



LUCA PASSANANTE

IL POSTULATO DEL “PRIMO” CALAMANDREI E IL DESTINO DELLA CASSAZIONE CIVILE[†]

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La contrapposizione fatto vs. diritto ne “La Cassazione civile” di Calamandrei. 3- Riflessi ulteriori di questo postulato sull’evoluzione della Cassazione. - 4. Generalità e astrattezza nell’opera della Cassazione e massimazione delle sentenze. - 5. Superamento della dicotomia quaestio iuris / quaestio facti. - 6. La Cassazione alla ricerca del fatto. - 7. Un “passo falso”: la compressione del sindacato sulla motivazione. - 8. Il sovraccarico della Cassazione e “l’uovo di Colombo” della Corte multi-livello. - 9. L’obsolescenza del concetto di nomofilachia... - 10...e il destino della Cassazione civile

1. Premessa

Quella a cui mi accingo oggi è forse una delle prove più ardue alle quali la mia esperienza di studioso mi ha messo di fronte. Il compito, infatti, tutt’altro che semplice, è quello di aggiungere, alle autorevolissime voci dei relatori che mi hanno preceduto, il mio pensiero, che al contempo volgo ad uno dei nostri grandi Maestri – non solo del diritto processuale, ma del diritto in generale – quale senza dubbio alcuno è stato Piero Calamandrei, e alla nostra Corte Suprema di Cassazione, che svolge con grande serietà, impegno e dedizione la meritevolissima opera – pur con i limiti di risorse ed entro i confini tracciati dal legislatore – di dare piena attuazione al diritto costituzionalmente garantito dall’art. 111, c. 7 Cost., senza smettere, al contempo, di perseguire lo scopo di contribuire all’esatta e uniforme interpretazione del diritto.

Anzi, vorrei dire, *in limine*, che certamente “la” sfida più impervia a cui è chiamata oggi la Cassazione civile è proprio quella di coniugare la sua funzione di dare una risposta all’inarrestabile domanda di giustizia proveniente dalle parti¹ con l’altra sua fondamentale funzione, quella di promuovere l’esatta interpretazione della legge e l’unificazione della giurisprudenza. Una sfida cruciale, che spinge l’organo supremo di giustizia verso uno stato di grave difficoltà, denunciato da più parti², che talvolta sembra non trovare prospettive di superamento³. Insomma, è

[†] Il presente scritto è tratto dalla relazione svolta l’11 novembre 2020, nell’ambito dell’incontro di studio dal titolo *Passato e futuro della Cassazione – A cent’anni dalla “Cassazione Civile” di Piero Calamandrei*, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura–Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione.

¹ Com’è stato sottolineato nell’ultima *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2019* dal Presidente Giovanni Mammonè il periodo 2018-2019 ha fatto registrare un persistente forte aumento percentuale dei ricorsi per cassazione (+12,2%), riconducibile prevalentemente alle impugnazioni contro le ordinanze (non reclamabili e ricorribili solo per cassazione) pronunciate dalle sezioni specializzate istituite con d.l. 17 febbraio 2017 n. 13, aventi competenza a decidere sui provvedimenti amministrativi in materia di protezione internazionale.

² Le voci critiche sono molte, talvolta provenienti perfino dall’interno della stessa Cassazione (il Sole 24 Ore del 1° marzo 2016 così titolava un (divenuto poi celebre) articolo: *Canzio: Cassazione assediata da 80mila ricorsi, serve un decreto per frenare arretrato e impugnazioni*). Della situazione di emergenza in cui versa la Corte si è dato recentemente atto anche nella *Introduzione alle Opere giuridiche* che qui oggi si presentano nella loro nuova veste in *open access*, su iniziativa della Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, istituzione del Comune di Montepulciano e la Fondazione “Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei” di Roma e del Dipartimento di Giurisprudenza di RomaTre: v. A. CARRATTA – G. COSTANTINO – G. RUFFINI, *Attualità di Piero Calamandrei processualista*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*,



l'eterno riaffacciarsi della crisi dei rapporti tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, che ha indotto la dottrina più accorta e la magistratura più sensibile a parlare simbolicamente di vertice ambiguo⁴, di Giano bifronte⁵, di fata ignorante⁶.

