D O T T R I N A

Remo Caponi
Ordinario dell'Università di Firenze

La riforma dei mezzi di impugnazione

Sommario: 1. Premessa. — 2. Modifiche del giudizio d'appello. — 3. Estensione dell'indagine al diritto comparato. — 4. Processo civile inglese. — 5. Processo civile tedesco. — 6. Obiezioni al filtro. — 7. Nuovi requisiti di forma contenuto dell'atto di appello. — 8. Giurisprudenza della Corte edu. — 9. Limitazione delle nuove prove in appello. — 10. Limitazioni dell'art. 360, n. 5 c.p.c. — 11. Incentivazione del procedimento sommario di cognizione. — 12. Osservazioni conclusive. — 13. Una proposta finale sull'art. 111, comma 7°, cost.

1. — Offrire un rimedio contro gli appelli proposti dal soccombente consapevole di aver torto è problema « eterno » del processo civile. Spigolando in biblioteca, non è difficile trovare perle stagionate di saggezza, come quella di Justin von Linde nella sua opera del 1831 sulla dottrina dei mezzi di impugnazione nel processo comune tedesco: « Già per tempo si trova nel diritto romano il seguente principio, più semplice ad affermarsi che a mettersi in pratica: gli appelli che servono solo ad uno scopo dilatorio devono essere inammissibili. Qualora la legge non determini nei particolari ai fini dell'applicazione questo principio, in sé corretto, e non lo concretizzi davvero, essa fallisce facilmente il suo scopo, il principio si presta ad un impiego arbitrario e se ne può facilmente abusare a vantaggio o a danno di coloro che cercano giustizia » (1).

Nel processo civile italiano le corti d'appello si trovano in una

(1) von Linde, *Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln nach Grundsätzen des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses*, 1, Gießen, 1831, p. 78 s. Justin Timotheus Balthasar von Linde (nato il 7 agosto 1797 a Brilon e morto il 9 giugno 1870 a Bonn) fu, oltre che giurista, uomo politico (notevole in particolare la sua partecipazione alla prima assemblea popolare liberamente eletta in terra tedesca, l'Assemblea nazionale che si riunì dalla metà del 1848 alla metà del 1949 nella *Paulskirche* di Francoforte sul Meno).

condizione molto difficile (2). Pertanto il tentativo di individuare modi accelerati di definizione del giudizio d'impugnazione è giustificato (3). Esso è stato condotto nell'àmbito degli sforzi diretti a conformare aspetti della disciplina del processo civile italiano in funzione di obiettivi politici ulteriori rispetto alla tutela giurisdizionale di diritti individuali. Questa tendenza ha assunto ormai un carattere di continuità. La sua ultima manifestazione si può cogliere nel d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 134 (4). Con ciò si pensa di rendere alcuni aspetti della giustizia civile, quelli previsti dal capo VII, funzionali ad un obiettivo di politica economica, cioè come « misura urgente per la crescita del paese ». Fra questi si segnalano, ma non si possono studiare in questa sede, le modifiche alla legge Pinto, l. 24 marzo 2001, n. 89 (art. 55), nonché alla legge istitutiva della Scuola della magistratura, d.lgs. 30 gennaio 2006, n. 26 (art. 56). Si sofferma l'attenzione sull'art. 54, che persegue tre obiettivi fondamentali: *a*) introdurre un giudizio d'inammissibilità per gli appelli che non abbiano « ragionevole probabilità » di essere accolti (nuovi artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c.); *b*) limitare la possibilità di proporre ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.; *c*) incentivare l'attore ad introdurre la causa in primo grado nelle forme del procedimento sommario di cognizione (artt. 702-*bis* ss. c.p.c.).

2. — Cominciamo dalle modifiche del giudizio d'appello (5).

(2) Tra la metà del 2010 e la metà del 2011: 162.940 cause sopravvenute, 145.500 definite, 444.908 pendenti. Nel 68% dei casi il giudizio di appello si conclude con la conferma di quello di primo grado. Questi i dati del Ministero della giustizia.

(3) La prassi si ingegna: ad esempio, la terza sezione civile della Corte di appello di Roma ha sperimentato la discussione in camera di consiglio di tutte le cause fissate, due giorni prima dell'udienza, in modo da pianificarne la trattazione, nonché l'adozione del modulo decisorio *ex* art. 281-*sexies* c.p.c. Su quest'ultima strada si era messo anche il legislatore nel 2011 (v. le modifiche degli artt. 351 e 352 c.p.c., introdotte dalla l. n. 183 del 2011, v. avanti).

(4) Gazz. Uff., 11 agosto 2012, n. 187, suppl. ord. n. 171.8.

(5) Sulla riforma delle impugnazioni civili: Bove, *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *www.judicium.it.*; Caponi, *Contro il filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, in *www.judicium.it*; Caponi, *Rispetto all'obiettivo della crescita del paese gli interventi sul processo civile sono adeguati?*, in *Guida dir.*, 25 agosto 2012, n. 33-34, p. 9; Caponi, *La riforma del giudizio d'appello*, in *Foro it.*, 2012, fascicolo di settembre; Consolo, *Lusso*

Molte volte si è ripetuto che il funzionamento della giustizia civile non dipende prevalentemente dalla disciplina legislativa, bensì da fattori di ordine materiale, in particolare dalla disponibilità di risorse e dall'organizzazione degli uffici giudiziari.

Si risponde da molti anni che i soldi non ci sono (però la *spending review* ha fatto la sua timida comparsa in Italia solo a partire dalla metà degli anni duemila: su quali elementi sono state fondate in precedenza queste valutazioni?). Pertanto, invece di aumentare le risorse, si aspira a diminuire il numero dei processi (in questo caso: d'appello).

La soluzione, che si dice ispirata ai modelli inglese e tedesco (6), è quella di congegnare un filtro di inammissibilità incentrato sulla prognosi che l'appello sia privo di una ragionevole probabilità di essere accolto. Tale prognosi è formulata dal medesimo giudice dell'appello prima della trattazione dello stesso (art. 348-*bis* c.p.c.). In questo modo — sostiene la relazione d'accompagnamento — « si selezioneranno le impugnazioni meritevoli di essere trattate nel pieno merito, con efficiente allocazione della risorsa giudiziaria, tenendo conto che, attualmente, nel 68% dei casi il giudizio di appello si conclude, nei processi civili, con la conferma di quello di primo grado ».

Il filtro non opera nelle cause in cui è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, né nei casi in cui l'attore abbia scelto in primo grado di avviare la causa sui binari del procedimento sommario di cognizione (7).

All'udienza, prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, qualora ricorrano i presupposti dell'art. 348-*bis*, comma 1° c.p.c. sia per l'impugnazione principale che per quella incidentale tempestiva, il giudice dichiara inammissibile l'appello, con ordinanza succintamente motivata che può limitarsi a rinviare a fatti descritti negli atti di causa, nonché a precedenti conformi. Se non ricorrono i presup-

o necessità nelle impugnazioni delle sentenze, in *www.judicium.it*; Costantino, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del « filtro »*, in *www.treccani.it/magazine/diritto*; De Cristofaro, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima « riforma urgente »: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in *www.judicium.it*.

(6) V. la relazione di accompagnamento al d.l. n. 83 del 2012.

(7) Art. 348-*bis*, comma 2° c.p.c.

posti della inammissibilità, il giudice procede alla trattazione dell'appello (8).

In caso di pronuncia d'inammissibilità, diventa impugnabile per cassazione direttamente la decisione di primo grado (9), in coerenza con il fatto che la pronuncia di inammissibilità non ha carattere sostitutivo (10). Se la Corte di cassazione accoglie il ricorso (per motivi diversi da quelli indicati dall'art. 382 c.p.c., che si occupa della decisione sulle questioni di giurisdizione e di competenza, nonché della cassazione senza rinvio), rinvia la causa al giudice che avrebbe dovuto pronunciare sull'appello e si applicano le disposizioni sul giudizio di rinvio (artt. 392 ss. c.p.c.) (11).

