolutum quantum appellatum*, grazie all'esile base positiva rappresentata dalla prescrizione dei «motivi specifici», contenuta nell'art. 342, aveva già assunto, prima della riforma in esame, un significato ben più pregnante rispetto alla tradizione, poiché serviva ad escludere non soltanto che il giudice d'appello potesse riesaminare d'ufficio i capi della sentenza non impugnati, ma pure che potesse, all'interno dei capi effettivamente impugnati, riesaminare *sua sponte* questioni che non fossero state concretamente investite dai motivi di appello o non fossero state riproposte dall'appellato, ai sensi dell'art. 346 c.p.c.

Si tratta dunque di verificare, ora, se la nuova formulazione imponga o no di rivedere, in tutto o in parte, questi principi già da tempo acquisiti.

Analizzando il nuovo testo, a me sembra di poter rilevare quanto segue.

A) Le «parti del provvedimento che si intende appellare», di cui il n. 1 dell'art. 342 prescrive l'indicazione, non possono essere intese in altro senso che non sia quello in cui il termine «parti» è adoperato nell'art. 329 c.p.c., e dunque con riferimento alle statuizioni (o capi) della sentenza di primo grado suscettibili di passare autonomamente in giudicato<sup>60</sup>. Per quest'aspetto, tuttavia, la prescrizione appare monca e dev'essere integrata, probabilmente, attraverso l'applicazione dell'art. 163, n. 3, c.p.c., poiché il *petitum* della domanda d'impugnazione non può non includere – come ho già avuto modo di rilevare – anche le *modifiche* delle statuizioni impugnate che si chiedono al giudice di secondo grado, che solitamente sono deducibili dalle conclusioni dell'appellante<sup>61</sup>.

B) Nello stesso n. 1 dell'art. 342 si richiede, altresì, l'indicazione «delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado»; dando evidentemente per scontato che l'appellante invochi modifiche di questo tipo – ossia relative all'accertamento dei fatti – e non si tratti di un'impugnazione fondata, invece, su ragioni esclusivamente giuridiche. Si passa, dunque, all'interno della medesima disposizione, da prescrizioni relative al *petitum* a prescrizioni che invece attengono, se non erro, alla *causa petendi*, ossia alle ragioni (di fatto) per le quali il giudice d'appello dovrebbe riformare i capi impugnati<sup>62</sup>. Anche in questo caso, però, la disposizione appare incompleta – quanto meno se si parte dal presupposto che il legislatore abbia inteso essenzialmente recepire gli orientamenti giurisprudenziali preesistenti – giacché non esige che siano enunciate le censure specifiche

mosse all'operato del giudice *a quo*: in altre parole, l'appellante avrebbe l'onere di indicare la ricostruzione dei fatti a suo avviso corretta, ma non anche di precisare da cosa derivi l'errore implicitamente imputato al giudice di primo grado<sup>63</sup> (ad es. da una valutazione non corretta del materiale probatorio, oppure dalla mancata ammissione di taluni mezzi di prova ritualmente richiesti). Pure per quest'aspetto, dunque, poiché appare inverosimile che il legislatore possa aver inteso addirittura ridimensionare ed attenuare l'onere di specificazione dei motivi di appello, così come fino a ieri ricostruito dall'orientamento giurisprudenziale dominante, è inevitabile pensare che l'art. 342 debba essere integrato, *in parte qua*, mercé il richiamo dell'art. 163, n. 4, c.p.c., trattandosi di elementi che attengono pur sempre alla *causa petendi* della domanda d'impugnazione.

C) Nel n. 2 dell'art. 342, infine, si richiede – e per questa parte la trasposizione della norma tedesca è integrale – «l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata»; dando stavolta per scontato, a quanto pare, che l'appellante abbia per l'appunto dedotto una o più violazioni di legge e non abbia censurato, invece, i soli accertamenti di fatto cui è pervenuto il giudice *a quo*<sup>64</sup>. L'unico elemento di novità, per questo aspetto, parrebbe dunque rappresentato dalla necessità che sia espressamente evidenziato il nesso causale tra il denunciato *error in iure* e la decisione impugnata; novità che tuttavia si colloca sul piano esclusivamente formale, poiché nessuno ha mai dubitato che la correzione dei vizi denunciati dall'appellante debba essere astrattamente idonea a sorreggere l'invocata riforma del provvedimento, e pertanto, tra l'altro, qualora quest'ultimo sia fondato su una pluralità di autonome *rationes decidendi*, che le censure debbano investire tutte, pena l'inammissibilità dell'impugnazione per difetto d'interesse<sup>65</sup>.

