

Prefazione

Memore delle parole di Salvatore Satta («Le prefazioni sono una cosa molto seria, prima di tutto perché vengono dopo il libro, e poi perché sono le sole cose che uno legge: una persona prudente non dovrebbe quindi mai scriverne»): Satta, Soliloqui e colloqui di un giurista, Padova, 1968, ried. Nuoro, 2004, 34), mi sono sempre astenuto dallo scrivere prefazioni e, ancor più, dall'apporre dediche in esergo ai libri sin qui pubblicati, per doverosa riservatezza e per il timore di far torto a qualcuno.

Vinco questa volta la ritrosia, per spendere due parole di spiegazione e di ringraziamento.

Questo libro si è composto, in certo senso, da sé, costituendo il frutto di un quarto di secolo – mi riesce difficile crederlo – di studi e riflessioni sull'appello, un istituto che affonda le proprie radici in epoche remotissime e che ha conosciuto in Italia, proprio in questo torno di tempo, una radicale rivisitazione ermeneutica e normativa. Nell'anno trascorso dall'ultima pubblicazione monografica che, in forma di commentario alle norme su astensione e ricasazione del giudice, ha assorbito i miei sforzi, ho ripreso, sistemato, aggiornato, ripensato, integrato e riscritto gli sparsi contributi che avevo dedicato all'appello, a partire da risalenti lavori sull'appello incidentale e dalla monografia su L'istruzione probatoria nell'appello civile, sino ai commenti agli artt. 339 e ss. nel Codice di procedura civile commentato, diretto da Claudio Consolo, via via aggiornati a seguito delle continue riforme, e ad alcuni saggi pubblicati negli anni sulle riviste giuridiche e, soprattutto, sulla gloriosa Rivista di diritto processuale.

La mia più profonda gratitudine va, nell'ordine rigorosamente diacronico degli incontri fondamentali che hanno segnato il non breve percorso, ai Proff. Crisanto Mandrioli, Bruno Cavallone e Claudio Consolo, che nel tempo mi hanno condotto e sostenuto in tali ricerche, attraverso il dialogo e il confronto costanti, non mancando di farmi sentire il loro sostegno.

Sono grato altresì al Dipartimento di Scienze giuridiche e ai Collegi dell'Università di Verona, che mi hanno così benevolmente accolto in un contesto vi-

vace e dinamico, che favorisce al massimo grado l'impegno fecondo nella ricerca e nella didattica.

Un pensiero affettuoso dedico a Silvia: "galeotto" fu l'appello incidentale – strano e poco romantico a dirsi, ancorché il sintagma, trasfigurato, possa funger da simbolo – occasionando il nostro incontro presso l'Istituto di Diritto processuale civile dell'Università degli Studi di Milano, assistenti entrambi del Prof. Crisanto Mandrioli. A lei e alle nostre ragazze, Irene ed Elena, dedico le fatiche intellettuali della ricerca, dello studio e della scrittura onde origina questo libro, che tanto tempo ha sottratto alle mie manifestazioni d'affetto verso di loro.

Ringrazio Claudia Onniboni, Daniela Parisi, Valentina Baroncini e Alice Bertolotto per l'attenta e validissima collaborazione nella correzione delle bozze e nella redazione della bibliografia e dell'indice analitico.

Un ringraziamento va, last but not least, alla dott.ssa Maria Actis, della casa editrice Giappichelli, per avermi con garbo indotto e pazientemente spronato alla scrittura del libro, nonché alla dott.ssa Ludovica Giura, per aver saputo venire incontro, con grande e tempestiva professionalità, a ogni mia richiesta sull'edizione a stampa.

Alberto Tedoldi

Milano, addì 2 gennaio 2016

Introduzione

SOMMARIO: 1. L'appello *italico more* non è più *novum iudicium*. – 2. Il processo civile e l'appello sotto l'imperio del *business* globale. – 3. Acrítica imitazione microcomparativa del modello tedesco (nel quale, peraltro, non si nega ai secondi giudici il potere di revisione completa del giudizio di fatto). – 4. Libero convincimento in materia di prove e revisione della *quaestio facti* in appello. – 5. Il giudizio di fatto in appello “à la carte”. – 6. L'appello quale strumento epistemologico di ricerca della verità fattuale, mediante falsificazione dell'ipotesi ricostruttiva adottata dal primo giudice. – 7. Abuso della decretazione d'urgenza e importazione di modelli inadatti al nostro sistema e alla nostra tradizione giuridica: preferibilità della concezione francese dell'*appel* come *voie d'achèvement du procès*. – 8. L'*appeal* anglosassone appartiene a un sistema totalmente estraneo alla struttura del processo civile e dell'ordinamento giudiziario italiani. – 9. Lo stesso vale, a più forte ragione, per l'*appeal* negli Stati Uniti. – 10. Anche in Spagna l'*apelación* è *limitada*, volendosi dare preminenza al primo grado nell'accertamento dei fatti controversi. – 11. Transizione: nel processo civile italiano il giudizio di primo grado è strutturalmente privo di centralità isonomica e istruttoria sufficiente a giustificare un appello come mero strumento di controllo degli errori contenuti nel provvedimento impugnato. – 12. Doppio grado di giurisdizione e “iconoclastia” dell'appello. – 13. L'oralità e l'appello. – 14. Abolire l'appello? Mai.

1. L'appello *italico more non è più novum iudicium*

Soleva dirsi, non più di cinque o sei lustri addietro, che l'appello si configurasse non già quale mero strumento di controllo della sentenza di primo grado secondo il paradigma della *revisio prioris instantiae*, ma come mezzo per sottoporre nuovamente al secondo giudice, in tutto o in parte, l'oggetto della lite svoltasi in prime cure, sotto forma di *novum iudicium*. Il giudice del gravame (così veniva chiamato per distinguerlo dai mezzi d'impugnazione in senso stretto, secondo categorie classicamente adoperate da Calamandrei) aveva il potere di formulare un nuovo giudizio di fatto e di diritto, anche mutando completamente la ricostruzione storica e la qualificazione giuridica della fattispecie.

Questo era, in certo senso, il carattere tipico dell'appello, la cifra tradizio-

nale che consentiva di distinguerlo dagli altri mezzi di impugnazione e, segnatamente, dal ricorso per cassazione: libertà di critica, in fatto come in diritto, effetto devolutivo del *thema decidendum*, sia pure entro i limiti del *quantum appellatum*, ed efficacia sostitutiva della sentenza, con anche (assai spesso e, da noi, senza particolari limitazioni sino al 1995) la possibilità di ampliare il *Prozessstoff* attraverso nuove deduzioni in fatto e nuove prove, costituende o documentali, onde meglio assicurare la giustizia del caso singolo, ponendo rimedio non solo agli errori del primo giudice, ma anche alle omissioni e alle insufficienze delle difese, nella consapevolezza che non tutto sulla singola fattispecie riesce chiaro a un semplice e unico sguardo, ma che la ricerca della verità relazionale nel processo, con metodo dialettico e isonomico, è percorso faticoso e aspro, pieno di insidie e da compiersi solo per successive approssimazioni probabilistiche, coltivate attraverso la metodologia del dubbio e delle “falsificazioni”, secondo canoni epistemologici di matrice popperiana.

