



CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Il Presidente
Avv. Prof. Guido Alpa

Roma, 12 maggio 2006

N. 13-C/2006

via e-mail
e via telefax

Ill.mi Signori Avvocati
**PRESIDENTI DEI CONSIGLI DELL'ORDINE
DEGLI AVVOCATI**
- Palazzo di Giustizia

e, p.c.

Ill.mi Signori Avvocati
**COMPONENTI IL
CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE**

L O R O S E D I

NUOVE REGOLE PER LA REDAZIONE DEL RICORSO PER CASSAZIONE (artt. 360 e 366 bis c.p.c.)

Cari Colleghi,

ieri ho partecipato al seminario che la Corte di Cassazione, il C.S.M. e l'Ufficio dei Referenti per la formazione decentrata hanno organizzato su "Il giudizio di cassazione dopo il d.lgs. 40/2006". Gli illustri relatori – magistrati e docenti universitari- avvocati – hanno commentato insieme con me soprattutto le regole che prevedono nuovi requisiti. per l'inammissibilità del ricorso per cassazione.

La nuova disciplina deve essere letta, meditata e applicata con molta attenzione, atteso che il giudizio di inammissibilità potrebbe implicare non solo l'eventuale azione risarcitoria del cliente per la colpa professionale dell'avvocato ma anche l'applicazione di sanzioni disciplinare per incompetenza dell'avvocato. Proprio per questa ragione, ripeteremo il seminario presso il CNF, daremo ampia diffusione alle informazioni acquisite, e posso anticiparVi che – tenuto conto delle richieste che ho fatto, insieme con gli altri relatori (l'avv. prof. Bruno Sassani, l'avv. presidente Maurizio de Tilla e l'avv. Samperi) – al Primo Presidente e al Primo Presidente Aggiunto – *le Sezioni Unite dovrebbero decidere i primi ricorsi inserendo nella motivazione, in*

modo didascalico, le regole secondo le quali il ricorso deve essere redatto a pena di inammissibilità.

Il problema riguarda in particolare la enunciazione del “quesito di diritto” di cui all’art. 366 bis. Ma alcuni relatori (di estrazione giudiziaria) hanno suggerito inoltre di omettere, o riassumere, nel testo del ricorso lo svolgimento del processo, di enunciare le circostanze rilevanti sulle quali si è espresso il giudice d’appello e contestarne la decisione, di limitare il numero dei motivi, senza peraltro confondere l’art. 360 n.3 con l’art. 360 n.5, di enunciare il quesito per ciascun motivo in modo chiaro, consequenziale, pertinente.

Cercheremo di approfondire le questioni, anche avvalendoci del gruppo di lavoro sulle riforme processuali operante presso il CNF, e di predisporre *linee guida* per agevolare l’interpretazione e l’applicazione della nuova legge. Nel frattempo, Vi rassegno il testo del mio intervento.

Ogni forma di collaborazione da parte degli Ordini, sia culturale, sia pratica, sia soprattutto di diffusione delle novità processuali in questa materia è determinante per la difesa dei diritti del cliente, l’assolvimento dei doveri professionali, il miglioramento della macchina processuale.

In attesa di rivederVi il 27 maggio p.v. auguro a tutti un sereno fine settimana

Con viva cordialità

Guido Alpa

Guido Alpa
(sintesi della relazione)

La nuova formulazione dell'art. 366 bis c.1 del cod.proc.civ.(recata dal d.lgs. 2.2.2006,n.40) prevede che “ nei casi previsti dall'art. 360, primo comma, numeri 1),2),3),4) l' illustrazione di ciascun motivo si deve concludere, a pena di inammissibilità, con la formulazione di un *quesito di diritto*”(Il testo originariamente proposto proseguiva con la frase: “che consenta alla Corte di enunciare un corrispondente *principio di diritto*”).

