

NUMERO 2 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

FELICE MANNA

Sull'impugnabilità dell'ordinanza ex art. 348-ter c.p.c. (a proposito di Cass., sez. II,
12 gennaio 2015, n. 223)



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	210
ALESSANDRO PAJNO	
<i>Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione</i>	213
GIOVANNI D'AMICO	
<i>Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto</i>	247
LUCA NIVARRA	
<i>Confisca antimafia e diritti dei creditori privilegiati: una soluzione sistemica con qualche ombra</i>	275
GIANROBERTO VILLA	
<i>“Mera puntuazione” e “puntuazione vincolante”?</i>	297
GIUSEPPE WERTHER ROMAGNO	
<i>Dalla “filiazione naturale” alla “parentela naturale”. Alcune riflessioni sull’articolo 74 c.c.</i>	313
SERGIO MENCHINI	
<i>Il disegno di legge delega per l’efficienza del processo civile: osservazioni a prima lettura sulle proposte di riforma del giudizio ordinario di cognizione</i>	335
LUIGI LOMBARDO	
<i>Giudizio civile di cassazione e decisione della causa nel merito.</i>	393
FELICE MANNA	
<i>Sull’impugnabilità dell’ordinanza ex art. 348-ter c.p.c. (a proposito di Cass., sez. II, 12 gennaio 2015, n. 223)</i>	413

Sull'impugnabilità dell'ordinanza ex art. 348-ter c.p.c. (a proposito di Cass., sez. II, 12 gennaio 2015, n. 223)

La ricorribilità ordinaria per cassazione dell'ordinanza *ex art. 348-ter* c.p.c. affetta da vizi formali suoi propri e, in particolare, da omessa pronuncia, è affermata dall'articolo che segue sulla premessa della generale decisività del provvedimento. Il carattere sostanziale di sentenza che quest'ultimo acquisisce a causa della non emendabilità di tali vizi, legittima un'operazione di logica-processuale – non nuova nella giurisprudenza della Corte Suprema – tesa ad evitare che l'*error iudicis* espropri la parte dell'impugnazione cui, diversamente, essa avrebbe avuto diritto.

That the reviewability by the Supreme Court of an Ordinance pursuant to art. 348-ter of the Code of Civil Procedure is formally flawed in and of itself and, in particular, from the lack of judicial pronouncement, is affirmed by the following article on the premise of the general dispositive character of the measure. The substantial nature that the latter judgment acquires is because it is not amenable to the correction of such vices, a legitimate operation of trial logic – not new in the case law of the Supreme Court – aimed to prevent the iudicis error of dispossession of the part of the appeal which, otherwise, would have been subsisted.

Sommario: 1. L'ordinanza *ex art. 348-ter* c.p.c. quale statuizione sul merito dell'appello. – 2. Il problema della decisorietà dell'ordinanza. – 3. (*Segue*): la decisorietà in senso processuale e i precedenti di Cass., sez. un., nn. 3073 e 11026 del 2003. – 4. L'ordinanza *ex art. 348-ter* c.p.c. e il requisito di definitività. – 5. La configurabilità del ricorso ordinario per cassazione avverso l'ordinanza *ex art. 348-ter* affetta da vizi propri. – 6. (*Segue*): confutazione della tesi opposta. – 7. L'insindacabilità del giudizio circa la mancanza di probabilità di accoglimento dell'impugnazione. – 8. La ricorribilità dell'ordinanza *ex art. 348-ter* c.p.c. affetta da omessa pronuncia. Limiti.

1. - L'ordinanza *ex art. 348-ter* c.p.c. quale statuizione sul merito dell'appello.

L'ordinanza di rimessione n. 223 del 2015 della seconda sezione civile ¹ pone alle Sezioni unite della Corte di cassazione tre ordini di questioni, procedendo dal generale al particolare: *a*) l'ammissibilità o meno della ricorribilità ordinaria o straordinaria per cassazione dell'ordinanza emessa ai sensi dell'*art. 348-ter* c.p.c.; *b*) la ricorribilità di questa solo per vizi "suoi propri", riconducibili all'ipotesi del n. 4 dell'*art. 360* c.p.c.; *c*) l'inclusione nei vizi "suoi propri" dell'omessa pronuncia su di un motivo d'appello.

414

L'approccio al primo tema va preliminarmente affrancato dall'osservazione che l'*art. 348-ter* c.p.c. non qualifichi detta ordinanza come non impugnabile. Omessa specificazione, questa, del tutto priva di rilievo, perché, nel contesto della ricorribilità ordinaria per cassazione della sentenza di primo grado che ne scaturisce, sarebbe stato del tutto pleonastico precisare che alla medesima impugnazione non è soggetta l'ordinanza che pone fine al giudizio d'appello ².

