



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE
PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

DECRETO-LEGGE 22 giugno 2012, n. 83, Capo VII Ulteriori misure per la giustizia civile

(GU n.147 del 26-6-2012 - Suppl. Ordinario n. 129)

Il parere del Consiglio nazionale forense

(Roma, 4 luglio 2012)



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE
PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Il progetto persegue due filoni, l'uno destinato ad impattare sull'appello, l'altro sul ricorso per cassazione: a dire il vero, il maggiore impatto dovrebbe essere di quest'ultimo, attesa - sul piano empirico - la verosimile ritrosia dei giudici d'appello a "liquidare" l'impugnazione sulla base di un sommario e veloce esame della causa (la stessa ragione per la quale non si ha notizia dell'utilizzo del 281 *sexies*, o ancora della "passerella", in questi pur pochi mesi di applicabilità degli stessi a norma del rispettivo ult. co. degli artt. 351 e 352 c.p.c.; a tale proposito non può non sottolinearsi l'inopportunità di un nuovo intervento nella stessa materia, quella dell'appello, a distanza di pochi mesi dal precedente intervento e prima ancora di poter valutare gli esiti pratici della prima modifica).

SULLA CASSAZIONE

Si riscontra, da un lato, la restrizione della tipologia di vizi motivazionali deducibili *ex art.* 360, n. 5; dall'altro lato la preclusione della deducibilità del vizio di motivazione nel caso in cui la mancata ammissione dell'appello o la sentenza di rigetto siano fondate sulle stesse ragioni di fatto di cui alla sentenza di primo grado impugnata.

-In merito alla prima innovazione, va detto che essa non è accettabile (né utile) nella parte in cui elimina il sindacato sulla contraddittoria motivazione: sul piano dell'utilità, i casi di motivazione effettivamente contraddittoria sono nella sostanza ridotti, per cui non è per virtù di tale eliminazione che si arriverebbe ad un vero sgravio del carico dei ricorsi; sul piano dell'accettabilità, l'idea di lasciar vivere sentenze munite di motivazione veramente contraddittoria è incompatibile con il dettato costituzionale e per lo più velleitario. In primo luogo, infatti, la garanzia della motivazione non è garanzia della motivazione purchessia, bensì di una motivazione che abbia un coerente sviluppo logico, altrimenti essa a nulla serve; in seconda battuta, è facile prevedere che, di fronte a casi di motivazione veramente contraddittoria, il "senso di giustizia" porterebbe ad estendere le maglie della nozione di "motivazione apparente", riconducendo il vizio alla violazione dell'art. 132 c.p.c. (e così al n. 4 dell'art. 360 c.p.c.) e svuotando di contenuto l'ipotetica riforma.

La formula dell'«omesso esame», lungi dall'alludere ad un rimedio para-revocatorio, viene pur sempre a sottendere un vizio di motivazione, visto che è solo dalla motivazione che si potrà desumere l'omissione dell'esame «circa» (e non «di») un fatto decisivo, con perpetuarsi della possibilità di ricorso a fronte dell'omessa considerazione di una risultanza istruttoria determinante per ritenere esistente o inesistente un fatto decisivo per il giudizio; pertanto non si vede la ragione per cambiare ancora una volta la formula che individua l'oggetto della motivazione viziata (si passa dal «fatto controverso decisivo per il giudizio», opera del d.lgs. n. 40/2006, al «fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti» che è un'ulteriore mediazione rispetto all'originario «punto decisivo della controversia prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio»: tutte modifiche meramente nominalistiche e confusorie, come già si sottolineò *suo tempore* in sede di commento al d.lgs. n. 40/2006).

