

Civile Ord. Sez. 3 Num. 40759 Anno 2021
Presidente: FRASCA RAFFAELE GAETANO ANTONIO
Relatore: FRASCA RAFFAELE GAETANO ANTONIO
Data pubblicazione: 20/12/2021

ORDINANZA

sul ricorso 5142/2020 proposto da:

FRATELLI FANCHIN DI FANCHIN MASSIMO & MARCO SNC in persona del legale rappresentante Fanchin Massimo, rappresentata e difesa dall'Avvocato Lorenzo Maltarello (con domicilio PEC: lorenzo.maltarello@rovigoavvocati.it);

-ricorrente -

contro

FALLIMENTO ZEGGIO FLLI DI ZEGGIO FLAVIO LUIGI & C SUPERMERCATI SNC in persona del Curatore Fallimentare Marco

Brizzolari, rappresentato e difeso dall'Avvocato Nicola Rigobello (PEC: nicola.rigobello@rovigoavvocati.it);

- controricorrente -

avverso l'ordinanza ex art. 348-*bis* c.p.c. della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, pubblicata il 18/11/2019 e contro la sentenza del TRIBUNALE di ROVIGO n. 324/2019, pubblicata il 13/05/2019;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 29/09/2021 dal Presidente Relatore FRASCA RAFFAELE GAETANO ANTONIO

Rilevato che:

1. Il Fallimento della Zeggio F.lli s.n.c. di Zeggio Flavio, Luigi & C. Supermercati convenne in giudizio nel maggio del 2014, ai sensi dell'art. 702-*bis* c.p.c., la società F.lli Fanchin di Fanchin Massimo & Marco s.n.c. per sentir accertare la simulazione di pagamenti in contanti risultanti da quietanze di pagamento (prive di data certa) rinvenute nella documentazione contabile della società fallita e chiese la condanna della F.lli Fanchin al pagamento della complessiva somma di 83.855,87, risultante da fatture di pari complessivo importo.

2. La società convenuta resistette alla domanda sostenendo di avere provveduto ai pagamenti in contanti e chiedendo, in via riconvenzionale, l'accertamento degli effettuati versamenti in contanti.

3. Il Tribunale di Rovigo, dopo avere disposto il passaggio della causa alla trattazione con il rito ordinario ed escusso prove testimoniali, con sentenza del maggio del 2019, escluse che le quietanze rilasciate dalla società *in bonis* potessero valere come confessione stragiudiziale rispetto al curatore fallimentare (in quanto parte diversa dal fallito) e rilevò che non vi era «traccia documentale dei pagamenti nella documentazione contabile e bancaria della società fallita, né nella documentazione bancaria della società convenuta»; ritenne inoltre che la «la tesi

dell'avvenuto pagamento in contanti non [apparisse] credibile anche alla luce del rilevante importo delle somme di denaro e del divieto di pagamento in contanti "oltre soglia" imposto dalla normativa speciale antiriciclaggio vigente»; aggiunse che non si reputavano «utili al fine di dimostrare l'avvenuto pagamento in contanti le istanze istruttorie formulate sul punto dalla società convenuta, in quanto inammissibili» in relazione al combinato disposto degli artt. 2721 e 2726 c.c. (ed escludendo, comunque che fosse sufficiente, in quanto assolutamente generica, la sola dichiarazione del teste Burin); concluse pertanto che andava dichiarata «la simulazione dei pretesi pagamenti "per contanti" risultanti dalle quietanze di pagamento [...] con conseguente accoglimento della domanda di condanna formulata dal Fallimento attore, essendo pacifici sia l'esistenza del titolo posto alla base ella stessa, sia l'ammontare del credito spettante alla società somministrante».

4. A fronte del gravame proposto dalla società Fratelli Fanchin, la Corte di Appello di Venezia ha emesso in data 18 novembre 2019 ordinanza di inammissibilità ex art. 348-*bis* c.p.c. affermando - conclusivamente- che «la Corte interpreta la fattispecie controversa in fatto e in diritto nella medesima direzione del tribunale, sicché la sentenza di primo grado appare corretta nel dispositivo, come pure in motivazione ovvero nella parte idonea a passare in giudicato, e ritiene pertanto che l'appello non abbia una ragionevole probabilità di essere accolto».

5. La società Fratelli Fanchin s.n.c. ha proposto ricorso per cassazione, basato su sette motivi, sia avverso l'ordinanza (investita dai primi due motivi) che avverso la sentenza di primo grado (investita dai restanti cinque motivi).

