

## TOMASO GALLETTO

### “DOPPIO FILTRO” IN APPELLO, “DOPPIA CONFORME” E DANNI COLLATERALI

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. Il primo “filtro”: i nuovi requisiti di forma-contenuto dell’atto di appello. - 3. Il secondo “filtro”: la “(non) ragionevole probabilità” di accoglimento dell’impugnazione. - 4. Le conseguenze della declaratoria di inammissibilità dell’appello. - 5. L’ennesimo intervento sul giudizio di cassazione e la “doppia conforme”. - 6. I danni collaterali: a) l’errore revocatorio del giudice di primo grado; b) i vizi di motivazione della sentenza impugnata per cassazione. - 7. Le possibili alternative disattese dal legislatore.

\* \* \*

#### 1. Premessa.

Con l’espressione “danni collaterali” si intende, nella cruda terminologia militare utilizzata per descrivere episodi di guerra e che ci viene riportata nei servizi giornalistici dai luoghi di conflitto, la conseguenza non voluta dell’azione bellica (così, costituiscono “danni collaterali” le stragi di civili in occasione della distruzione di un obiettivo militare).

Sempre, di fronte a tali situazioni, ci si interroga sulla possibilità di prevedere i “danni collaterali” e sulla responsabilità di coloro che hanno agito: una maggior ponderazione delle conseguenze dell’azione avrebbe evitato la strage?

La lettura dell’ennesimo intervento sul processo civile, contenuto nel recente decreto-legge 22 giugno 2012 n. 83 (recante “Misure urgenti per la crescita del Paese”) convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012 n. 134 in vigore dal 12 agosto successivo (di seguito “la riforma”), evoca - a mio avviso - la vicenda dei “danni collaterali”<sup>1</sup>.

---

(<sup>1</sup>) Tutti i primi commenti alle nuove disposizioni sono fortemente critici, prevedendone l’inefficacia se non la dannosità.

Tra di essi v. M. DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione alla prova dell’ennesima “riforma urgente”: quando i rimedi peggiorano il male*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it); R. CAPONI, *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in Cassazione nel processo civile*, *ibid.*; R. CAPONI, *La riforma dell’appello civile dopo la svolta nelle commissioni parlamentari*, *ibid.*; C. CONSOLO, *Lusso o necessità nelle impugnazioni delle*

Ma andiamo con ordine. Sulla opportunità (meglio, necessità) di intervenire sul giudizio di appello civile non credo possano essere nutriti dubbi, dal momento che proprio quel grado di giudizio, per una serie di ragioni che in questa sede possono essere soltanto accennate, costituisce il “ventre molle” del processo di cognizione.

Il giudizio di appello, quanto meno negli ultimi decenni, si è rivelato un vero e proprio collo di bottiglia attraverso il quale solo con il decorso di un lasso di tempo intollerabile (molti anni, spesso lustri) si ottiene una pronuncia di (eventuale) accoglimento del gravame, ricorribile per cassazione.

Riferiscono le statistiche ministeriali che il 68% delle pronunce di primo grado risulta confermato in sede di appello: sarà pur vero, ma la circostanza non è certo di consolazione per chi ha dovuto attendere sei o sette anni (se non di più) per sentir confermate le proprie ragioni. Né si potrebbe addurre, a giustificazione dell’intollerabile durata media del giudizio di appello, la complessità del rito o della attività processuale nel grado: nella situazione fisiologica tra le prima udienza di trattazione dell’appello e l’udienza di precisione delle conclusioni, che avvia la fase decisoria, non si compie alcuna attività processuale (a meno di ricomprendere in essa anche l’attività di .... attesa).

E’ emblematica (e forse paradossale) la vicenda del processo sommario di cui all’art. 702-*bis* e seguenti c.p.c.: un procedimento di cognizione che può concludersi in meno di un anno (in astratto, meno di sei mesi) il cui riesame in grado di appello è affidato al rito ordinario, con i correlati tempi di conclusione (cinque anni?).

Ora è noto che il legislatore ha individuato i termini di ragionevole durata del processo in sintonia con le previsioni (programmatiche) di cui al novellato art. 111 Cost. (ma un osservatore malizioso chioserebbe che il legislatore ciò ha dovuto fare a seguito delle pressioni ricevute dal Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa): oggi il processo deve durare (al massimo) tre anni in primo grado, due in appello e uno in sede di legittimità (v. art. 2, comma 2-*bis* della legge 24 marzo 2001 n. 89, c.d. legge Pinto, introdotto dalla *riforma*).

Così stando le cose, un intervento incisivo sul giudizio di appello, inteso a ridurre l’intollerabile durata media attuale, era ineludibile.

Qualsiasi intervento razionale finalizzato ad accelerare il tempo della decisione in grado di appello dovrebbe intuitivamente ricomprendere non soltanto l’introduzione di nuove regole processuali (applicabili ai nuovi appelli) ma anche, e soprattutto, regole intese ad accelerare lo smaltimento dell’enorme arretrato giacente presso le corti di appello, che

---

*sentenze?*, *ibid.*; C. FERRI, *Filtro in appello: passa lo svuotamento di fatto e si perpetua la tradizionale ipocrisia italiana*, in *Guida al dir.*, n. 32, Agosto 2012, 10 ss.; G. IMPAGNATELLO, *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it); G. MONTELEONE, *Il Processo civile in mano ai tecnici*, *ibid.*

In argomento v. anche le opinioni di B. CAPPONI, V. TAVORMINA e M. ZUMPANO, *Dialoghi a margine dell’art. 54 d.l. 83/2012*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it)

costituisce un fardello insopportabile nell'ottica di una gestione efficiente delle nuove regole.

Il nostro legislatore è riuscito nel non facile compito di intervenire sul giudizio di appello senza perseguire nessuno dei due obiettivi che qualsiasi riforma in materia dovrebbe porsi: non quello della accelerazione dei tempi della decisione in appello (a meno di ritenere che ciò possa ragionevolmente farsi dichiarando inammissibile in limine la maggior parte delle impugnazioni in appello), non quello di aggredire efficacemente l'arretrato (rispetto al quale non è, allo stato, previsto alcun intervento).