L'interpretazione della disposizione postula il compimento di una serie di operazioni ermeneutiche:

- (i) innanzitutto, il completamento del precetto mediante il rinvio che la disposizione fa all'art. 360 c.1. nn. 1-4; anche quest'ultima disposizione, infatti è stata modificata dalla riforma del processo di cassazione, quanto al n.3), relativo alla violazione o falsa applicazione di norme di diritto cui si è aggiunta la violazione o falsa applicazione di contratti e accordi collettivi di lavoro;
- (ii) poi, il coordinamento sistematico della applicazione del *principio di diritto*, espressione che compare in un più ampio numero di disposizioni rispetto al passato : nell'art. 363 c.1 , il quale prevede il potere del Procuratore Generale di chiedere che la Corte enunci *nell'interesse della legge* il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi; e prevede altresì – al c.3 - che il principio di diritto possa essere pronunciato dalla Corte anche *d'ufficio* , quando il ricorso proposto dalle parti sia dichiarato inammissibile , se la Corte ritenga che la questione sia di *particolare importanza*; nell'art. 374 c.3, il quale prevede che quando la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso ; nell'art. 384, il quale dispone che la Corte enunci il principio di diritto quando decide il ricorso proposto a norma dell'art. 360 n.3), e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolva una questione di diritto di particolare importanza e dispone altresì che , in caso di accoglimento del ricorso, la Corte cassi la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte (ovvero decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto);
- (iii) poi la precisazione della corrispondenza non biunivoca tra quesito di diritto e principio di diritto, nel senso che mentre il ricorso deve prevedere a pena di inammissibilità per *ogni motivo* la formulazione di un quesito di diritto, la Corte non è vincolata a pronunciarsi sui singoli quesiti con il correlativo principio di diritto, dal momento che questo obbligo vige solo in caso di applicazione dell'art. 360 c.1 n.3), mentre la Corte si pronuncia sul principio di diritto a sua discrezione negli altri casi in cui la questione di diritto da risolvere sia di particolare importanza.

2. Le operazioni ermeneutiche non finiscono qui.

Occorre infatti capire , per ogni contesto, quale sia il significato di *diritto*, perché in qualche caso il testo della riforma parla di “norme di diritto”, in altro caso parla di “violazione di legge”, e non di violazione di norme di diritto. Secondo l'interpretazione

corrente, dottrinale giurisprudenziale, l'espressione "diritto" abbraccia tutte le fonti (di diritto) quali la normativa costituzionale, la legge e gli atti ad essa equiparati, i regolamenti, la consuetudini e gli usi (ed ora i contratti collettivi); si sono poi aggiunte le leggi regionali e soprattutto oggi si deve integrare il precetto con il riferimento alla normativa comunitaria; secondo un orientamento oggi in fase di consolidamento, anche i principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali siglata a Nizza; e, ovviamente, i c.d. codici di settore, che non sono leggi speciali, bensì leggi complementari al codice civile. Anche i principi generali del diritto – che secondo la concezione formalista sono norme di secondo grado, create mediante un processo induttivo – sono norme di diritto; e così pure le regole giurisprudenziali espresse dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, che considera le proprie statuizioni come fonte del diritto comunitario integrativa di quelle enunciate testualmente dal Trattato di Roma.

3. Più semplice è dare un significato alla formula "principio di diritto" di cui all'art. 366 bis, dal momento che essa, pur cambiando in parte il contesto in cui è inserita, riprende il previgente disposto dell'art. 384 c.p.c., sul quale si era formata una cospicua messe di opinioni dottrinali e di orientamenti giurisprudenziali. Il principio di diritto in altri termini sembrerebbe non una regola astratta e generale, ma piuttosto un imperativo contenente elementi della fattispecie a cui deve essere applicato (Cass. n. 11650 del 2002) e quindi si identifica con *la regola del caso*; la ripetizione sistematica della regola del caso forma il diritto giurisprudenziale (anche nella accezione di *diritto vivente*) che parte della dottrina considera *fonte del diritto*. Certamente, in questa accezione, "principio di diritto" non equivale a quella di "principio generale del diritto"(sul punto, da ultimo, Alpa, *I principi generali*, 2° ed., Milano, 2006) ma piuttosto il precipitato della corretta interpretazione della disposizione applicata al caso di specie. Questa è l'interpretazione più diffusa, avvalorata da autorevoli opinioni dottrinali (sul punto v. i riferimenti in Carpi e Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 5° ed., Padova, 2006, sub art. 384,p. 1065,§2).

Ma molti Autori ritengono al contrario che il principio di diritto enunciato dalla Corte nel momento in cui esprime l'esatta interpretazione della norma di diritto non si identifichi "con l'individuazione del criterio più accettabile per la risoluzione del singolo e specifico conflitto di interessi, considerato come unico e irripetibile", ma vada inteso , "secondo le indicazioni che provengono dalle più aggiornate versioni della teoria generale dell'interpretazione, come individuazione e formulazione di una regola di giudizio universalizzabile, vale a dire idonea a servire da criterio di decisione per soluzioni successive di casi identici o simili"(Evangelista e Canzio, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005,V, 287).