Se le considerazioni che precedono sono esatte, mi pare che ne risulti confermato il giudizio negativo che avevo anticipato circa la fattura tecnica e soprattutto circa l'effettiva utilità della disposizione in esame, che affronta la tematica dei motivi di appello sul piano meramente formale – peraltro in modo molto approssimativo e con lacune non trascurabili<sup>66</sup> – lasciando virtualmente impregiudicato il problema che sta a monte e che riguarda, invece, l'ambito della cognizione del giudice di secondo grado.

In altre parole, pur con tutte le correzioni ed integrazioni che il nuovo testo dell'art. 342, 1° comma, esige dall'interprete, non sembra ch'esso, ove si prescindano dal modestissimo chiarimento relativo alle conseguenze dell'omessa specificazione formale dei motivi (*rectius*: del difetto *totale* di motivi specifici), modifichi in misura apprezzabile le conclusioni cui era già pervenuta la giurisprudenza sulla base del testo previgente<sup>67</sup>. E comunque, a ben riflettere, non chiarisce affatto se – ed eventualmente in quali limiti – il giudice d'appello possa (ri)esaminare e porre a fondamento della propria decisione (di riforma o anche di conferma della sentenza impugnata) questioni che non erano state investite dalle censure (specifiche) dell'appellante; problema sul quale è dunque verosimile – e a mio avviso anche auspicabile – che la giurisprudenza manterrà fermi i principi precedentemente acquisiti.

Le maggiori criticità della norma in esame, semmai, parrebbero derivare dall'inopportuna ed incongrua rilevata accentuazione degli oneri formali dell'appellante, per ciò che attiene all'indicazione delle «parti del provvedimento» impuginate (n. 1) e all'esplicitazione della rilevanza della violazione di legge (eventualmente) denunciata «ai fini della decisione impugnata» (n. 2); prescrizioni che ovviamente potrebbero prestarsi ad eccessi analoghi a quelli registrati in relazione al quesito di diritto *ex art. 366-bis*. Confidando, tuttavia, in un'applicazione della norma che sia ispirata alla moderazione ed al buon senso, non foss'altro per evitare che gli atti di appello si risolvano in lunghe e noiose ripetizioni, dettate esclusivamente dal timore di poter incorrere nella sanzione dell'inammissibilità, mi sembra importante sottolineare che il novellato art. 342, a differenza del famigerato art. 366-*bis*, non esige che gli elementi in questione abbiano un'autonoma collocazione nell'atto di appello; il che, a mio avviso, propizierà un'esegesi antiformalistica della norma, intesa ad escludere la sanzione dell'inammissibilità ogniqualvolta i suddetti elementi – e penso soprattutto

all'indicazione dei capi della sentenza effettivamente impugnati – siano desumibili in modo inequivoco dalla lettura complessiva dell'atto<sup>68</sup>.

E' appena il caso di ribadire, inoltre, che l'eventuale inammissibilità derivante dall'inosservanza dell'art. 342, 1° comma, dev'essere dichiarata con sentenza (*supra*, § 3 in fine); di talché ogni eventuale abuso potrà essere efficacemente contrastato attraverso l'ordinario ricorso per cassazione, che consentirà alla Corte di valutare direttamente ed autonomamente il contenuto dell'atto di appello.

9. *Conclusioni e ragionevole prognosi circa il futuro del "filtro"*. – Accantonati i profili meramente formali, è venuto ora il momento di formulare qualche valutazione d'insieme circa la congruità della disciplina fin qui esaminata e di azzardare una ragionevole prognosi circa le sue concrete *chance* applicative; nella piena consapevolezza, peraltro, di quanto una siffatta prognosi sia ardua ed irta d'insidie, giacché sul successo o l'insuccesso di un istituto processuale incidono in misura preponderante i comportamenti umani – quelli dei protagonisti del processo – che sono quanto mai imprevedibili. Per questo secondo aspetto, d'altronde, è facile pronosticare che le prassi applicative del novello "filtro" saranno assai diverse da ufficio ad ufficio, essendo oltretutto verosimilmente condizionate, nell'una o nell'altra direzione, dai relativi carichi di lavoro; sicché ogni tentativo di previsione può tutt'al più aspirare a cogliere le probabili linee di tendenza.

Ciò premesso, inizierei col sottolineare che l'idea del "filtro" – inteso come un meccanismo atto a selezionare le cause che si prestano ad una decisione rapida – non è certo, di per sé, disprezzabile; ché, anzi, si è spesso auspicata una selezione di questo tipo già in primo grado, al fine di accordare una corsia preferenziale alle cause più semplici. Tale obiettivo, d'altronde, è stato in parte perseguito dalla riforma del 2009 attraverso la creazione del rito sommario di cognizione.

Se l'idea di fondo, dunque, può essere condivisa, pessime mi sembrano, però, le modalità con cui il legislatore del 2012 ha pensato di poterla realizzare.