Tale non è più, e sempre meno diviene progressivamente (o regressivamente, a seconda dei punti di vista), l'appello nel nostro ordinamento: così, seguendo la parabola evolutiva (o involutiva) dettata da giurisprudenza e *conditor legum*, che prese abbrivio nel 1987 con l'*arrêt* delle Sezioni Unite sulla specificazione dei motivi¹ ed è giunta, almeno per ora, al d.l. n. 83/2012, l'appello è rimasto bensì impugnazione a critica libera, in fatto come in diritto, e ad efficacia normalmente sostitutiva, ma sull'appellante grava l'onere di specificare con acribia, ai sensi del novellato art. 342 c.p.c., i passaggi della sentenza censurati e le ragioni delle critiche mosse, fornendo puntuale dimostrazione della fondatezza di queste (anche se a tanto, in primo grado, l'art. 2697 c.c. non l'onerava)², senza alcuna possibilità per le parti di innovare il materiale di fatto o di introdurre nuovi mezzi di prova, salvo che non dimostrino d'esserne decadute per causa non imputabile (art. 345 c.p.c., nelle sempre più restrittive versioni via via succedutesi dal 1990 in avanti), intendendosi questa, nel contemporaneo “incubico” culto delle preclusioni e della ragionevole durata del processo, come *vis maior cui resisti non potest*.

L'abbandono della tradizione francese (e prima ancora dello *ius commune* di cui quella francese è in larga parte debitrice), che continua ancor oggi a

¹ Cass., Sez. Un., 6 giugno 1987, n. 4991, in *Foro it.* 1987, I, 3037, con nota di Balena.

² V., con “doppia conforme”, Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, 1433, con nota severamente e giustamente critica di BALENA, ORIANI, PROTO PISANI, RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2006, 1083, con nota di PARISI, *Oggetto dell'appello, onere della prova e principio di acquisizione processuale al vaglio delle sezioni unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1397, con nota adesiva di R. POLI, *L'oggetto del giudizio di appello*; e Cass., Sez. Un., 8 marzo 2013, n. 3033, in *Foro it.*, 2013, I, 819, in *Corr. merito*, 2013, 639 (m), con nota di TRAVAGLINO, in *Giur. it.*, 2013, 2593.

concepire l'*appel* come *voie d'achèvement du procès* (v. sin d'ora gli artt. 342 ss. c.p.c. francese, nonché nel successivo par. 7), non potrebbe essere più netto. Si è privilegiato, infine e soprattutto con il d.l. n. 83/2012, il sistema tedesco (v., in particolare, i nuovi artt. 342, 434, 348 *bis* e s. c.p.c.), costantemente perseguendo finalità deflattive dei carichi giudiziari, con sempre più gravosi oneri e formalità in capo alle parti, nel metodico tentativo di risolvere sbrigativamente (e sperabilmente in rito, anziché sul merito) le postulazioni di un secondo giudizio, per soddisfare fredde statistiche di efficienza economica del sistema giustizia e alleggerire i ruoli oltremodo congestionati delle corti territoriali. Con in più, sul piano psicopedagogico, la diffusione dell'idea che per la verità processuale non serva un faticoso cammino, percorso con metodo dialetticamente isonomico e sottoposto a progressive e pazienti verificazioni (anzi, falsificazioni) epistemologiche che insinuino ragionevoli dubbi nell'intuizione del primo momento, ma sia bastevole *sic et simpliciter* un solo, secco e assertivo giudizio, in unico grado e, ormai per regola, dinanzi a un sol giudice, chiamato a sancire con *dictum* veridico la norma concreta che governerà per sempre il singolo caso e il rapporto *inter partes*; l'idea, insomma e al postutto, che del processo civile, delle sue maglie e delle sue strutture formali si possa fare del tutto e serenamente a meno, bastando il fugace sguardo del singolo giudice per determinare verità e certezza, senza più esser sfiorati dalla logica del dubbio, né tediati dalla dialettica processuale.

A nulla vale né è servito l'agitarsi d'ipercinetico *conditor* nel campo delle forme del processo, viepiù ristrette a carico delle parti, mercé sovrabbondanza di preclusioni e di trappole a guisa di camicia di Nesso, ed invece allargate per il giudice, i cui poteri sono stati notevolmente accresciuti con il costante *refrain* della ragionevol durata, essendo sempre mancato quel che invece unicamente sarebbe servito, cioè una seria e paziente revisione dell'intero sistema giudiziario, sul piano ordinamentale e organizzativo ben prima che schiettamente procedurale. Anzi, i continui e insistiti interventi sui modi e sulle forme procedurali di tutela delle situazioni soggettive, lungi dal contrarre i tempi dei civili litigi, hanno gravemente deteriorato il rapporto di fiducia tra cittadini e apparato giurisdizionale, minando *ab imis* le fondamenta stesse della giurisdizione e dello Stato di diritto, che di quella fiducia debbono continuamente nutrirsi per poter vivere, ultimo ed estremo baluardo di fronte all'imperversante *Leviathan* economico-finanziario del nostro tempo, che detta legge secondo i proprii comodi e in base ai proprii calcoli, riducendo le persone a puri e semplici *homines consumantes*, del tutto irrilevanti e insignificanti *uti singuli*, ma da considerarsi quali componenti di un'informe e anonima massa, governabile a proprio piacimento e arbitrio, con la leva dell'esposizione debitoria contratta dalle comunità, ai più diversi livelli, verso il sistema finanziario globale.

2. *Il processo civile e l'appello sotto l'imperio del business globale*

L'appello, che ha sempre occupato una posizione anche topograficamente centrale nel sistema giudiziario civile, non poteva non far le spese dell'imperante efficientismo economico-finanziario e mercatistico.

Giudicare due volte lo stesso caso è una perdita di tempo e il tempo, come noto, è danaro: un solo giudizio è più che sufficiente: soltanto in casi eccezionali va dato un secondo giudizio; se il giudice erra, pazienza: contano rapidità, efficienza e statistiche econometriche; tutto il resto non conta nulla³. Il modello di giudizio ideale consiste nella decisione eteronoma di un terzo, «in base a considerazioni di *fairness*, con poca conoscenza o uso di diritto, niente avvocati, niente atti scritti, niente vincoli procedurali su trattazione e deduzioni probatorie, niente impugnazioni»⁴.