6. Il Fallimento Zeggio F.lli s.n.c. ha resistito con controricorso;

7. La trattazione del ricorso è stata fissata ai sensi dell'art. 380-*bis*.1. c.p.c. Non sono state depositate conclusioni dal Pubblico Ministero, né memorie dalle parti.

Considerato che:

1. In via preliminare va esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso prospettata nel controricorso dalla Curatela resistente tanto contro l'ordinanza emessa in grado di appello quanto contro la sentenza di primo grado.

L'eccezione è basata sull'assunto della formazione, a seguito del modo in cui era stato proposto l'appello da parte della qui ricorrente, di un giudicato interno, ai sensi dell'art. 329, secondo comma c.p.c., per l'omessa impugnazione del capo della sentenza di primo grado che aveva respinto le domande riconvenzionali della stessa ricorrente, con cui era stato chiesto accertarsi che essa aveva effettuato i versamenti per i pagamenti di cui alle quietanze contestate in moneta contante (e ciò dal mese di aprile 2011 in poi per tutti i fornitori, ad eccezione dei pagamenti di cui ad assegni emessi in precedenza, ma con postadattazione).

La tesi prospettata è che la mancata impugnazione del capo di sentenza sul rigetto delle riconvenzionali avrebbe comportato la cosa giudicata sull'inesistenza dei pagamenti in contanti, con la conseguenza che, essendo l'intero impianto del ricorso incentrato sulla critica del preteso errore del primo giudice e, quindi, del giudice di appello nell'aver affermato, accogliendo la domanda della Curatela sulla simulazione dei pagamenti in contanti, detta inesistenza, il ricorso sarebbe inammissibile sia contro la sentenza di primo grado che contro l'ordinanza ex art. 348-*bis* c.p.c. E ciò, perché precluso dalla cosa giudicata interna contraria sulla inesistenza, emergente già dalla decisione di primo grado sulle riconvenzionali.

1.1. In pratica, la prospettazione implica che l'appello della ricorrente, là dove non aveva attinto – *in thesi* - le statuizioni sulla sua riconvenzionale di accertamento della inesistenza dei pagamenti, aveva inutilmente censurato la decisione sulla domanda principale proposta dalla Curatela, fondata sulla simulazione dei pagamenti e, dunque, sempre sul medesimo accertamento.

L'eccezione di inammissibilità si risolve, dunque, nella denuncia di un vizio dell'ordinanza della corte veneziana, la quale non avrebbe rilevato l'inammissibilità dell'appello per l'esistenza del giudicato interno sulla riconvenzionale preclusivo dell'esame delle ragioni dell'appello per come prospettate senza attingere la decisione sulla riconvenzionale.

1.2. Non è dato comprendere, invece, come potrebbe rilevare quale ragione di inammissibilità dell'impugnazione della sentenza di primo grado, posto che questa è ammissibile solo se non si esclude l'ammissibilità della pronuncia dell'ordinanza (cioè se la si ritiene legittimamente emessa) e, dunque, se si ritiene che la decisione dell'appello con tale forma sia stata legittima e questa Corte non possa sindacarla, concentrandosi il diritto di accedere alla Corte di Cassazione sulla sentenza di primo grado.

E' palese che: *a)* se tale diritto fosse stato esercitato utilmente contro di essa, allora la proposizione dell'appello e, dunque, anche il modo di essa, diverrebbe irrilevante, in quanto la sentenza di primo grado sarebbe censurabile e sarebbe stata censurata direttamente davanti a questa Corte, il che escluderebbe ogni controllo sul modo in cui l'appello era stato proposto; *b)* se detto diritto invece non fosse stato esercitato utilmente per essere stato legittimamente esercitato invece solo quello contro l'ordinanza, in quanto emessa al di fuori di quanto consentito dall'art. 348-*bis* c.p.c. e ciò nell'esegesi a sua tempo data da Cass., Sez. Un., n. 1914 del 2016 (e per essere, dunque, non ammissibile l'impugnazione

della sentenza di primo grado, avendo l'ordinanza avuto essa stessa il valore di decisione impugnabile sull'appello, sebbene attraverso l'illegittimo uso della forma dell'art. 348-*bis* c.p.c.), allora sarebbe palese che la questione dell'ammissibilità dell'appello sarebbe in astratto prospettabile solo come eventuale ragione di illegittimità dell'ordinanza, se ed in quanto, naturalmente, integrante un c.d. vizio proprio dell'ordinanza (sempre alla stregua dei *dicta* del citato precedente delle Sezioni Unite).

1.3. La prospettazione del vizio dell'ordinanza nei termini appena indicati *sub b)* si sarebbe potuta fare, peraltro, con un ricorso incidentale condizionato, dato che la parte resistente è stata vittoriosa nel giudizio di appello.