In primo luogo, infatti, appare poco sensata la soluzione di limitare l'operatività del "filtro" ai soli appelli manifestamente infondati (mi sia consentito continuare a preferire questa espressione a quella, molto più sibillina, adoperata nell'art. 348-*bis*), trascurando totalmente non soltanto quelli inammissibili o improcedibili – per i quali, come si è visto, la decisione con ordinanza è esclusa – ma soprattutto quelli manifestamente *fondati*. A ben riflettere, soprattutto quando è impugnata una sentenza di condanna, che di regola è provvisoriamente esecutiva, sarebbe molto più logico preoccuparsi di assicurare una decisione in tempi brevi agli appelli fondati che non a quelli meritevoli comunque di rigetto; tanto più che l'inibitoria contemplata dall'art. 283, quand'anche ne sussistano i presupposti (che non sono legati, com'è noto, esclusivamente al merito dell'impugnazione), non sempre è in grado di neutralizzare la durata del giudizio di secondo grado, specie quando l'appellante non abbia fatto in tempo ad ottenere la sospensione della «efficacia esecutiva» della sentenza di primo grado e dunque non abbia potuto evitare l'inizio del processo esecutivo, subendo ad es. il pignoramento.

In secondo luogo, prescindendo dall'incongruità della valutazione cui è subordinata la definizione dell'appello con ordinanza – che sembra inopportuno evocare, come ho già sottolineato, un giudizio sommario – la soluzione adottata per non entrare in collisione coll'art. 111, 7° comma, Cost., prevedendo la reviviscenza della sentenza di primo grado e consentendo il ricorso per cassazione nei confronti di quest'ultima, appare eccessivamente macchinosa e rischia comunque di risolversi in un aggravamento del carico di lavoro della Corte suprema.

V'è poi da domandarsi, ovviamente, se, pur con tutti questi non trascurabili difetti ed incongruenze, la disciplina in esame sia comunque in grado di raggiungere l'obiettivo palesemente perseguito dal legislatore, ossia la riduzione della durata media dei giudizi di secondo grado. Ed anche su questo versante le perplessità non mancano.

Quali che siano, infatti, le diverse varianti organizzative a tal proposito immaginabili, è chiaro ch'esse inevitabilmente presuppongono che tutti i fascicoli siano esaminati, quanto meno ad opera del relatore, con un congruo anticipo rispetto alla data della (prima) udienza di trattazione, posto che, per rimanere fedeli alle indicazioni e allo spirito dell'art. 348-ter, l'eventuale ordinanza d'inammissibilità dovrebbe essere pronunciata per l'appunto in tale udienza. Orbene, tenuto conto della scarsità delle risorse – soprattutto umane – disponibili, mi sembra assai dubbio che ciò sia materialmente praticabile, specie nelle corti maggiormente oberate di lavoro, quand'anche voglia a tal fine farsi ricorso in via generalizzata all'art. 168-bis, 5° comma, c.p.c., differendo sistematicamente l'udienza di trattazione fino ad un massimo di 45 giorni rispetto alla prima data utile successiva a quella indicata nella citazione d'appello.

Nonostante le forti pressioni del ministero, dunque, è lecito prevedere che i giudici d'appello, magari dopo un primo periodo di volenterosa applicazione delle disposizioni organizzative impartite dai capi degli uffici, si mostreranno sempre più restii ad utilizzare il nuovo strumento loro accordato dal legislatore; nella consapevolezza ch'esso, relativamente agli appelli che non potranno essere definiti con l'ordinanza d'inammissibilità in quanto non privi di una «ragionevole probabilità» di accoglimento, implica un doppio studio del fascicolo. Quest'ultima considerazione, che notoriamente spiega anche lo scarso favore – ben inferiore agli auspici del legislatore del 1995 – incontrato dall'ordinanza c.d. post-istruttoria prevista dall'art. 186-*quater* c.p.c., induce ad ipotizzare che l'ordinanza d'inammissibilità sarà prevalentemente impiegata allorquando il collegio sarà comunque chiamato a decidere un'istanza d'inibitoria della sentenza di primo grado, che ovviamente impone un esame immediato (anche) del merito dell'impugnazione, o tutt'al più quando ne sarà stato efficacemente sollecitato dall'appellato.