³ CAPONI, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, 10 ss. esamina criticamente i metodi di descrizione, comparazione e valutazione delle prestazioni dei sistemi giudiziari attraverso raccolta, selezione ed elaborazione di dati prevalentemente numerici o quantitativi, che hanno preso piede in questi anni in funzione del rapporto annuale *Doing Business* dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), fatto di indagini sui fattori determinanti della *performance* dei sistemi giudiziari nei vari paesi dell'area di riferimento, sotto l'etichetta «produttività e crescita di lungo termine», nonché in grazia dei rapporti biennali della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ), istituita in seno al Consiglio d'Europa, e dell'*European Justice Scoreboard* pubblicato annualmente dalla Commissione europea. L'Autore pone in luce come il metodo di indagine sia stato creato a uso e consumo del sistema finanziario statunitense, mediante "glorificazione" dei sistemi di *common law* a scapito dei Paesi di *civil law*, accusati di essere in balia di un formalismo sistematicamente maggiore, «accompagnato da una maggiore durata dei processi, minore coerenza, minore onestà, minore lealtà nelle decisioni giudiziali e maggiore corruzione», ivi incluso il modello francese. La giustizia civile, nota Caponi, perde autonomia ed è vincolata alla massima strumentalità rispetto ad un diritto sostanziale, che pone al centro la libertà contrattuale e la sua idoneità ad essere cardine e motore propulsore anche nel settore della risoluzione delle controversie. La grande serie delle riforme processuali dettate per finalità di politica economica comincia dal 2005: «la l. 80/05 prevede la riforma processuale entro un piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale del paese. La l. 69/09 la inserisce fra le disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività. L'art. 49 l. 99/09 ricomprende la nuova azione di classe per la tutela del consumatore nel quadro di disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia. La l. 27/12 ne modifica il tenore nel contesto di un intervento per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività. La l. 92/12 colloca il nuovo rito speciale per le controversie in tema di licenziamento in una prospettiva di crescita. Nella stessa prospettiva la l. 134/12 introduce il filtro in appello. Secondo la l. 98/13 le modifiche processuali dovrebbero servire al rilancio dell'economia. Infine nel d.l. 132/14 e nella l. 162/14 le finalità di politica economica non hanno più bisogno di essere indicate poiché ormai si sono impadronite del sistema: un intervento in materia di processo civile è inteso a diminuirne il peso ("degiurisdizionalizzazione") e punta sull'autonomia privata in funzione compositiva delle controversie».

⁴ DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES, SCHLEIFER, *Courts*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2003, 455. Penetranti critiche a questa impostazione, oltre che nello scritto di CAPONI, *op.*

Ora, nessuno nega che *justice delayed is justice denied*, ma tanto varrebbe, a questa stregua, adottare le “sentenze de’ Turchi” di cui parlava agli inizi del Cinquecento Francesco Guicciardini, affidando alla pura sorte l’accoglimento o il rigetto della postulazione di giudizio⁵.

Ormai trascorso l’ottavo centenario dall’emanazione della *Magna Charta Libertatum* e dell’*Habeas Corpus*, che hanno segnato storicamente, e forse un po’ enfaticamente nella lettura datane dai posteri, l’inizio di un lunghissimo percorso evolutivo, lo Stato di diritto versa in profondissima crisi, sotto il flagello e il ricatto del *business* finanziario globale e sovranazionale, il cui dirigismo mercatistico cancella la tradizionale separazione dei poteri e annichila i raffinati sistemi di *checks and balances* che le democrazie occidentali hanno saputo faticosamente e dolorosamente costruire nell’arco di tanti secoli. In Italia, burocrati presso i vari Ministeri legiferano per conto di Governi, i quali emanano decreti legge a ogni piè sospinto sotto la pressione degli organismi internazionali e degli enti multinazionali detentori e gestori del sistema finanziario globale, mescolando continue, moleste e prolisse modifiche procedurali, scritte a guisa di circolari ministeriali anziché norme primarie, a regole di valenza schiettamente economica, senza che sussistano i “casi straordinari di necessità e urgenza” previsti dall’art. 77 Cost., presentando poi alle Camere un maxiemendamento, dai medesimi uffici ministeriali partorito, e ponendo la questione di fiducia, onde troncare *in apicibus* ogni discussione parlamentare. Norme piovono da ogni dove, dall’alto di un’Europa priva d’ogni spessore e d’unità politica, come dal basso di enti regionali e locali, favorendo un’ormai conclamata “entropia giuridica”, nella quale la proliferazione delle regole, spesso scritte *ad hoc* o *ad personas*, altro non fa che aumentare le incertezze e generare, al postutto, il vuoto normativo, giusta l’inveterato principio per cui troppe regole equivalgono a nessuna regola, come all’epoca delle gride di manzoniana memoria.

La giurisdizione, in un contesto tanto confuso, contraddittorio e non privo di lacune nonostante la quantità esorbitante di norme emanate da inesaurito riformismo fine a sé stesso, non può che farsi nomopoietica, *sub specie* di “giurisprudenza normativa”, che non si limita a evincere la regola dal testo

loc. ult. cit., in KERN, *Justice between Simplification and Formalism. A Discussion and Critique of the World Bank Sponsored Lex Mundi Project on Efficiency of Civil Procedure*, Tübingen, 2007, *passim*.

⁵ GUICCIARDINI, CCIX, in *Ricordi*, ed. Milano, 1951: «Io credo siano manco male le sentenze de’ Turchi, le quali si espediscono presto e quasi a caso, che el modo de’ giudici che si usano communemente tra’ Cristiani: perché la lunghezza di questi importa tanto, e per le spese e per e’ disturbi che si danno a’ litiganti, che non nuoce forse manco che facessi la sentenza che s’avessi contro el primo dî; senza che, se noi presupponiamo le sentenze de’ Turchi darsi al buio, ne séguita che, ragguagliato, la metà ne sia giusta; senza che, non forse minore parte ne sono ingiuste di quelle date tra noi, o per la ignoranza o per la malizia de’ giudici».

di legge adattandola al singolo caso, ma la crea *ex abrupto*, fissando precedenti che, anche nei sistemi continentali di *civil law*, cominciano ad acquistare effetti pressoché vincolanti⁶. Il diffondersi della contemporanea consuetudi-