2. La contrapposizione fatto vs. diritto ne "La Cassazione civile" di Calamandrei

Alla base dell'intera opera di Calamandrei sulla Cassazione civile⁷ vi è l'idea della possibilità, ma anche della necessità, di operare una netta e chiara distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto. Non era certo un'idea singolare, anzi assai diffusa all'epoca in cui Calamandrei scrisse, a cavallo della Grande Guerra, *La Cassazione civile*, un'idea indissolubilmente legata alla matrice sillogistica del giudizio, quale sintesi necessitata dall'incontro tra la premessa maggiore e la premessa minore, imperniata sul concetto della sussunzione della fattispecie concreta nel comando normativo generale e astratto⁸.

La cultura dell'epoca, intrisa di positivismo (non solo giuridico), spingeva in questa direzione: non per nulla di lì a poco Kelsen avrebbe pubblicato la sua immortale *Reine Rechtslehre*⁹, della quale però aveva già gettato le basi vari anni addietro, con la prima edizione dell'opera *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pubblicata nel 1911¹⁰.

In quest'ottica, la difesa della legalità, propugnata in opposizione ai suoi diretti nemici, ossia i fondatori della scuola del diritto libero, reclamava un custode – che Calamandrei identificò nella Cassazione unica – al quale affidare il duplice compito, che sarebbe stato poi consacrato nell'art. 65 della legge sull'Ordinamento Giudiziario del 1941, di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge.

La Corte Suprema nel pensiero di Calamandrei avrebbe dovuto essere, al contempo, organo di controllo posto a difesa del diritto obiettivo (nomofilachia) e organo regolatore dell'interpretazione giudiziaria (unificazione della giurisprudenza). Il conseguimento di questi scopi istituzionali, aventi un carattere marcatamente pubblicistico,

Vol.I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Ristampa anastatica, Roma TrE-Press, 2019, p. vii ss. Da ultimo, in argomento, v. l'approfondita e lucida, a tratti dura, analisi di B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, pp. 43-64.

³ Di ciò si è già discusso ampiamente – con argomenti che per molti versi qui si riprendono – in L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2018, a cui complessivamente ci si permette di rinviare, anche al fine di non indulgere in continui, analitici rimandi.

⁴ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991.

⁵ C. CONSOLO, *La Cassazione e il suo nuovo volto "gianuario" (doppio ma, infine "disambiguato"?)*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Cedam, Padova, 2017, p. 49 ss.

⁶ C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 82 ss.

⁷ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma, 1920, voll. I e II, ora in ID., *Opere giuridiche*, voll. VI e VII, Morano, Napoli, 1965, ora ripubblicata in anastatica in quest'ultima versione da RomaTrE-Press (insieme a tutti gli altri volumi delle *Opere giuridiche*) e disponibile in open access agli indirizzi internet <http://romatpress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-vi-la-cassazione-civile-parte-prima/> e <http://romatpress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-vii-la-cassazione-civile-parte-seconda/>.

⁸ Questa impostazione, prima abbracciata con piena convinzione, fu poi abbandonata dallo stesso Calamandrei nell'ultima evoluzione del suo pensiero. Cfr., in argomento, P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 865 ss. e N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande Maestro*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 101 ss. Si veda anche *infra*, par. 9.

⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke Verlag, Leipzig-Wien, 1934, trad. it. (di R. Treves), *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1963.

¹⁰ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1911.



sarebbe stato reso possibile per mezzo dell'impulso processuale al ricorso per Cassazione, espressione, per converso, di un interesse privato, che, mediante il giudizio di legittimità, veniva così posto al servizio dell'interesse pubblico generale.

Ma il giudice supremo, per far questo – ha sostenuto più volte il grande Maestro – avrebbe dovuto necessariamente restare lontano dal fatto: non solo egli non può mai ingerirsi, per così dire: “a monte”, nel giudizio di fatto, sfruttando (come pure, in realtà, è accaduto) il sindacato sulla motivazione, ma nemmeno – così nel disegno di Calamandrei¹¹ e nel diritto positivo italiano fino al 1993 – avrebbe potuto spingersi “a valle” ad applicare il principio di (puro) diritto da essa enunciato ai fatti, così come accertati dal giudice del merito, essendole preclusa, nella versione originaria, la c.d. “cassazione sostitutiva”¹².

3. Riflessi ulteriori di questo postulato sull'evoluzione della Cassazione

La netta distinzione tra giudizio di diritto e giudizio di fatto non solo ha costituito un vero e proprio postulato a fondamento dell'intera opera di Calamandrei sulla Cassazione civile, ma è anche alla base e costituisce la premessa teorica di una serie di riforme, che hanno investito a più riprese nell'arco degli ultimi 15 anni la Cassazione civile, con l'intento di proteggerne la funzione istituzionale affidatale dall'art. 65 della legge sull'Ordinamento giudiziario.