Non solo. Come si è in precedenza accennato, l'intervento del legislatore è foriero di una serie di "danni collaterali" dei quali si dirà nel prosieguo.

Prima di esaminare partitamente i vari aspetti della *riforma* è utile, a conclusione delle premesse, una sintetica descrizione dei più rilevanti profili della nuova normativa.

L'intervento legislativo si sviluppa attraverso due direttrici: da un lato prevedendo, a pena di inammissibilità, specifici requisiti di forma-contenuto dell'appello (art. 342, nuovo testo, c.p.c.) ed introducendo una nuova ipotesi di inammissibilità dell'appello (art. 348-*bis* c.p.c.); dall'altro modificando, ancora una volta, la disciplina del ricorso per cassazione riscrivendo il n. 5 dell'art. 360 c.p.c. e confinando il vizio al sono omesso esame di fatto decisivo e controverso ed escludendo la deducibilità di tale vizio nei confronti della sentenza di appello che confermi la decisione di primo grado ovvero nei confronti della sentenza di primo grado quando l'appello è dichiarato inammissibile per le stesse ragioni di fatto poste a base della decisione impugnata.

Previsioni analoghe sono dettate per l'appello del rito del lavoro ed in quello locatizio.

Con riferimento alle nuove produzioni in appello esse sono limitate a quelle che la parte dimostri di non aver potuto produrre in primo grado per fatto a lei non imputabile e, nell'appello avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario, a quella che il collegio ritenga indispensabili (e non più "rilevanti") ai fini del decidere.

Ma le innovazioni più significative sono, all'evidenza, quelle relative al c.d. "filtro" in appello, alla modifica dell'art. 360 n. 5 ed alla limitazione dei motivi di ricorso per cassazione nell'ipotesi della c.d. "doppia conforme".

Come si è già rilevato, inoltre, in realtà i "*filtri*" di ammissibilità dell'appello sono due e conviene esaminarli separatamente.

## **2. Il primo "filtro": i nuovi requisiti di forma-contenuto dell'atto di appello.**

- Il primo "*filtro*" di ammissibilità dell'appello riguarda il rispetto dei nuovi requisiti di forma-contenuto dell'atto di appello.

Il novellato art. 342 c.p.c. dispone a questo proposito che la motivazione dell'appello deve contenere a pena di inammissibilità:

- a) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; e
- b) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

In dottrina si è subito rilevato, con riferimento ai due requisiti sopra indicati, che essi sono ispirati al §520, comma 3, frase 2, nn. 1 e 2 del codice di procedura civile tedesco, osservandosi peraltro che la giurisprudenza tedesca interpreta tali requisiti in modo abbastanza generoso e non formalistico<sup>2</sup>.

La formulazione dei due nuovi requisiti di ammissibilità dell'appello non è perspicua ed è certamente foriera di bizantinismi interpretativi dei quali si farebbe volentieri a meno.

Il primo requisito, infatti, si presta ovviamente a diverse, possibili interpretazioni, formalistiche e sostanzialistiche, e l'esperienza insegna che molto spesso i giudici - specialmente di legittimità - prediligono il primo modello interpretativo (qualcuno ricorderà la paradossale vicenda della procura speciale spillata, che impose un intervento legislativo ad hoc, e tutti hanno presente il c.d. "principio di autosufficienza" del ricorso per cassazione rigidamente applicato in sede di legittimità nonostante la sua fragile base normativa).

Il secondo requisito, per parte sua, è ambiguo ed oscuro.

Non è chiaro, innanzi tutto, quali possano essere le circostanze (di fatto, evidentemente) "da cui deriva la violazione della legge".

La violazione della legge è tendenzialmente frutto di una errata interpretazione delle norme da parte del giudice, e quindi dell'attività cognitiva, rispetto alla quale le circostanze che la hanno originata (ignoranza, impreparazione, negligenza, errore percettivo del significato della norma) sono indifferenti (oltrechè ignote).

Viene altresì richiesto, sempre ai fini dell'ammissibilità dell'appello, che si indichi la "rilevanza" dalle circostanze da cui deriva la violazione di legge "ai fini della decisione impugnata".

Qui l'esegesi della norma si rivela ostica: dal punto di vista logico, infatti, la rilevanza andrebbe riferita alla violazione di legge, non alle circostanze che la hanno determinata. In ogni caso sembra che il legislatore intenda (confusamente) introdurre il concetto della violazione di legge "innocua", in quanto irrilevante ai fini della decisione.

Forse il legislatore ha tratto ispirazione dall'art. 384, ultimo comma c.p.c., ove si esclude la cassazione della sentenza erroneamente motivata in diritto, quando il dispositivo è conforme a diritto, imponendo peraltro la correzione della motivazione errata.

---

<sup>(2)</sup> cfr. R. CAPONI, *La riforma dell'appello civile dopo la svolta nelle commissioni parlamentari*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it), pag. 4).

Nella previsione in commento, invece, si prevede la declaratoria di inammissibilità dell'appello se manca l'indicazione della rilevanza dell'errore di diritto (nel senso in precedenza ricostruito) rispetto alla decisione. Ma una qualsiasi indicazione della rilevanza, ancorchè non pertinente o palesemente erronea, potrebbe escludere la sanzione della inammissibilità.

Scompaiono, nella nuova formulazione dell'art. 342, i requisiti della "esposizione sommaria dei fatti" e dei "motivi specifici dell'impugnazione" (questi ultimi, si suppone, sostituiti dai nuovi requisiti di cui si è detto).

La ragione per la quale l'atto di appello possa non contenere una esposizione sommaria dei fatti (e dello svolgimento del giudizio di primo grado) non è chiara, anche in considerazione dei nuovi requisiti di forma – contenuto della sentenza di cui agli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., nel testo novellato dalla legge 18 giugno 2009 n. 69.