D'altronde, quand'anche si prendano per buoni i dati statistici desumibili dai lavori preparatori della disciplina in esame<sup>69</sup>, secondo cui il 68% dei processi d'appello si conclude con la conferma della sentenza impugnata – il che significa, per converso, che quasi un terzo degli appelli risultano fondati – ciò non vuol dire affatto, ovviamente, che tutti questi processi siano definibili coll'ordinanza prevista dall'art. 348-ter. A mio sommesso avviso, anzi, se i giudici di secondo grado non abuseranno dell'ampia discrezionalità loro (inopportuna) accordata dal legislatore – e se, tra l'altro, la Corte suprema non accentuerà ulteriormente tale discrezionalità, negando finanche la rilevanza di eventuali vizi processuali del provvedimento – i presupposti per la declaratoria d'inammissibilità, con particolare riguardo alla mancanza di «ragionevoli probabilità» di accoglimento dell'appello, risulteranno sussistere solo in una percentuale di casi piuttosto contenuta. Se ne potrebbe dunque arguire – e si tratterebbe, evidentemente, di una conclusione nient'affatto confortante – che si tratta di un istituto idoneo a conseguire gli obiettivi per cui è stato concepito solo se i giudici d'appello ne abuseranno o comunque ne faranno un uso non conforme alle indicazioni positive.

Se poi la prognosi testé azzardata dovesse rivelarsi errata, nel senso che il meccanismo ideato dal legislatore dovesse comunque rivelarsi più incisivo di quanto oggi ci si aspetta, e dunque in grado di definire *in limine* una cospicua percentuale di appelli (sperabilmente) infondati, tale risultato produrrebbe verosimilmente, come rovescio della medaglia, un ulteriore aumento dei tempi medi occorrenti per la decisione *degli altri appelli*, tra cui sono compresi – stando ancora ai dati statistici poc'anzi rammentati – ben il 32% di appelli *fondati*.

L'auspicio conclusivo, pertanto, è che i giudici d'appello, piuttosto che assecondare il discutibile obiettivo del legislatore, riescano, grazie anche alle nuove modalità organizzative concepite per dare attuazione alla disciplina fin qui esaminata, ad utilizzare con frequenza ben maggiore la sentenza in forma semplificata di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c., oggi espressamente contemplata dagli artt. 351, ult. comma, e 352, ult. comma, che costituisce – come ho già sottolineato – una modalità decisoria ben più duttile e tranquillizzante.

A questo proposito, anzi, mi sembra opportuna una breve divagazione sulle modalità previste dal citato art. 281-*sexies* per la decisione della causa a seguito di discussione orale, senza lo scambio delle consuete comparse conclusionali e memorie di replica.

Stando ad un'opinione piuttosto diffusa, il 1° comma di tale disposizione [per cui «il giudice, fatte precisare le conclusioni, può ordinare la discussione orale della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un'udienza successiva, e pronunciare sentenza al termine della discussione (...)] andrebbe inteso nel senso che il differimento della discussione (e della conseguente decisione) ad altra successiva udienza costituisce un dovere per il giudice e, correlativamente, un vero e proprio diritto per ciascuna delle parti, che in tal modo possono evitare (discussioni e) decisioni a sorpresa<sup>70</sup>. Se tale deduzione fosse esatta, essa segnerebbe un'ulteriore differenza non trascurabile rispetto al meccanismo del “filtro” fin qui esaminato e potrebbe dunque indurre il giudice d'appello, in presenza d'impugnazioni *prima facie* infondate, a preferire senz'altro l'ordinanza d'inammissibilità, che invece gli consente di definire il giudizio già alla prima udienza.

A me sembra, tuttavia, che l'esegesi ora ricordata non sia affatto imposta dalla lettera della norma, che parrebbe piuttosto attribuire al giudice un potere discrezionale circa il rinvio della decisione ad altra udienza, nel caso in cui taluna delle parti glielo chieda. E' noto, d'altronde, che l'art. 281-*sexies* ricalca abbastanza fedelmente il previgente art. 315 c.p.c., relativo al processo pretorile, con l'unica differenza che in quest'ultimo non era espressamente previsto alcun differimento, neppure meramente discrezionale, della discussione orale, qualora il pretore avesse optato per tale modello decisorio; sicché è lecito pensare che la diversa formulazione dell'art. 281-*sexies* intendesse solo confermare quanto la prevalente dottrina aveva già sostenuto in via interpretativa a proposito dell'art. 315, ossia la *possibilità* del rinvio della discussione ad altra udienza, dopo la precisazione delle conclusioni<sup>71</sup>.

Ovviamente si obietterà, a questo punto – come già si era osservato, in passato, in relazione al rammentato art. 315 – che la soluzione testé prospettata comprime eccessivamente le garanzie difensive delle parti, in quanto può costringerle ad un'immediata discussione orale non prevista; ma francamente, mentre una siffatta eventualità può in qualche misura preoccupare in relazione al processo di primo grado, che normalmente si snoda attraverso un numero di udienze di trattazione e d'istruzione indefinito, non essendo sempre agevolmente preventivabile il momento in cui il giudice potrà ritenere la causa matura per la decisione, mi pare che per il giudizio d'appello, che *de iure* ben potrebbe esaurirsi in un'unica udienza, le cose stiano diversamente, sia perché il rinvio per la precisazione delle conclusioni non è certamente imposto dalla legge (tranne quando siano state eccezionalmente assunte prove nuove o siano state rinnovate prove già esperite in primo grado), sia perché è assai raro che negli scritti difensivi finali emergano e siano affrontate questioni nuove rispetto a quelle rispettivamente già trattate dalle parti nell'atto di appello e nella comparsa di risposta.