-Riemerge invece nella seconda progettata innovazione - come le dannazioni che "a volte ritornano" - l'idea della "doppia conforme", da cui il Parlamento nel 2009 (di contro al progetto governativo) ci aveva salvato. Quando cioè la Corte d'appello, in via deliberativa, reputi



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE
PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

condivisibili le ragioni di fatto su cui si è fondata la decisione impugnata, e per tale ragione non ammetta l'appello (così rendendo una sorta di "doppia conforme" sulla ricostruzione dei fatti), sarebbe "chiusa" qualunque possibilità di sindacato sulla motivazione in fatto - della sentenza di primo grado, a questo punto - dinanzi alla S.C. Lo stesso accadrebbe in caso di sentenza di rigetto, pur sempre fondata sulle identiche ragioni di fatto già a fondamento della pronuncia di primo grado.

L'innovazione è mal pensata per tutte le ragioni già enucleate *suo tempore* in sede di commento all'introduzione dell'art. 360 *bis* c.p.c. (prima di tutte: l'incentivo distorto a confermare le sentenze di primo grado, magari con motivazione *per relationem*, nella certezza che in ogni caso il *dictum* è sottratto a sindacato, con il rischio di svuotare l'appello del *proprium* costituito dalla funzione di garanzia specificamente sul giudizio di fatto; per non parlare dell'errore storico-sistematico nell'evocare, in tale contesto, il principio canonistico della doppia conforme). Ad esse se ne aggiunge una, che impinge anche in incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza: non si capirebbe perché l'accesso in Cassazione venga sbarrato a fronte di una "doppia conforme" in cui la seconda pronuncia è resa in sede puramente deliberativa.

SULL'APPELLO

L'idea di un filtro d'inammissibilità, per come concepita nell'art. 348 *bis*, risulta del tutto in effettiva e suscettibile di portare a risultati contrastanti con gli obiettivi.

-Anzitutto vanno formulati seri dubbi sulla soluzione per cui, in caso di ordinanza di non ammissione, si arriva in Cassazione *per saltum*. Certo è da immaginare un rimedio all'ordinanza di non ammissione, ma in questo modo si rischia di gravare ulteriormente il carico della S.C., per il consueto principio che ogni istanza impugnatoria a cognizione piena riduce la predisposizione a "cercare giustizia" nel grado superiore. A fronte di un'immediata ordinanza di non ammissione, chi già è frustrato per la soccombenza in primo grado avrà meno remore a continuare la sua battaglia di quante potrebbe averne qualche anno dopo, a fronte di una sentenza che spiega ampiamente le ragioni del suo torto (salva la sola remora, di impatto però inaccettabilmente censitario, dei contributi unificati raddoppiati).

-In secondo luogo, non si comprendono le ragioni delle due eccezioni: cosa c'entrano le cause ove è obbligatorio l'intervento del p.m.? Non vi è nessuna garanzia che esse attengano alle questioni di maggiore rilevanza economica o di maggiore rilevanza sociale (ad es., nella *class action*, la presenza del p.m. è prevista unicamente nella fase di *certification*). La materia della famiglia e delle persone è certo importante, poiché sottende situazioni aventi ripercussioni superindividuali, ma non è meno esposta di altre ad un abuso dei mezzi d'impugnazione (anzi!). Quanto all'eccezione del procedimento sommario di cognizione, essa risulta ingiustificata nella misura in cui il motivo d'appello abbia ad oggetto questioni di diritto, riguardo alle quali il progetto parrebbe avallare l'idea che il sommario non offra identiche prospettive d'approfondimento rispetto al giudizio ordinario di cognizione: il che è pacificamente negato dall'opinione unanime degli interpreti. Un'eccezione potrebbe semmai ammettersi nella misura in cui, con l'atto d'appello, vengano dedotte nuove istanze istruttorie non inammissibili né irrilevanti (saldandosi così all'unica eccezione dell'appello nascente da un sommario, che è quella al co. 3 dell'art. 345). Così com'è concepita, essa dà invece l'idea che il sommario non possa esistere senza un grado d'appello pieno: ma a questo punto divengono tutte incostituzionali quelle ipotesi (ben 8 su 17) in cui il d.lgs. n. 150/2011 ha previsto il sommario in unico grado.