Ad una "concisa esposizione delle ragioni di fatto" (ex art. 134, comma 2, n. 4 c.p.c.) o "succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa" (ex art. 118 disp. att. c.p.c.), che sembrano riferirsi a due diverse fattispecie, farà riscontro, nell'atto di appello "nuovo conio", l'indicazione delle "modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado" (art. 342, comma 1, n. 2 c.p.c.).

Nessuno (né il giudice di primo grado, né le parti del giudizio di appello) è tenuto ad una (seppur) "coincisa esposizione dello svolgimento del processo" che costituiva requisito di forma-contenuto della sentenza ante riforma del 2009.

Prescindendo dalle prassi virtuose che vedranno gli atti delle parti nel giudizio di appello corredati di una sommaria esposizione dello svolgimento del giudizio di primo grado, occorre prendere atto che il legislatore presuppone che sia il giudice di appello a ricostruire lo svolgimento del procedimento in primo grado, nei limiti in cui a tanto sia chiamato dall'appellante principale o incidentale attraverso l'indicazione delle "modifiche" richieste alla ricostruzione del fatto o delle "circostanze" da cui deriva la dedotta violazione di legge.

Una complicazione inutile, che poteva essere evitata mantenendo nel testo dell'art. 342 il riferimento alla sommaria esposizione dei fatti.

Veniamo ora alla declaratoria di inammissibilità dell'appello per difetto dei (nuovi) requisiti richiesti dall'art. 342.

La nuova formulazione codicistica non dice né come, né quando il giudice di appello rileva l'inammissibilità della impugnazione in questa ipotesi.

In proposito sono predicabili due soluzioni:

- a) il giudice dichiara l'inammissibilità dell'appello per difetto dei requisiti ex art. 342 c.p.c. con sentenza, soggetta alle impugnazioni ordinarie (*id est*, ricorribile per cassazione); oppure
- b) il giudice, in applicazione del potere che il nuovo art. 348-*bis* gli affida consentendogli di dichiarare inammissibile l'appello quando ritiene che esso non

abbia “una ragionevole probabilità” di essere accolto (sul quale e sui limiti della cui applicabilità v. *infra* sul §3), provvede con ordinanza succintamente motivata, non soggetta a gravame.

Ragioni di ordine sistematico inducono a privilegiare la soluzione sub a), non potendosi sottrarre alla parte il diritto di far valere la violazione di legge in sede di legittimità con riferimento ad una pronuncia che riguarda i requisiti di forma-contenuto della impugnazione in appello ed impedisce, in limine, qualsiasi prognosi sulla fondatezza o meno, nel merito, dell'appello. Né potrebbe operare, nella fattispecie, il tortuoso percorso disegnato dal legislatore per l'ipotesi di declaratoria di inammissibilità ex art. 348-*bis* (ricorso per cassazione avverso il provvedimento di primo grado, sul quale v. *infra* §4) perché nell'ipotesi di inammissibilità ex art. 342 nuovo testo è proprio il contenuto dell'atto di appello a costituire oggetto di esame, indipendentemente dalla fondatezza o meno di esso nel merito.

D'altra parte il tenore letterale dell'art. 348-*ter* ammette la possibilità di pronunciare ordinanza in impugnabile di inammissibilità solo quando ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'art. 348-*bis* (e non quelli di cui all'art. 342 nuovo testo).

Il dubbio sulla ammissibilità dell'appello per (eventuale) difetto dei requisiti di cui all'art. 342 nuovo testo potrà quindi essere risolto soltanto con la sentenza che definisce il grado del processo (e la sentenza sarà ricorribile per cassazione).

E' certamente possibile che – di fatto – appelli che difettino dei requisiti di forma-contenuto di cui al novellato art. 342 siano dichiarati inammissibili ex art. 348-*ter*, ma ciò potrà essere fatto con una valutazione prognostica della loro infondatezza nel merito (le “non ragionevoli” probabilità di accoglimento) e non per difetto dei richiamati requisiti.

Ad una rapida pronuncia sulla (eventuale) inammissibilità dell'appello per difetto dei requisiti di cui all'art. 342 c.p.c. nuovo testo si potrebbe peraltro giungere all'esito della prima udienza, ai sensi dell'art. 351, comma 4, c.p.c. nel testo novellato dell'art. 27, comma 1, lett. c), n. 2) della Legge 12 novembre 2011 n. 183, il quale autorizza il giudice di appello a provvedere ex art. 281-*sexies* c.p.c. (decisione a seguito di trattazione orale).

### **3. Il secondo “filtro”: la “(non) ragionevole probabilità” di accoglimento dell'impugnazione.**

Il secondo “*filtro*” di ammissibilità dell'appello, introdotto all'art. 348-*bis*, è ancora più insidioso del primo, anche in ragione delle conseguenze che derivano dalla sua operatività, e non è davvero difficile prevedere che le polemiche che hanno accompagnato la sua nascita dureranno a lungo.

Dispone in proposito il nuovo art. 348-*bis* che l'impugnazione (in appello) è dichiarata inammissibile dal giudice competente “*quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta*” e chiarisce che tale disposizione non si applica alle cause in cui è

obbligatorio l'intervento del P.M. e in caso di appello avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario (art. 702-ter).

L'art. 348-ter, a sua volta, prevede che nella prima udienza di trattazione dell'appello, prima di procedere oltre, il giudice, sentite le parti, provvede a dichiarare inammissibile l'appello a norma dell'art. 348-bis con ordinanza succintamente motivata anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi, regolando altresì le spese di causa.

In caso di impugnazione incidentale tempestiva (art. 333) la declaratoria di inammissibilità è possibile soltanto se per entrambi gli appelli (principale e incidentale) ricorrono i presupposti di cui all'art. 348-bis.