3. — Ad una prima impressione, questa riforma sembra trovare un qualche fondamento nelle riflessioni della scienza italiana di diritto processuale comparato: « una seria riforma del processo civile non è possibile se non viene profondamente riveduto, e ridimensionato, il sistema delle impugnazioni. Un secondo giudizio di fatto, come dovrebbe essere l'appello attuale, non si giustifica [...]. Non si giustifica, perché il vero giudizio di fatto è quello che si pone in rapporto di immediatezza con l'assunzione delle prove e discende da una partecipazione diretta del giudice alle attività istruttorie » (12).

Le suggestioni derivanti dall'esame dell'esperienza anglosassone sembrano evidenti in questo passo, pur centrato su una visione continentale del processo civile.

(8) Art. 348-*ter*, commi 1° e 2°, c.p.c.

(9) Art. 348-*ter*, comma 3° c.p.c. In tal caso il termine per il ricorso per cassazione decorre dalla comunicazione o notificazione, se anteriore, dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilità. Si applica l'art. 327 c.p.c., in quanto compatibile.

(10) Un problema secondario, ma meritevole di essere ricordato è la sorte dei provvedimenti emanati in secondo grado, compreso quello sulle spese, in caso di accoglimento del ricorso per cassazione. Essi dovranno essere caducati ai sensi dell'art. 336, comma 2° c.p.c., interpretando in senso ampio la nozione di provvedimenti dipendenti dalla sentenza cassata.

(11) Art. 383, comma 4°, c.p.c., aggiunto dall'art. 54, comma 1°, lett. *c*).

(12) Denti, *Riforma o controriforma del processo civile? Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, p. 288, e Cappelletti, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, in *Giust. e comunità*, Milano, 1977, p. 116, entrambi citati da Mitidiero, *Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil. Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni*, in *Revista de processo*, 36 (2011), pp. 83 e 84.

Non si può evitare di estendere l'indagine in una prospettiva di diritto comparato.

4. — In effetti, nel processo civile inglese i mezzi di impugnazione sono strumenti eccezionali, che sono impiegati solo per correggere errori della sentenza di primo grado. In questa esperienza non ha mai trovato terreno fertile l'idea che la controversia giudiziaria sia di regola una partita che non si esaurisce in un solo incontro, ma conosce una « rivincita » in grado di appello e molto frequentemente anche una « bella » dinanzi ad una corte suprema (13). Una prima conferma immediata si ricava dalla tradizionale presenza di una specie di autorizzazione ad impugnare (*leave to appeal*), che è stata ristrutturata sulla base dell'*Access to Justice Act* del 1999 (14). Esso ha concesso al *Civil Procedure Rule Committee* (15) il potere di introdurre il *permission to appeal*, in via di principio, in relazione alle impugnazioni di tutte le sentenze. Questo potere è stato pienamente sfruttato: solo in pochi casi, tra i quali campeggiano quelli in cui si incide sulla libertà personale della parte, non occorre il *permission to appeal* (16). Il permesso di proporre il mezzo di impugnazione è concesso (17) sulla base di una prognosi positiva dell'esito del giudizio ovvero di un altro grave motivo: *the court considers that the appeal would have a real prospect of success* (18); *or there is some other compelling reason why the appeal should be heard* (19). Si tratta di uno strumento molto

(13) Jolowicz, *The Role of the Supreme Court at the National and International Level: General Report, in The Role of the Supreme Courts at the National and International Level. Reports for the Thessaloniki International Colloquium*, a cura della International Association of Procedural Law e della Faculty of Law of the Aristotele University of Thessaloniki, Thessaloniki, 1998, pp. 37 e 59.

(14) Sul giudizio di ammissibilità, v. ampiamente Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure*, London, 2006, p. 850; Andrews, *The modern civil process. Judicial and alternative forms of dispute resolution in England*,[1], Tübingen, 2008, p. 153.

(15) Si tratta della commissione, articolazione del potere esecutivo, incaricata di aggiornare continuamente la disciplina delle *Civil Procedure Rules.*

(16) Cfr. *Rule* 52.3 (1) *CPR.*

(17) Il permesso è concesso dal giudice di primo grado o, in caso di decisione negativa di questi, può essere chiesto al giudice di appello.

(18) Cfr. *Rule* 52.3 (6) (a) *CPR.*

(19) Cfr. *Rule* 52.3 (6) (b) *CPR.*

incisivo (20). Esso anticipa in via sommaria il procedimento di merito d'appello e contribuisce a consolidare il profilo del giudizio di primo grado come istanza tendenzialmente unica per la composizione della controversia.

Tuttavia, non è questa l'esperienza che il legislatore italiano ha tenuto principalmente in considerazione nel proporre l'introduzione dell'art. 348-*bis* c.p.c. Nell'esperienza inglese l'appellabilità della sentenza di primo grado è l'eccezione, mentre continua a dover essere la regola nel processo civile italiano, pur dopo la prevista introduzione dell'art. 348-*bis* c.p.c. Questa differenza tra eccezione e regola riveste un significato centrale, poiché è il riflesso della diversità delle basi politiche e culturali che ispirano l'amministrazione della giustizia nei paesi di *civil law* e di *common law*. Negli ordinamenti di *civil law*, essa è maggiormente centrata su una struttura statale burocratica e gerarchica. Negli ordinamenti di *common law*, essa è più aperta alla società civile, è meno burocratica e gerarchica (21). La tradizionale avversione nei confronti dei mezzi di impugnazione dipende storicamente dalla presenza della giuria. Benché scomparsa di fatto già da molto tempo (22), la giuria lascia una traccia permanente nella odierna struttura del processo civile inglese (23).

5. — Per individuare la fonte di ispirazione più immediata della proposta di introdurre un filtro di inammissibilità dell'appello si deve guardare alla riforma del processo civile tedesco del 2001, che non solo ha toccato il giudizio d'appello, ma anche la terza istanza, nonché alcuni aspetti del giudizio di primo grado (24).

(20) Un *permission to appeal* può contenere anche limitazioni o condizioni: cfr. *Rule* 52.3 (7) *CPR*.

(21) Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986. Questa posizione è più sfumata in Id., *The Common Law/Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction*, in *Common law Civil Law and the Future of Categories*, Lexis Nexis, 2010, p. 3.

(22) L'eclisse della giuria comincia con una legge del 1854 che consente alle parti di rinunciarvi di comune accordo.

(23) Per un più ampio discorso sul punto di rinvia a Caponi, *L'appello nel sistema delle impugnazioni civili (note di comparazione anglo-tedesca)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 631; Stürner, *Die Anfechtung von Zivilurteilen: eine funktionale Untersuchung der Rechtsmittel im deutschen und englischen Recht*, München, 2002, p. 269.

(24) Cfr. *Zivilprozeßreformgesetz* (2001). Nella letteratura italiana, v. Lucertini,

La riforma si è mossa secondo direttrici parallele, tra di loro coordinate in una prospettiva di razionalizzazione dello svolgimento del processo ordinario di cognizione nel suo complesso. In primo luogo, l'accesso alla Corte suprema (*Bundesgerichtshof, BGH*) è limitato alle cause che presentino una questione di significato fondamentale, oppure che offrano alla Corte l'occasione di assicurare l'uniformità della giurisprudenza o il « perfezionamento » del diritto. Sopravvive però provvisoriamente anche un filtro di valore: nelle cause che non superino i 20.000 euro di soccombenza, non può essere proposto il reclamo al *BGH* contro il provvedimento di non ammissione della *Revision* emanato dal giudice d'appello (*Nichtzulassungsbeschwerde*) (25). La riforma ha introdotto poi alcune novità dirette a migliorare la cognizione della causa nel giudizio di primo grado, in particolare attraverso una riformulazione del potere giudiziale di direzione sostanziale del processo, nonché l'ampliamento del campo di applicazione del potere d'ufficio del giudice di disporre l'esibizione dei documenti, di oggetti di ispezione e di oggetti di consulenza tecnica (26).