In altre parole, non mi sembra eccessivo pretendere che le parti giungano alla prima udienza di trattazione dell'appello con la consapevolezza che il collegio potrebbe ritenere la causa immediatamente matura per la decisione e dunque conseguentemente optare per il modello decisorio di cui all'art. 281-*sexies*, invitandole all'immediata precisazione delle conclusioni e discussione orale; né in tale eventualità credo possa ravvisarsi – quanto meno di regola – una rilevante compressione del contraddittorio<sup>72</sup>, tenuto conto che si tratta di un esito pur sempre più rassicurante rispetto alla possibile applicazione dei nuovi artt. 348-*bis* e 348-*ter*.

10. *L'ulteriore restrizione all'ammissibilità di nova in appello.* – Con un emendamento approvato in sede di conversione del d.l. n. 38/2012<sup>73</sup>, il legislatore è pure intervenuto a “ritoccare” ulteriormente – in senso restrittivo – la disciplina dei *nova* in appello, per un verso eliminando, nel rito ordinario, la possibilità di ammettere i nuovi mezzi di prova o documenti «indispensabili ai fini della decisione della causa» (art. 345, 3° comma), e, per altro verso, condizionando a siffatto giudizio di “indispensabilità” l'ammissione dei mezzi di prova o documenti nuovi nell'appello secondo il rito sommario di cognizione (art. 702-*quater*), che fino a ieri presupponeva la mera loro “rilevanza”.

Accantonando momentaneamente l'analisi della seconda modifica, si potrebbe sinteticamente affermare, in relazione alla nuova formulazione dell'art. 345, ch'essa rappresenta l'ultima tappa – ed anzi, auspicabilmente, il capolinea – di un'evoluzione iniziata con la Novella del 1990 e proseguita, in anni a noi più prossimi, con il noto *revirement* delle Sezioni unite relativo all'inammissibilità di nuovi documenti in appello, che il legislatore del 2009 si è poi preoccupato di “stabilizzare”, quasi a voler evitare ogni ulteriore ripensamento. Evoluzione certamente avallata e propiziata dalla dottrina maggioritaria – ancorché con non trascurabili dissensi – nella sua fase iniziale, e prevalentemente criticata, invece, nei suoi ulteriori svolgimenti.

Per non ripetere quanto già rilevato a questo riguardo in occasione di un altro convegno di questa Associazione<sup>74</sup>, mi limiterò a ribadire che a mio avviso si è trattato di un'evoluzione nient'affatto positiva fin dall'origine, in quanto ispirata da un pregiudizio vagamente “ideologico” e dalla inopportuna ricerca di una sorta di “simmetria” – tutt'altro che scontata o necessitata – rispetto alle preclusioni contemporaneamente introdotte nel processo (ordinario) di primo grado, o giustificata attraverso il richiamo dell'astratto modello dell'appello *revisio prioris instantiae*.

Chi abbia buona memoria della realtà applicativa del processo *ante* 1995 (ma a chi questa memoria non l'avesse basterebbe guardare ai non pochi giudizi d'appello in cui la vecchia disciplina ha trovato applicazione, *ratione temporis*, fino ai nostri giorni), ricorderà che l'ammissione tardiva di prove nuove (costituende) rappresentava un problema piuttosto serio in primo grado, poiché spesso la relativa istanza interveniva (con successo) addirittura al momento della precisazione delle conclusioni, riaprendo un'istruttoria già virtualmente esaurita, mentre costituiva un evento rarissimo in appello; non già perché le parti – e soprattutto, com'è ovvio, quella soccombente – non ci provassero, bensì perché il giudice era comprensibilmente restio ad accordarla.

La giurisprudenza, d'altronde, aveva individuato una serie di efficaci “paletti” idonei a limitare in misura molto incisiva l'ambito delle nuove prove (costituende) consentite: escludendo, ad es., quelle per le quali la parte fosse incorsa in una decadenza in primo grado<sup>75</sup> e, soprattutto, quelle dirette a contraddire, neutralizzare o integrare il risultato di prove già esperite dinanzi al giudice *a quo*<sup>76</sup>. Di talché, a ben riflettere, le prove nuove erano ammesse pressoché esclusivamente in relazione: *a*) ai fatti (allegabili ed) allegati per la prima volta in appello (categoria destinata a ridursi considerevolmente dopo il 1990, in ragione del tendenziale divieto di nuove eccezioni); *b*) ai fatti sui quali in primo grado fosse stata omessa, colpevolmente o incolpevolmente, ogni richiesta probatoria.