Nell'esaminare le questioni sollevate dalla nuova previsione normativa occorre subito sgombrare il campo da una facile suggestione di possibile incostituzionalità.

Come è stato persuasivamente osservato, infatti, i parametri costituzionali e quelli della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) convergono nel consentire limitazioni al diritto di accesso alla giustizia, specialmente con riferimento alle condizioni di ammissibilità di un mezzo di impugnazione rispetto alle quali lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento che trova limite nella irragionevolezza nella relazione di proporzionalità tra il mezzo impiegato e lo scopo perseguito<sup>3</sup>.

Il problema non è dunque quello di dover garantire, sempre e comunque, un secondo grado di giudizio che contempra una compiuta revisione in fatto ed in diritto della pronuncia impugnata, ma quello – diverso – di dimostrare la legittimità dello scopo perseguito con le limitazioni del mezzo di impugnazione e la ragionevolezza dello strumento impiegato (e del resto oggi la stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo dichiara irricevibili i ricorsi individuali ad essa indirizzati con provvedimento assunto da un solo giudice, segreto e privo di motivazione: art. 52 A reg. CEDU).

Per quanto concerne la legittimità dello scopo perseguito in astratto (la pronta risoluzione delle impugnazioni che non hanno ragionevoli probabilità di essere accolte) essa non sembra contestabile. Per converso, quanto alla ragionevolezza del mezzo utilizzato dal legislatore possono essere mosse diverse obiezioni.

Intanto, dal punto di vista sistematico non si comprende perché un appello che non presenta ragionevoli probabilità di essere accolto sia inammissibile (vizio procedimentale) e non invece infondato (vizio di merito). Si ripropone qui la medesima questione sollevata dall'art. 360-bis, inserito dalla riforma del 2009, che predica l'inammissibilità del ricorso per cassazione quanto il provvedimento impugnato ha deciso in diritto in conformità alla giurisprudenza della Cassazione e non si ravvisano motivi per mutare orientamento e quando è manifestamente infondata la censura di violazione dei principî del giusto processo.

---

(<sup>3</sup>) Cfr. R. CAPONI, *op. cit.*, pag. 7 ss. ed *ivi* i pertinenti richiami anche alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

E' peraltro noto che la Cassazione è tempestivamente intervenuta con una pronuncia delle Sezioni Unite (6 settembre 2010 n. 19051) che, a prezzo di un intervento manipolativo additivo della norma, ha rivendicato il potere di dichiarare, in quei casi, non l'inammissibilità bensì la manifesta infondatezza dei ricorsi<sup>4</sup>.

Ma se la Corte ritiene di poter operare in tal senso, non altrettanto può consentirsi il giudice dell'appello, che si vede investito di una cognizione sommaria dell'appello, all'esito della quale, se ritiene che non abbia ragionevoli probabilità di essere accolto (nel merito) lo dichiara non già infondato (come sarebbe ragionevole attendersi), bensì inammissibile.

La declaratoria di inammissibilità con ordinanza non impugnabile crea inoltre una sorta di corto-circuito processuale che rende ricorribile per cassazione il provvedimento di primo grado con le modalità e le conseguenze che saranno esaminati nel successivo §4.

Ma, al di là dei rilievi che precedono, il problema di fondo riguarda il significato da attribuire alla (non) ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello menzionata dall'art. 348-bis.

Non è dubbio che il giudice sia chiamato ad esprimere un giudizio prognostico sull'esito dell'appello ma ciò che è contestato è l'assenza di limiti alla evidente discrezionalità che accompagna un siffatto potere, al quale non fa da contrappeso alcun controllo successivo.

Non può escludersi, infatti, che proprio gli appelli che presentano questioni controverse o nuove, e che come tali meriterebbero un vaglio approfondito a cognizione piena, vengano dichiarati inammissibili perché ad un primo, sommario esame, non presentano ragionevoli probabilità di essere accolti<sup>5</sup>.

L'ordinanza di inammissibilità dell'appello "succintamente motivata" contiene inoltre la regolazione delle spese ex art. 91 c.p.c.: se ne deve dedurre che questo capo della pronuncia sia ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost., ferma restando la caducazione ai sensi dell'art. 336, comma 2, c.p.c. dell'ordinanza (compresa la statuizione sulle spese) in ipotesi di accoglimento del ricorso per cassazione avverso il provvedimento di primo grado<sup>6</sup>.

#### ***4. Le conseguenze della declaratoria di inammissibilità dell'appello.***

Si è detto che l'ordinanza di inammissibilità ex art. 348-bis non è impugnabile (salvo per il capo relativo alla regolazione delle spese).

---

<sup>(4)</sup> La decisione può leggersi in *Foro it.*, 2010, I, 3333, n. SCARSELLI; in *Giur. it.*, 2010, 885, n. CARRATTA; in *Giusto proc. civ.*, 2010, 1131, n. LUISO.

<sup>(5)</sup> Per una severa critica alla troppo ampia discrezionalità che viene attribuita al giudice in sede di valutazione della ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello v. C. FERRI, *Filtro in appello: passa lo svuotamento di fatto e si perpetua la tradizionale ipocrisia italiana*, in *Guida al diritto*, n. 32/2012, 10 ss..

<sup>(6)</sup> In questo senso v. R. CAPONI, *op. cit.*, pag. 2, sub nt. (6).

Per assicurare la tenuta costituzionale del sistema il legislatore ha immaginato un percorso tortuoso e sorprendente.

Dispone infatti a questo proposito l'art. 348-*ter*, comma 3, che – quando è pronunciata l'inammissibilità – *contro il provvedimento di primo grado* può essere proposto ricorso per cassazione nell'ordinario termine breve decorrente dalla comunicazione o notificazione (se anteriore) dell'ordinanza ovvero nel c.d. termine lungo ex art. 327 c.p.c. se ne ricorrono i presupposti.