⁶ «È indubbio che il vigente codice civile, contrariamente alle sue origini stanche sulla scia delle codificazioni europee ottocentesche che videro nel *Code Napoléon* la più evidente manifestazione, non rappresenta oggi più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento caratterizzato da più fonti, tra cui una posizione preminente spetta alla Costituzione repubblicana del 1948 (che ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un punto di vista giuridico dalla cd. centralità della persona), oltre alla legislazione ordinaria (finalizzata anche all'adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), alla normativa comunitaria, ed alla stessa giurisprudenza normativa; tale pluralità di fonti (civilistiche) ha determinato i due suddetti fenomeni, tra loro connessi, della decodificazione e della depatrimonializzazione, intendendosi la prima come il venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo, a seguito del subentrare di altre fonti, e la seconda nell'attribuzione alla persona (in una prospettiva non individuale ma nell'ambito delle formazioni sociali in cui estrinseca la propria identità e l'insieme dei valori di cui è espressione) una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali (per quanto esplicitamente previsto, tra l'altro, nello stesso testo costituzionale, con particolare riferimento agli artt. 2 e 32). In tale assetto ordinamentale l'apporto della giurisprudenza, in specie di legittimità nell'espletamento della funzione di "nomofilachia" (vale a dire di indirizzo ai fini di un'uniforme interpretazione delle norme) della Corte di cassazione, assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di *civil law* e, quindi, non basato su soli principi generati come avviene nei paesi di *common law* (Inghilterra, Stati Uniti ed altri), caratterizzati dal vincolo che una determinata pronuncia giurisprudenziale assume per le decisioni successive, si configura come semi-aperto perché fondata non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su cd. clausole generati, e cioè su indicazioni di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi. In tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della *Interessenjurisprudenz* (cd. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla *Begriffsjurisprudenz* o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel cd. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale, ecc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata. La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua *vis expansiva* sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal *Rule of law* (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice» (così Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, 141, con nota di DI CIOMMO, «Giurisprudenza-normativa» e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano).

Ridimensiona, però, il ruolo della "giurisprudenza normativa" Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 2254 e in *Corr. giur.*, 2011, 1392, con nota di Cavalla, Consolo e De Cristofaro, secondo cui «quello (sotteso alla formula plasticamente descrittiva) del diritto vivente

ne, nella giurisprudenza della nostra Cassazione e delle Sezioni Unite, delle sentenze-trattato non è che lo specchio rovesciato, in certo (non) senso carrolliano⁷, della confusione che regna, a tutti i livelli, in consimili sovrapposizioni di ruoli istituzionali, del tutto dimentiche della necessaria separazione dei poteri, risalente a Montesquieu.

3. *Acritica imitazione microcomparativa del modello tedesco (nel quale, peraltro, non si nega ai secondi giudici il potere di revisione completa del giudizio di fatto)*

Tornando ora al nostro tema, le continue, settoriali e disorganiche riforme del processo civile imposte dai *Diktaten* economico-finanziari e, paradigmaticamente, la riforma “appellcida” di cui al d.l. n. 83/2012, hanno generato un grave squilibrio sull’intera struttura del processo civile italiano. Un appello ridotto a mero strumento di controllo degli errori del primo giudice, quali specificamente indicati e censurati dall’appellante secondo il metodo della *Fehlerkontrolle* alla tedesca, presuppone un primo grado estremamente accurato e completo nell’acquisizione delle prove, nella ricostruzione dei fatti e nell’approfondimento delle questioni di diritto, nel quale giudice e parti cooperino al meglio in un contesto dialogico inteso a chiarire tutti gli snodi fondamentali della controversia, come avviene in Germania anche grazie a pe-

è fenomeno oggettivo: per un verso legato alla natura assiologica della norma e, per altro verso, determinato dalle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale. Fenomeno che, per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea; nel senso, dunque, che il “diritto vivente” esiste al momento – ma non (solo) per effetto – dell’interpretazione dei giudici. Nella sequenza dei cui arresti viene, per continenza, così individuato, sul piano storico, il diritto vivente, in senso formale ... Ad una diversa conclusione potrebbe invero giungersi solo ove si ritenga che la precedente interpretazione, ancorché poi corretta, costituisca il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell’atto compiuto in correlazione temporale con essa (*ut lex temporis acti*). Ma con ciò, all’evidenza, si trasformerebbe una sequenza di interventi accertativi del contenuto della norma in un’operazione di creazione di un *novum ius*, in sequenza ad un *vetus ius*, con sostanziale attribuzione, ai singoli arresti, del valore di atti fonte del diritto, di provenienza dal giudice: soluzione non certo coniugabile con il precetto costituzionale dell’art. 101 Cost.».

Sulle sentenze-trattato e sull’ossimoro della “dottrina delle corti” v. la silloge di scritti pubblicati in *Foro it.*, 2013, V, 181 ss., sotto il titolo *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*, di: A) BERRUTI, *La dottrina delle corti*, V, 181; B) BARONE, «*Dottrina*» delle corti e funzione nomofilattica; C) PARDOLESI, GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*; D) SCODITTI, *Il diritto fra fonte e interpretazione*.

⁷ Il riferimento va, ovviamente, a CARROLL, *Through the Looking-Glass, and What Alice Found There*, London, 1871, che costituisce, come noto, il *sequel* di ID., *Alice’s Adventures in Wonderland*, London, 1865.

netranti poteri officiosi di *materielle Prozessleitung*. In Italia si assiste invece, assai spesso, alla chiusura del primo grado di giudizio senza lo svolgimento di istruttoria alcuna o con acquisizioni probatorie sommarie e superficiali, dopo il cadere di invalicabili barriere preclusive, sempre intese in senso oltremodo restrittivo né mai più rimediabili nel seguito del processo, in ossequio a rigidissima *Eventualmaxime* e in nome di un'efficienza tanto malintesa e apparente quanto fine a se stessa⁸.

L'appello *italico more*, già dicevamo, s'ispira ora a quello tedesco.

L'art. 342 c.p.c. sulla "motivazione dell'appello" riproduce, in parte e con assai minor precisione lessicale e semantica, il § 520 ZPO sulla *Berufungsbe-gründung*; gli artt. 348 *bis* s. c.p.c. sul c.d. "filtro in appello" costituiscono l'infelice importazione dell'ordinanza di rigetto immediato prevista dal § 522 ZPO, con l'inutile e originale complicazione di un ricorso in Cassazione *per saltum* avverso la sentenza di primo grado, nient'affatto previsto dal modello tedesco, che contempla l'impugnabilità diretta di tale ordinanza di rigetto immediato.

Oltre all'acritica copiatura, neppure aggiornata, delle norme tedesche (semplicemente tratte dalla traduzione italiana della ZPO che, risalendo al 2010, non poté tener conto della riforma apportata nel 2011 al § 522 ZPO proprio in tema di autonoma impugnabilità dell'ordinanza-filtro in appello: v. nel cap. XI), il trapianto microcomparativo è avvenuto su corpo cagionevole e insanabilmente malato. In Germania nel primo grado di giudizio vi sono reali garanzie di attenta disamina di tutte le questioni di fatto e di diritto, anche grazie al già accennato potere di *materielle Prozessleitung*, che consente al giudice tedesco di indicare alle parti le questioni da affrontare e da chiarire, stabilendo in un dialogo aperto con i difensori i modi e i tempi di gestione del processo, perché questo possa giungere al suo esito naturale: una pronuncia di merito sulla situazione sostanziale controversa, dopo una trattazione e un'istruzione attente e complete su tutte le questioni rilevanti, in fatto non meno che in diritto⁹.