Ma ciò ad una condizione: quella che l'eccezione di giudicato interno (formale) che ora si prospetta fosse stata prospettata dalla qui ricorrente in sede di costituzione in appello o comunque nel corso del suo svolgimento. L'eventuale silenzio della corte territoriale su di essa, peraltro non sarebbe stato denunciabile come vizio di omessa pronuncia da parte di quella corte, sotto il profilo dell'omessa decisione di un'eccezione di giudicato formale rilevabile d'ufficio ed ostativa allo scrutinio dell'appello. Infatti, l'omessa pronuncia avrebbe riguardato un'eccezione di natura processuale, dato che l'esistenza del giudicato interno preclusivo dell'appello per come proposto si risolve in un vizio di ammissibilità dell'appello per come proposto. E, com'è noto, l'omessa pronuncia su una questione di violazione di norme del procedimento - quale sarebbe stata la denuncia dell'essere stato proposto l'appello senza attingere le statuizioni sulla riconvenzionale ed in modo incompatibile con la loro assorbente definitività - non è deducibile come vizio ai sensi dell'art. 112 c.p.c., ma solo denunciando il vizio di violazione di norma

del procedimento come tale (si veda già Cass. n. 1701 del 2009, da ultimo, Cass. n. 25154 del 2018).

L'eventuale ricorso incidentale condizionato sarebbe stato esaminabile solo per il caso di ammissibilità del ricorso principale e nell'ipotesi in cui questo fosse stato accoglibile.

Peraltro, la resistente non ha sostenuto di avere proposto l'eccezione in grado di appello.

La prospettiva della necessità di un ricorso incidentale condizionato si deve, pertanto, escludere.

1.4. Tuttavia, la prospettata eccezione, inerendo ad un problema di un giudicato interno che si sarebbe formato in senso preclusivo dell'impugnazione proposta con l'appello, su cui non v'è stata decisione del giudice di appello e non doveva esservi in quanto sollecitata dalla parte, potrebbe essere comunque esaminata da questa Corte per essere a rilievo officioso e, dunque, rilevabile dallo stesso giudice di appello e da questa Corte, come deve ritenersi – in mancanza di giudicato interno contrario – esaminabile parimenti *ex officio*. L'esame sarebbe, però, possibile soltanto se per la sua emersione non fossero necessari accertamenti di fatto estranei agli atti pervenuti a questa Corte.

Al detto esame si potrebbe procedere, però, solo se la stessa impugnazione dell'ordinanza proposta con il ricorso fosse ammissibile, secondo le regole che disciplinano – in forza dell'esegesi fornita dalle Sezioni Unite - la ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza ai sensi dell'art. 348-*bis* c.p.c. Dunque, l'eventuale constatazione del detto giudicato potrebbe farsi da questa Corte solo se Essa fosse stata investita di un ricorso ammissibile.

In presenza di un ricorso inammissibile è, infatti, palese che la Corte di Cassazione non potrebbe rilevare, esercitando il potere di cui all'art. 382, terzo comma, c.p.c., che l'azione in appello non poteva essere

proposta perché l'appello era inidoneo a censurare la sentenza di primo grado in quanto non aveva attinto una *ratio decidendi* da essa espressa sulle stesse questioni dedotte con l'appello.

1.5. Ne segue allora che questa Corte deve preliminarmente accertare se l'esercizio del diritto di impugnazione contro l'ordinanza ex art. 348-*bis* c.p.c. sia avvenuto in presenza delle condizioni di ammissibilità individuate da Cass., Sez. Un., n. 1914 del 2016.

In proposito, si deve procedere all'esame dei primi due motivi di ricorso, che, come già osservato, sono proposti contro l'ordinanza della corte lagunare.

2. Con il primo motivo si denuncia la violazione dell'art. 348-*bis*, 1° co. c.p.c. e dell'art. 348-*ter* c.p.c. «per essere l'appello fondato (anche) su un fatto nuovo sopraggiunto alla sentenza impugnata»: premesso che la ricorrente aveva dimostrato di essere l'unica cliente della soc. Zeggio (che vendeva prodotti ortofrutticoli all'interno del supermercato della F.Ili Fanchin) e che aveva allegato che l'unico fornitore della predetta Zeggio s.n.c. era la Union Fruit s.r.l. (dalla quale riceveva tutta la merce che poi somministrava alla Fanchin s.n.c.), la ricorrente assume che proprio in virtù dei versamenti in contanti (pretesi dalla Zeggio s.n.c. a fronte di esposizioni bancarie che avrebbero determinato la compensazione da parte degli istituti di credito di eventuali importi versati in conto) la società Zeggio aveva potuto continuare a pagare il proprio unico fornitore e che i pagamenti in favore di quest'ultimo dimostravano l'effettività dei versamenti di cui alle quietanze contestate dal Fallimento; aggiunge che soltanto in data 24.9.2019, successivamente alla proposizione dell'appello, la F.Ili Fanchin era venuta in possesso delle fatture quietanzate emesse dalla Union Fruit, producendole immediatamente in giudizio e formulando istanza di giuramento decisorio *de scientia* da deferire al curatore fallimentare; tanto premesso, deduce che «detta