Ciò significa che, se la possibilità di chiedere nuovi mezzi di prova in appello fosse stata conservata dopo la riforma del 1990, il “prezzo” da pagare sarebbe stato molto contenuto; con evidenti vantaggi, per converso, sul piano dell'auspicabile perseguimento della c.d. verità materiale. Ed il rapporto tra costi e benefici sarebbe stato ovviamente ancor più favorevole se fosse stata fatta salva quanto meno la facoltà di produrre nuovi documenti, che di solito – tranne che in ipotesi davvero assai rare – incidono in misura assolutamente trascurabile sulla concentrazione del processo di secondo grado.

Oggi, invece, l'ulteriore modifica dell'art. 345 elimina anche l'ultima residua «valvola di sicurezza»<sup>77</sup>, idonea ad assicurare un minimo di elasticità al sistema di preclusioni ed utilizzabile dal giudice d'appello – nonostante i gravi dubbi interpretativi sollevati dall'infelice concetto di «indispensabilità» della prova nuova<sup>78</sup> – nelle ipotesi più clamorose ed evidenti di oggettiva ingiustizia della sentenza impugnata o comunque di inattendibilità dell'istruttoria svolta in primo grado, seppure in conseguenza di lacune più o meno gravi nell'apparato probatorio di taluna delle parti. E non può sfuggire, oltretutto, che in seguito a siffatto ulteriore giro di vite le preclusioni istruttorie previste per l'appello “ordinario” risultano oggi finanche più rigide di quelle comminate dall'art. 437 c.p.c. per l'appello lavoristico, che invece mantiene la deroga per le prove nuove «indispensabili», per di più disponibili d'ufficio, ed in tal modo

attribuisce al giudice di secondo grado, di fatto, una discrezionalità assai ampia circa la possibile ammissione dei *nova*.

Tornando al rito ordinario, l'unica modesta consolazione, di fronte a questa ennesima compressione dei poteri delle parti, ancora una sacrificati sull'altare dell'ipotetica "efficienza" del processo di secondo grado, deriva dalla circostanza che l'espressa consacrazione, nell'art. 115 c.p.c., dell'onere di contestazione, ad opera del legislatore del 2009, dovrebbe rendere molto più rare che in passato le ipotesi in cui la carenza probatoria si disvela alla parte (solitamente all'attore) solamente in seguito alla decisione, o comunque quando, in ragione delle intervenute preclusioni, è troppo tardi per porvi rimedio.

Ciò premesso, sul piano interpretativo la modifica in questione non sembra suscitare gravi autonomi interrogativi, ove si prescinda dal problema di diritto transitorio cui farò cenno nel par. seguente. D'altronde, almeno alcune delle situazioni in cui, per superare il divieto dei *nova*, si invocava talora l'indispensabilità della prova o del documento nuovo potranno sicuramente trovare rimedio, d'ora in avanti, nell'unica esenzione residua, prevista per i mezzi di prova e i documenti che la parte dimostri di non aver potuto proporre o produrre nel giudizio di primo grado «per causa ad essa non imputabile». Ciò dicasi, in particolare, per i fatti *sopravvenuti* (alla chiusura della fase istruttoria in primo grado), la cui allegazione viene pacificamente ammessa anche in appello – e per i quali, evidentemente, la prova non poteva essere richiesta al giudice *a quo* – nonché per i fatti nuovi che traggano rilevanza da una questione rilevata d'ufficio dal giudice di primo grado (in sede decisoria) oppure dallo stesso giudice d'appello<sup>79</sup>.

In altri casi, invece, il ricorrere della «causa non imputabile» sembrerebbe da escludere: si pensi, in particolare, alla prova dei fatti (non sopravvenuti) la cui allegazione sia consentita (per la prima volta) in appello<sup>80</sup>. Così, mentre all'indomani della riforma del '90 una parte della dottrina aveva ritenuto, ad es., che potesse trovare ingresso in appello, sotto il profilo della indispensabilità, la prova nuova avente ad oggetto l'intervenuto pagamento, che rappresenta un'eccezione in senso lato e pertanto sfugge alla preclusione contemplata dal 2° comma dell'art. 345, tale soluzione parrebbe ben più difficilmente prospettabile oggi<sup>81</sup>.