Tale conclusione è pressoché unanime in dottrina e nei precedenti di questa Corte, al punto che – ad evitare riflessioni prive di vera problematicità – neppure conviene soffermarvisi. Salvo osservare che essa incanala il discorso sulla natura effettiva dell'ordinanza d'inammissibilità, emessa al di fuori dei casi di inammissibilità o improcedibilità dell'appello da pronunciare con sentenza, allorché l'impugnazione non abbia una

¹ Consultabile sul sito *ItalgireWeb* della Corte di cassazione.

² Osserva A. PANZAROLA, *Tra "Filtro" in appello e "doppia conforme": alcune considerazioni a margine della L. n. 134 del 2012*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 102, che «(o)vvviamente, quand'anche vi fosse stata una previsione espressa consimile, essa avrebbe dovuto essere "filtrata" nel quadro dell'*art. 111*, comma 7, Cost.».

ragionevole probabilità di essere accolta, secondo l'espressione del primo comma dell'art. 348-*bis* c.p.c. E ciò ai fini dello scrutinio di ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.

In disparte la faticosa esegesi dell'ultima proposizione dell'art. 348-*bis*, comma 1, c.p.c., altrettanto unanime in dottrina (meno nei precedenti di questa Corte) è che la norma, nonostante la sua lettera, rimandi ad una prognosi di manifesta infondatezza del gravame³, e dunque ad una valutazione di merito declinata in termini d'inammissibilità solo per lucrarne (dubbi, se non improbabili) effetti di filtro processuale. Non si tratta di una tecnica nuova. Il precedente dell'art. 360-*bis* c.p.c.⁴ mostra come il legislatore più recente nutra un'ingiustificata fiducia nella capacità del significante di modificare per virtù propria il significato. E come tale operazione, non appena sottoposta al vaglio critico degli operatori, non valga a dirottare il discorso dal suo inevitabile approdo: nella specie, che l'ordinanza *ex art. 348-ter* c.p.c. sostanzialmente decide l'appello con una statuizione che è di merito e non di vera e propria inammissibilità.

2. - Il problema della decisorietà dell'ordinanza.

Ma un provvedimento di tal fatta, che statuisce sul merito dell'appello, sia pure risolvendosi in un giudizio prognostico; che chiude il relativo grado all'esito di una cognizione sommario-semplificata (o meglio sommario-superficiale); che afferma, ad un tempo, che la sentenza del primo giudice non meriti le censure esposte e che l'appello non richieda il dispendio di

³ Osserva G. BALENA, *Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 358, 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».

⁴ Risolto immediatamente da Cass., sez. un., n. 19051 del 2010, nel senso che il ricorso scrutinato ai sensi dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. deve essere rigettato per manifesta infondatezza e non dichiarato inammissibile, se la sentenza impugnata si presenta conforme alla giurisprudenza di legittimità e non vengono prospettati argomenti per modificarla, posto che anche in mancanza, nel ricorso, di argomenti idonei a superare la ragione di diritto cui si è attenuto il giudice del merito, il ricorso potrebbe trovare accoglimento ove, al momento della decisione della Corte, con riguardo alla quale deve essere verificata la corrispondenza tra la decisione impugnata e la giurisprudenza di legittimità, la prima risultasse non più conforme alla seconda nel frattempo mutata.

una cognizione piena ed esaustiva; un tale provvedimento può non avere una portata decisoria, quanto meno processuale?

Entrambi gli indirizzi maturati nella giurisprudenza di questa Corte ⁵, nell'affrontare la questione della ricorribilità per cassazione dell'ordinanza affetta da vizi suoi propri convergono nella soluzione di ritenerne una decisorietà di carattere processuale, salvo divergere subito dopo quanto alle ulteriori implicazioni ritraibili.

Un elemento di carattere positivo conferma, a mio avviso, tale attributo. Non tanto il modo in cui si atteggia il requisito motivazionale, assolto anche mediante il solo rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi (art. 348-ter, comma 1, c.p.c.). Si tratta di indicazioni solidali ad una motivazione che il legislatore pretende doppiamente succinta (e dunque tendenzialmente "scoperta" su uno o più punti), per ragioni tipologiche o di struttura (che la vincolano all'art. 134, comma 1, c.p.c.) e funzionali o strategiche, affinché il filtro possa operare col minor impiego possibile di energie giurisdizionali. Piuttosto, il carattere decisorio è normativamente derivabile da ciò, che l'ordinanza, se confermativa delle ragioni di fatto poste a base della sentenza di primo grado, produce una conseguenza che il 5° comma del medesimo art. 348-ter c.p.c. configura come un effetto processuale tipico della sentenza di merito pronunciata in grado d'appello, cioè la c.d. doppia conforme, che non consente di dedurre con il ricorso per cassazione vizi riconducibili al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. E poiché non sembra ammissibile dal punto di vista sistematico ipotizzare che un provvedimento sia o non sia decisorio a seconda che esso si basi, per avventura, sulle medesime ragioni di fatto poste a sostegno della sentenza emessa nel grado precedente di giudizio, un primo risultato interpretativo si può ritenere senz'altro acquisito a prescindere dal contenuto del provvedimento emesso.