-Da ultimo, non può non criticarsi il parametro del giudizio di ammissibilità. Negli ordinamenti cui è noto il filtro, il parametro attiene all'importanza di principio della questione, ed esso



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE
PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

prescinde dal giudizio deliberativo di ragionevole probabilità di rigetto. È del tutto sbagliato incardinare un filtro su una così generica prognosi sull'esito del giudizio. Nella ZPO tedesca si prevede altresì un filtro anche in funzione delle prospettive di rigetto, ma con una formula ben più rigida che si incentra sulla «manifesta carenza di qualsivoglia prospettiva di successo», tra l'altro oggetto di un deliberato del giudice d'appello assunto all'unanimità¹. Né si dica che il 360 *bis* funziona in questi termini: esso semplicemente prevede un *iter* procedimentale potenzialmente più snello (ma neppure poi tanto, se la parte vuol far utilizzo di tutte le possibilità difensive: previa relazione; memorie *ex art.* 378; discussione in sede di adunanza camerale) per la definizione nel merito o in rito dell'impugnazione, ma non si tratta di un filtro fondato su una delibazione di infondatezza (che appunto viene svolta non per negare il giudizio, bensì per incanalare il ricorso in quell'*iter*).

Una scelta formulata in questi termini, per un verso, si fonda su un parametro - la "ragionevole probabilità di rigetto" - che è ben più generico ed indeterminato, ed esposto ad arbitrio, di quello che sta a fondamento dell'art. 360 *bis*, e pertanto entra in conflitto con il principio CEDU

¹ § 522 ZPO - VERIFICA DI AMMISSIBILITA' - ORDINANZA DI RIGETTO

(1) *Das Berufungsgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Die Entscheidung kann durch Beschluss ergehen. Gegen den Beschluss findet die Rechtsbeschwerde statt.*

(2) *Das Berufungsgericht soll die Berufung durch Beschluss unverzüglich zurückweisen, wenn es einstimmig davon überzeugt ist, dass*

1. die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat,

2. die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat,

3. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert und

4. eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

Das Berufungsgericht oder der Vorsitzende hat zuvor die Parteien auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür hinzuweisen und dem Berufungsführer binnen einer zu bestimmenden Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Der Beschluss nach Satz 1 ist zu begründen, soweit die Gründe für die Zurückweisung nicht bereits in dem Hinweis nach Satz 2 enthalten sind. Ein anfechtbarer Beschluss hat darüber hinaus eine Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen zu enthalten.

(3) *Gegen den Beschluss nach Absatz 2 Satz 1 steht dem Berufungsführer das Rechtsmittel zu, das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre.*

(1) La Corte d'appello deve verificare d'ufficio se l'appello è ammissibile in sé e se è stato presentato e motivato nelle forme e nei termini di legge. In carenza di uno di questi requisiti l'appello va dichiarato inammissibile. La decisione può essere resa con ordinanza. Contro l'ordinanza è ammissibile un reclamo alla Corte di revisione.

(2) La Corte d'appello deve rigettare senza indugio l'appello, quando sia persuasa all'unanimità che

1. l'appello manifestamente non ha alcuna prospettiva di successo,

2. la causa non ha nessuna importanza di principio,

3. l'evoluzione dell'ordinamento o la necessità di assicurare l'uniformità della giurisprudenza non richiedono una decisione della Corte d'appello e

4. non si impone un'udienza di discussione orale.

La Corte d'appello o il Presidente debbono avvisare previamente le parti dell'intenzione di rigettare l'appello e relazionare sui motivi alla base di tale intenzione e dare altresì all'appellante l'occasione di prendere posizione al riguardo entro un termine da assegnargli. L'ordinanza di cui alla frase n. 1 va motivata, salvo che i motivi del rigetto non siano già contenuti nella relazione di cui alla frase n. 2. Nella motivazione l'ordinanza deve altresì contenere un rinvio agli accertamenti di fatto di cui all'impugnata sentenza con l'esposizione di eventuali modifiche o integrazioni.