In Italia, tutto al contrario, il processo di primo grado gode di pessima salute, con istruttorie dilatate nel tempo, prove costituite assunte da giudici sempre diversi o delegate *ad hoc* ad altri magistrati, per lo più onorari, verbali redatti in qualche modo né mai realmente fedeli alle dichiarazioni dei testimoni e delle parti, sentenze scritte a distanze siderali dalla fase di istruttoria probatoria, documenti sommariamente esaminati, nessun dialogo tra giudice e difensori, nessuna diretta audizione delle parti, nessuna disamina cri-

⁸ Cfr., *si vis*, TEDOLDI, *Cultura delle preclusioni, "giusto processo" e accordi procedurali (forme processuali collaborative per un rinnovato "umanesimo forense")*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 375 ss.

⁹ Si tratta dell'*Hinweis- und Aufklärungspflicht* di cui al § 139 ZPO, che precede lo spirare delle preclusioni, in Germania tutt'altro che rigide e precostituite: cfr. CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 523 ss., nonché *infra* nel testo e nelle note.

tica delle relazioni dei consulenti tecnici, che troppo spesso non forniscono alcuna garanzia di preparazione né accurato esame, e via dicendo. Il tutto non solo per soggettivo, vizio di sciatta approssimazione, ma per oggettiva mancanza di tempo e per disorganizzazione del servizio giustizia, affidato alla buona volontà dei pur molti singoli operatori che s'affannano, senza adeguate strutture di supporto e con risorse, umane e materiali, sempre più scarse.

Oltre all'inappropriato trapianto di norme processuali "aliene" rispetto alla nostra tradizione giuridica, il legislatore non si è preso neppure la briga di verificare come esse vengano intese e come operino nella prassi applicativa dell'ordinamento germanico. I massimi organi giurisdizionali tedeschi, la Corte costituzionale (*Bundesverfassungsgericht*) e la suprema Corte federale (*Bundesgerichtshof*) si sono mostrati assai poco inclini a fissare un vincolo assoluto del giudice d'appello alla ricostruzione dei fatti operata dal primo giudice, quale si sarebbe potuta evincere dal § 529, Abs. 1, n. 1, ZPO, riscritto dalla riforma del 2001 con lo scopo di assegnare a ciascuno dei tre gradi di giudizio una propria autonoma funzione: il primo grado è la sede in cui effettuare, in via (tendenzialmente) definitiva, l'accertamento del fatto; l'appello riveste finalità di controllo sull'operato del primo giudice, mirando all'eliminazione degli errori eventualmente commessi da questo; alla *Revision* dinanzi al *Bundesgerichtshof*, infine, è assegnato il compito di occuparsi delle questioni giuridiche di importanza fondamentale, promuovendo il progresso del diritto e l'unità della giurisprudenza.

Tutto ciò presuppone il rafforzamento del giudizio di primo grado, da considerarsi come il baricentro del processo, in quanto fase destinata alla definizione della controversia nei suoi termini di fatto, con risultati il più possibile convincenti per le parti, da conseguire attraverso l'incremento dei poteri giudiziali di *case management*, che in Germania trova espressione nella direzione materiale del processo (*materielle Prozessleitung*), di cui al § 139 ZPO, in base al quale il giudice ha sia il dovere di discutere *funditus* con le parti i profili di fatto e di diritto della controversia (*Erörterungspflicht*), sia un ampio dovere di avviso e chiarimento (*Hinweis- und Aufklärungspflicht*), onde scongiurare *in apicibus* qualsiasi *Überraschungsentscheidungen*, cioè sentenze della "terza via", in fatto non meno che in diritto. Oltre a ciò si sono ampliati, ai sensi dei §§ 142 e 144 ZPO, i poteri istruttori *ex officio* in materia di esibizione dei documenti, ispezione e perizia, imponendo altresì al giudice di prime cure di discutere con le parti i risultati delle prove acquisite, una volta conclusa l'istruttoria (§ 279, Abs. 3, ZPO)¹⁰.

¹⁰ V. BIANCHI, *Giudicato interno e motivi di appello – Un confronto tra il sistema italiano e quello tedesco* (art. 342 c.p.c. e §§ 520 e 529 ZPO), in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1436 ss., spec. 1441 s., dove ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali. V. anche riferimenti in CAPONI, *La riforma*

In tale contesto e in esito a consimile pregnante centralità istruttoria del giudizio di prime cure, l'appello realizza essenzialmente una *Fehlerkontrolle* e una *Fehlerbeseitigung*, fungendo da strumento di correzione degli errori commessi dal primo giudice. Talché, tra i due modi di concepire il rimedio impugnatorio come *Verfahrensfortsetzung* o come *Entscheidungskontrolle* (secondo la tradizionale bipartizione tra *novum iudicium* e *revisio prioris instantiae*), il legislatore tedesco della riforma del 2001, ispirandosi al tradizionale sistema della *Berufung* austriaca¹¹, s'indirizzava decisamente verso il secondo modello, superando la configurazione del giudizio di appello risultante dal vecchio § 525 ZPO, che espressamente prevedeva la nuova trattazione della causa in secondo grado, sia pure entro i limiti del *quantum appellatum*¹².

In questo quadro di centralità istruttoria del giudizio di prime cure, il § 529, Abs. 1, n. 1, ZPO pone un tendenziale vincolo per il secondo giudice agli accertamenti di fatto contenuti nel primo provvedimento, salvo che non sussistano elementi concreti (*konkrete Anhaltspunkte*) – che l'appellante ha l'onere di specificare nella “motivazione” dell'appello (*Berufungsbegründung*), a norma del § 520, Abs. 3, n. 3, ZPO – tali da far nascere nel secondo giudice dubbii circa l'esattezza e la completezza degli accertamenti rilevanti per la decisione. Peraltro e nonostante la testé ricordata previsione di cui al § 529, Abs. 1, n. 1, ZPO, un nesso di stretta e rigorosa corrispondenza tra censura di parte, quale espressa nella “motivazione” dell'appello, e determinazione dell'area della cognizione del secondo giudice è negato dalla costante giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, il quale ritiene che, proposto un atto di appello debitamente motivato ai sensi del § 520 ZPO, la cognizione del secondo giudice possa estendersi a tutto quello che risulti dagli atti da causa, da cui è possibile desumere *konkrete Anhaltspunkte*, anche ulteriori e diversi da quelli specifica-

dei mezzi di impugnazione, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 1158 ss., DALLA BONTÀ, *Contributo allo studio del filtro in appello*, Napoli, 2015, 47 ss., nonché, nella letteratura di lingua tedesca, NASSAL, *Zehn Jahre ZPO-Reform vor dem BGH*, in *NJW*, 2012, 113 ss.; UNBERATH, *Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform – Theorie und Praxis*, in *ZZP*, 2007, 323; HEIDERHOFF, *Die Tatsachenbindung des Berufungsgerichts nach der ZPO-Reform*, in *JZ*, 2003, 490 ss.