Non vi osta una controindicazione che pure appare *prima facie* dotata di spessore. Il fatto che l'ordinanza *ex* art. 348-ter c.p.c. non abbia efficacia sostitutiva, e che sia emessa con un provvedimento a cognizione sommaria

⁵ Il riferimento è all'ordinanza n. 7273 del 2014, della seconda sottocommissione della sesta sezione, da un lato, e alle ordinanze nn. 8940, 8941, 8942 e 8943 del 2014 della terza sottocommissione della medesima sesta sezione, dall'altro.

perché superficiale, non esclude una decisorietà processuale. La cognizione sommaria si coordina legittimamente con l'effetto di giudicato solo se ed in quanto essa possa sfociare in una cognizione piena, ove la parte interessata a contrastare il provvedimento sommario ne raccolga la *provocatio* nei termini di legge. E non casualmente, del resto, l'art. 348-*bis*, comma 2, n. 2, c.p.c. esclude l'emissione dell'ordinanza in questione nel caso in cui l'appello sia proposto ai sensi dell'art. 702-*quater* c.p.c., che – appunto – assolve la funzione di recuperare quella trattazione piena mancata nel primo grado del procedimento sommario di cognizione. L'effetto che se ne trae non è l'azzeramento dell'appello e della sua funzione di riesame critico, bensì la deviazione di prospettiva verso la sentenza di primo grado, nel senso che il giudicato formale è la risultante di un diverso percorso elettivo che riguarda solo quest'ultima, dipendendo dalle sue vicende future.

Resta – irredimibile, quale che sia l'approccio ermeneutico prescelto e i suoi risultati – il carattere ibrido dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 348-*ter* c.p.c., a metà del guado tra la sponda di partenza del filtro e quella opposta del pieno giudizio dichiarativo; ma ciò nonostante è possibile affermare che, in definitiva, il provvedimento in questione non elide l'appello, ma lo decide con una tecnica delibatoria.

3. - (Segue): la decisorietà in senso processuale e i precedenti di Cass., sez. un., nn. 3073 e 11026 del 2003.

Di decisività dell'ordinanza *ex art. 348-ter* c.p.c. in senso processuale parlano, come innanzi accennato, entrambi gli indirizzi formati nella giurisprudenza di questa Corte, citando in particolare i precedenti di Cass., sez. un., nn. 3073 e 11026 del 2003. In base ai quali il ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.* non è ammissibile neppure se il ricorrente lamenti la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, quali espressione del diritto di azione, ed in particolare del diritto al riesame da parte di un giudice diverso, atteso che la pronuncia sull'osservanza delle norme che regolano il processo, disciplinando i presupposti, i modi ed 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 non può pertanto avere autonoma valenza di provvedimento decisivo, se di tale carattere detto atto sia privo, stante la strumentalità della problematica processuale e la sua idoneità a costituire oggetto di dibattito soltanto nella sede, e nei limiti, in cui sia aperta o possa essere riaperta la discussione nel merito.

A tali sentenze, però, le contrastanti ordinanze della Corte di cassazione assegnano, come anzi detto, un peso diverso nell'economia della questione affrontata. E pervengono a conclusioni opposte, in un caso affermando la ricorribilità per cassazione dell'ordinanza affetta da vizi propri, negli altri negandola anche in tale ipotesi⁶.

Già tale sola circostanza la dice lunga sull'idoneità delle sentenze nn. 3073 e 11026 del 2003 a costituire la pietra d'angolo su cui edificare la soluzione del problema in esame. Lì si trattava di decidere dell'ammissibilità del ricorso straordinario a tutela di un diritto esclusivamente processuale, essendo pacifico che non fosse possibile espandere l'uso pretorio dell'art. 111, comma 7, Cost. alle situazioni sostanziali sottostanti non suscettibili di cristallizzarsi nel giudicato. Ed allora ben si spiega la proposizione di sintesi, che non si può riconoscere al diritto d'azione una tutela superiore a quella attribuita al diritto sostanziale sotteso. Qui, invece, è indiscutibile che a monte del diritto ad un appello pieno si collochi una situazione soggettiva di carattere tanto sostanziale da rimettere in gioco l'impugnazione della sentenza di primo grado mediante un ordinario ricorso per cassazione⁷. Le due situazioni non sembrano, pertanto, comparabili tra loro e tali da ricavare dall'una indicazioni sistematiche valevoli per l'altra.