Come anello di congiunzione tra la prima e la terza istanza, la disciplina legislativa del giudizio di appello, così come riformata nel 2001, riproduce al suo interno la tensione generata da questi due poli del processo. Il giudizio di appello persegue infatti due funzioni distinte, ma combinate tra di loro. Da un lato, esso si ispira al giudizio di revisione. Il giudice d'appello è tendenzialmente vincolato agli accertamenti di fatto compiuti in primo grado (27). La sua attività si indirizza in prima battuta al controllo degli errori e non più, come in precedenza, alla ripetizione del giudizio (28). L'idea che

La riforma dell'appello civile in Germania: il declino del giudizio de novo, in questa rivista, 2006, p. 915.

(25) Cfr. § 543, § 566 *ZPO*. La norma sul filtro di valore è stata collocata fra le norme di attuazione del codice di procedura civile (§ 26, n. 8 *EgZPO*) ed è stata prorogata, per ora, fino al 31 dicembre 2014.

(26) Cfr. § 142, § 144 *ZPO*. Cfr. Caponi, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 523.

(27) Il vincolo promana anche dagli accertamenti di fatto che non assumono un valore portante della decisione. Esso non è a disposizione delle parti. Cfr. Rimmelspacher, *Berufungsrichter: Tatrichter oder Revisionsrichter, 2. Hannoveraner Zpo-Symposion*, in *NJW-Sonderheft*, 2003, pp. 14 e 15.

(28) L'attuale disciplina non riproduce più la norma contenuta nel § 525 *ZPO*

ha guidato il legislatore nell'introdurre questa nuova determinazione di scopo è che un rinnovato accertamento in appello non conduce di regola a risultati più affidabili rispetto a quelli conseguiti in primo grado (29). Dall'altro lato, il giudizio di appello si ispira al giudizio di primo grado: in via di principio il giudice di appello assume le prove necessarie a decidere la causa nel merito, correggendo l'errore (30).

Tutto ciò accade sempre che la causa superi i filtri all'accesso del giudizio. In primo luogo, se il valore della soccombenza non supera i 600 euro, la causa è soggetta ad una vincolante valutazione di ammissibilità dell'appello da parte del giudice di primo grado, che sortisce un esito positivo, se la causa esibisce una questione di significato fondamentale, oppure se offre al giudice d'appello l'occasione di assicurare l'uniformità della giurisprudenza o il « perfezionamento » del diritto (31). Ciò significa praticamente che, nella maggior parte dei casi, le cause in cui il valore della soccombenza non supera i 600 euro sono decise in primo ed unico grado.

In secondo luogo — ed è questo il solo tratto che il legislatore italiano vorrebbe (parzialmente) importare — la riforma del 2001 ha introdotto un filtro d'ammissibilità dell'appello. Per saggiare la congruità del richiamo a questa soluzione è opportuno ricostruire nel dettaglio la disciplina originaria, l'applicazione nel corso dei primi dieci anni, le reazioni, le notevoli modifiche del 2011. Si tratta del § 522, Abs. 2 e 3 *ZPO* che, nella versione introdotta con la riforma del 2001, si esprimeva in questi termini: « il giudice d'appello respinge senza ritardo l'appello con ordinanza all'unanimità, qualora sia persuaso che: 1. l'appello non abbia alcuna prospettiva di successo (*keine Aussicht auf Erfolg*); 2. la causa non abbia alcun significato fondamentale/di principio; e che 3. l'evoluzione del diritto o l'uniformità della giurisprudenza non richiedano una decisione del giudice d'appello. Il giudice d'appello o il presidente avverte previamente le parti dell'intenzione di respingere l'appello,

previgente, ove si prevedeva che la controversia « viene trattata di nuovo » in grado di appello.

(29) Cfr. Rimmelspacher, *Berufungsrichter: Tatrichter oder Revisionsrichter*, cit., p. 11.

(30) Cfr. § 538, Abs. 1, *ZPO*.

(31) Cfr. § 511 *ZPO*. Schafft, *Selektion von Rechtsmittelverfahren durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen*, Tübingen, 2005.

indicandone i motivi, ed offre all'appellante l'opportunità di prendere posizione, entro un termine fissato *ad hoc*. L'ordinanza che respinge l'appello deve essere motivata, salvo che i motivi non risultino già dall'avvertimento dato alle parti. L'ordinanza che respinge così l'appello non è impugnabile ». Questa disposizione era diventata subito una delle più discusse e criticate di tutta la riforma del 2001, innanzitutto per l'impossibilità di impugnare il provvedimento che respingeva l'appello per difetto di prospettiva di successo e poi anche per le modalità processuali, in particolare per la mancanza dell'udienza. Insomma, con questa disposizione la frenesia efficientistica del legislatore tedesco aveva passato davvero il segno, pur in un ambiente ispirato tendenzialmente ad una fiducia reciproca tra avvocati e giudici. La prima applicazione aveva rivelato inoltre notevoli differenze da un ufficio giudiziario all'altro nelle percentuali degli appelli respinti attraverso il nuovo strumento. Un primo argine era giunto dal Tribunale costituzionale federale nel 2008 (32). Con una pronuncia di incostituzionalità parziale, il *Bundesverfassungsgericht* aveva escluso che i giudici d'appello potessero respingere l'appello con ordinanza non impugnabile, qualora alla base del provvedimento vi fosse una questione di diritto controversa e non ancora chiarita dalla giurisprudenza della Corte suprema. In tal caso i giudici d'appello dovevano decidere con sentenza, affinché quest'ultima potesse essere esposta al controllo da parte della Corte suprema, quantomeno attraverso il reclamo contro la non ammissione della *Revision* (la già ricordata *Nichtzulassungsbeschwerde* di cui al § 544 *ZPO*).

L'assestamento probabilmente definitivo è giunto con la modifica entrata in vigore il 27 ottobre 2011 (33), che ha inasprito il parametro (il difetto di prospettiva di successo deve essere « manifesto »), ha inserito un ulteriore presupposto negativo (non deve essere necessaria la trattazione in udienza), ha aggiunto ulteriori oneri di motivazione (l'ordinanza deve contenere un rinvio agli

(32) *BVerfG*, 4 novembre 2008, 1 BvR 2987/06.

(33) Vedi *Gesetz zur Anderung des § 522 der Zivilprozessordnung*, in *BGBl*, I, p. 2082. Sul punto v. Gottwald, *Reformwellen im Zivilprozessrecht des vereinten Deutschlands*, in Sutter-Somm/ Harsagi (eds.), *Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende*, Zürich, 2012, pp. 29 e. 34; Weller, *Rechtsfindung und Rechtsmittel: Zur Reform der Zivilprozessualen Zurückweisung der Berufung durch Beschluss*, in *Zeitschrift für Zivilprozess - ZZP*, 124 (2011), p. 343.

accertamenti di fatto di cui alla sentenza impugnata, con l'esposizione di eventuali modifiche o integrazioni), ma soprattutto ha introdotto contro il provvedimento il reclamo dinanzi al *BGH* (*Nichtzulassungsbeschwerde*, qualora il valore della soccombenza superi i 20.000 euro.

6. — L'introduzione del filtro d'inammissibilità in appello presta il fianco alle seguenti obiezioni.