¹¹ V. già KLEIN, *Der Zivilprozess Österreichs*, mit Ergänzungen von Engel, rist. Aalen, 1970, 403: «Das Rechtsmittelverfahren ist von anderer Natur als der Prozeß in erster Instanz. Es ist nicht kreativ, sondern kontrollierend oder wenn man das Verfahren in erster Instanz als eine Kontrolle betrachtet, so kontrollieren die Rechtsmittel nicht die Wirklichkeit, sondern den Prozeß» (il giudizio di impugnazione è di altra natura rispetto a quello di primo grado. Esso non è creativo, ma comporta lo svolgimento di un controllo; o, se si voglia intendere anche il giudizio di primo grado come una forma di controllo, allora il mezzo di impugnazione non funge da controllo della realtà, bensì del processo). E v. i §§ 467 (sui motivi di appello), 482 (sui *nova*), 498, Abs. 1 (che prevede il vincolo alla base di fatto accertata in primo grado, in quanto essa non debba essere modificata in ragione della fondatezza dei motivi di appello) della ZPO austriaca (ÖZPO).

¹² Cfr. BIANCHI, *op. cit.*, 1442 s.

mente denunciati dall'appellante, per rinnovare *funditus* il giudizio di fatto.

Ed infatti, anche dopo la riforma del 2001, all'appello *more germanico* vengono comunque riconosciuti i caratteri del mezzo di impugnazione (*Rechtsmittel*), che tende a una nuova decisione della causa sull'originaria domanda, non solo sulle questioni di diritto, ma anche sul *Tatbestand*, ai sensi del chiaro disposto di cui al § 513 ZPO: un mezzo di impugnazione dotato, come tale, di efficacia devolutiva piena e a effetto sostitutivo della pronuncia impugnata¹³, sia pure attraverso forme di motivazione semplificata e limitata ai punti non condivisi dai secondi giudici e da questi specificamente modificati, secondo quanto prevede il § 540 ZPO (in base al quale la motivazione della sentenza d'appello deve contenere il riferimento agli accertamenti di fatto di cui alla sentenza impugnata, indicando le eventuali modificazioni e integrazioni, con una breve motivazione riguardo alla modificazione, all'annullamento o alla conferma della decisione resa in prime cure).

Dovendosi assicurare una decisione della controversia corrispondente, nel maggior grado possibile, alla giustizia materiale (*materielle Gerechtigkeit*), i limiti previsti dal § 529 ZPO in tema di revisione della *quaestio facti* non possono essere intesi in modo troppo rigoroso: dovendosi escludere qualsiasi *negative Beweiskraft der Tatbestand*¹⁴, per la caduta del vincolo del giudice d'appello alla ricostruzione dei fatti offerta all'esito delle prime cure del giudizio è sufficiente una *theoretische Wahrscheinlichkeit* che sussistano ragionevoli dubbi circa l'esattezza e la completezza degli accertamenti compiuti. Il passaggio, nei lavori preparatorii della riforma tedesca del 2001, dall'attributo *ernstliche* (serii) a quello di *vernünftige Zweifel* (ragionevoli dubbi) conferma che il criterio adottato è quello della ragionevole probabilità che la rivisitazione della fattispecie in appello contribuisca a migliorare i risultati del primo grado di giudizio. Infatti, anche il giudice d'appello è tenuto a emanare la decisione giusta sul singolo caso, perseguendo *die materielle Einzelfallsgerechtigkeit*, né il § 529 ZPO è destinato ad assicurare tutela in

¹³ V. ALTHAMMER, *Allgemeine Einleitung vor § 511*, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, XXII ed., Tübingen, 2013, Rn 3 ss., che individua lo scopo della *Berufung* nel valutare non se la sentenza sia o meno corretta, ma esclusivamente come la controversia debba essere correttamente decisa; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, XVII ed., München 2010, § 133, Rn 16 e § 139, Rn 2 e 3; RIMMELSPACHER, *vor § 511*, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, IV ed., München 2012, Rn 3, che evidenzia come il rimedio impugnatorio tenda a sostituire la decisione con altra più corretta e favorevole all'appellante, trattandosi di un *Reformationszweck*, inclusivo del *Kassationszweck*; in senso parzialmente diverso GRUNSKY, *Zum Tatsachenstoff im Berufungsverfahren nach der Reform der ZPO*, in *NJW*, 2002, 800. In giurisprudenza v. *BGH*, 12 marzo 2004, in *NJW*, 2004, 1876, 1878; *BGH*, 19 marzo 2004, in *NJW*, 2004, 2155; *BGH*, 27 settembre 2006, in *NJW*, 2006, 2416; *BGH*, 24 aprile 2010, in *NJW-RR*, 2010, 1287; *BGH*, 13 gennaio 2012, in *NJW-RR*, 2012, 430. Sul tema v. *amplius* BIANCHI, *op. cit.*, 1447 ss.

¹⁴ V., in giurisprudenza, *BGH*, 13 marzo 2004, *cit.*, 1879; in dottrina, per tutti, ALTHAMMER, *op. cit.*, Rn 10.

danno della giustizia materiale, laddove mere esigenze acceleratorie debbono cedere rispetto a questa e i requisiti previsti dalla norma non vanno intesi in senso troppo rigoroso. Così, in presenza di *vernünftige Zweifel*, il vincolo alla ricostruzione dei fatti derivante dal primo provvedimento deve cedere quando vi sia una certa probabilità (*eine gewisse Wahrscheinlichkeit*) che la ripetizione del giudizio di fatto in appello possa comportare risultati differenti da quello cui si è giunti in primo grado¹⁵.

Si è così ritenuto nella consolidata giurisprudenza tedesca che, pur non bastando mere e astratte supposizioni di ingiustizia, sia sufficiente una ragionevole probabilità che gli accertamenti compiuti nel grado precedente risultino erronei o incompleti. Infatti, sebbene la ripetizione del giudizio di fatto in appello rappresenti l'eccezione, l'esigenza che la seconda pronuncia sia giusta – dacché scopo del giudizio rimane, anche in seconde cure, il raggiungimento «*der materiellen Gerechtigkeit entsprechenden Entscheidung des Einzelfalls*» – implica che il venir meno del vincolo del giudice di appello ai fatti accertati in primo grado possa aversi anche nel caso di una decisione che non presenti vizi procedurali, allorquando sussistano *konkrete Anhaltspunkte* circa l'incompletezza o l'erroneità degli accertamenti svolti in prime cure¹⁶.