4. - L'ordinanza ex art. 348-ter c.p.c. e il requisito di definitività.

L'altro requisito necessario per l'ammissibilità del ricorso straordinario

⁶ Cfr. per un esame dettagliato dei due indirizzi, G. VERDE, *La riforma dell'appello civile due anni dopo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 984 ss.

⁷ Osserva del tutto condivisibilmente G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sul ricorso per cassazione avverso l'ordinanza ex art. 348-ter c.p.c.*, in *Foro it.*, 2014, I, 1455, che il sillogismo aristotelico operato da Cass. n. 8940 del 2014 va "rovesciato", nel senso che «il ricorso per cassazione è ammesso per questioni processuali quando è ammesso per la tutela sostanziale; nel caso dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello ex art. 348 bis c.p.c., la tutela sostanziale è ammessa con l'impugnazione in Cassazione della sentenza di primo grado; dunque, il ricorso per cassazione deve esser concesso anche per questioni processuali».

per cassazione *ex art.* 111 Cost. è costituito, com'è noto, dalla definitività del provvedimento.

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha elaborato, al riguardo, tre fondamentali categorie di fattispecie in cui non è configurabile tale requisito, ossia *a*) quando il provvedimento è soggetto ad altro mezzo d'impugnazione (inclusi i semplici reclami); *b*) quando esso, pur non essendo in alcun modo impugnabile, non produce effetti di giudicato sostanziale perché la domanda su cui si è pronunciato il giudice di merito è riproducibile (si pensi al rigetto della domanda di emissione di un decreto ingiuntivo o di un provvedimento di volontaria giurisdizione c.d. gestoria), sia pure a determinate condizioni (si pensi alla riproposizione di una domanda cautelare respinta); infine, *c*) allorché l'atto impugnato è destinato ad essere assorbito in altro provvedimento a sua volta autonomamente impugnabile (si pensi ad un provvedimento che abbia concesso la misura cautelare domandata).

Nessuna delle tre situazioni è ravvisabile nel caso dell'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c. Non la prima, perché la sua emissione riapre i termini per l'impugnazione della sentenza di primo grado, attraverso l'ordinario ricorso per cassazione; non la seconda, perché certamente non è possibile ripresentare l'appello, anche se permangono riproducibili davanti al giudice di legittimità, sia pure nei limiti del catalogo predisposto dall'art. 360, comma 1, c.p.c., le questioni che esso poneva al giudice di secondo grado; non la terza, atteso che l'ordinanza non è destinata ad essere assorbita in nessun altro provvedimento (semmai, in caso di accoglimento del ricorso per cassazione contro la sentenza di primo grado, essa è da intendersi caducata, in base ad un'interpretazione estensiva del cpv. dell'art. 336 c.p.c.).

Sicché l'unica definitività è ravvisabile in ciò, che l'ordinanza chiude il processo d'appello e regola le spese. Ma si tratta di una definitività che si colloca al di fuori della nozione richiesta ai fini del ricorso straordinario, per cui, in conclusione, non mi sembra che il requisito in parola sia configurabile (e del resto anche i provvedimenti resi da questa Corte, pur nel loro contrasto circa la ricorribilità dell'ordinanza affetta da vizi propri, convengono sul punto).

5. - La configurabilità del ricorso ordinario per cassazione avverso l'ordinanza ex art. 348-ter affetta da vizi propri.

Esclusi i presupposti del ricorso straordinario, resta, però, l'ipotesi alternativa del ricorso ordinario per cassazione, la cui possibilità percorre una via affatto diversa.

Rispetto ad esso i requisiti di decisorietà e di definitività del provvedimento, appena considerati in vista dell'ammissibilità del ricorso straordinario ex art. 111 Cost., più che perdere rilievo scompaiono dall'angolo visuale, perché l'impugnazione ordinaria per cassazione è regolata dalla legge sulla base di un criterio diverso: sono ricorribili in via ordinaria per cassazione le sentenze emesse in appello o in unico grado di merito (art. 360, comma 1, c.p.c.).

Occorre dunque stabilire quando si è in presenza di una sentenza. Il ricorso al c.d. criterio della prevalenza della sostanza del provvedimento rispetto alla forma che il giudice ha adottato nell'emetterlo, incrocia quello – opposto – dell'apparenza, in base al quale se il giudice ha operato una scelta consapevole, ancorché errata, della forma dell'atto, è quest'ultima a prevalere e a dettare l'impugnazione esperibile⁸. Tale ultimo criterio, tuttavia, nella specie non è in alcun modo utilizzabile, in quanto elaborato dalla giurisprudenza di questa Corte a fini garantistici (sulla base del principio per cui la parte non è tenuta, nell'individuare il mezzo d'impugnazione esperibile, a saperne più del giudice), per stabilire non *se* il singolo provvedimento sia impugnabile, ma *quale* dei possibili mezzi astrattamente configurabili possa essere azionato. E poiché per sua stessa definizione l'ordinanza ex 348-ter è emessa dal giudice d'appello, il dubbio evidentemente non si pone.