In primo luogo, è facile prevedere un ulteriore aggravio del carico di lavoro della Corte di cassazione, già sovraccarica oltre misura (nel 2011, nel civile: 30889 ricorsi sopravvenuti; 32.948 definiti; 95.594 pendenti a fine anno) (34) e così difficilmente in grado di garantire l'uniforme interpretazione del diritto, nonostante gli sforzi dei giudici addetti. Come si è osservato: « l'appello infatti serve non solo a dare sfogo pieno alla garanzia soggettiva dell'impugnazione [..], ma assolve anche [..] alla funzione di primo filtro all'accesso in Cassazione. Ed infatti a fronte dei circa centoventimila appelli civili annui abbiamo solo circa venticinquemila ricorsi per cassazione (dedotti i ricorsi avverso le decisioni tributarie e i regolamenti di giurisdizione e di competenza): abolire l'appello significherebbe fare aumentare a dismisura il numero dei ricorsi per cassazione in quanto questo sarebbe l'unico rimedio ordinario attraverso cui dare sfogo alla garanzia soggettiva dell'impugnazione: con ulteriore aggravio dei problemi della nostra Corte suprema » (35). Ebbene, in tutti i casi di pronuncia d'inammissibilità l'appello è sostanzialmente abolito.

L'obiettivo di accelerare il giudizio di appello era stato perseguito in modo più razionale appena qualche mese fa con l'introduzione della possibilità di applicare anche in secondo grado il modello decisorio a séguito di trattazione orale (art. 281-*sexies* c.p.c.) (36).

(34) Cfr. *http://www.cortedicassazione.it/Documenti/CCStatisticheCivile_2011.pdf.*

(35) Così, Proto Pisani, *Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 65.

(36) Vedi le modifiche degli artt. 351 e 352 c.p.c., introdotte dalla l. 12 novembre 2011, n. 183 ed entrate in vigore alla fine di gennaio del 2012. Su questa modifica, v. Carratta, *La « semplificazione dei riti » e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, p. 139. Dispiace che in sede di lavori parlamentari di conversione del d.l. n. 83 del 2012 non sia passata la soluzione più equilibrata, cioè l'emendamento diretto ad

Senza attendere l'impatto pratico di questa modifica, che non può essere evidentemente valutato nell'arco di pochi mesi, il legislatore interviene di nuovo a perseguire fondamentalmente lo stesso obiettivo con un ulteriore strumento.

In altri ordinamenti giuridici la valutazione di questi cumuli di interventi legislativi animati dallo stesso scopo, ma privi di coordinamento, ha lasciato il profilo dell'opportunità, per avviarsi verso l'analisi dei limiti costituzionali entro i quali è possibile richiedere al legislatore, nella successione delle leggi nel tempo, un grado minimo di coerenza nello sviluppo dell'ordinamento giuridico (37). Una sensibile applicazione del canone della ragionevolezza consentirebbe di colpire queste operazioni anche nell'ordinamento italiano.

In secondo luogo, il parametro di giudizio che l'impugnazione non abbia una « ragionevole probabilità di essere accolta » concede un margine di apprezzamento eccessivo al giudice dell'impugnazione, poiché gli consente di dichiarare inammissibile un'impugnazione che pur abbia una probabilità di essere accolta, sol che questa probabilità sia a suo giudizio non « ragionevole ». Non si sa bene che cosa ciò significhi in via generale ed astratta. Lo si potrà sapere solo dopo aver letto la succinta motivazione dell'ordinanza che reca questo giudizio. A fronte di un sottilissimo strato di appelli manifestamente infondati sotto ogni cielo, vi sarà la maggior parte dei casi in cui il giudizio d'inammissibilità significherà molte cose diverse, a seconda del temperamento e della volontà del giudice che lo pronuncia. È inevitabile infatti che un parametro così formulato,

aggiungere il seguente comma 4° all'art. 350 c.p.c.: « 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 ». A vantaggio di questa soluzione si potevano invocare ragioni di metodo e di sostanza. Essa si collocava sul solco del precedente intervento legislativo, 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.

(37) Kloepfer, *Gesetzgebung im Rechtstaat*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 40 (1982), pp. 63 e 83.

applicato ad uno strumento nuovo per il nostro ordinamento, apra la porta ad un volontarismo giudiziale difficilmente tollerabile in considerazione delle condizioni attuali delle relazioni tra giudici ed avvocati in Italia.

Quest'ultimo aspetto merita un rapido approfondimento. Un fattore negativo tipico dell'ambiente italiano è che la fisiologica contrapposizione di ruoli processuali tra avvocato e giudice tende a trasformarsi, a trasmodare in un generalizzato conflitto tra le due categorie professionali. In questo contesto non può sorprendere che le riforme della giustizia civile siano sempre più frequentemente il terreno di scontro tra avvocati e magistrati. La vicenda relativa alla riforma del giudizio d'appello ne è una conferma paradigmatica. Essa divide gli animi. Però non li divide tanto lungo una linea segnata dal confronto e dallo scambio tra argomenti giuridici (come sarebbe auspicabile), bensì soprattutto lungo la linea segnata dal ruolo professionale: i magistrati sono quasi totalmente favorevoli alla riforma; gli avvocati sono quasi totalmente contrari. Si scopre così che sono un'eccezione in Italia quegli abiti mentali e culturali condivisi dai protagonisti della esperienza processuale che — insieme ad un potere politico da sempre vigilante sulle sorti della giustizia civile statale — costituiscono il motore propulsore dell'efficienza e della effettività della giustizia civile tedesca. A tale proposito si deve osservare che « una conflittualità permanente tra avvocatura e magistratura non esiste in egual misura in altri paesi europei, non esiste ad esempio né in Germania né in Inghilterra, ove appunto i due grandi rami della professione forense si sviluppano — pur con profonde differenze tra i due Paesi — in una stretta connessione reciproca sia quanto alla formazione sia quanto agli accessi » (38).

Questo è il primo aspetto da meditare quando si pensa di introdurre nel processo civile italiano una soluzione « ispirata ai modelli inglese e tedesco », che — come in questo caso — incide così profondamente sulle relazioni tra giudici e avvocati. Questo ci insegna anche lo studio comparato del diritto, che non può essere condotto senza la costante e vigile considerazione delle interrela-

(38) Così, Padoa Schioppa, *Verso l'istituzione delle scuole forensi*, in *Stud. Iur.*, 1997, p. 1007.

zioni con l'ordinamento e la cultura in cui i fenomeni studiati si collocano (39).

Non si può escludere inoltre che sul giudizio d'inammissibilità pesino di fatto le condizioni di lavoro del giudice dell'impugnazione, predisponendo quest'ultimo ad un giudizio eccessivamente severo laddove il carico delle cause pendenti sul suo ruolo sia pesante. Beninteso, poiché le risorse del servizio giustizia sono scarse rispetto al fabbisogno, è inevitabile che l'effettività del rimedio giurisdizionale nella singola controversia, cioè la congruità della risposta al bisogno individuale di tutela nel singolo caso, divenga ormai una variabile dipendente dalla necessità di assicurare l'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso, cioè un'allocazione tendenzialmente ottimale delle risorse rispetto ai risultati medi che il servizio giustizia è chiamato a realizzare nella gestione della massa dei processi (40). Ma questa operazione può essere compiuta sulla base di strumenti che palesemente — come si vedrà nel paragrafo finale di questo saggio — consentano di individuare un punto di equilibrio tra la protezione degli interessi individuali di chi agisce o si difende nel singolo processo e gli interessi, considerati nel loro complesso, di coloro che sono terzi rispetto alla singola vicenda processuale, cioè degli altri utenti potenziali o attuali del servizio giustizia, interessi che si appuntano sulla gestione efficiente dell'insieme dei processi. Così come configurato dall'art. 54 cit., il giudizio di ammissibilità dell'appello non può rientrare fra tali strumenti, poiché il parametro tiene conto esclusivamente della probabilità di accoglimento del singolo appello. Cosicché il carico delle cause pendenti sul ruolo del giudice dell'impugnazione peserà in modo occulto. In realtà, l'obiettivo vero della riforma è proprio questo: trasformare quel circa 70% per cento di appelli dichiarati infondati, al termine del processo, in provvedimenti d'inammissibilità con un'attività di cognizione minima, all'inizio del processo: una specie di « quadratura del cerchio ».