La giurisprudenza tedesca nega, altresì, la limitazione della *cognitio iudicis* in appello alle censure esposte dall'appellante nella *Berufungsbegründung* perché, se è vero che dal § 520, Abs. 3, n. 3, ZPO si ricava, a pena di inammissibilità dell'appello, l'onere per l'appellante di indicare con precisione i motivi in base ai quali ritiene errato l'operato del primo giudice e di fornire “*die Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte*”, tuttavia va escluso che le in-

¹⁵ V. soprattutto *BVerG*, 12 giugno 2003, in *NJW*, 2003, 2524; *BVerG*, 22 novembre 2004, in *NJW*, 2005, 1487: «*bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit entscheidungserheblicher Feststellungen, die sich schon aus der Möglichkeit einer unterschiedlichen Wertung ergeben können, ist nach der gesetzlichen Neuregelung eine erneute Beweisaufnahme zwingend geboten*» (in caso di dubbii circa l'esattezza e la completezza degli accertamenti, i quali possano derivare già dalla possibilità di un diverso apprezzamento, si richiede necessariamente ai sensi della nuova disciplina una rinnovata assunzione delle prove). Su tale pronuncia v., criticamente, GREGER, *Tatsachenfeststellungen durch das Berufungsgericht – ein Menetekel aus Karlsruhe*, in *NJW*, 2003, 2883 ss. Nel medesimo senso della Corte costituzionale tedesca v., in dottrina, HEIDERHOFF, *op. cit.*, spec. 493 s.; ALTHAMMER, *op. cit.*, Rn 2 e 17; anche secondo ROTH, *Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit*, in *JZ*, 2006, spec. 12, lo scopo della concentrazione dell'accertamento del fatto in primo grado perseguito tramite il § 529, Abs. 1, ZPO e il conseguente alleggerimento del compito del secondo giudice debbono passare in secondo piano rispetto alla ricerca della giustizia materiale nella decisione del singolo caso.

¹⁶ *BGH*, 18 ottobre 2005, in *NJW*, 2006, 153, esplicitamente riprendendo i principii posti da *BGH*, 8 giugno 2004, in *NJW*, 2004, 2826 e *BGH*, 8 giugno 2004, in *NJW*, 2004, 2829; *BGH*, 9 marzo 2005, in *NJW*, 2005, 1583; *BGH*, 14 luglio 2004, in *NJW*, 2004, 2753, in cui si legge che alla ripetizione del giudizio di fatto è sufficiente la semplice circostanza di non ritenere *überzeugend* (convincente) il risultato della prima decisione, in vista del raggiungimento della decisione giusta sul singolo caso.

dicazioni cui è onerato l'appellante comportino un rigido vincolo nelle indagini del secondo giudice rispetto agli accertamenti di fatto¹⁷.

Il giudice di appello tedesco, una volta che risultino soddisfatte le prescrizioni di cui al § 520 ZPO per l'ammissibilità dell'appello, è dunque libero di rivisitare la *quaestio facti*, ogniqualvolta gli vengano offerti concreti elementi per nutrire ragionevoli dubbi sull'esattezza e sulla completezza degli accertamenti svolti dal primo giudice. Peraltro, conviene ricordare, la decisione del giudice di appello di rivedere il giudizio di fatto non è sindacabile mediante *Revision*¹⁸, come ormai avviene anche nel nostro ordinamento, dopo la riscrittura del n. 5 dell'art. 360 c.p.c.: egli, dunque, quale ultimo giudice sul *Tatbestand*, deve tendere il più possibile a un accertamento veridico dei fatti controversi.

4. *Libero convincimento in materia di prove e revisione della quaestio facti in appello*

Altrettanto crediamo debba fare il giudice d'appello italiano, pur a fronte del nuovo art. 342, n. 1, c.p.c., che impone all'appellante di indicare le «modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado».

Soddisfatto il requisito di ammissibilità dell'appello, indicando i profili censurabili nella ricostruzione dei fatti contenuta nella sentenza di prime cure e offrendo le diverse conclusioni prospettate dall'appellante, come prescrive la menzionata norma, dovrebbe poi il secondo giudice esser libero di rivalutare *funditus* e complessivamente tutte le prove acquisite, in ossequio ai principii di completa acquisizione e di prudente apprezzamento del materiale istruttorio, quali sanciti negli artt. 115 e 116 c.p.c.

Costantemente si afferma che al giudice di merito è riservato il compito di «individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le pro-

¹⁷ BGH, 9 marzo 2005, in NJW, 2005, 1583; BGH, 12 marzo 2004, in NJW, 2004, 1878. In dottrina ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *op. cit.*, § 138, Rn 34 negano ogni rigida correlazione tra il motivo di appello e l'area della cognizione in fatto del secondo giudice. Critici su tale conclusione sono, invece, LECHNER, *Die Rechtsprechung des BGH zum neuen Berufungsrecht im Lichte der Intentionen des Gesetzgebers*, in NJW, 2004, 3595; RIMMELSPACHER, nota di commento a BGH, 9 marzo 2005 (JZ, 2005, 1061 s.). V. *amplius* BIANCHI, *op. cit.*, 1458 ss.

¹⁸ BGH, 9 marzo 2005, in NJW, 2005, 1583. Critico, in dottrina, RIMMELSPACHER, *vor § 511*, cit., Rn 44 s., il quale osserva che tale tesi contraddice la *ratio* del § 529, Abs. 1, ZPO: se il nuovo accertamento compiuto in secondo grado non si fonda su nuove circostanze e gli accertamenti compiuti in primo grado non presentano errori procedurali, non vi è ragione che deponga a favore della loro più probabile esattezza.

ve, di controllarne l'attendibilità e la concludenza, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottesi, assegnando prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti, nonché la facoltà di escludere, anche attraverso un giudizio implicito, la rilevanza di una prova»¹⁹, in base al principio del libero convincimento *ex art. 116 c.p.c.* In egual modo il giudice di secondo grado, a fronte di un appello che susciti ragionevoli dubbi sull'esattezza e sulla completezza delle acquisizioni e delle valutazioni probatorie espresse in prime cure, non potrà limitare la propria cognizione esclusivamente agli errori in fatto specificamente denunciati dall'appellante, ma dovrà sottoporre a nuova valutazione complessiva l'intero materiale probatorio.

Come veduto, in Germania tanto la Corte costituzionale (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerG* in acronimo) quanto la Suprema Corte federale (*Bundesgerichtshof*, *BGH* in acronimo) hanno concordemente ritenuto che la prospettazione nell'atto di appello, principale o incidentale, di ragionevoli dubbi (*vernünftige Zweifel*) in ordine alla ricostruzione della fattispecie (*Tatbestand*), mediante indicazione di concreti elementi (*die Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte*), idonei a infirmare l'esattezza e la completezza degli accertamenti svolti in prime cure, riapra in secondo grado la possibilità di un diverso apprezzamento complessivo delle prove acquisite o di un espletamento di prove, dedotte ma non assunte in primo grado, od anche l'assunzione di nuove prove, mediante nuovi mezzi di attacco e difesa (*Angriffs- und Verteidigungsmittel*), nelle ipotesi menzionate nel § 531, Abs. 2, ZPO (1. quando essi riguardino un profilo trascurato dal primo giudice o da esso ritenuto irrilevante; 2. quando non sia stato possibile farli valere in primo grado in ragione di un vizio procedimentale; 3. quando la loro mancata proposizione in primo grado non sia dipesa da negligenza della parte), il tutto alla stregua di quanto prevedono i nn. 3 e 4 del § 520, Abs. 3, ZPO sulla *Berufungsbegründung*²⁰.