(3) Contro l'ordinanza di cui al co. 2, frase n. 1, l'appellante ha la possibilità di proporre lo stesso mezzo d'impugnazione che sarebbe ammissibile in caso di decisione con sentenza.



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE
PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

per cui la concessione del grado d'impugnazione, una volta che il legislatore la decida, non può essere sottoposta a condizioni incardinate su valutazioni eccessivamente discrezionali.

Per altro verso, e qui tocchiamo l'insensatezza globale della proposta, nel postulare una succinta motivazione dell'ordinanza di non ammissione, si finisce con l'immaginare non tanto un "filtro", quanto piuttosto (anche qui come in Cassazione) un *canale breve* per decidere gli appelli nel merito (sia pur all'interno di una decisione solo nominalisticamente qualificata ordinanza).

In questo modo però si crea il consueto cortocircuito verso cui stanno inclinando le più recenti riforme: prevedere canali accelerati dimenticando che il contesto non è vergine, ma già oberato da una quantità di controversie che attendono anch'esse di essere trattate e decise e che in realtà il più efficiente filtro per la Cassazione è l'appello: un appello efficiente salva la Cassazione, un appello affossato travolge la Cassazione. Sì che è difficile (186 *quater*, ed in parte anche il sommario lo insegnano) immaginare che - rispetto al resto del carico di lavoro - i collegi d'appello accettino di creare un canale privilegiato per alcune cause, se non nelle ben rare ipotesi di auto-evidenza della soluzione. Quand'anche una siffatta idea possa ambire a successo per la contestuale riforma della "legge Pinto", che in alcune sedi verrebbe a liberare risorse oggi dedicate agli innumerevoli procedimenti di indennizzo per il superamento della ragionevole durata (es. Perugia), deve considerarsi che gli impegni decisori preminenti sono quelli relativi alle cause "normali", per cui - non solo nelle sedi che non "soffrono" del virus "Pinto" (es. il Triveneto), ma in tutte le sedi - la divisata riforma non ha plausibili *chance* di riuscita senza un idoneo incremento degli organici delle Corti d'appello.

Il vizio testé evidenziato è però sotteso a tutte le proposte recenti del legislatore. E così: come faranno a funzionare i Tribunali delle imprese se - al di là delle strutture inesistenti - in diverse sedi si avrà la concentrazione di un carico di lavoro idoneo ad assorbire le forze di tutto l'organico del tribunale distrettuale? Non si arriverà alla paralisi sia delle "altre" cause, sia delle cause "delle imprese"?

Ancora: come farà a funzionare il nuovo rito dei licenziamenti, per il quale si prevede una "settecentizzazione" spinta quale che sia il *petitum* e senza necessità di *periculum in mora*, nel momento in cui le Sezioni lavoro si troveranno a dover rispondere sempre con urgenza alle contestazioni dei lavoratori in siffatta materia, così dapprima ritardando la trattazione di tutti gli altri cautelari e di tutte le altre cause, e poi alla fine ritardando la stessa trattazione "urgente" delle cause di licenziamento (nelle quali, a breve, tornerà a farsi sentire l'esigenza del cautelare per le situazioni di "urgenza al quadrato")?

Ed appunto: come faranno le Corti d'appello a trovare un canale accelerato per definire - a valle di un approfondimento ordinario, ancorché con decisione succintamente motivata - queste impugnazioni presuntamente prive di prospettive di successo, se non aggravando ulteriormente i tempi di definizione dei gravami invece non segnati nel loro destino? Piuttosto, sarebbe più razionale far attendere i gravami infondati (là dove non vi sia l'urgenza del giudicato, sussistente solo in caso di pronunce costitutive), e dare la precedenza a quelli presumibilmente fondati all'interno di un percorso accelerato che imponga la fissazione dell'udienza di p.c. in 3-6 mesi, tenuto conto che l'esecutività della sentenza di primo grado rende più urgente l'ablazione del titolo esecutivo ingiusto, piuttosto che la chiarezza sui tempi di formazione del giudicato, ovvero rende più urgente l'ottenimento di una sentenza esecutiva che ponga rimedio all'erroneo rigetto della domanda disposto in prime cure (diversa è appunto la filosofia del 360 *bis*, ove da un lato anche la manifesta fondatezza è ragione di accelerazione dell'*iter*; dall'altro lato la manifesta infondatezza è parametrata al consolidamento della giurisprudenza di legittimità - prevalentemente - nei casi di ricorsi *ex art.* 360 n. 3, e così ad un valore