(39) Così, Von Mehren, *The Judicial Process: A Comparative Analysis*, in 5 *Am. J. Comp. L.*, 197 (1956), il quale osserva espressamente: « ogni sistema funziona come un tutto. Le sue tendenze generali dipendono dalla interazione in situazioni concrete di tutti gli elementi in discussione [..]. Solo dopo aver analizzato per ogni sistema l'intera gamma dei suoi elementi storici, istituzionali e sociali [..] possono essere offerte generalizzazioni comparatistiche ».

(40) Per un più ampio discorso sul punto, v. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in questa rivista, 2011, p. 389.

In terzo luogo, se l'inammissibilità dell'appello è superata dall'accoglimento del ricorso per cassazione, la prosecuzione del processo dinanzi al giudice che avrebbe dovuto pronunciare sull'appello dovrebbe essere disciplinata direttamente dalle norme sul giudizio d'appello, non da quelle sul giudizio di rinvio.

7. — In questa prospettiva si lasciano valutare anche i nuovi requisiti di forma-contenuto dell'atto introduttivo del giudizio d'appello, previsti dal nuovo testo dell'art. 342 c.p.c., intonato al § 520, comma 3°, frase 2, nn. 1 e 2, codice di procedura civile tedesco. In particolare si prevede che l'appellante indichi specificamente, a pena di inammissibilità, le parti del provvedimento impugnate, le modifiche richieste alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado, nonché le circostanze da cui deriva la violazione di legge e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata (artt. 342, comma 1°, 434, comma 1° c.p.c., nuovo testo).

La giurisprudenza tedesca interpreta tali requisiti in modo abbastanza generoso e così ritiene che, in relazione all'onere di individuare le parti del provvedimento impugnate, il mezzo di impugnazione debba intendersi come indirizzato a colpire l'intera decisione rispetto alla quale si registra la soccombenza dell'appellante ([41]). Niente però garantisce che l'orientamento flessibile della giurisprudenza tedesca sarà seguìto anche in Italia. Anzi, accadrà probabilmente il contrario: il nuovo testo dell'art. 342, comma 1°, c.p.c. è pensato come un ulteriore dispositivo di filtro che ha come parametro il rispetto dei requisiti di forma-contenuto ivi previsti. Ciò significa in pratica che, mentre per dichiarare inammissibili appelli privi di una « ragionevole probabilità » di essere accolti, sebbene muniti dei requisiti di cui all'art. 342, comma 1°, c.p.c., il giudice dovrà svolgere una sia pur minima attività cognitiva circa la fondatezza dei motivi di appello, se l'atto di appello non risponde già ai requisiti di cui all'art. 342, comma 1°, c.p.c., esso è da dichiarare inammissibile, all'esito della semplice sussunzione del fatto nella fattispecie legale.

8. — La soluzione adottata non solleva profili di incostituzio-

([41]) Cfr. *BGH*, 9 settembre 2008, VI ZB 53/07, indirizzo confermato recentemente da *BGH*, 29 marzo 2012, V ZB 176/11.

nalità. Questo dato è confermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: « il 'diritto ad una corte', di cui il diritto di accesso è un aspetto, non è assoluto, bensì è soggetto a limitazioni [...], in particolare per quanto concerne le condizioni di ammissibilità di un mezzo di impugnazione, giacché quest'ultimo nella sua essenza richiede di essere disciplinato dallo Stato, che gode di un certo margine di apprezzamento a tal riguardo. Tuttavia queste limitazioni non devono restringere o ridurre l'accesso in modo tale o con tale estensione da pregiudicare l'intima essenza di questo diritto; in particolare tali limitazioni non sono compatibili con l'art. 6, comma I Cedu, qualora esse non perseguano uno scopo legittimo, ovvero qualora non vi sia una ragionevole relazione di proporzionalità tra il mezzo impiegato e lo scopo perseguito » (42). Sulla base di questo criterio, non vi è dubbio che la Corte edu qualificherebbe come scopo legittimo quello di prevedere un procedimento semplificato di definizione per appelli privi di una ragionevole probabilità di essere accolti.

Certamente, non si può teoricamente escludere che vengano presentati dinanzi alla Corte casi di abuso dello strumento. Ma quale efficacia avrebbe un'eventuale pronuncia di accoglimento del ricorso su altri casi rispetto a quello deciso?

Il quesito è di ordine generale. Di tale ordine deve essere anche la risposta (43).

Quando si parla della portata delle pronunce della Corte edu non si deve mai omettere di collegarle strettamente ai fatti sottostanti, anche se non è sempre facile ricostruirli con precisione ed è ancora meno facile tenerli presenti quando si procede ad ulteriori applicazioni della *ratio decidendi* ad un nuovo caso e si valuta l'opportunità di un *distinguishing* (44). La *ratio decidendi* è saldamente agganciata a quel fatto che si è già verificato nel passato ed ha

(42) Corte edu, 21 giugno 2011, *Dobrić v. Serbia*, con riferimenti alla precedente giurisprudenza della Corte, reperibile nella banca dati ufficiale *Hudoc* (*http://tinyurl-.com/hudoc*, link abbreviato), che dal 26 giugno 2012 è uscita in una nuova versione, più amichevole della precedente.

(43) Nei passi successivi del testo si sintetizzano i risultati conseguiti in Caponi, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3753.

(44) Su questi temi è molto utile la lettura della raccolta di scritti di Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981. In particolare si segnala *« Ratio decidendi » e « obiter dictum »*, p. 331.

dato origine alla pronuncia giudiziale, un fatto che proietta permanentemente la propria ombra sul *dictum* giudiziale, con tutta la maggiore forza che, rispetto alla fattispecie legale astratta, gli deriva sia dall'essersi già verificato nella realtà, sia dal non dover temere la concorrenza della *ratio legis.* Da un lato, questo tratto rivela la debolezza della portata normativa della pronuncia giudiziale rispetto alla legge, che *in apicibus* discende dal principio della domanda, dal carattere necessariamente reattivo dell'intervento giurisdizionale. Dall'altro lato, questo tratto rivela la forza degli orientamenti giurisprudenziali: la loro capacità di reagire con circospezione, passo dopo passo, fatto dopo fatto, ai mutamenti della realtà (45).

Il problema consiste nell'approfondire come una certa *ratio decidendi* possa essere applicata ad un altro caso rispetto a quello deciso. L'individuazione dei fatti rilevanti per la decisione del caso è un'opera di selezione e di costruzione, di tipizzazione in una fattispecie astratta (analoga alla fattispecie della norma giuridica, laddove quest'ultima rivesta la struttura della regola) (46) dei fatti che il giudice trova dinanzi a sé, o meglio dei racconti che ne fanno le parti. È questa fattispecie ricostruita che è descritta nella *ratio decidendi* e trova espressione nella massima giurisprudenziale che viene elaborata poi dagli uffici studio della Corte e dalle redazioni delle riviste giuridiche. Ma le regole giurisprudenziali, le *rationes decidendi*, si applicano a quei casi della vita che giungono dinanzi al giudice, non alla fattispecie astratta che ne viene poi desunta.

