

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. Acritica 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. 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*

L'appello è stato per quasi due millenni *novum iudicium*, dall'*appellatio* romana in epoca imperiale all'appellazione negli Stati preunitari, sino all'appello nei codici di rito italiani del 1865 e del 1940. Ai secondi giudici veniva devoluto, in tutto o in parte, l'oggetto della lite, sul quale riformulare il giudizio in fatto e in diritto, anche mutando completamente la ricostruzione probatoria e la qualificazione giuridica della fattispecie.

Questo era il carattere tipico dell'appello, la cifra tradizionale che consentiva di distinguerlo dagli altri mezzi di impugnazione e, segnatamente, dal ricorso per cassazione, quando questo prese piede anche in Italia nell'Ottocento: libertà di critica, in fatto come in diritto, effetto devolutivo del *thema decidendum*, sia pure entro i limiti del *tantum devolutum quantum appella-*

tum, ed efficacia sostitutiva della sentenza, con anche la possibilità di ampliare le allegazioni e le prove attraverso nuove eccezioni e nuove deduzioni istruttorie e produzioni documentali, onde meglio ricercare e sperabilmente assicurare la giustizia del caso concreto, 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.

Il nome stesso di appello denota l’invocare un’autorità superiore, chiamandola a porre rimedio a un’ingiustizia, come fece il mugnaio di Sans-Souci, appellandosi a Federico il Grande di Prussia con la leggendaria affermazione: «C’è un giudice a Berlino». Ed infatti, nell’idioma teutonico appello è *Berufung*, chiamare insistentemente, giusta il motto evangelico «chiedete e vi sarà dato; cercate e troverete; bussate e vi sarà aperto: perché chiunque chiede riceve; chi cerca trova, e sarà aperto a chi bussa» (Mt. 7, 7-11), che è poi ciò che quotidianamente fanno coloro che hanno fame e sete di giustizia, i quali bussano alle porte della Giustizia per esserne saziati (Mt. 5, 6).

Novum iudicium non è più l’appello nel nostro ordinamento: così, seguendo la parabola evolutiva (*recte* involutiva) dettata da giurisprudenza e *conditor legum*, che prese abbrivio nel 1987 con l’*arrêt* delle Sezioni Unite sulla specificazione dei motivi nell’atto di appello¹ ed è giunta alle riforme del 2012 e del 2022, 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 dell’art. 342 c.p.c., novellato due volte in un decennio, i capi, cioè in effetti i passaggi anche logici 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

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

² V., con “tripla 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; Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2023, n. 4835.

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 a far tempo dall'*Ordonnance civile* emanata da Luigi XIV nel 1667), che continua ancor oggi a 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, il sistema tedesco della *Berufung*, se non quello anglosassone dell'*appeal*, 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 nel merito) le postulazioni di un secondo giudizio, per soddisfare fredde statistiche di efficienza economica e giurimetrica 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 nella precomprensione del primo giudizio, ma sia bastevole *sic et simpliciter* un solo, secco e assertivo *dictum*, in unico grado e, ormai per regola, dinanzi a un sol giudice, chiamato a sancire con pronuncia veridica 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 ragionevole 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 propri comodi e in base ai propri calcoli, secondo una ragione non più *cogitans* ma unicamente *calculans*, che riduce le persone a puri e semplici *homines oeconomici*, del tutto irrilevanti e insignificanti *uti singuli*, ma da considerarsi quali componenti di un'informe e anonima massa, governabile a piacimento e arbitrio, con la leva dell'esposizione debitoria contratta dalle comunità, ai più diversi livelli, verso il sistema finanziario globale e il controllo dei più moderni strumenti di comunicazione di massa³.

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, or nomate finanche "giurimetriche"; tutto il resto non conta alcunché⁴. 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

³ V., *si vis*, TEDOLDI, «Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori», Bologna, 2021; ID., *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, Pisa, 2022; ID., *Giustizia civile. Parte generale*, Bologna, 2025, 32 ss.