A fronte di una vera e propria invasione di ricorsi – e in mancanza che la “trappola” del quesito di diritto prima e il filtro in Cassazione poi abbiano prodotto risultati di un ordine di grandezza apprezzabile – la Corte Suprema, quasi integralmente assorbita dallo *ius litigatoris*, si è trovata, a un certo punto, ai limiti dell'impossibilità di esercitare la sua funzione istituzionale di nomofilachia. Ne è conseguita l'aspirazione del legislatore a irrobustire quest'ultima funzione, aspirazione che ha finito per costituire il vero e proprio *Leitmotiv* – anche se non sempre esplicitato – di molte delle riforme recenti, le quali, però, hanno inciso più o meno avvertitamente nel profondo anche sul modo in cui la Cassazione svolge la sua funzione di custode del diritto¹³.

In questa parabola evolutiva il principio di diritto ha giocato un ruolo da protagonista: previsto espressamente dal codice del 1940-42 agli artt. 384 c.p.c. e 146 disp. att. c.p.c.¹⁴ per il caso in cui la Corte avesse accolto il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, il legislatore del 2006 ha ampliato significativamente le ipotesi in cui esso deve (o può) essere pronunciato.

Da un lato, infatti, la versione attuale dell'art. 384 prevede che la Cassazione enunci il principio di diritto quando *decide* (e non solo quando *accoglie*, come la lettera originaria disponeva) il ricorso proposto *ex art. 360, c. 1, n. 3* – ossia anche in caso di rigetto del ricorso – nonché quando, *decidendo* su altri motivi di ricorso – quindi sia che

¹¹ Detta posizione, espressa a più riprese nell'*op. cit.* alla nota n. 7, è stata poi ribadita successivamente in P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, p. 317 ss., ora in ID., *Opere giuridiche*, vol. VIII, Morano, Napoli, 1965, p. 387, ove si riaffermava che la Corte suprema «deve curarsi, più che di risolvere secondo giustizia il caso concreto, di suggerire per il futuro l'interpretazione teorica corrispondente in astratto alla volontà del legislatore» sì da dover essere lasciata «senza che il diretto contatto coi fatti ne intorbidì il lavoro, al suo puro ufficio di formulazione delle massime».

¹² In argomento si veda A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Tomi I e II, Giappichelli, Torino, 2005, *passim*.

¹³ Sui rapporti tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis* v. da ultimo G. SCARSELLI, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della recente riforma del giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 355 ss.

¹⁴ Sulla frequente disapplicazione dell'art. 143 disp. att. c.p.c., nella parte in cui prevede che il principio di diritto debba essere enunciato «specificamente» nella sentenza della corte v., per tutti, G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, III ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 577; M. TARUFFO, *Le novità nel giudizio di cassazione*, in *Libro dell'anno 2013*, Treccani, Roma, par. 2.2.



accolga, sia che rigetti – risolve una questione di diritto di particolare importanza, sollecitata a mezzo di un ricorso proposto anche per i nn. 1, 2, 4 e 5 dell'art. 360, c. 1, c.p.c.¹⁵

Dall'altro lato, la modifica dell'art. 363 c.p.c.¹⁶ – ora rubricato «principio di diritto nell'interesse della legge», anziché, secondo la lezione originaria, «ricorso nell'interesse della legge» – ha comportato che il Procuratore generale, non solo quando le parti non abbiano proposto ricorso nei termini o vi abbiano rinunciato, ma anche in ogni altro caso in cui il provvedimento non è ricorribile per cassazione o altrimenti impugnabile, possa chiedere che la Cassazione enunci il principio di diritto nell'interesse della legge¹⁷.

Infine, il principio di diritto, a seguito della riforma del 2006, può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, ove la Corte ritenga che la questione decisa sia di particolare importanza.

Le novità che hanno interessato il principio di diritto, di cui si è appena dato conto in sintesi, non ne hanno solo quantitativamente ampliato le occasioni di pronuncia, ma ne hanno intaccato, modificandola, la stessa natura. Mentre, infatti, originariamente l'enunciazione del principio di diritto risultava fisiologicamente strumentale al giudizio di rinvio, sicché quest'ultimo appariva geneticamente connesso al vincolo operante nei confronti del giudice *ad quem*, oggi la sua funzione è qualitativamente *altra*, rivolgendosi potenzialmente a tutti i magistrati dell'ordine giudiziario. L'enunciazione di principio di diritto diviene, così, da veicolo dell'*esatta osservanza* della legge – nel senso di *applicazione* – a cui il giudice di rinvio deve uniformarsi, a manifesto dell'*esatta osservanza* della legge – nel senso di *interpretazione* – indirizzato potenzialmente a tutti i giudici¹⁸.