Aggiunge il successivo quarto comma dell'art. 348-*ter* che se l'inammissibilità è fondata sulle stesse ragioni di fatto poste a base della decisione di primo grado, il ricorso per cassazione avverso quest'ultima è limitato ai motivi di cui all'art. 360, nn. 1-4 c.p.c. (non si può denunciare "l'omesso esame" di fatto decisivo e controverso di cui al novellato art. 360, n. 5 c.p.c., sul quale vedi *infra sub §5*).

Secondo il novellato art. 383 c.p.c. nell'ipotesi in cui la Corte di Cassazione accolga il ricorso per motivi diversi da quelli indicati all'art. 382 (questioni di giurisdizione o competenza), essa rinvia la causa al giudice che avrebbe dovuto giudicare sull'appello, con applicazione delle regole del giudizio di rinvio (artt. da 392 a 394 c.p.c.).

Si realizza quindi una situazione paradossale che determina un aggravio del carico di lavoro della Cassazione (attualmente oberata da un arretrato di quasi 100.000 ricorsi<sup>7</sup>), con inevitabile sfioramento del termine annuale di esaurimento del grado di legittimità fissato *ex lege* (art. 2, comma 2-*bis*, della c.d. Legge Pinto, nel testo novellato).

Si tratta peraltro di una soluzione obbligata: se si dispone la inimpugnabilità dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello occorre consentire la ricorribilità ex art. 111 Cost. del provvedimento di primo grado. In questa prospettiva sembra cogliere nel segno chi sollecita un diverso approccio al problema auspicando un intervento legislativo che introduca un vero "filtro" non già al giudizio di appello, bensì a quello di cassazione, modulato più rigidamente di quanto oggi previsto<sup>8</sup>.

D'altra parte i rischi connessi all'abolizione dell'appello (e la *riforma* tende a perseguire, quanto all'effetto, sostanzialmente questo risultato) sono stati ben rappresentati dalla dottrina, osservandosi che in tal caso sarebbero aumentati a dismisura i ricorsi per cassazione in quanto questo sarebbe l'unico rimedio ordinario attraverso cui dare sfogo alla garanzia soggettiva dell'impugnazione<sup>9</sup>.

Insomma, sembra di capire che la soluzione adottata dal legislatore abbia per effetto quello di spostare in Cassazione il carico della maggior parte delle impugnazioni originariamente destinate al vaglio delle corti di appello: è vero che la Corte di

---

<sup>(7)</sup> Secondo le statistiche della Corte a fine 2011 erano pendenti 95.594 ricorsi, con 30.889 ricorsi sopravvenuti e 32.948 definiti nel corso del 2011. Con questo *trend* ci vorrebbero circa 50 anni per esaurire l'arretrato in sede di legittimità.

<sup>(8)</sup> Cfr. R. CAPONI, *op. cit.*, pag. 3 nt. (10) ove si auspica un intervento con legge ordinaria, soggetta al vaglio della Corte Costituzionale.

<sup>(9)</sup> In questo senso v. A. PROTO PISANI, *Principio di eguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 65 ss. richiamato da R. CAPONI, *op. cit.*, pag. 3 nt. (9).

Cassazione dispone del “filtro” di cui all’art. 360*bis* c.p.c., ma il procedimento per la decisione sulla inammissibilità del ricorso (art. 380*bis*) è impegnativo quasi quanto quello per la decisione in sede ordinaria e di conseguenza un maggior aggravio per la Cassazione è pressoché certo<sup>10</sup>.

### 5. L’ennesimo intervento sul giudizio di cassazione e la “doppia conforme”.

Un altro aspetto qualificante della  *riforma*  riguarda, come si è già evidenziato, l’ennesimo intervento sul giudizio di cassazione.

L’intervento si sviluppa in due direzioni: da un lato viene riscritto (ancora una volta) il n. 5 dell’art. 360 c.p.c. prevedendosi ora che il vizio di motivazione sia deducibile solo per “omesso esame” di un fatto decisivo e controverso tra le parti; dall’altro, ancor più incisivamente, si esclude la ricorribilità per cassazione ex art. 360 n. 5 nuovo testo sia avverso il provvedimento di primo grado (quando l’ordinanza di inammissibilità sia fondata sulle stesse ragioni di fatto enunciate nel provvedimento appellato) sia avverso la sentenza di appello che abbia confermato la decisione di primo grado.

Scompaiono in un sol colpo sostanzialmente tutti i controlli in sede di legittimità dei vizi motivazionali, residuando soltanto la denuncia di “omesso esame” del fatto controverso e si introduce il discutibilissimo parametro di inammissibilità della denuncia di “omesso esame” nell’ipotesi di c.d. “doppia conforme”<sup>11</sup>.

Questa opzione legislativa è assai discutibile, essendone dimostrata la sostanziale inefficacia sulla base dell’esperienza storica nel vigore del Codice di procedura del 1865<sup>12</sup>.

Del resto la nuova formulazione del n. 5 dell’art. 360 c.p.c. si riporta alla versione originaria dell’attuale codice, poi emendata con la riforma del 1950, senza che in realtà il controllo della Cassazione sulla motivazione della sentenza, a dispetto dei differenti scenari normativi, sia mai mutato<sup>13</sup>.

---

(<sup>10</sup>) Si rammenti, in proposito, che attualmente solo una parte – circa il 20% - delle sentenze in grado di appello è gravato da ricorso per cassazione.

(<sup>11</sup>) Con due diverse accezioni: a) quella della sentenza di appello confermativa della decisione appellata (art. 348-*ter*, comma 5 c.p.c.) e b) quella della ordinanza di inammissibilità fondata sulle stesse ragioni di fatto enunciate nella decisione impugnata (art. 348-*ter*, comma 4 c.p.c., ricordando che in quest’ultima ipotesi il ricorso per cassazione ex art. 360 nn. 1-4 c.p.c. ha per oggetto la decisione di primo grado.