⁸ V. Cass. n. 390 del 2011: in tema di opposizione a decreto ingiuntivo per onorari ed altre spettanze dovuti dal cliente al proprio difensore per prestazioni giudiziali civili, al fine di individuare il regime impugnatorio del provvedimento – sentenza oppure ordinanza ex art. 30 della legge 13 giugno 1942, n. 794 – che ha deciso la controversia, assume rilevanza la forma adottata dal giudice, ove la stessa sia frutto di una consapevole scelta, che può essere anche implicita e desumibile dalle modalità con le quali si è in concreto svolto il relativo procedimento. (Nella specie, le S.U. hanno cassato la sentenza della Corte territoriale che aveva dichiarato inammissibile il gravame avverso la sentenza emessa dal giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, per somme relative a prestazioni giudiziali civili, reputando che si trattasse, nella sostanza, di ordinanza inappellabile ai sensi dell'art. 30 della legge n. 794 del 1942, nonostante detta sentenza fosse stata emanata all'esito di un procedimento svoltosi completamente nelle forme di un ordinario procedimento civile contenzioso).

Resta aperta la seconda questione, quella della natura sostanziale di sentenza del provvedimento di cui all'art. 348-ter c.p.c. allorché esso sia stato adottato senza l'osservanza delle condizioni di legge.

Giova premettere che l'ordinanza in questo caso è pronunciata non in una situazione di carenza del potere da parte del giudice d'appello, ma attraverso un uso illegittimo del potere stesso. Il che esclude che si possa parlare di un atto abnorme, con tutto quanto ne consegue in termini di esclusione di un'*actio nullitatis* per accertarne il vizio⁹.

Dunque occorre domandarsi: cosa fa il giudice che emette un provvedimento ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c. al di fuori dei casi e dei modi previsti dalla legge (come ad esempio nell'ipotesi sottoposta all'esame dell'ordinanza n. 7273 del 2014, ovvero, per esemplificare, nei casi in cui l'appello riguardi le cause indicate all'art. 70, comma 1, c.p.c. o sia stato proposto ai sensi dell'art. 702-*quater* c.p.c., situazioni, queste, che per l'espresso dettato del comma 2 dell'art. 348-*bis* c.p.c. escludono la decisione con ordinanza)? Decide con ordinanza ciò che avrebbe dovuto decidere con sentenza. *Ergo*, il provvedimento ha natura sostanziale di sentenza; *ergo*, ancora, contro di esso è esperibile il mezzo d'impugnazione che sarebbe stato proponibile ove ne fosse stata adottata la giusta forma. Conclusione, quest'ultima, necessitata ove s'intenda salvaguardare il principio per cui l'errore del giudice non può espropriare la parte del diritto d'impugnare il provvedimento stesso con il mezzo che, senza quell'errore, essa avrebbe potuto esperire.

Si tratta (ed è questa la soluzione offerta dall'ordinanza n. 7273 del 2014) di dare seguito ad un'operazione di logica processuale che la giurisprudenza della Corte di cassazione ha effettuato più di una volta. È il caso, relativa-

⁹ Non senza ricordare, ad ogni modo, quella giurisprudenza della S.C. secondo cui la cd. inesistenza giuridica o la nullità radicale di un provvedimento avente contenuto decisorio, erroneamente emesso da un giudice carente di potere o dal contenuto abnorme, irriconoscibile come atto processuale di un determinato tipo, può essere fatta valere non con il ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., bensì, in ogni tempo, mediante un'azione di accertamento negativo (*actio nullitatis*). Ciò non esclude, tuttavia, che tali vizi possano essere fatti valere tempestivamente con i normali mezzi di impugnazione, ove ricorra l'interesse della parte ad una espressa rimozione dell'atto processuale viziato, anche se materialmente esistente, interesse che coincide con quello del sistema che tende ad espellere dall'ordinamento i provvedimenti processuali errati o abnormi, anche mediante il ricorso nell'interesse della legge, di cui all'art. 363 c.p.c. (Cass. nn. 27428 del 2009 e 10784 del 1999).