¹⁵ In argomento v. A. PANZAROLA, *Commento all'art. 384*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, vol. III, tomo I, Cedam, Padova, 2009, p. 282 ss.; M. FARINA – A. PANZAROLA, *Commento all'art. 384*, in L.P.COMOGLIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, Utet, Torino, 2013, p. 1099 ss.; E. SILVESTRI – F. FERRARIS, *Commento all'art. 384*, in F. CARPI – M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, IX ed., 2018, Cedam, Padova, p. 1577 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 384*, in C. CONSOLO, *Codice di procedura civile*, Tomo II, VI ed., Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 1744 ss.; in nonché, anche nel più ampio contesto della riforma del 2006, G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, cit., p. 943 ss.; A. TEDOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti*, cit., p. 2002 ss.; A. CARRATTA, *La riforma del giudizio in Cassazione*, cit., p. 1118; M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 759 ss.; G. GILARDI, *Quale futuro per la Cassazione civile?*, in *Quest. giust.*, 2005, p. 498 ss.; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 238; A. PROTO PISANI, *Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, in *Foro it.*, V, c. 122 ss.; R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 9 ss.; I. LOMBARDINI, *La riforma del giudizio di cassazione alla luce del d.legisl. n. 40 del 2006*, in *Studium iuris*, 2006, p. 1236 ss.; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le modificazioni in materia di processo di cassazione tra nomofilachia e razionalizzazione dell'esistente*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 449 ss.

¹⁶ La modifica dell'art. 363 c.p.c. è pure avvenuta ad opera dell'art. 4 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Su detta modifica la letteratura è piuttosto copiosa; oltre alle *opp. citt.* nella nt. precedente, che contribuiscono ad un inquadramento più generale, si vedano almeno: A. BRIGUGLIO, *Commento all'art. 363*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, vol. III, tomo I, cit., p. 110 ss.; R. TISCINI, *Commento all'art. 363*, in L.P.COMOGLIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, cit., p. 710 ss.; M. FORNACIARI, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 32 ss.; E. SILVESTRI – F. FERRARIS, *Commento all'art. 363*, in F. CARPI – M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, cit., p. 1497 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 363*, in C. CONSOLO, *Codice di procedura civile*, Tomo II, cit., p. 1562 ss.

¹⁷ In argomento si veda ora E. ODORISIO, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

¹⁸ Sulla distinzione tra *applicazione* e *interpretazione* della legge si vedano: G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto, e analisi del linguaggio*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 406 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 42 ss. Valorizzava all'inizio degli anni Novanta la contrapposizione tra *applicazione* e *interpretazione* della legge nel contesto della funzione nomofilattica della Corte di cassazione M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 65 ss., il quale, nell'interpretare la locuzione di cui all'art. 65 ord. giud. «esatta osservanza... della legge», rilevava che i significati da attribuirle possono essere due: secondo una prima lettura assicurare



Il mutamento qualitativo (oltre che quantitativo) del principio di diritto si percepisce non solo “a valle”, nella misura in cui esso si affranca dalla sua funzione di vincolo per il giudice del rinvio, ma anche “a monte”, divenendo strumento indipendente dall’iniziativa delle parti, consegnato nuovamente – ma con una formula più convincente di quella antica¹⁹ – nelle mani del Procuratore generale e, per la prima volta, in quelle della stessa Cassazione, che oggi lo può enunciare *sempre*: qualunque sia il motivo di ricorso, sia quando accoglie, sia quando rigetta, sia quando dichiara inammissibile il ricorso, purché ritenga che la questione decisa sia di particolare importanza.

Ebbene, l’attività demandata alla Cassazione, quando le si chiede di enunciare il principio di diritto senza decidere il caso, mostra invero un volto più scientifico che giurisdizionale, più teorico che pratico, integrando un’attività che ben potrebbe essere, in astratto, affidata alla dottrina²⁰. E, se si accetta che in qualche modo (come si vedrà meglio *infra*) la decisione del caso possa retroagire sull’interpretazione della legge, si pongono, allora, le premesse per mettere in discussione l’opportunità di seguire la strada che il legislatore ha imboccato con le recenti riforme, spingendo il sistema-Cassazione nella direzione di una nomofilachia sempre più lontana dal caso concreto, di cui viene in sostanza mutilata.