¹⁹ Così, *ex plurimis*, Cass., 15 luglio 2009, n. 16499; Cass., 5 maggio 2009, n. 10285, in *Danno e resp.*, 2009, 959, con nota di Manenti, in *Giur. it.*, 2009, 2148 e in *Giust. civ.*, 2010, I, 1743.

²⁰ § 520, Abs. 3, ZPO: «Die Berufungsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Berufungsschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Berufungsgericht einzureichen. Die Berufungsbegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden (Berufungsanträge);

2. die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt;

3. die Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten;

4. die Bezeichnung der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie der Tatsachen, auf Grund derer die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 531 Abs. 2 zuzulassen sind».

Così, in Italia il giudice di appello che, grazie alla “motivazione” addotta dall’appellante ai sensi dell’art. 342, n. 1, c.p.c., nutra ragionevoli perplessità sulla correttezza e sulla completezza della ricostruzione in fatto operata dal primo giudice, non potrà esimersi dal rivisitare *funditus* l’intera *quaestio facti*, senza affatto limitare l’area della propria cognizione alle sole censure addotte dall’appellante sulla ricostruzione della fattispecie. Tali censure servono, invero, a provocare la revisione del giudizio di fatto, fungendo da strumento per sollecitare e far sorgere nell’*intime conviction* del secondo giudice ragionevoli dubbi sull’esattezza e sulla completezza degli accertamenti svolti in primo grado: ottenuto tale risultato attraverso un atto d’appello debitamente e analiticamente costruito alla stregua di quanto prescrive l’art. 342 c.p.c., il nuovo giudizio di fatto demandato al secondo giudice, che resta giudice di merito, non può essere segmentato e parcellizzato, limitando la *cognitio causae* ai soli errori di fatto censurati dall’appellante, bensì va esteso all’intero materiale probatorio acquisito e alle eventuali nuove prove documentali o costituende eccezionalmente ammesse in seconde cure, pena la flagrante violazione dei principi di completezza dell’istruttoria e di prudente apprezzamento delle prove, di cui agli artt. 115 e 116 c.p.c., applicabili in appello non meno che in seconde cure.

Come si constatava nel precedente paragrafo, la giurisprudenza tedesca non ha esitato a giungere a tale conclusione circa la necessità di un rinnovato e complessivo apprezzamento in appello dell’intero materiale istruttorio, pur a fronte del dettato del § 529, Abs. 1, n. 1, ZPO che, secondo l’originaria *intentio conditorum*, produce un tendenziale vincolo per il secondo giudice agli accertamenti di fatto contenuti nel provvedimento impugnato, i quali si impongono in appello, salvo che non sussistano concrete indicazioni (*konkrete Anhaltspunkte*) che facciano sorgere nel secondo giudice ragionevoli dubbi circa l’esattezza e la completezza delle valutazioni effettuate dal primo giudice. Conclusione questa inevitabile, allorché viga il principio del libero convincimento del giudice in materia di prove, che presuppone *ex necessitate* la complessiva disamina e l’inscindibile ponderazione dell’intero materiale istruttorio, in appello non meno che in prime cure.

Ed invece, come vedremo *amplius* nel cap. IV, si nota già la tendenza dei giudici di appello italiani, avallata da alcuni *arrêts* o da frequenti *obiter dicta* della Suprema Corte, a circoscrivere la *cognitio causae* alle censure contenute nell’atto di appello, non soltanto in relazione alla *quaestio iuris* di cui al n. 2 dell’art. 342 c.p.c., quasi alla stregua di un’impugnazione a critica vincolata assai più vicina al ricorso per cassazione che all’appello a critica libera, ma anche con riguardo alla *quaestio facti* di cui al n. 1 dell’art. 342 c.p.c., come se il giudizio di fatto potesse essere atomisticamente disaggregato, mercé la “motivazione” addotta dall’appellante.

In realtà e come spiegato, l’enunciato di cui al n. 1 dell’art. 342 c.p.c., on-

de l'atto di appello deve contenere, a pena di inammissibilità, «l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado», che costituisce compendiosa e infelice sintesi dell'assai più completo e analitico § 520 ZPO, serve a insinuare nei secondi giudici, attraverso concreti elementi, il ragionevole dubbio che in primo grado le prove non siano state bastevolmente acquisite, esaminate e valutate. Soddisfatto tale requisito, i giudici di appello dovranno necessariamente sottoporre a nuova disamina l'intero materiale istruttorio a loro disposizione, acquisendo eventualmente le prove non assunte in prime cure o quelle nuove che siano eccezionalmente ammissibili in appello.

Opinare diversamente significherebbe tradire il principio del libero convincimento, istituzionalmente riservato ai giudici di merito, di appello non meno che di primo grado.

5. *Il giudizio di fatto in appello "à la carte"*

Gli è che l'italico giudice d'appello è assai restio ad assumere o rinnovare prove dinanzi a sé, preferendo pigramente assidersi, a distanza di tanto tempo dai fatti storici, su quanto acquisito in prime cure, salvo che l'istruttoria non sia stata ivi omessa del tutto o per larghissime parti.

Il secondo giudizio di fatto in appello finisce, in tal modo, per svolgersi sul verbale di causa, cioè sul resoconto scritto delle prove assunte altrove, dinanzi al giudice di prime cure, quasi fosse una rogatoria demandata *ex ante et ex lege* ad altro giudice.

L'appello è, sotto questo profilo, la negazione dell'oralità nell'accezione dell'immediatezza del contatto tra il giudice e la prova nel suo formarsi, nel suo venire in essere attraverso l'istruzione probatoria. *In iure condito* esso non ha, se non in via eccezionale, un'istruttoria propriamente intesa e articolata nelle sue sotto fasi, consistenti nella deduzione, nell'ammissione, nell'assunzione e nella valutazione delle prove: di regola tutto si risolve soltanto nella (nuova) valutazione delle prove assunte in primo grado, nei limiti segnati dall'impugnazione che è stata concretamente proposta. L'oralità, ancor oggi declamata dall'art. 180 c.p.c., scompare del tutto e ciò ha attirato sullo strumento appellatorio le critiche dei più fervidi sostenitori del principio chiovendiano²¹.

²¹ Basti rammentare CAPPELLETTI, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, in *Giur. it.*, 1969, IV, 81 ss.