Ne segue che l'applicazione di un certo *dictum* giurisprudenziale ad un altro caso rispetto a quello deciso non si può compiere se non attraverso la lettura attenta e integrale del testo della sentenza, e non della massima che ne è stata estratta. Due narrazioni complete dei fatti della vita sono da sottoporre a valutazione comparativa: quella del caso deciso e quella del caso da decidere. Si tratta di un lavoro lungo, che è da compiere senza risparmio di energie.

Per ritornare al nuovo art. 348-*bis* c.p.c., la « decostruzione » della tipizzazione della fattispecie sottesa al predente, la reimmer-

(45) Cfr. Caponi, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro it.*, 2011, I, c. 3344.

(46) Cfr. Gorla, *« Ratio decidendi » e « obiter dictum »*, cit., p. 332; Hruschka, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Bologna, 2009.

sione nel flusso della narrazione processuale degli elementi di fatto stilizzati nella massima, ai fini del confronto con il nuovo caso da decidere, rivelano quanto sarebbe difficile risalire dall'accertamento di singoli abusi interpretativi ad un giudizio che affermi in via generale l'inadeguatezza di questa norma ad assicurare risultati conformi al giusto processo.

9. — Il legislatore ha colto l'occasione della riforma per limitare il potere di dedurre nuove prove in appello (art. 345, comma 2°, c.p.c., nuovo testo). Ciò desta poche preoccupazioni: alle esigenze di tutela effettive in questa materia (fatti e prove sopravvenute, tardivo rilievo di una questione rilevabile d'ufficio che renda rilevanti nuovi fatti da provare, nullità di atti di istruzione probatoria che impongano una rinnovazione del mezzo di prova) è chiamata a rispondere una ragionevole interpretazione della norma sulla rimessione in termini per causa non imputabile (47).

Inasprimento anche per la proponibilità di nuove prove in appello nel procedimento sommario di cognizione: oltre alla predetta ipotesi di rimessione in termini, sono ammesse solo le nuove prove « indispensabili » (art. 702-*quater* c.p.c., nuovo testo).

10. — Il secondo obiettivo fondamentale della riforma è la limitazione della possibilità di proporre ricorso per cassazione per vizio della motivazione su questione di fatto (art. 360, n. 5, c.p.c.) (48). Esso si realizza in due modi. In primo luogo, si modifica di nuovo il testo dell'art. 360, n. 5, c.p.c. Dalla « omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio » si passa adesso allo « omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti ». In secondo luogo, qualora l'inammissibilità dell'appello, secondo il nuovo art. 348-*bis* c.p.c., sia pronunciata per le medesime ragioni di fatto poste a base della decisione impugnata, ovvero qualora l'appello sia rigettato a cognizione ordinaria (con sentenza)

(47) Sul punto rinvio a Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996.

(48) Su questo punto v. Bove, *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *www.judicium.it.*

per le stesse ragioni, si prevede che non si possa ricorrere in cassazione contro la sentenza di primo grado per il vizio di motivazione *ex* l'art. 360, n. 5, c.p.c.

Questi aspetti della riforma saranno forse meno incisivi sul piano pratico. Infatti, sotto il codice di procedura civile del 1865, la Corte di cassazione giunse a sindacare il vizio di motivazione sulle questioni di fatto dichiarando ammissibile la censura semplicemente sotto il profilo del difetto di motivazione come requisito di forma-contenuto della sentenza. Inoltre l'ordinamento tedesco, che descrive i motivi della *Revision* con la semplice formula della « violazione del diritto » (§§ 545, 546 *ZPO*), comprende entro questa formula anche la violazione della norma sul libero convincimento (§ 286 *ZPO*), in particolare qualora la Corte non prenda in considerazione adeguatamente l'intero contenuto della trattazione e dell'istruzione probatoria, ovvero compia accertamenti di fatto tra di loro contraddittori. Infine, per poter qualificare veramente come incisiva l'abolizione del controllo sulla sufficienza della motivazione, occorrerebbe sapere quanti sono i ricorsi per cassazione con cui si censura esclusivamente l'insufficienza della motivazione, come effettivamente distinta dalla contraddittorietà. Probabilmente non sono molti. Tuttavia, è ragionevole attendersi che la Corte di cassazione utilizzerà questo nuovo spiraglio legislativo per tentare di diminuire il proprio carico di lavoro.

Quanto all'impossibilità di ricorrere in cassazione contro la sentenza di primo grado per il vizio di motivazione *ex* l'art. 360, n. 5, c.p.c., laddove l'inammissibilità dell'appello, secondo il nuovo art. 348-*bis* c.p.c., sia pronunciata per le medesime ragioni di fatto poste a base della decisione impugnata, è irragionevole assoggettare allo stesso trattamento la pronuncia d'inammissibilità dell'appello e il rigetto dell'appello a cognizione ordinaria (con sentenza), tanto più che si preannunciano ordinanze d'inammissibilità davvero succinte.

11. — La proposizione in primo grado della causa nelle forme del procedimento sommario di cognizione è incentivata, poiché in appello essa è sottratta al filtro d'inammissibilità e sono ammesse nuove prove indispensabili. Tale obiettivo è manifestato nella relazione che accompagna il decreto legge: « i dati statistici sul proce-

dimento sommario di cognizione segnalano una grande efficienza dello strumento (con cui i giudizi di primo grado vengono tutti definiti in meno di un anno) che, però, essendo nella maggior parte delle ipotesi opzionale, viene utilizzato attualmente solo in circa il 4% del contenzioso (anche se tale percentuale è destinata a salire con l'entrata a regime del decreto legislativo n. 150 del 2011 che lo ha reso obbligatorio in plurime anche se settoriali fattispecie). Con le previsioni di cui sopra l'utilizzo dello strumento verrà inoltre incentivato, e anche sotto questo profilo verrà migliorata l'allocazione efficiente della risorsa giudiziaria ».

Questo proposito è in linea con la ricostruzione del procedimento sommario come modello semplificato di trattazione della causa, ma a cognizione piena (49). Il prossimo passo coerente con questo approccio dovrebbe essere quello di attribuire al giudice di primo grado il potere di disporre d'ufficio il passaggio della causa dal rito ordinario al rito semplificato, ove l'attore abbia iniziato una causa « semplice » attraverso il rito ordinario.

12. — Nell'esperienza italiana chi si occupa di appello civile in prospettiva di riforma spesso lo fa senza mettere in campo o impiegare strumenti idonei a conoscere come esso funziona nella realtà della vita giudiziaria, al di là della esperienza personale che egli può avere come avvocato, giudice o parte in un processo. Tale esperienza è evidentemente frammentaria e in quanto tale non può essere fatta valere nella indagine scientifica. L'idea che si possa parlare ragionevolmente dell'appello o che — peggio — si possa riformare ragionevolmente l'appello *a priori*, a prescindere dai dati dell'esperienza empirica di vasto raggio, fa parte di un atteggiamento idealistico proprio di ampi settori degli studiosi e degli operatori del diritto (50).

Il ritardo accumulato rispetto agli altri ordinamenti presi in considerazione è enorme, come dimostrano le ampie indagini conoscitive che hanno preceduto in Inghilterra la riforma processuale

(49) Sul punto rinvio a Caponi, *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 334.

(50) Si veda tuttavia Szego, Le *impugnazioni in Italia: perché le riforme non hanno funzionato?*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, 61, Roma, 2008, p. 1.

della fine degli anni novanta del secolo XX. Ma non si può tacere l'esperienza tedesca. A partire dalla prospettiva dischiusa dall'opera del 1914 di Arthur Nussbaum (51), l'esperienza tedesca conosce la *Rechtstatsachenforschung*, la « ricerca sui fatti del diritto », non come sottosettore empirico della sociologia del diritto, non come autonoma disciplina, bensì come orientamento della ricerca teso a ricorrere all'esperienza dei fatti come elemento per ravvivare, approfondire e arricchire l'insegnamento del diritto, nonché per acquisire fruttuose impostazioni nell'esame dei singoli problemi giuridici. Attualmente tutte le riforme più importanti sono precedute in Germania da una *Rechtstatsachenforschung* mirata, così è accaduto anche per la riforma dell'appello (52), e sono seguìte da una attenta valutazione dell'impatto della nuova disciplina sulla realtà giudiziaria (53).