Questa “mutilazione”, infatti, determina due possibili conseguenze indesiderabili: da un lato, essa è potenzialmente idonea a deresponsabilizzare il giudice nel momento in cui deve individuare l’*esatta osservanza* e l’*uniforme interpretazione* della legge, proteggendolo dall’impegnativo confronto col fatto ed esimendolo dal gravoso onere di tenere conto delle conseguenze *in concreto* della propria decisione; dall’altro lato, ad avviso di chi scrive, il crescente distacco della funzione nomofilattica dai fatti del singolo caso concreto, in verità (e a differenza di quanto comunemente si afferma), ne indebolisce progressivamente anche la vocazione – se così si può dire – didattica per tutti i giudici dell’ordinamento²¹.

L’*esatta osservanza* della legge può significare «controllare che le decisioni sui singoli casi concreti siano rese sulla base di valide ragioni giuridiche», sicché in questa accezione *osservanza* diventa sinonimo di *applicazione* più che di *interpretazione* della legge. In altri termini – secondo Taruffo – in «questa prospettiva la funzione della Cassazione consiste nel prendere in esame le singole decisioni delle corti inferiori e nel controllare se in tali decisioni la legge è stata esattamente applicata». In base ad una seconda lettura, l’*esatta osservanza* della legge può, invece, essere intesa «come individuazione dell’interpretazione corretta delle norme giuridiche in sé considerate». L’a. giustamente ritiene che si tratti di una distinzione che opera in termini di prevalenza piuttosto che di contrapposizione concettuale, sicché la Cassazione fa entrambe le cose, ma, secondo l’analisi di Taruffo, attribuisce, nella realtà, prevalenza alla prima, tendendo a privilegiare una visione della propria funzione in termini di controllo di legalità sull’*applicazione* della norma nel caso concreto, piuttosto che sull’*interpretazione* della norma in termini generali.

¹⁹ La Procura generale presso la Cassazione dimostra di aver preso molto sul serio l’istituto della «enunciazione del principio di diritto», di cui all’art. 363 c.p.c., facendone perfino occasione di una riorganizzazione interna dell’ufficio, orientata ad una maggiore valorizzazione del servizio dedicato all’istruttoria delle istanze di enunciazione del principio di diritto. Una nota del 31 gennaio 2017, a firma del P.G. Pasquale Ciccolo, è stata diramata alle più importanti riviste giuridiche e inviata all’Associazione fra gli studiosi del processo civile, auspicando che presso l’ufficio della procura generale si organizzino incontri, a carattere seminari, con la partecipazione di rappresentanti di categorie istituzionali. La comunicazione del P.G. è stata pubblicata in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 483 ss. – a cui si rimanda per la lettura integrale – ed è stata seguita dall’intervento di G. COSTANTINO, *Note sul ricorso per cassazione nell’interesse della legge*, ivi, p. 712 ss. Attualmente la Procura Generale è investita di un ruolo importante nella Cassazione civile, anche in seguito alla riforma dei riti, intervenuta nel 2016.

²⁰ Si vedano le considerazioni critiche di C. CONSOLO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo ius litigatoris*, in *Rass. for.*, 2014, pp. 621-631. Meritano a questo proposito di essere ancora ricordate le pur risalenti pagine del S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 49 ss. e spec. p. 58 ss.

²¹ Si rinvengono alcuni interessanti spunti in questo senso in un saggio, che ammonisce contro i rischi di una produzione-fruizione “consumistica” della giurisprudenza. Si veda B. RIZZARDI, *Il giudice del merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*, in *Quest.*



4. Generalità e astrattezza nell'opera della Cassazione e massimazione delle sentenze

Questa evoluzione nella disciplina della Cassazione si è innestata, per un verso, su una cultura del ruolo della Corte Suprema, maturato negli anni in seno alla stessa, e, per altro verso, su un assetto istituzionale che affida un compito, solo apparentemente ancillare, in realtà cruciale, all'Ufficio del Massimario nell'adempimento della funzione di indirizzo e uniformazione della giurisprudenza²².