mente recente, di sez. un. n. 16727 del 2012¹⁰, sull'appellabilità dell'ordinanza che rende esecutivo il progetto di divisione ai sensi dell'art. 789 c.p.c. nonostante l'esistenza di contestazioni o comunque il difetto di accordo tra le parti; è il caso della costante giurisprudenza in tema di appellabilità dell'ordinanza di convalida dello sfratto emessa nonostante la contestazione dell'intimato¹¹; è il caso, ancora, dell'appellabilità dell'ordinanza con cui il giudice monocratico dichiara l'estinzione del processo (invece di provvedere con sentenza)¹². E se può replicarsi che in tutte le ipotesi appena menzionate era in gioco anche la necessità di addomesticare il rimedio esperibile, in modo da evitare una generalizzazione del ricorso straordinario per cassazione con ovvie ricadute negative sia sulla già compromessa funzionalità della Corte Suprema, sia sul diritto delle parti ad un giudice di maggiore prossimità e munito di poteri sostitutivi, resta – non scalfita – la validità epistemica dell'operazione effettuata, in quei casi come in questo espressa dal principio per cui l'*error in procedendo* non può espropriare la parte del mezzo d'impugnazione cui, diversamente, essa avrebbe avuto diritto.

¹⁰ La cui massima così recita: in tema di scioglimento di comunioni, l'ordinanza con cui il giudice istruttore, ai sensi dell'art. 789, comma 3, c.p.c., dichiara esecutivo il progetto di divisione, pur in presenza di contestazioni, ha natura di sentenza ed è quindi impugnabile con l'appello. È tuttavia, ammissibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso detto provvedimento, in quanto proposto dalla parte facendo ragionevole affidamento sul consolidato orientamento del giudice della nomofilachia all'epoca della sua formulazione.

¹¹ V. per tutte, Cass. n. 12979 del 2010: avverso un provvedimento di convalida di licenza o di sfratto per finita locazione o per morosità è inammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., sia nell'ipotesi in cui si sia in presenza di una vera e propria ordinanza, dal momento che avverso la stessa è proponibile soltanto l'opposizione tardiva di cui all'art. 668 c.p.c., sia qualora detto provvedimento sia stato emesso in carenza dei presupposti di legge, perché, in tal caso, l'impugnazione deve essere proposta con l'appello, assumendo l'ordinanza natura decisoria e contenuto sostanziale di sentenza.

¹² V. Cass. n. 18242 del 2008: quando il giudice istruttore opera come giudice monocratico, il provvedimento, con cui dichiara che il processo si è estinto, non è soggetto a reclamo e, siccome determina la chiusura del processo in base alla decisione di una questione pregiudiziale attinente al processo, ha natura di sentenza, anche se emesso in forma di ordinanza, con la sua conseguente impugnabilità mediante appello. Analogamente, il provvedimento del giudice monocratico che dichiara estinto il giudizio di appello, così definendolo, può essere impugnato solo con ricorso per cassazione, senza che l'eventuale adozione della forma dell'ordinanza valga a modificare il decorso dei termini ordinari di impugnazione.

6. - (Segue): confutazione della tesi opposta.

La validità di tale conclusione può essere verificata attraverso una dimostrazione per assurdo, prendendo ad esempio l'ipotesi in cui sia stato violato l'inciso iniziale dell'art. 348-*bis*, comma 1, c.p.c. Se l'ordinanza, che in tal caso è affetta da vizi propri, non fosse impugnabile come una sentenza resa all'esito di un ordinario giudizio d'appello, il giudice potrebbe rimetterebbe in gioco la parte la cui impugnazione sia inammissibile per ragioni di carattere processuale, da enunciare con sentenza, che ne impediscano l'esame di merito. Ciò consentirebbe alla parte soccombente di impugnare la sentenza di primo grado che, a fronte del consolidamento del giudicato formale e della preclusione di ogni ulteriore mezzo di impugnazione, l'uso corretto delle forme processuali avrebbe reso inattaccabile consegnando la definitiva vittoria all'altra parte. Correlativamente, quest'ultima si troverebbe nell'impossibilità di far rilevare il giudicato interno ormai formatosi, mancando, per l'ipotizzata (per assurdo) non impugnabilità dell'ordinanza, un mezzo idoneo a farlo emergere.

Il pericolo prospettato, concreto ed effettivo, è ulteriormente aggravato dal fatto che nell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 348-*ter* c.p.c. confluiscono elementi di discrezionalità intellettuale e di discrezionalità volitiva inevitabilmente tendenti a sovrapporsi tra loro. Ovvio la prima, essendo rimessa al prudente apprezzamento del giudice la prognosi infausta del gravame, è meno evidente (ma perciò più insidiosa) la seconda, atteso che non mi pare dubbio che il giudice d'appello, pur ritenendo che l'impugnazione non abbia una ragionevole probabilità di essere accolta, possa non di meno emettere legittimamente la decisione con sentenza nelle forme dell'art. 352 c.p.c. (e dunque in quella anticipata di cui all'art. 281-*series* c.p.c. ovvero all'esito delle difese scritte). Ed allora, se si ammettesse ciò che qui s'intende confutare, ossia un'ordinanza *ex art. 348-ter* c.p.c. affetta da vizi propri ma ciò non di meno non impugnabile, sarebbe viepiù evidente l'incidenza sull'esito della lite di una componente così discrezionale da apparire di pura sorte.