(<sup>12</sup>) Quando, come ricorda R. CAPONI, *op. cit.*, pag. 10, la Cassazione giunse a sindacare il vizio di motivazione sulle questioni di fatto sotto il profilo del difetto di motivazione come requisito di forma-contenuto delle sentenze. Aggiunge l’A. che la comparazione con l’ordinamento tedesco induce a ritenere un limitato impatto pratico perché anche in quell’ordinamento la “violazione del diritto” ricomprende la violazione della norma sul libero convincimento del giudice, sussistente ove quest’ultimo non prenda in adeguata considerazione l’intero contenuto del procedimento ovvero compia accertamenti di fatto tra loro contraddittori.

(<sup>13</sup>) Per un approfondimento cfr. M. FORNACIARI, *Ancora una riforma dell’art. 360 n. 5 cpc; basta, per favore, basta!*, in *www.Judicium.it*.

Oggi, a fronte di una previsione normativa che già riduce al minimo l'obbligo di motivazione (altro non può significare l'uso del termine "succinta" all'art. 118 disp. att. c.p.c.), si vorrebbe che il controllo circa la correttezza del ragionamento del giudice rispetto al materiale probatorio acquisito agli atti di causa si limiti alla verifica che non sia stato "omesso" l'esame di un fatto decisivo e controverso.

Sulla incongruità della scelta, ancora, si era espressa la Camera con specifico Ordine del Giorno, rilevando – per quanto qui interessa – che la limitazione del sindacato sulla motivazione dei provvedimenti decisori rischia di collidere con la Costituzione e con le regole ricavabili dall'art. 6, §1, della CEDU ed impegnando il Governo "ad effettuare una profonda verifica delle nuove disposizioni alla luce dei principî di rango costituzionale che ispirano gli istituti processuali oggetto delle medesime".

Se ci si interroga sul significato da attribuire alla nozione di omesso esame di fatto decisivo e controverso, poi, dovremmo affermare – in sintonia con la giurisprudenza di legittimità – che esso consiste in quel difetto dell'attività del giudice del merito che si verifica tutte le volte in cui risulti trascurata una circostanza obiettiva acquisita alla causa idonea, di per sé, qualora fosse stata presa in considerazione, a condurre con certezza ad una decisione diversa da quella adottata, insomma una sorta di errore revocatorio *sui generis*<sup>14</sup>.

Resterebbe esclusa, conseguentemente, la rilevanza del vizio di contraddittorietà della motivazione, intesa nel senso che le ragioni poste a fondamento della decisione risultino sostanzialmente in contrasto in modo da elidersi a vicenda e da non consentire la ricostruzione della *ratio decidendi*<sup>15</sup>.

In questa prospettiva si aprirebbe uno scenario inquietante in cui la parte pregiudicata da una motivazione incongrua (in quanto contraddittoria) non potrebbe dolersene in sede di legittimità, perché tale vizio non è ricompreso nel paradigma dell'art. 360<sup>1</sup> n. 5 c.p.c. nuovo testo.

Si tratta di una soluzione inaccettabile, perché irragionevole. Ne consegue l'alternativa tra una interpretazione costituzionalmente orientata che riconduca la fattispecie della motivazione contraddittoria al paradigma dell'art. 360<sup>1</sup> n. 4 c.p.c., enfatizzando i requisiti di forma-contenuto della sentenza (in cui la motivazione può essere "succinta" ma non incoerente o contraddittoria) o il rilievo della questione di costituzionalità (quanto meno) sotto il profilo della irragionevolezza della scelta del legislatore.

Ad ancora maggiori perplessità induce la previsione che inibisce qualsiasi censura alla motivazione in fatto della sentenza (nei ristretti limiti oggi concessi dal nuovo art. 360<sup>1</sup> n. 5 c.p.c.) nelle due ipotesi alle quali si è già fatto cenno in precedenza.

La prima riguarda il caso della impugnazione in cassazione della decisione di primo grado quando l'inammissibilità dell'appello sia fondata dalle stesse ragioni di fatto esposte dal primo giudice; la seconda, di carattere generale, riguarda l'ipotesi della c.d.

---

<sup>(14)</sup> In argomento v., tra le molte, Cass. 8 settembre 2006 n. 19295; ID., 14 febbraio 2003 n. 2222.

<sup>(15)</sup> In argomento v., ad esempio, Cass. 12 agosto 2004 n. 15693.

“*doppia-conforme*”, quando la decisione di appello abbia confermato quella di primo grado.

In questi casi anche l’omesso esame di un fatto decisivo e controverso sarebbe sostanzialmente indifferente ai fini della stabilità della decisione.

Qui la reiterazione dell’omissione dell’esame del fatto decisivo avrebbe effetto sanante (e preclusivo di qualsiasi rimedio, dal momento che in questa ipotesi non potrebbe operare la revocazione ex art. 395 n. 4 c.p.c. perchè il fatto non avrebbe le caratteristiche di essere non controverso).

L’incongruità delle conseguenze dimostra all’evidenza l’irragionevolezza della scelta stabilizzatrice della c.d. “*doppia conforme*” nel senso in precedenza indicato.

**6. I danni collaterali: a) l’errore revocatorio del giudice di primo grado; b) i vizi di motivazione della sentenza impugnata per cassazione.**

Il discorso sin qui sviluppato consente di dare conto della evocazione del concetto di “danni collaterali” in relazione agli effetti della *riforma*.

In questa prospettiva, tra i danni collaterali possono annoverarsi – senza pretesa di esaustività – almeno i seguenti.

**a) L’errore revocatorio del giudice di primo grado**

Immaginiamo che il giudice di primo grado sia incorso in un errore di percezione, affermando l’esistenza (o l’inesistenza) di un fatto decisivo la cui sussistenza (o insussistenza) risulti invece in modo incontrovertibile agli atti di causa, senza che la circostanza fosse controversa tra le parti.