Residua, tuttavia, qualche zona grigia, per la quale sarebbe altamente auspicabile un'interpretazione "liberale" ed estensiva dell'odierno 3° comma dell'art. 345, per ammettere l'esistenza di una «causa non imputabile» pure in situazioni in cui tutt'al più potrebbe discorrersi di errore scusabile, giacché la parte non può considerarsi, a rigore, assolutamente esente da responsabilità per l'omessa richiesta o produzione tempestiva della prova o del documento, ma d'altronde può invocare a proprio favore delle circostanze che le hanno reso più difficile accorgersi per tempo della necessità di provare (e magari finanche di allegare) un determinato fatto: si pensi, in particolare, all'ipotesi in cui un certo fatto, rimasto estraneo al dibattito processuale e dunque privo di prova, tragga nuova rilevanza dalla qualificazione giuridica della fattispecie ad opera della sentenza di primo grado, diversa da quella in base alla quale le parti avevano impostato le rispettive difese e richieste istruttorie<sup>82</sup>.

Per quel che concerne, poi, l'appello secondo il rito sommario, v'è solo da sottolineare che la rammentata modifica dell'art. 702-*quater*, che ha reso la disciplina dei *nova* affatto identica, *in parte qua*, a quella prevista dal testo previgente dell'art. 345, 3° comma, ha posto rimedio ad un evidente svarione del legislatore del 2009, che aveva subordinato l'ammissione di nuove prove e nuovi documenti alla mera loro "rilevanza"; e v'è da chiedersi, semmai, se sia o no oggettivamente giustificabile la scelta – così operata – di mantenere un regime diverso rispetto al rito ordinario.

A mio avviso una spiegazione appagante non potrebbe discendere – come lascia invece intendere la Relazione illustrativa del d.d.l. n. n. 5312/XVI/C – dalla «deformalizzazione istruttoria» del rito sommario, poiché questa non meglio precisata «deformalizzazione» non comprime in alcun modo il contraddittorio né incide, conseguentemente, sulla facoltà delle parti di offrire o produrre in primo grado tutte le prove che reputano opportune; ed è appena il caso di osservare che, quand'anche il giudice dovesse in tutto o in parte non ammettere tali prove,

esse ben potrebbero essere riproposte al giudice d'appello e di certo non incontrerebbero (non essendo "nuove") le limitazioni stabilite dall'art. 702-*quater*.

Ciò premesso, direi che l'opzione del legislatore può forse trovare una giustificazione razionale, invece, in ciò che nel rito sommario, non essendo assicurata la diluizione della trattazione che è prevista dall'art. 183 c.p.c., le istanze e le produzioni istruttorie delle parti possono essere *di fatto* confinate – pur in mancanza di specifiche barriere preclusive – nei rispettivi atti introduttivi, posto che il giudice potrebbe già alla prima udienza riservare la causa per la decisione o comunque non consentire ulteriori spazi per integrare le richieste e le produzioni iniziali; il che può consigliare di rendere meno rigida la tendenziale esclusione dei *nova* in appello. Giustificazione, questa, che oltretutto si attaglia perfettamente – ed a maggior ragione – anche al rito del lavoro, ove le preclusioni istruttorie sono per l'appunto ancorate *ex lege* agli atti introduttivi e l'art. 437 – come si è visto – analogamente dà ingresso in appello alle nuove prove che il giudice reputi «indispensabili» per la decisione.

11. *Problemi di disciplina transitoria.* – Posto che la legge n. 134/2012, che ha convertito il d.l. n. 83/2012, è entrata in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale*, ossia il 12 agosto 2012, l'art. 54, 2° comma, del testo definitivo del citato d.l., richiamando espressamente tutte le disposizioni novellate – con la sola eccezione degli artt. 345, 3° comma, e 702-*quater* c.p.c., prevede ch'esse si applichino «ai giudizi di appello introdotti con ricorso depositato o con citazione di cui sia stata richiesta la notificazione dal trentesimo giorno successivo» a tale data, e dunque a partire dall'11 settembre 2012.

Tale soluzione, dunque, parrebbe escludere particolari problemi di diritto transitorio, salvo per ciò che attiene alla mutata disciplina dei *nova* in appello.

L'unica ipotesi sulla quale è opportuno brevemente soffermarsi è quella – si spera ormai rarissima – in cui l'appello, proposto dopo lo spartiacque temporale dell'11 settembre 2012, riguardi un processo iniziato in primo grado addirittura prima del 30 aprile 1995, e pertanto soggetto alla disciplina *ante* riforma del 1990, che prevedeva – com'è noto – la trattazione ad opera del consigliere istruttore, cui la pronuncia dell'inammissibilità dell'appello era sì consentita con ordinanza (peraltro reclamabile al collegio), ma solo in assenza di contestazioni (art. 350, 2° comma, nel testo previgente). Pertanto, qualora volesse ammettersi per questi giudizi l'applicazione della nuova disciplina, quest'ultima implicherebbe la necessaria rimessione al collegio<sup>83</sup> e dunque si risolverebbe in una secca perdita di tempo, soprattutto se il collegio si mostrasse poi di diverso avviso, quanto alle «ragionevoli probabilità» di successo dell'impugnazione, e ritenesse necessaria, invece, l'assunzione di prove nuove oppure la rinnovazione di quelle assunte in primo grado.