(Nel corso del seminario i relatori si sono espressi per la prima opzione interpretativa)

4. E' altrettanto semplice dare un significato alla formula "quesito di diritto" con cui si deve concludere la illustrazione di ciascun motivo del ricorso?

La prima reazione – osservava Andrea Proto Pisani – è che si sia introdotta una "tagliola per il legale sprovveduto" (*Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, V, 254). Ed altri Autori hanno aggiunto che "bisogna rassegnarsi a riconoscere nella regola della necessaria formulazione del quesito un formalismo che può avere una funzione pedagogica, ma che è particolarmente pericoloso, poiché apre contese imprevedibili sulla

“chiarezza” e più in generale sulla formulazione del quesito” (Tommaseo, *Intervento al Convegno del 29 novembre 2002*, in *Judicium*, judicium.it).

E vi è chi ha ritenuto la disposizione del tutto superflua, perché da tempo “la Corte afferma i concetti di decisività della allegazione e di decisività del preteso errore del giudice di merito. In tal modo la Corte da tempo ha predisposto meccanismi di valutazione del ricorso capaci di far emergere il “vero” quesito che esso contiene ed il preteso vizio di legittimità e per di più la sua efficienza logico-causale rispetto alla contestata situazione”; inoltre la disposizione costituisce uno schermo alle domande di riesame del fatto (Berruti, *Intervento al convegno del 29 novembre 2002*, in *Judicium*, judicium.it).

Si è sottolineato però che la finalità della norma consiste anche nel “contenere la tendenza di molti avvocati a trasformare il giudizio di cassazione in una terza istanza”, oltre che “agevolare lo studio dei ricorsi rendendone più percepibile il nucleo caratterizzante” (Consolo, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr.giur.*, 2005, 1192).

Altri ne hanno segnalato l'opportunità sotto altro aspetto, nel senso che “ il quesito di diritto che costituisce onere del ricorrente, come anche del ricorrente incidentale, non solo prelude al principio di diritto che sarà dettato alla fine dalla Corte, ma colloca su di un piano di maggiore serietà e severità le prescrizioni formali relative alla domanda , non potendo l'impugnativa sfuggire alla necessaria impostazione in *stretto diritto* del ricorso introduttivo, recuperando semplicemente argomenti difensivi del grado che precedeva”; ma hanno aggiunto che “assai spesso una buona enunciazione della norma violata potrà di per sé reggere pure il quesito di diritto rivolto alla Corte e quindi andrà sempre misurata con il suo scopo processuale: quello di non far fuoriuscire dal ricorso principale come incidentale dai contenuti di un'impugnativa di stretto diritto” (Bove e Cecchella, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, p.41).

Quest'ultima posizione non mi sembra però collimante con la lettera e lo spirito dell'art. 366 bis, perché l'onere di enunciare il quesito di diritto – in questa prospettiva – sembrerebbe assolto o già dalle argomentazioni inerenti la violazione o falsa applicazione della legge (in quanto assorbito in queste argomentazioni) o circoscritto al motivo concernente la sola violazione o falsa applicazione della legge, mentre testualmente l'art. 366 bis prevede espressamente che la formulazione del quesito di diritto:

- (i) sia un elemento additivo ai contenuti del ricorso, e non consenta quindi la sua enucleazione per via interpretativa del ricorso da parte del giudice;
- (ii) sia richiesto anche negli altri casi di impugnazione, previsti dai nn. 1),2),4), e non soltanto nel caso previsto dal n.3) dell'art. 366 bis.

Certamente si tratta di un onere di grande rilevanza per il difensore, se si considera che la sanzione del suo inadempimento si risolve nella inammissibilità del ricorso (che implica, oltre a problemi di responsabilità professionale dell'avvocato che abbia dimenticato la proposizione del quesito e cagionato così il sacrificio dell'interesse del cliente, anche conseguenti sanzioni deontologiche).