circostanza impedisce il ricorso allo strumento di cui all'art. 348-*bis* c.p.c., in quanto il giudizio prognostico sfavorevole espresso nell'ordinanza impugnata si sostanzia nella conferma di una sentenza "giusta" per essere l'appello *prima facie* destituito di fondamento e non potrebbe pertanto intervenire rispetto a norme o fatti che non sono stati considerati dal primo giudice».

Con il secondo motivo parte ricorrente denuncia la violazione dell'art. 348-*bis*, 1° comma c.p.c. e dell'art. 348-*ter* c.p.c. «per vizi propri inerenti i presupposti di ragionevolezza e probabilità», sul rilievo che difettava la probabilità di non accoglimento e che «tale asserita probabilità non era ragionevole configurandosi, al più, il giudizio condotto dalla Corte, come giudizio di mera possibilità di non accoglimento»; premesso che la probabilità è un *quid pluris* rispetto alla mera possibilità, la ricorrente assume che la norma dell'art. 348-*bis* c.p.c. «impone ai giudici d'appello di indicare ed esplicitare i dati di ragionevolezza in base ai quali sostenere come sia "più possibile che non il non accoglimento"» e rileva che i cinque passaggi motivazionali in cui è stato esplicitato il giudizio prognostico non evidenziano effettivamente la ragionevole probabilità di non accoglimento.

2.1. Il primo motivo deduce una censura che rende ammissibile l'impugnazione dell'ordinanza con il ricorso per cassazione, in quanto evidenzia un vizio proprio della stessa, cioè l'assunzione del potere di decidere l'appello con la forma semplificata di cui all'art. 348-*bis* c.p.c. in una situazione processuale in cui l'appello non aveva una dimensione devolutiva legittimante l'adozione di quella forma.

Invero, la proposizione dell'istanza di deferimento del giuramento decisorio, che è mezzo istruttorio ammissibile anche in appello, giusta l'inciso finale dell'ultimo comma dell'art. 345 c.p.c. e che, giusta l'art. 233, essendo deferibile in qualunque stato della causa, bene poteva

essere dedotto con la memoria integrativa del 24 ottobre 2019, cui si allude anche nell'esposizione del fatto, aveva determinato una situazione nella quale il giudice di appello si era venuto a trovare investito di un incombente istruttorio sul quale provvedere.

Tale incombente istruttorio costituiva una novità rispetto allo svolgimento del giudizio di primo grado e, dunque, determinava la conseguenza che l'esercizio del potere del giudice di appello veniva ad assumere come oggetto non solo una valutazione dell'impugnazione, cioè della critica rivolta alla sentenza di primo grado impugnata, secondo il paradigma supposto dal primo comma dell'art. 348-*bis*, cioè quello di "una ragionevole possibilità di essere accolta", ma anche ed anzi preliminarmente, trattandosi di incombente istruttorio, la valutazione dell'ammissibilità dell'istanza di deferimento del giuramento e, quindi, di un'attività di trattazione dell'appello non già nella sua connotazione di mera impugnazione rescindente della motivazione del primo giudice, quale espressa nell'atto di appello, bensì nella sua dimensione riconducibile all'avvenuto esercizio del potere della parte appellante di introdurre un nuovo mezzo di prova, appunto il giuramento. E dunque di un *novum* rescissorio da valutarsi in punto di ammissibilità da parte del giudice di appello e, in caso di esito positivo della valutazione, da gestire come incombente istruttorio.

Il giudice di appello, dunque, era investito di un'attività di trattazione con la quale doveva valutare se ammettere o meno il giuramento e dargli sfogo.