In Italia ci si accontenta di qualche sporadico dato statistico e soprattutto si interviene di nuovo a distanza di meno di cinque mesi dall'entrata in vigore di una modifica legislativa (degli artt. 351 e 352 c.p.c.), che avrebbe potuto ridurre la necessità di impiegare un rimedio così drastico.

Si può constatare una notevole lacuna di valutazione teorica. La riflessione sullo scopo o sulla funzione del giudizio di appello non si correla alla riflessione sullo scopo o la funzione del processo civile nel cui seno l'appello si colloca, ma insiste prevalentemente su una alternativa interna alla logica di una seconda istanza pensata in se stessa, come quella tra *novum iudicium* e *revisio prioris instantiae.* L'aspetto è insidioso, poiché è proprio non solo dell'esperienza italiana, ma anche di quella inglese e tedesca, da cui ha tratto alimento la riforma che si è commentata in questa sede. L'idea di collegare la riflessione sulla funzione dell'appello a quella sullo scopo del processo civile in generale merita di essere suggerita ai giovani studiosi che si cimenteranno in futuro con questo tema, poiché rende maggiormente feconda di risultati scientifici la com-

(51) Cfr. Nussbaum, *Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht*, Tübingen, 1914.

(52) Cfr. Rimmelspacher, *Funktion und Ausgestaltung des Berufungsverfahrens im Zivilprozeß*, Bonn, 2000.

(53) Hommerich, *Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis. Evaluation ZPO-Reform*, Köln, 2006.

parazione trasversale tra famiglie giuridiche. La riflessione può essere diretta a vagliare la seguente ipotesi di lavoro.

L'appello « chiuso », in particolare dominato da un giudizio di ammissibilità e chiuso alle novità, è un tratto strutturale del processo civile inglese, dipendente dallo scopo del giudizio di primo grado di comporre definitivamente la controversia attraverso la presenza della giuria (che esplica la propria influenza ancora oggi, nonostante la sua scomparsa).

L'appello « aperto », in particolare privo di un giudizio di ammissibilità ed aperto ai *nova*, è un tratto strutturale dei sistemi di *civil law*, dipendente da uno scopo del processo civile ancora intonato all'attuazione del diritto oggettivo in caso di controversia, nonché da una mentalità che concepisce la risoluzione giudiziaria della controversia come una partita in più istanze.

Se questa ipotesi di lavoro dovesse incontrare una conferma, si confermerebbe che l'appello è un istituto in cui pesano notevolmente gli elementi strutturali di fondo di una esperienza processuale, tra cui gli abiti mentali e culturali dei protagonisti della vicenda. In particolare: per quanto attiene all'esperienza inglese, nonostante le riforme degli anni 1873 e 1875, la prassi ha conservato il proprio orientamento restrittivo, che consente una rinnovazione del giudizio in appello solo in casi del tutto eccezionali. Per quanto riguarda l'esperienza tedesca, nonostante la riforma del 2001, notevole è il margine di apprezzamento che il giudice di appello si è riconosciuto nel disporre la rinnovazione degli accertamenti compiuti dal giudice di primo grado, così come è notevole il contenimento del giudizio di ammissibilità compiuto dalla modifica del § 522 *ZPO*, apportata nel 2011. Gli elementi strutturali della esperienza processuale ricompongono così nel lungo periodo i sobbalzi legislativi e giurisprudenziali del momento entro la linea evolutiva di lungo periodo del sistema, che ci appare un poco come l'hegeliana astuzia della ragione (54).

Ciò non significa che non si possa e non si debba fare nulla. Per il medio e lungo periodo, se la lacuna è soprattutto di valutazione teorica, non resta che studiare di più. Cioè pensare alla riforma dell'appello nel quadro di una riflessione globale sul primo grado e

(54) Per un più ampio discorso sul punto, v. Caponi, *L'appello nel sistema delle impugnazioni civili (note di comparazione anglo-tedesca)*, cit.

sulla cassazione. Cioè nel quadro dei lavori per un nuovo codice di procedura civile. In questo ampio contesto, il collegamento tra la funzione dell'appello e lo scopo del processo civile può essere impiegato non solo per descrivere la lunga linea degli sviluppi passati, ma anche per cercare di imprimere una discontinuità, non improvvisata (come quella tentata dalla attuale riforma dell'appello), ma sistematica e consapevole. È vero che il processo riflette le conoscenze e i valori, le attitudini e i comportamenti della società in cui si inserisce, ma è anche vero che la disciplina del processo può contribuire a costruire conoscenze e modi di comportamento che influenzano a loro volta la società (55).

Tutto (o quasi) dipende dalla determinazione dello scopo prevalente del processo civile e dall'influenza che questa determinazione è chiamata ad esercitare sulla disciplina dei mezzi di impugnazione. Parlare di « allocazione efficiente della risorsa giudiziaria » non significa nulla, se non si ritorna a riflettere su tale scopo. La nozione di efficienza è formale, priva di contenuto sostanziale, indica una semplice relazione di impiego ottimale di mezzi per conseguire un fine. Qual è il risultato, qual è lo scopo che si intende conseguire con lo svolgimento di un'attività efficiente? Nel settore della giustizia civile, la nozione di efficienza si arricchisce di contenuto attraverso le molteplici sfaccettature che ha assunto nel corso del tempo il concetto di giusto processo (art. 111, commi 1° e 2° Cost.) (56).

Nella tradizione di *civil law*, i valori del giusto processo sono quelli di affidare ad un terzo indipendente, imparziale e disinteressato la giusta e efficiente composizione di una controversia, attraverso la dichiarazione del diritto preesistente al termine di un processo a cui possono partecipare in condizione di parità, per dire e contraddire, i destinatari degli effetti dell'atto finale. I valori sono quelli di garantire accesso alle corti, nonché di mettere a disposizione un rimedio necessario, adeguato e proporzionato (in altri

(55) Così, Chase, *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York-London, 2005.

(56) Per un'ampia analisi comparata della nozione di giusto processo, estesa anche alla distinzione tra nozione di diritto continentale e la nozione statunitense del *due process*, v. Caponi, *Controversie transnazionali ed elementi di giusto processo*, Relazione generale al XIV convegno mondiale dell'Associazione internazionale di diritto processuale, Heidelberg, 26-30 luglio 2011.

termini: un rimedio effettivo) al bisogno di tutela del diritto dedotto in giudizio, entro un termine ragionevole. Sono i valori attuali del processo civile statale, sedimentati nel corso di una lunga evoluzione: passata da una fase in cui la garanzia del giusto processo è configurata essenzialmente come un classico diritto di libertà negativa, e gli obblighi di prestazione a contenuto positivo sono limitati al corretto svolgimento del processo, a fasi successive, che hanno visto la garanzia del giusto processo spostarsi progressivamente verso l'area dei diritti realizzati da notevoli obblighi di prestazione da parte dello Stato, salvo il divieto di abuso del processo: l'affermazione del diritto di azione, come diritto di accesso ai tribunali per ottenere una pronuncia di merito; poi, la conformazione che il diritto di azione, inserito fra le garanzie costituzionali, riceve dall'impegno statale a realizzare l'eguaglianza sostanziale; poi, l'istanza di effettività dei rimedi (non solo diritto alla sentenza di merito, all'esecuzione ed ai provvedimenti cautelari, ma rimedi calibrati per rispondere allo specifico bisogno di tutela del diritto dedotto in giudizio). Alla fine di questa parabola emergono gli imperativi dell'efficienza della giustizia civile, che però non deve svuotare quest'ultima dei contenuti precedenti: se l'efficienza della composizione della singola controversia non deve perdere di vista l'efficienza nella gestione della massa dei processi, la gestione della massa dei processi non deve perdere di vista che lo scopo di ogni singolo processo civile è la giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole.