Immaginiamo, ancora, che la parte pregiudicata dall’errore di percezione lo abbia dedotto quale motivo di appello, confidando in esso quale rimedio normale e illimitato all’ingiustizia della decisione appellata (così Cass. 21 aprile 1993 n. 4689 che indica l’appello quale unico rimedio all’errore revocatorio del giudice di primo grado) e che il giudice di appello abbia dichiarato l’appello inammissibile, con ordinanza non impugnabile ex art. 348-*ter*, ritenendo non ragionevole la probabilità di accoglimento dell’impugnazione.

Come si potrà far valere l’errore che affligge la sentenza di primo grado?

Certamente improponibile sarà la revocazione nei confronti della decisione di primo grado perché ex art. 396 c.p.c. essa è in tal caso ammissibile soltanto:

- a) se la sentenza non è più appellabile (ma qui l’appello è stato proposto); e comunque
- b) per motivi di revocazione straordinaria, tra i quali non ricorre l’errore percettivo su fatto decisivo.

Sarà improponibile la revocazione avverso l'ordinanza ex art. 348<sup>ter</sup> perché essa è insuscettibile di sostituirsi al provvedimento decisorio di primo grado (il quale, infatti, diventa esso stesso possibile oggetto di ricorso per cassazione).

Sarà inammissibile il ricorso per cassazione ex art. 360<sup>1</sup> n. 5 c.p.c. nuovo testo perché l'omesso esame di fatto decisivo non ricade su fatto che è stato oggetto di discussione tra le parti (in primo grado).

Ne consegue che l'errore revocatorio ex art. 396 n. 4 c.p.c. non risulta rimediabile: soluzione incongrua e passibile di declaratoria di incostituzionalità.

#### **c) I vizi di motivazione della sentenza impugnata per cassazione.**

Delle conseguenze potenzialmente perniciose della nuova formulazione dell'art. 360<sup>1</sup> n. 5 c.p.c. (e della esclusione, in determinata fattispecie, anche di tale motivo di censura) si è già argomentato in precedenza (sub §4).

Qui mette conto di ricordare, come evidenziato in dottrina, che il controllo della motivazione circa la ricostruzione del fatto non significa verifica nel merito di tale ricostruzione, bensì verifica circa la correttezza del ragionamento seguito in proposito dal giudice del merito, e quindi corrisponde pienamente ad un giudizio di legittimità.<sup>16</sup>

In questa prospettiva la sostanziale elisione di un controllo di legittimità sulla correttezza logico-giuridica del ragionamento del giudice di merito comporta necessariamente un danno collaterale, del tutto ingiustificato.

#### **d) Aggravio del carico di lavoro della Cassazione**

Anche di questa conseguenza si è già fatto cenno, ma qualche ulteriore considerazione in proposito può essere utile.

Sappiamo dalle statistiche ministeriali che il 68% degli appelli si conclude con la conferma della decisione impugnata. Mediamente ogni anno sono proposti 200.000 appelli (di cui 150.000 davanti alle Corti di Appello e 50.000 davanti al Tribunale<sup>17</sup>) ed è ragionevole presumere che buona parte di essi (se non il 68%, almeno il 50%?) saranno dichiarati inammissibili perché non assistiti da ragionevoli probabilità di essere accolti (ex art. 348-*bis* c.p.c.) o per difetto dei nuovi requisiti ex art. 342 c.p.c..

Questi appelli dichiarati inammissibili (in ipotesi 100.000) genereranno almeno 20.000 ricorsi per cassazione avverso la decisione di primo grado (ex art. 348-*ter* c.p.c.) ovvero avverso la declaratoria di inammissibilità pronunciata con sentenza in secondo grado (ex art. 342 c.p.c. nuovo testo).

---

<sup>(16)</sup> Cfr. M. FORNACIARI, *op. cit.*, pag. 2.

<sup>(17)</sup> Fonte Ministero della Giustizia, Statistiche, Procedimenti civili sopravvenuti per ufficio giudiziario, grado e anno, Anni 2007–2010, pubblicazione del 27 febbraio 2012 in [www.giustizia.it/strumenti](http://www.giustizia.it/strumenti).

Tenuto conto dei ricorsi avverso le decisioni di merito in secondo grado, dei ricorsi ex legge Pinto, dei ricorsi in materia tributaria, del nuovo carico di lavoro derivante dalla impugnabilità delle decisioni di primo grado e di quelle di inammissibilità in secondo grado come potrà la Cassazione, che pure riesce a definire – oggi – più ricorsi di quanti ne introita, esaurire l'arretrato in meno di un secolo?

### ***7. Le possibili alternative disattese dal legislatore.***

E' utile, a questo punto, interrogarsi in ordine alle diverse, possibili alternative che si presentavano al legislatore seriamente intenzionato ad accelerare il procedimento di appello.

Una prima alternativa, certamente percorribile, consisteva nell'accogliere l'emendamento proposto in sede di lavori delle commissioni parlamentari che era finalizzato alla introduzione di un quarto comma art. 350 c.p.c. a mente del quale *“nella stessa udienza il giudice, ove ritenga l'impugnazione manifestamente fondata o manifestamente infondata, pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi. La sentenza così pronunciata s'intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che la contiene”*.

Come è stato correttamente rilevato, tra l'altro, *“A vantaggio di questa soluzione si potevano invocare ragioni di metodo e di sostanza. Essa si collocava sul solco del precedente intervento legislativo di appena qualche mese fa (le predette modifiche degli artt. 351 e 352 c.p.c., introdotte dalla l. 12 novembre 2011, n. 183) poiché valorizzava un modulo decisorio analogo all'art. 281-sexies c.p.c. Inoltre, essa perseguiva l'obiettivo di accelerare il giudizio di appello introducendo il parametro decisorio della manifesta infondatezza (o fondatezza). Quindi faceva un passo coraggioso per soddisfare nel modo migliore quell'esigenza che il Governo intende perseguire attraverso l'ambiguo parametro della «ragionevole probabilità» di accoglimento dell'impugnazione”*<sup>18</sup>.