2.2. La corte veneziana, alla prima udienza di trattazione ai sensi dell'art. 350 c.p.c., tenutasi, per quello che si dice nell'esposizione del fatto, il 18 novembre 2019 e previa comunicazione di cancelleria dell'esclusiva finalizzazione alla valutazione di inammissibilità ai sensi dell'art. 348-*bis* c.p.c., si è riservata di decidere e, quindi, nell'ordinanza

qui impugnata, dopo avere riassunto nella sostanza una serie di principi inerenti all'istituto dell'art. 348-*bis* c.p.c., ha proceduto al giudizio circa il fatto che l'appello non avesse una ragionevole possibilità di essere accolto, siccome prevede il comma primo di quella norma, e l'ha concluso positivamente reputando corrette le valutazioni del giudice di primo grado, ma, di seguito, ha rilevato l'inammissibilità del giuramento decisorio dall'appellante.

In tal modo, per un verso ha compiuto quello che Cass., Sez. Un., n. 1914 del 2016 ebbe a definire <<il giudizio prognostico sfavorevole>> - che può giustificare la scelta di decidere l'appello con l'ordinanza ai sensi dell'art. 348-*bis* c.p.c. anziché con le forme normali e le relative garanzie procedurali - in modo conforme a quello che la stessa decisione ha detto doverne costituire la sostanza. Ha espresso, cioè, una motivazione di <<conferma di una sentenza "giusta" per essere l'appello *prima facie* destituito di fondamento>> sulla base delle norme e dei fatti (anche processuali) considerati dal giudice di primo grado, cioè valutando il tessuto motivazionale della sentenza di primo grado impugnata e reputandolo non incrinato dalla critica svolta con l'appello. Tuttavia, per altro verso (e singolarmente provvedendo dopo quella valutazione, con evidente alterazione dell'ordine logico delle questioni, che avrebbe invece imposto prima l'esame dell'istanza istruttoria relativa al giuramento), pur essendo stato chiamato a decidere sull'ammissibilità e rilevanza di un'istanza istruttoria, quella del deferito giuramento decisorio, e, dunque, su un "fatto processuale" nuovo, ha compiuto una valutazione che si è collocata al di fuori della logica di quel giudizio prognostico. E ciò perché l'istanza di ammissione del giuramento decisorio rappresentava un "fatto processuale" nuovo rispetto al giudizio di primo grado e, dunque, estraneo alla critica svolta con l'appello alla decisione di primo grado.

Il potere di decidere l'appello con l'ordinanza ex art. 348-*bis* c.p.c. è stato, pertanto, esercitato dalla corte veneziana al di fuori dei presupposti legittimanti individuati dalle Sezioni Unite quando hanno escluso che l'ordinanza possa essere emessa allorquando l'esame dell'appello postuli l'esame di fatti nuovi, i quali, proprio perché tali rispetto alla sentenza di primo grado e, dunque, richiedenti l'esercizio di un potere di valutazione nuovo del giudice di appello ed estraneo *a fortiori* a quello esercitato dal primo giudice, non consentono la decisione dell'appello con la forma speciale. Forma che si giustifica solo quando l'appello, parametrato alla decisione di primo grado e solo ad essa e, dunque, a ciò che ha giudicato o doveva giudicare, non ha alcuna ragionevole possibilità essere accolto per ragioni di "merito", come hanno rilevato le Sezioni Unite.

2.3. Ne segue che l'ordinanza risulta affetta da quello che le Sezioni Unite hanno definito "vizio proprio", tale essendo la scelta della forma decisoria da essa espressa in presenza di una situazione processuale che non la consentiva e che imponeva la forma ordinaria di decisione dell'appello.

Il primo motivo di ricorso è, dunque, idoneo a giustificare e a rendere ammissibile l'impugnazione dell'ordinanza alla stregua dei principi fissati dalle Sezioni Unite, perché denuncia che l'ordinanza è affetta da "vizio Proprio".

Si tratta a questo punto di accertare le conseguenze dell'accertamento del vizio.

La scelta della corte veneziana di emettere l'ordinanza si è concretata in un vizio di violazione della norma del procedimento di cui all'art. 348-*bis*, primo comma, c.p.c. per come deve interpretarsi secondo le Sezioni Unite. Poiché la forma con cui si è deciso l'appello è stata errata, in quanto esso doveva essere deciso con la forma ordinaria, quella della sentenza, e con le regole procedurali – diverse da quelle che

consentono la decisione con l'ordinanza – espresse dall'art. 352 c.p.c., il rimedio alla constatazione del vizio non può che essere la cassazione dell'ordinanza con rinvio perché la corte di merito rinnovi la decisione con le forme ordinarie.

2.4. Ad essa potrebbe essere d'ostacolo solo la constatazione di una eventuale inammissibilità del ricorso, o meglio del motivo, alla stregua dell'art. 360-*bis* n. 2 c.p.c.