Ebbene, occorre riconoscere che per conseguire questi obiettivi è necessario, ma anche sufficiente, garantire l'accesso pieno ad una corte di primo grado in condizione di gestire un robusto giudizio in punto di fatto e in punto di diritto. Non è un caso che il processo civile tedesco è efficiente in primo luogo sotto il profilo in cui un processo deve essere in primo luogo efficiente: il processo ordinario di cognizione di primo grado ([57]).

Non occorre garantire l'accesso pieno ad un'intera piramide giudiziaria. L'accesso pieno a gradi successivi al primo, prima che essere ormai insostenibile (come dimostra l'attuale realtà dell'ordi-

([57]) Per un più ampio discorso, v. Caponi, *Aspetti fondamentali del processo civile tedesco (in margine alla traduzione in lingua italiana della ZPO)*, in *Giusto processo civ.*, 2011, p. 71.

namento italiano), è superfluo. Come ed in che misura sia opportuno limitare l'accesso alle corti d'appello ed alla Corte suprema è un problema che ciascun ordinamento risolve a modo suo, prendendo in considerazione le proprie risorse giudiziali in funzione dell'esigenza di assicurare un impiego proporzionato di queste ultime rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi ([58]).

13. — Nel 2010, in un convegno tenutosi presso la Corte di cassazione su iniziativa della stessa Corte, del Consiglio nazionale forense e dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile si sono dette parole molto chiare, che meritano oggi di essere integralmente riportate: « ove si voglia attribuire (o riattribuire) alla nostra Corte di cassazione la funzione propria di ogni Corte suprema di assicurare l'uniformità della giurisprudenza, è necessario introdurre un robusto filtro all'accesso in Cassazione. In tal senso militano i seguenti argomenti: — principio fondamentale di tutte le democrazie, e anche del nostro sistema costituzionale, è la tendenziale (nei limiti dell'umano possibile) eguaglianza dei cittadini (e dei non cittadini) davanti alla legge (v., da ultimo, gli artt. 20 e 52 della carta di Nizza); — il principio di eguaglianza è gravemente leso se, nello stesso periodo storico, il giudice di Palermo interpreta la disposizione "x" in un determinato modo, ed il giudice di Torino in modo diverso; — per assicurare la tendenziale (dinamica) uniformità della giurisprudenza, gli Stati costituzionali contemporanei non hanno saputo trovare soluzione diversa da quella di concentrare davanti ad un'unica Corte suprema il vertice del sistema delle impugnazioni. In tal senso si muovono tutti o quasi gli ordinamenti contemporanei; — perché la Corte suprema possa assolvere questa sua funzione costituzionale (garantire cioè il rispetto del principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge) è necessario però che il numero dei ricorsi sui quali la corte abbia a pronunciarsi sia relativamente ristretto; se ciò non accade la corte è destinata a

([58]) La formula con cui si chiude questo paragrafo è ripresa dall'art. 0.8, intitolato « Efficienza del processo civile », del progetto di nuovo codice di procedura civile elaborato da Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 1.

dividersi in sezioni e le sezioni in collegi, e l'elevato numero dei collegi giudicanti è inevitabilmente causa di contrasti giurisprudenziali. La giurisprudenza della Corte suprema, cioè, anziché essere fonte di orientamento per i giudici di merito, diviene una stessa fonte di disorientamento. È quanto avviene in Italia con gli innumerevoli collegi giudicanti della Corte di cassazione che pronunciano circa trentamila decisioni ogni anno; per ridurre il numero dei ricorsi per cassazione sul cui merito la corte abbia a pronunciarsi, non si è sinora trovato altro sistema da quello di introdurre c.d. filtri volti ad assicurare che la corte si pronunci solo quando la violazione denunciata "involga una questione di rilievo generale, o che sia stata risolta in contrasto con orientamenti costanti della corte". In tal modo l'ammissibilità del ricorso è fatta dipendere dalla sua coerenza o no con una clausola generale, clausola generale nella cui interpretazione (come nell'interpretazione di tutte le clausole generali presenti nell'ordinamento) la corte non potrà non fare uso di un suo qualche potere discrezionale (ma come si è detto di un potere discrezionale della stessa qualità di quello adoperato da tutti i giudici di ogni tempo e di ogni luogo nell'interpretazione delle clausole generali). Ben venga quindi l'introduzione di un filtro all'accesso in Cassazione secondo le linee (anche organizzative e di diritto transitorio) indicate in questa breve relazione senza aver paura di ledere interessi corporativi o abitudini inveterate » (59).

Una regola, quale l'art. 111, comma 7°, cost., che garantisce *sempre* il ricorso per cassazione, appare pertanto del tutto obsoleta. Ciò costringe a mettere sul tappeto il problema della c.d. interpretazione correttiva della lettera della legge (in questo caso: della Costituzione). Oltre ai casi pacifici di *lapsus calami* del legislatore e di manifesto difetto di coordinamento, entra in considerazione appunto l'ipotesi di obsolescenza del testo legislativo, che si verifica quando regole legislative vigenti da molti anni si rivelano superate in forza di sviluppi scientifici, tecnici, sociali, ecc., ma non vengono adeguate dal legislatore. In questi casi interviene occasionalmente il giudice per apportare, sulla base di canoni di valutazione condivisi dalla comunità sociale di riferimento, quella correzione legislativa che è avvertita come indilazionabile (60). Il problema è indubbia-

(59) Così, Proto Pisani, *Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione*, cit.
(60) Cfr. Ossenbühl, *Gesetz und Recht - Die Rechtsquellen im demokratischen*

mente delicato e, sul piano delle norme costituzionali, si interseca con la prospettiva di aprire l'art. 111, comma 7°, cost. al bilanciamento non solo con il principio di eguaglianza, ma anche con la garanzia del giusto processo, nella molteplicità di sfaccettature prese in considerazione nella parte finale del paragrafo precedente (compresa quella relativa all'esigenza di riservare risorse agli altri processi). D'altra parte, sul piano della teoria del diritto, si è già sostenuto che il rispetto di un principio non incontra sempre e immancabilmente le limitazioni segnate da una regola espressione di un principio contrapposto (61). In altre parole, l'effetto vincolante della regola della ricorribilità sempre in cassazione può cedere, in presenza di determinate condizioni, all'effetto di conformazione derivante da quella sintesi di garanzie che è il giusto processo. Insomma, la garanzia del ricorso in cassazione *sempre* possibile urta contro il principio di eguaglianza e il giusto processo. Vero è che questa operazione deve essere vagliata da un soggetto particolarmente legittimato, cioè dalla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su una questione di legittimità di una norma di legge ordinaria che introduca francamente un filtro al ricorso per cassazione (senza « girarci intorno ») (62), ispirandosi — questa volta sì in modo razionale — al modello tedesco.

Rechtsstaat, in Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5, Heidelberg, 2007, p. 162; Caponi, *Ragionevole durata del processo e obsolescenza di regole legislative*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3104.

(61) Così, Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1994, p. 122. In senso contrario, Neuner, *Die Rechtsfindung* contra legem, 2, München, 2005, p. 130. Per un più ampio discorso sul punto, si rinvia a Caponi, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 380.

(62) In questo senso, v. anche Proto Pisani, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in *Foro it.*, 2009, parte V, c. 380.