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE
PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

superindividuale volto a consentire alla S.C. di concentrare le proprie energie ed attenzioni sulle cause suscettibili di dare l'occasione per la *Rechtsfortbildung*).

In chiusura, è ovvio, nessuna di queste iniziative ha anche solo minimamente a che fare con gli interessi delle imprese. Le quali hanno bisogno di giudici di primo grado che in tempi celeri decidano sulle loro domande di condanna, sui decreti ingiuntivi e sulle istanze di provvisoria esecutorietà, senza rinvii di 4-5 mesi della prima udienza nelle opposizioni a d.i., senza rinvii di anni per l'udienza *post* memorie, senza che le sezioni di Tribunali e Corti d'appello vengano depauperate da distacchi ministeriali con prospettive di rimpiazzo aleatorie quando non effimere, senza *tourbillon* di magistrati da sede a sede e da sezione a sezione con i relativi trasferimenti dei ruoli.

Se poi un giorno davvero si volesse "stringere" l'appello, come hanno fatto in Germania in parziale imitazione del modello inglese², bisognerebbe rendere il giudizio di primo grado il fulcro dell'accertamento del fatto, precludendo una sua revisione in appello se non in presenza di vizi processuali (o di prove illegittimamente non ammesse o di manifesta incongruità nella loro valutazione); ma ciò ragionevolmente richiede un progetto più ambizioso e di maggior respiro, che faccia del primo grado il fulcro del principio dell'immediatezza, sì che la valutazione del fatto sia resa solo da quel giudice dinanzi a cui la causa è cominciata ed istruita. Altrimenti, se si tratta di decidere sulle carte, non vi è ragione per sostenere che il giudizio di primo grado ha maggiori *chances* di avvicinarsi alla verità di quante ne ha un rinnovato giudizio sempre condotto "sulle carte".

Il Consiglio Nazionale Forense

esprime pertanto parere negativo in ordine alla conversione in legge dell'art. 54 del d.l. n. 83/2012.

² § 529 - AMPIEZZA DEL RIESAME DELLA CORTE D'APPELLO

(1) *Das Berufungsgericht hat seiner Verhandlung und Entscheidung zugrunde zu legen:*

1. *die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten;*

2. *neue Tatsachen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist.*

(2) *Auf einen Mangel des Verfahrens, der nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist, wird das angefochtene Urteil nur geprüft, wenn dieser nach § 520 Abs. 3 geltend gemacht worden ist. Im Übrigen ist das Berufungsgericht an die geltend gemachten Berufungsgründe nicht gebunden.*

(1) La Corte d'appello deve porre a fondamento della trattazione e della decisione:

1. i fatti quali accertati dal giudice di primo grado, salvo che elementi concreti non legittimino un dubbio sulla correttezza o completezza degli accertamenti rilevanti ai fini della decisione e pertanto non impongano un rinnovato accertamento;

2. nuovi fatti, nei limiti in cui ne sia ammissibile la presa in considerazione.

(2) Il sindacato su vizi processuali non rilevabili d'ufficio avviene solo ove essi siano stati fatti valere in base al § 520, co. 3. Per il resto la Corte d'appello non è vincolata ai motivi di gravame [disposizione, questa, che viene intesa come volta a salvaguardare lo *iura novit curia*].