⁴ 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.

scritti, niente vincoli procedurali su trattazione e deduzioni probatorie, niente impugnazioni»⁵.

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 giudizio⁶.

Ormai trascorso l’ottavo centenario dall’emanazione della *Magna Carta 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 personam*, 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. E il formalismo procedurale imperversa, ché le ossessive forme processuali sono divenute soltanto forme del nulla e del vuoto.

⁵ 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. 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*.

⁶ 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 dí; 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».

La giurisdizione, in un contesto tanto confuso, contraddittorio e non privo di lacune nonostante la quantità esorbitante di norme emanate da inesausto 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 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 vincolanti⁷. Il diffondersi della contemporanea consuetudine, nella giurisprudenza

⁷ «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).

della nostra Cassazione e delle Sezioni Unite, delle sentenze-trattato non è che lo specchio rovesciato, in certo (non) senso carrolliano⁸, 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, paradig-

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 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.».

V. però, proprio in materia processuale, l’intervento nomopoietico di Cass., sez un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Foro it.*, 2023, I, 1452, con note di P. Farina, Pagliantini, R. Pardolesi e Sassani, il cui dispositivo detta il decalogo sul *modus procedendi*, quando vi sia un’esecuzione forzata a carico di un soggetto qualificabile come consumatore, quando dal titolo esecutivo (segnatamente un decreto ingiuntivo non opposto) non risulti esaminata d’ufficio l’eventuale vessatorietà delle clausole dei contratti B2C (*Business to Consumer*).

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*.

Sulla riduzione della Corte di cassazione a burocratico sentenzificio, sorta di kafkiano “Ministero della Giurisprudenza”, dove è quasi del tutto bandita la discussione orale dei ricorsi e, con questa, il confronto dialettico che costituisce il *proprium* del processo, v. CAPPONI, *Sul Ministero della Giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2022, V, 248 ss., ora anche in ID., *Legittimità, interpretazione, merito. Saggi sulla Cassazione civile*, Napoli, 2023, 73 ss.

⁸Il 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.

maticamente, la riforma “appellicida” di cui al d.l. n. 83/2012, messa a punto con il d.lgs. n. 149/2022, 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 penetranti 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 sé stessa⁹.

L'appello *italico more*, già dicevamo, si è ispirato a quello tedesco.

L'art. 342 c.p.c. sulla “Forma dell'appello” riproduce, in parte e con assai minor precisione lessicale e semantica, il § 520 ZPO sulla *Berufungsbegründung*; gli artt. 348 *bis* s. c.p.c. sul c.d. “filtro in appello” costituivano 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: l'abrogazione del filtro in appello dopo un decennio costituisce l'unica buona notizia dell'ultima ed ennesima novella del processo civile, dettata con d.lgs. 149/2022.

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 alla ZPO proprio in materia di appello), 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

⁹ 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.; ID., *Giustizia civile. Parte generale*, cit., 37 ss.

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 diritto¹⁰.

In Italia, tutto al contrario, il processo di primo grado gode di pessima salute, con istruttorie dilate 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 istruzione probatoria, documenti sommariamente esaminati, nessun dialogo tra giudice e difensori, nessuna diretta audizione delle parti, nessuna disamina critica delle relazioni dei consulenti tecnici, che troppo spesso non forniscono alcuna garanzia di preparazione né di 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 di *ca-*

¹⁰ 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.

se 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 e proattivo dovere di collaborazione 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 sono ampî, ai sensi dei §§ 142 e 144 ZPO, i poteri istruttori *ex officio* in materia di esibizione dei documenti, ispezione e perizia, dovendo il giudice di prime cure discutere con le parti i risultati delle prove acquisite non appena conclusa l’istruttoria (§ 279, Abs. 3, ZPO)¹¹.

In tale contesto e in esito a una così 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* austriaca¹², 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*¹³.

In questo quadro di centralità istruttoria del giudizio di prime cure, il

¹¹ 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 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.

¹² 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).

¹³ Cfr. BIANCHI, *op. cit.*, 1442 s.