Potrebbe ulteriormente replicarsi che, come si legge nella Relazione al decreto legge n. 83 del 2012, la previsione dell'impugnabilità per cassazione della decisione di primo grado a seguito dell'ordinanza-filtro è destinata ad «assorbire ogni tutela costituzionalmente necessaria», rima-

nendo «impregiudicato il potere della Suprema Corte, alla quale sia denunciata la decisione di prime cure, di rilevare, quando ritenuto inerente alle garanzie assicurate dall'art. 111 Cost., nullità inerenti al procedimento di appello». E dunque concludere che sì, un controllo esiste perché con l'impugnazione della sentenza di primo grado *ex art. 348-ter*, comma 3, c.p.c. si possono far valere anche i vizi di nullità che abbiano afflito il processo e la decisione d'appello; ovvero, il che è lo stesso, che in occasione del ricorso contro la sentenza di primo grado la Cassazione, quale giudice anche del fatto processuale, potrebbe sempre intercettare tali nullità, d'ufficio o su sollecitazione della parte interessata, e – ad esempio – rilevare l'intervenuto giudicato interno malamente non dichiarato con sentenza dal giudice d'appello.

Ma in senso contrario va osservato che tale possibilità è data alla Corte di cassazione solo se l'inammissibilità del gravame non sia stata rilevata dal giudice d'appello, il quale si sia limitato a delibare nel merito la prognosi infausta del gravame pronunciando la relativa ordinanza, senza avvedersi di un'inammissibilità o un'improcedibilità del gravame da dichiarare con sentenza, come dispone l'inciso iniziale del primo comma dell'art. 348-*bis* c.p.c.¹³ Solo in tal caso è *rilevabile il non rilevato*; diversamente, se il giudice d'appello proprio con l'ordinanza *ex art. 348-ter* c.p.c. ha dichiarato l'esistenza di tali cause d'inammissibilità o d'improcedibilità, è solo ammettendo l'impugnazione contro quest'ultima che è lecito supporre l'eliminazione di ogni effetto. Ed ammettere che in qualunque modo una tale ordinanza possa essere repressa dal giudice di legittimità, d'ufficio o su sollecitazione del ricorrente, in sede di ricorso contro la pronuncia di primo grado, equivale ad ammettere che l'ordinanza di cui all'art. 348-*ter* c.p.c. sia ricorribile per cassazione per vizi propri, e dunque che possa essere impugnata da sola o congiuntamente alla sentenza di primo grado¹⁴.

¹³ È quanto osserva Cass. n. 7273 del 2014, lì dove ipotizza che il giudice di secondo grado, per giungere ad una celere definizione di un appello *prima facie* infondato, abbia accantonato, secondo la logica della ragione più liquida, le questioni della sua inammissibilità in rito.

¹⁴ Tra i primi commentatori a ipotizzare la possibilità dell'impugnazione congiunta della sentenza di primo grado e dell'ordinanza *ex art. 348-ter* c.p.c. affetta da vizi propri, v. G. COSTANTINO, *Il nuovo giudizio di cassazione dopo la legge n. 134 del 2012*, Relazione tenuta a Roma l'8 novembre 2012 per il Consiglio Superiore della Magistratura, p. 12.

7. - L'insindacabilità del giudizio circa la mancanza di probabilità di accoglimento dell'impugnazione.

Nel commentare favorevolmente l'ordinanza n. 7273 del 2014 parte della dottrina¹⁵ ha sostenuto, ritenendo di condurre alle sue logiche conseguenze detto precedente, che se il difetto del presupposto negativo (il non versarsi in situazione che richieda la pronuncia di inammissibilità o improcedibilità con sentenza) giustifica il ricorso ordinario per cassazione, questo deve ritenersi ammissibile pure se difetta il secondo presupposto, ossia l'assenza di una ragionevole probabilità di accoglimento.

Tale conclusione non mi sembra, però, condivisibile. Al di là dell'espressione contenuta nel comma 2 dell'art. 348-ter, che riferisce il sostantivo "presupposti" al primo comma dell'art. 348-bis c.p.c., i presupposti per emettere la ridetta ordinanza sono entrambi negativi: vale a dire la non ricorrenza di casi in cui l'inammissibilità va dichiarata con sentenza e il non essere stato proposto l'appello nelle ipotesi contemplate dal comma 2 del medesimo art. 348-bis c.p.c. Per contro, la mancanza di una ragionevole probabilità che l'impugnazione possa essere accolta non è un presupposto, ma è la regola di giudizio applicata la quale il giudice emette l'ordinanza ex 348-ter c.p.c., dando vita al solo esito decisorio consentito dalla norma (e, dunque, semmai si è in presenza di una condizione della norma).