Senonché, una simile inammissibilità, che si deve apprezzare alla stregua di quanto affermato da Cass. n. 22341 del 2017 e dalle successive conformi, cioè sotto il profilo della decisività del vizio, è da escludere, in quanto:

a) per un verso il procedimento decisionale dell'appello che ha portato alla decisione con l'ordinanza è, come s'è detto, tale da non rispettare le forme di cui all'art. 352 c.p.c., che prevedono la precisazione delle conclusioni e, quindi, lo scambio di difese scritte, con evidente possibilità delle parti di interloquire ed esercitare il diritto di difesa in modo ben più pregnante di quanto può esercitarsi nell'udienza di prima trattazione di cui all'art. 350, secondo comma, c.p.c., cui rinvia l'art. 348-*bis* c.p.c., nel mentre, anche nell'ipotesi di decisione ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c. è prevista la formalità della precisazione delle conclusioni e comunque che la parte possa chiedere il differimento della discussione, evidenze che nell'uno come nell'altro caso palesano l'indubbia compressione di due garanzie fondamentali, quali il diritto di difesa ed il contraddittorio, che risultano dalla scelta della pronuncia dell'ordinanza manifestamente compresse;

b) per altro verso, l'approdo stesso del procedimento decisorio, che si esprime nell'ordinanza, ha un profilo di c.d. contenuto-forma che è diverso da quello della sentenza, siccome descritto dall'art. 132, c.p.c. e ciò non solo se si considera l'art. 134 c.p.c., ma anche e soprattutto se si

considera il disposto dell'art. 348-ter, secondo cui l'ordinanza è <<succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi>> e se si tiene conto che la stessa Cass., Sez. Un., n. 1914 del 2016, proprio in ragione della peculiarità motivazionale dell'ordinanza ex art. 348-bis c.p.c. non ha ritenuto configurabile come vizio proprio di essa legittimante il ricorso per cassazione l'omissione di pronuncia su un motivo di appello.

Queste considerazioni risultano idonee a giustificare l'ammissibilità del motivo ai sensi dell'art. 360-bis n. 2 c.p.c.

L'ordinanza impugnata, dunque, dovrebbe senz'altro essere cassata e la cassazione, dovendosi rimediare ad un vizio di inosservanza della forma decisionale normale e delle formalità ad essa preliminari, deve avvenire con rinvio, demandando al giudice del rinvio di decidere l'appello osservando le une e l'altra.

2.5. Mette conto di rilevare che deve escludersi il potere di questa Corte di decidere nel merito sull'appello, non tanto perché si verta in tema di vizio di violazione di norma processuale, atteso che la cassazione e decisione nel merito può avvenire anche quando si censura un simile vizio purché non siano necessari accertamenti di fatto, bensì perché il vizio che questa Corte censura attiene alla negazione della garanzia procedimentale ordinaria della forma di decisione dell'appello ed essa non è rimediabile da questa Corte attraverso il compimento delle attività preliminari alla forma decisionale da esprimersi nella sentenza, che si sono dette funzionali all'esercizio del diritto di difesa e al contraddittorio.

Il Collegio, peraltro, non ignora che vi sono state decisioni di questa Corte, le quali, pur avendo ritenuto ammissibile l'impugnazione dell'ordinanza ex art. 348-bis c.p.c. per vizi propri di essa e pur avendo ritenuto sussistente il vizio denunciato, invece di cassare l'ordinanza e rinviare al giudice di merito hanno poi sindacato esse stesse la questione

che l'ordinanza aveva illegittimamente esaminato sulla scia dell'errore di scelta della forma del procedimento decisionale e reputandola infondata hanno rigettato il ricorso contro l'ordinanza e hanno, quindi, proceduto all'esame dei motivi di ricorso contro la sentenza di primo grado.

In pratica, tali decisioni (in particolare si veda Cass. n. 2351 del 2017, che esaminava un caso in cui con l'appello erano stati prodotti nuovi documenti e veniva in gioco l'applicazione dell'art. 345, terzo comma, c.p.c.; si vedano, con richiamo ad essa: Cass. nn. 25423 del 2017, 3023 del 2018, 5042 del 2018, 5655 del 2018, 23151 del 2018, 30604 del 2018, 14860 del 2018, 10481 del 2021) hanno considerato l'errore della corte di merito nella scelta del procedimento ai sensi dell'art. 348-*bis* in casi nei quali il giudice di appello era investito della valutazione di *nova* ai sensi dell'art. 345 c.p.c. soltanto come un errore legittimante l'impugnazione della stessa ai fini del sindacato da parte di questa Corte sulla correttezza della decisione resa sulla questione la cui presenza nell'oggetto della devoluzione in appello avrebbe impedito alla corte di merito di decidere con la forma dell'ordinanza.