Si è ancora sottolineato che si tratta di una previsione opportuna in quanto “l'avvocato non potrà più trincerarsi (come spesso accade) dietro la mera denuncia di un asserito vizio , ma dovrà essere in grado di tradurre la propria denuncia in una apposita *quaestio iuris* dalla adeguatezza della cui formulazione – cioè dalla capacità di trovare puntuale risposta in uno specifico principio di diritto – dipende all'ammissibilità stessa

del motivo di ricorso” (Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Judicium*, judicium.it). L’A. sottolinea peraltro che l’inammissibilità potrà essere pronunciata non solo in caso di *omissione* del quesito di diritto nel ricorso, ma anche nel caso di :

- (i) mancanza di chiarezza della sua enunciazione;
- (ii) inadeguatezza rispetto al compito della Corte di enunciare una “regola del caso” che possa assumere il rango di principio di diritto.

(Per parte sua la Corte non sarà costretta a enunciare il principio – prosegue l’ A. – nella maggioranza dei casi dei numeri 1,2,4 di cui all’art. in esame).

5. Al di là delle questioni di natura ermeneutica, si considerino alcune questioni di natura pratica.

- (i) Il quesito di diritto deve essere comunque formulato, e non si può intendere assorbito nelle argomentazioni relative alle censure sulla applicazione della legge fatta dalla sentenza impugnata; il giudice non reinterpreta il testo che illustra il motivo estrapolandone il quesito di diritto, ma si limita a constatare che il quesito è stato omesso [nel corso del seminario questa è stata l’opinione espressa dai magistrati relatori]
- (ii) Deve essere formulato in modo separato rispetto alle argomentazioni, e quindi messo in debita evidenza; è indifferente che sia messo in evidenza all’inizio, nel corpo o alla fine della illustrazione del motivo;
- (iii) Deve essere chiaro; e chiaro significa comprensibile da parte del giudice, non contraddittorio, né allusivo;
- (iv) Deve essere formulato in modo da corrispondere ad un principio di diritto sul quale si possa pronunciare la Corte; in altri termini – impiegando l’art. 366 bis il termine di “quesito”, deve trattarsi di un invito rivolto alla Corte ad applicare un principio diverso rispetto a quello desumibile dalla sentenza impugnata; ed allora, è più semplice chiedere alla Corte di applicare il principio che si ritiene corretto, enunciando tale principio;
- (v) Deve essere pertinente, cioè non dissonante con la illustrazione del motivo.

Ecco perché si è suggerito di enunciare – quale quesito – la *massima di diritto* analoga a quelle che si rinvergono nel Massimario ufficiale della Cassazione o nelle riviste di giurisprudenza (Finocchiaro.M., *Per il ricorso serve il principio di diritto*, ne *Le Guide del professionista. 1. Il nuovo processo civile*, a cura de *Il Sole 24 Ore*, 23.2.2006, p.16).

Il suggerimento è certamente opportuno. Ma richiede qualche avvertenza.

In primo luogo, occorre verificare se la massima sia corretta, oppure – come a suo tempo lamentava Rodolfo Sacco – non sia piuttosto mentitoria. Poi, se la massima si attaglia alla fattispecie. Ancora, se la massima non sia stata superata da una giurisprudenza più recente. Se poi il caso fosse dubbio, correttezza vuole che si enuncino le varie massime, e si precisi quale massima si vuol far applicare dalla Corte.

Il sistema inoltre non è così semplice. Un conto è la “massima”, altro conto il “principio di diritto”. Perché la massima riassume più o meno felicemente il principio, ma il principio, inteso in questo caso come *regula iuris*, può essere più articolato e complesso. E poi, non esiste un inventario dei principi, perché i principi di creano e si disfano secondo l’occorrenza.

E che dire del caso in cui non si possa rinvenire un principio perché la questione è nuova, oppure se la questione che si sottopone alla Corte è stata decisa in modo che l'avvocato ritiene del tutto inappropriato o erroneo?

Nel caso di questione nuova occorrerà inventare un principio, che tuttavia sia coerente con il sistema.

Nel caso di principio opposto a quello consolidato occorre che l'avvocato formuli il quesito sottolineando le ragioni per le quali il principio consolidato è errato, o superato, o non appropriato alla fattispecie, e formuli il quesito opposto, che vorrebbe essere risolto dalla Corte in modo più confacente.

Ciò non solo per risolvere in modo più "giusto" (secondo la prospettiva del difensore) la questione, ma anche per non fossilizzare la giurisprudenza della Corte: nomofilachia "non significa mummificazione delle soluzioni date alle *quaestiones iuris*" (Luiso, in *Judicium*, cit., ove riferimenti al pensiero di Gino Gorla e Giuseppe Borrè).