Anche in tal caso, la dimostrazione può essere fornita per assurdo. Premesso che c'è un solo modo, liquido e processualmente economico, per provare che l'impugnazione avesse una ragionevole probabilità di accoglimento, ossia dimostrare che la sentenza di primo grado era ingiusta o illegittima, appare problematico, nel caso di sentenza ingiusta, enucleare regole astratte di delibazione del fatto a stregua delle quali confrontare la soluzione prescelta dal giudice d'appello. E ancor di più incasellarne la violazione all'interno del vizio di cui al n. 4 dell'art. 360 c.p.c., senza più l'ausilio del sindacato di sufficienza motivazionale, non più esercitabile a termini del nuovo n. 5 dello stesso articolo. Ove poi i motivi dedotti in appello fossero stati di sola legittimità, non si scorge il vantaggio (e forse

¹⁵ A. CARRATTA, *Ordinanza sul "filtro" in appello e ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 2014, 1116.

neppure la possibilità teorica) di arrestarsi alla cornice di contendibilità giuridica della questione, per poi richiedere al giudice d'appello, in sede di rinvio *ex art.* 383, comma 4, c.p.c., di formulare quel giudizio di puro diritto che la stessa Corte di cassazione ben potrebbe operare direttamente e senza alcun altro dispendio di tempi processuali.

Se ne deve concludere che l'esistenza o meno di una ragionevole probabilità di accoglimento dell'impugnazione resta insindacabile, indipendentemente dalla natura dei motivi (*recte*, della motivazione, secondo il nuovo testo dell'art. 342 c.p.c.) posti a sostegno dell'atto d'appello.

8. - La ricorribilità dell'ordinanza *ex art.* 348-ter c.p.c. affetta da omessa pronuncia. Limiti.

Acquisita la ricorribilità per cassazione dell'ordinanza *ex art.* 348-ter c.p.c. affetta da vizi propri, tra questi ultimi mi sembra debba rientrare il vizio di sub petizione, per violazione dell'art. 112 c.p.c. Si tratta di un caratteristico *error in procedendo*, tale da provocare la nullità (parziale) dell'ordinanza, che condivide con gli altri casi di nullità la caratteristica di espropriare la parte di un diritto processuale non altrimenti (ri)esercitabile; quanto meno nell'ipotesi che l'omessa pronuncia abbia ad oggetto un motivo di gravame non riproducibile nel ricorso per cassazione (e questo è esattamente il caso oggetto dell'ordinanza di rimessione della questione alle S.U.).

Ma anche in tal caso potrebbe operarsi un distinguo, mutuato dalla giurisprudenza in tema di revocazione delle sentenze di cassazione per omessa pronuncia su di un motivo di ricorso. In tal caso, infatti, la revocazione è giudicata possibile solo se l'omissione riguardi un capo di domanda riproposto all'esame del giudice d'appello, escludendosi il vizio suddetto quante volte la pronuncia su di esso vi sia effettivamente stata ¹⁶.

Cambiando ciò che v'è da cambiare, se ad esempio il giudice d'appello si sia pronunciato sui motivi inerenti all'*an* ma non anche su quelli formulati

¹⁶ Cfr. Cass. n. 2425 del 2006: ai fini della valutazione della sussistenza o meno del vizio di omessa pronuncia, in sede di ricorso per revocazione di sentenza della Corte di cassazione, ai sensi degli artt. 391-bis e 395, n. 4, c.p.c., deve aversi riguardo al "capo" della domanda riproposta all'esame del giudice dell'impugnazione, escludendosi il vizio suddetto quante volte la pronuncia su di esso vi sia effettivamente stata.

in relazione al *quantum debeat*, mi sembra che l'omessa pronuncia sul relativo motivo sia un vizio proprio dell'ordinanza e che implichi un vuoto di decisione non altrimenti emendabile. Se, invece, il giudice d'appello non si sia pronunciato specificamente, ad esempio, su motivi inerenti alla mancata ammissione di una prova o all'inesattezza degli accertamenti compiuti dal c.t.u., ma abbia non di meno tratto le proprie conclusioni sulla domanda corrispondente, appare più difficile ipotizzare la censurabilità del vizio di sub petizione, data la natura sommario-superficiale dell'ordinanza e la sua funzione di filtro. Quest'ultima, infatti, non può essere disattesa al punto di pretendere dall'ordinanza la medesima completezza della sentenza, esclusa dal carattere necessariamente succinto della prima.