Ma siffatto modo di procedere si traduce in una lettura del motivo di ricorso che, pur reputando illegittima l'emissione dell'ordinanza, ignora la deduzione della sua illegittimità e la richiesta della sua sanzione. Esso non sembra condivisibile, in quanto svaluta completamente la lesione del diritto di difesa che è conseguita all'errore nella scelta della forma decisoria nei termini che si sono sopraindicati.

L'attribuzione alla parte, se ha proposto il ricorso anche contro la sentenza di primo grado, della possibilità di ottenere il gradato scrutinio della legittimità della sentenza di primo grado, essendo tale scrutinio concluso nei limiti del sindacato possibile dinanzi alla Corte di Cassazione, non restituisce la parte nella situazione che essa avrebbe avuto se l'appello fosse stato deciso con sentenza: in tanto lo scrutinio

della Corte di Cassazione sulla sentenza di primo grado è necessariamente più limitato di quello che sarebbe stato possibile da parte del giudice di appello, essendo conchiuso nei limiti propri del ricorso per cassazione quale impugnazione a motivi limitati e restando preclusi i poteri di trattazione dell'appello di cui al primo comma dell'art. 356 c.p.c. In secondo luogo, ove l'ordinanza sia basata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione di primo grado, il ricorso per cassazione contro quest'ultima è dal quarto comma dello stesso art. 348-ter escluso per il vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., per cui, se si considera che la motivazione dell'ordinanza è succinta e può rinviare agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa, si comprende come la posizione della parte che si è vista dichiarare inammissibile l'appello con l'ordinanza e non ha avuto una decisione sull'appello con le garanzie proprie della forma ordinaria di decisione, siccome esigenti una motivazione piena, non risulta in alcun modo salvaguardata di fronte ad una decisione adottata con ordinanza affetta da vizi propri, che non venga cassata perché la valutazione che incorrendo in quel vizio ha poi compiuto venga ritenuta, pur se non adottabile con la forma dell'ordinanza, corretta.

In altri termini, l'orientamento da cui si dissente in modo del tutto incongruo attribuisce al vizio proprio dell'ordinanza il solo effetto di legittimarne l'impugnazione, ma, poi, in modo del tutto canzonatorio, pur assumendo e riconoscendo l'illegittimità dell'ordinanza, si rifiuta di sanzionarlo, là dove procede al sindacato sul *decisum* dell'ordinanza che con essa non si poteva adottare.

L'incoerenza dell'orientamento appare *in re ipsa*.

Ma risulta palese anche se si riflette che la soluzione da essa praticata non sarebbe applicabile nei casi in cui l'errore nell'adozione del procedimento decisorio con l'ordinanza sia stato commesso nelle ipotesi

in cui esso è vietato dal primo comma dell'art. 348-*bis* c.p.c., ivi compresi i casi in cui l'appello sia inammissibile o improcedibile (non per l'ipotesi di mancanza di ragionevole possibilità di accoglimento per ragioni di merito): in tali casi l'ordinanza dovrebbe evidentemente essere cassata.

La stessa cosa dicasi per l'ipotesi di adozione oltre l'udienza di cui all'art. 350 oppure senza sentire le parti (ipotesi desumibili dal primo comma dell'art. 348-*ter* c.p.c.).

In queste ipotesi l'ordinanza dovrebbe essere cassata, non essendovi possibilità di sindacare un vizio derivato da quello dell'adozione della forma di decisione erronea, ma solo quest'ultimo, che ha solo portato alla decisione con la forma erronea e non alla decisione con forma erronea di una questione e, quindi, alla decisione sull'assenza di ragionevole possibilità di accoglimento dell'appello.

2.6. Il procedere dell'orientamento criticato non si può nemmeno considerare espressione – sebbene inconsapevole – di una sorta di scelta di decisione nel merito sulla questione che non doveva essere decisa con l'adozione sull'appello della forma dell'ordinanza: è sufficiente osservare che, anche a voler ammettere che il terzo comma dell'art. 384 c.p.c., consenta alla Corte di Cassazione, in accoglimento di un motivo, di decidere nel merito una parte dell'appello, quella concernente la questione posta con il motivo, e di accogliere il ricorso anche per altri motivi cassando con rinvio, nella specie tale ipotesi non ricorrerebbe. Infatti, il rigetto del ricorso per cassazione con la decisione sulla questione decisa irritualmente con l'ordinanza e, dunque, la sostituzione della decisione della Corte a quella del giudice d'appello sulla questione, non sarebbe una decisione di una parte dell'appello, in quanto l'altra, quella che esprime la valutazione dell'assenza di ragionevole possibilità di accoglimento dell'appello resterebbe non scrutinabile. Invero, si

scrutinerebbe, come hanno fatto le decisioni aderenti al ricordato orientamento, la sentenza di primo grado.