Del resto il parametro decisorio della manifesta infondatezza (o infondatezza) da deliberare con ordinanza succintamente motivata assunta in camera di consiglio è da tempo adottato in sede di legittimità (da oltre un decennio, per effetto della legge 24 marzo 2001 n. 89 c.d. “legge Pinto”) che aveva, tra l'altro, modificato l'art. 375 c.p.c.) e non sembra aver dato cattiva prova.

Per esaurire gli appelli manifestamente fondati (o infondati) con procedimento snello ed efficace il legislatore poteva quindi scegliere tra il modello della “sentenza breve” di cui all'art. 281-sexies c.p.c. e quello dell'ordinanza succintamente motivata sulla falsariga dell'art. 375 c.p.c.

---

<sup>(18)</sup> Cfr. R. CAPONI, *op. cit.*, pag. 6.

La decisione semplificata e rapida, inoltre, ben si attagliava agli appelli da considerarsi inammissibili per difetto dei nuovi requisiti introdotti dall'art. 342 c.p.c. che invece, per un evidente difetto di coordinamento, sono da definirsi secondo le regole ordinarie (eventualmente, ma a discrezione del giudice, ex art. 281-*sexies* c.p.c.).

La diversa scelta in favore della declaratoria di inammissibilità quando l'impugnazione non ha "ragionevoli probabilità" di essere accolta, aprendo contemporaneamente (e inevitabilmente) la strada del ricorso per cassazione avverso il provvedimento di primo grado è oggettivamente incongrua, per le ragioni che si è cercato di argomentare in precedenza.

Sotto un diverso profilo il legislatore, preso atto della molto tiepida accoglienza riservata dagli avvocati al procedimento sommario ex art. 702-*bis* c.p.c., avrebbe potuto assegnare al giudice – ricorrendone i presupposti – la facoltà di provvedere, con ordinanza non impugnabile, al mutamento del procedimento ordinario in procedimento sommario.

Ancora. Nessuna scelta è stata operata per lo smaltimento dell'enorme arretrato nella decisione dei procedimenti di appello.

Eppure è evidente che il vero problema non è (soltanto) quello di immaginare procedimenti virtuosi per il futuro, bensì quello di uscire dalla palude dell'arretrato (secondo i dati forniti dal Ministro della Giustizia, al 30 giugno 2011 il carico dei processi civili in arretrato era a quella data pari a circa 5,5 milioni, con un tasso di decremento inferiore all'1% su base annua. Ma dalla Relazione sull'anno giudiziario 2011 del Primo Presidente della Corte di Cassazione si apprende che la pendenza complessiva è in aumento nelle corti di appello (444.908 nel 2011 a fronte di 430.503 nel 2010, con un incremento del 3,3%, mentre è stabile nei tribunali, con circa 3,5 milioni di fascicoli pendenti).

In una recente intervista (La Stampa, 26 agosto 2012) il Ministro della Giustizia riferisce che l'idea per affrontare l'arretrato in grado di appello è quella di creare delle *task-force* da dedicare ai fascicoli arretrati, pendenti da oltre 3 anni.

Si tratterebbe di gruppi di lavoro composti da un magistrato e da due avvocati, composti da 200 persone che sarebbero in grado di redigere 40.000 sentenze all'anno, impiegando circa 5 anni a smaltire l'arretrato.

Si immagina, quindi, che ciascun componente della "*task-force*" esamini un fascicolo, discuta in camera di consiglio, rediga la sentenza in poco più di un solo giorno lavorativo (dovrebbe depositare 200 sentenze all'anno): è un'ipotesi poco plausibile e comunque certamente inidonea ad assicurare una accettabile qualità della decisione.

Pur nella consapevolezza della complessità del problema non sembra che l'ipotesi di creare una sorta di "sezioni-stralcio" in appello sia, almeno da sola, in grado di offrire adeguate risposte (specialmente per chi abbia in mente i precedenti, di esito fallimentare, delle "sezioni-stralcio" in Tribunale).

Se si considera, infine, che la Relazione del Guardasigilli sull'andamento della giustizia nel 2011 riporta il dato, di provenienza Banca d'Italia, secondo cui il costo della crisi della giustizia civile equivale ad un punto di Prodotto Interno Lordo per ciascun anno (circa 15 miliardi di euro), non si comprende perché tra le varie opzioni non si annovera la leva fiscale, finalizzata ad incentivare una soluzione stragiudiziale delle controversie anche (e specialmente) in grado di appello.

E' vero che l'art. 5, comma 2, del D.lg.vo 28/2010 facoltizza il giudice, anche in sede di giudizio di appello e prima della precisazione delle conclusioni, ad invitare le parti a procedere ad un tentativo di mediazione.

Ma, a parte lo scarso uso che – a quanto è dato conoscere – attualmente viene fatto di tale facoltà, il beneficio fiscale, in termini di imposta di registro, che viene riconosciuto in caso di esito positivo della mediazione è modesto (esenzione dell'imposta sino a 50.000 euro di imponibile).

Potrebbe essere presa in considerazione l'ipotesi di assoggettare a tassa fissa di registro, anziché proporzionale, tutti i verbali di conciliazione di controversie in grado di appello, indipendentemente dal valore della causa e delle attribuzioni patrimoniali che conseguono all'accordo in sede conciliativa.

Al minor introito in termini di imposta di registro si contrapporrebbe – in ipotesi – una consistente diminuzione dei fascicoli pendenti in grado di appello con correlativa minor perdita in termini di Prodotto Interno Lordo.

Per rendere efficace la soluzione, naturalmente, dovrebbe prevedersi l'obbligo e non già la facoltà per il giudice di appello di rinviare le parti ad un tentativo di conciliazione.

Si tratta, evidentemente, di una ipotesi che dovrebbe essere approfondita per verificarne l'impatto e la fattibilità, ma essa avrebbe almeno il vantaggio di non stravolgere, ancora una volta, le regole del processo civile.