A mio avviso, insomma, la disciplina del "filtro" implicitamente presuppone che la trattazione della causa si svolga dinanzi al collegio, sicché appare senz'altro incompatibile con la struttura dell'appello secondo il "vecchio" rito.

Ben più seri – ancorché di rilevanza pratica tutto sommato contenuta – sono gli interrogativi di natura intertemporale prospettabili in relazione al nuovo testo degli artt. 345, 3° comma, e 702-*quater* c.p.c., per i quali manca, come ho anticipato, una specifica disciplina transitoria.

Premesso che si tratta, con ogni probabilità, di un'omissione non voluta, dovuta verosimilmente al fatto che si è trattato, come già ricordato, di una modifica apportata *in itinere*, si potrebbe anzitutto pensare di risolvere il problema attraverso l'utilizzazione analogica della disposizione contenuta nel citato art. 54, 2° comma, del d.l., applicando la nuova disciplina ai soli giudizi d'appello instaurati dall'11 settembre 2012 in poi (soluzione che a me parrebbe del tutto persuasiva), o tutt'al più quello del successivo 3° comma (adoperato dal legislatore per le sole modifiche concernenti il ricorso per cassazione), che adopererebbe come *discrimen* la medesima data, riferita però alla pubblicazione della sentenza (ovvero al deposito in cancelleria dell'ordinanza) di primo grado.

Se invece una siffatta soluzione si ritenesse non praticabile, sembrerebbe inevitabile far ricorso al principio generale riassunto nel brocardo *tempus regit actum*, che implicitamente postula – stando almeno all’orientamento tradizionale, tuttora prevalente ancorché meno granitico che in passato<sup>84</sup> – l’immediato assoggettamento dei giudizi pendenti alla nuova disciplina. E’ altresì noto, d’altro canto, che la concreta applicazione di tale principio è spesso fonte di dubbi non trascurabili, in ragione della concatenazione teleologica che contraddistingue i diversi atti del processo; tant’è che in più occasioni, negli ultimi decenni, il legislatore ha preferito discostarsene drasticamente, limitando espressamente lo *ius superveniens* ai soli giudizi iniziati *in primo grado* successivamente alla sua entrata in vigore. Poiché appare difficile pervenire in via interpretativa ad una siffatta soluzione<sup>85</sup>, che sicuramente sarebbe risultata più equa anche in relazione alla nuova formulazione dell’art. 345, 3° comma<sup>86</sup>, le strade astrattamente percorribili sono – se non erro – le seguenti:

a) applicare la nuova disciplina ogniqualvolta, alla data di entrata in vigore della legge di conversione (12 agosto 2012), i nuovi documenti non siano stati già prodotti<sup>87</sup> ovvero, trattandosi di prove costituenti, non siano state già ammesse dal giudice *ad quem*;

b) fare riferimento alla data di pubblicazione della sentenza ovvero di deposito in cancelleria dell’ordinanza che ha definito il rito sommario;

c) fare riferimento alla data di proposizione dell’appello (o più precisamente, tenuto conto che nella specie è in gioco l’operare di una nuova preclusione, alla data in cui, trattandosi di appello da proporre con atto di citazione, quest’ultimo è stato consegnato per la notifica all’ufficiale giudiziario, secondo il criterio opportunamente adoperato dallo stesso legislatore nel 2° comma del citato art. 54).

A mio avviso la prima soluzione, più restrittiva, è anche la meno attendibile, non foss’altro perché potrebbe portare all’incongrua conseguenza di far dipendere l’operatività della nuova preclusione dall’eventuale ritardo con cui il giudice abbia provveduto sull’istanza di ammissione delle nuove prove, oppure – peggio ancora – nel caso dei documenti, dal diverso momento di costituzione dell’appellante e dell’appellato.

Per quel che concerne, poi, la scelta tra le due soluzioni residue, quella che a me sembra preferibile è quella *sub b)*, poiché l’ambito dei *nova* ammessi dalla legge nel giudizio di secondo grado può incidere in misura non trascurabile sul concreto esercizio del potere d’impugnazione, che nasce nel momento stesso della pubblicazione della sentenza e perdura fino alla scadenza dei termini di decadenza previsti dagli artt. 325 e 327 c.p.c.; di talché sembrerebbe del tutto incongruo limitare siffatto potere dopo ch’esso è già venuto in vita e far dipendere l’ammissibilità dei nuovi mezzi di prova dalla minore o maggiore rapidità con cui sia stato proposto l’appello.