2.7. Deve, dunque, ritenersi che nei casi in cui, come quello in esame, il giudice dell'appello non avrebbe potuto adottare la decisione con la forma dell'ordinanza, ma, essendo stato investito di una questione nuova non esaminata dal primo giudice, come nel caso di deduzione di un mezzo di prova nuova o di produzione di un documento nuovo a norma del terzo comma dell'art. 345 c.p.c. o – come nella specie - di deferimento di un giuramento decisorio, erroneamente provveda sull'appello con l'ordinanza ai sensi dell'art. 348-*bis* c.p.c. decidendo prima la questione nuova in senso negativo per l'appellante e quindi esaminando l'appello con il criterio di valutazione di cui al primo comma dell'art. 348-*bis* c.p.c., il ricorso per cassazione contro l'ordinanza con cui si deduca la nullità derivante dall'adozione della forma dell'ordinanza non solo sia ammissibile, ma, ove la nullità sussista, debba comportare la cassazione con rinvio dell'ordinanza e non la decisione della Corte di Cassazione sull'esattezza o meno della decisione sulla questione.

L'esclusione del rinvio si può ammettere solo se la Corte di Cassazione riscontri – sulla base degli atti pervenuti al suo esame e, dunque, non occorrendo alcun accertamento di fatto - una situazione riconducibile all'art. 382, terzo comma, c.p.c., come ad esempio, se riscontri che l'appello, cioè la domanda in appello, non era proponibile perché la sentenza era inappellabile oppure che era inammissibile perché l'appello era tardivo oppure aspecifico ai sensi dell'art. 342 c.p.c. oppure che non era perseguibile perché si era verificata una causa di improcedibilità.

In tutti tali casi si dovrebbe ritenere che il potere della Corte di cui al terzo comma dell'art. 382 c.p.c. sia esercitabile non essendo in alcun modo sacrificato il diritto alla decisione dell'appello con la forma ordinaria

sul "merito" dell'appello, perché l'appello non poteva proporsi o non era perseguibile e si doveva constatare la cosa giudicata sulla sentenza di primo grado.

3. Questo rilievo giustifica a questo punto lo scioglimento della questione sollevata dalla resistente in ordine al preteso passaggio in giudicato della sentenza di primo grado per non essere stata impugnata la statuizione sulla riconvenzionale: la lettura della sentenza di primo grado evidenzia la manifesta infondatezza dell'eccezione, atteso che il primo giudice – come emerge dalla pagina 8 della stessa – aveva espressamente affermato che l'accoglimento delle domande attoree giustificava il rigetto delle domande riconvenzionali formulate dalla convenuta qui ricorrente. Ne discende che l'impugnazione della statuizione di accoglimento delle domande attoree con l'appello era pienamente idonea ad impedire il passaggio in cosa giudicata della decisione sulla riconvenzionale basata sulle stesse questioni decise sulla principale, in quanto nella sostanza le attingeva di riflesso.

4. Le considerazioni svolte a questo punto giustificano l'accoglimento del primo motivo e la cassazione dell'ordinanza impugnata con rinvio alla Corte di Appello di Venezia.

Resta assorbito il secondo motivo del ricorso contro l'ordinanza.

Resta assorbita l'impugnazione della sentenza di primo grado, sicché non se ne riferiscono i motivi.

La corte di rinvio, con diversa sezione e comunque in diversa composizione provvederà ad una nuova decisione sull'appello con le forme ordinarie. Nell'ambito di essa il giudice del rinvio deciderà anche preliminarmente sull'istanza di deferimento del giuramento. Va avvertito che la decisione su di essa espressa nell'ordinanza cassata resta travolta ex art. 336, primo comma, c.p.c., senza che questa Corte abbia preso posizione sulla sua correttezza o meno, poiché la cassazione

dell'ordinanza discende dalla preliminare scelta erronea della forma di decisione sull'appello.

Al giudice del rinvio è rimesso di provvedere sulle spese del presente giudizio di cassazione.

P. Q. M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso e cassa l'ordinanza impugnata. Dichiara assorbito il secondo. Dichiara assorbito il ricorso contro la sentenza di primo grado. Rinvia ad altra Sezione della Corte di Appello di Venezia, comunque in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile, il 29 settembre 2021.

Il Presidente rel. ed est.

Il Giudice rel.
Francesco CATANIA

Il Presidente rel. ed est.