Sotto il primo profilo, si deve segnalare che è la stessa Cassazione a rivendicare a più riprese un suo ruolo di interpretazione delle norme, che si esprime attraverso una specificazione delle stesse in una dimensione che resta e deve restare generale ed astratta. Si è, infatti, affermato a questo proposito che «In generale l'attribuzione di un contenuto precettivo ad una norma, compreso in un intervallo di interpretazioni plausibili, è operazione che compie ogni giudice nell'assegnare un significato alla disposizione interpretata, ma che compete a questa Corte precisare progressivamente mediante puntualizzazioni, a carattere generale ed astratto, sino alla formazione del cd. diritto vivente»²³. Non è un caso che queste affermazioni siano state occasionate da pronunce relative all'interpretazione delle cc.dd. "clausole elastiche", rispetto alle quali l'opera concretizzatrice della giurisprudenza si fa certamente più intensa, ma è sintomatico del ruolo che la Cassazione attribuisce a se stessa, nel momento in cui aspira a dettare vere e proprie statuizioni generali ed astratte, che senza falsi pudori potremmo chiamare norme giuridiche.

E, in verità, ciò è quanto precisamente e ancor più evidentemente accade – e veniamo così a discutere del secondo profilo – per mezzo dell'attività istituzionalmente affidata al Massimario. Nonostante le opinioni contrarie – non già su cosa siano, ma su come dovrebbero essere redatte le massime – manifestate da parte della dottrina e di alcuni giudici, la massima resta, infatti, un enunciato avente carattere prevalentemente astratto²⁴. È sufficiente, per

giust., 3/2017, pp. 19-21, la quale si esprime in termini che più chiari non potrebbero essere: «nel leggere, a volte, sentenze di Cassazione che sono basate su lunghi "elenchi" di precedenti conformi, quello che sfugge è proprio il senso della decisione, la comprensione del "perché" di quella decisione, che non sia un mero rimando a quanto già deciso; così facendo si ricade nell'operazione matematica, nel "prodotto" autoreferenziale, servito al giudice di merito/consumatore». La Rizzardi non fa riferimento specifico al fatto, ma mi pare che la direttrice lungo la quale il suo discorso si svolge porti proprio ad invocare la collocazione della decisione delle Corti di vertici in un "contesto" nel quale non può non assumere rilievo primario (anche) il caso da decidere. Si legge infatti, ancora, nel contributo «decidere, per il giudice, significa [...] poter ragionare contando sulla conoscenza dello "stato dell'arte"; e per fare questo ha bisogno di avere davanti a sé decisioni della Cassazione che diano conto del dibattito in corso, di quali siano gli argomenti in discussione, di come si arrivi ad una o all'altra interpretazione: il giudice deve potersi muovere ragionando in un percorso riconoscibile, che consenta scelte argomentate» (*op. cit.*, p. 20, corsivi dell'a.).

²² In argomento v., da ultimo il prezioso saggio di M.R. SAN GIORGIO, *L'Ufficio del Massimario e del Ruolo*, in M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, III ed., Cacucci, Bari, 2020, p. 371 ss.

²³ Cass., sez. lav., 23 settembre 2016, n. 18715 e, prima, Cass., sez. lav., 12 agosto 2009, n. 18247, che ha affermato: «La disposizione interpretata esprime inizialmente una norma plausibile, ma l'estrinsecarsi della funzione di nomofilachia devoluta a questa Corte fa sì che il contenuto di quella norma si precisi progressivamente mediante puntualizzazioni, a carattere generale ed astratto, che fa la giurisprudenza fino alla formazione di quello che viene definito come diritto vivente (i.e. la norma come vive nella riconosciuta e condivisa interpretazione giurisprudenziale). Invece la soluzione del caso singolo non partecipa di questo processo se non nella misura in cui da essa sia possibile estrarre una puntualizzazione della norma (i.e. una massima di giurisprudenza)».

²⁴ Si veda L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017, *passim*, dal quale emerge con molta chiarezza come quanto si va sostenendo nel testo risponda non per caso alla realtà, se è vero che le stesse direttive per la redazione delle massime ufficiali prescrivono che la massima, muovendo dall'interpretazione del provvedimento, debba risolversi «nella ricerca del significato oggettivo della regola espressa, agevolando l'estrazione del principio giuridico dalla decisione ed esprimendolo in una *proposizione di carattere generale*» (*op. ult. cit.*, p. 10).



rendersene conto, consultare qualsiasi raccolta di massime: se ne ricaverà l'impressione di trovarsi di fronte ad una serie di "sotto-norme" che, nell'intento di chiarire quale sia la corretta interpretazione – l'«esatta osservanza», secondo la lezione dell'art. 65 ord. giud. – degli enunciati normativi contenuti nelle disposizioni di legge interpretate, in realtà ne *specificano* il significato. Le massime, quindi, lungi dall'essere realmente rappresentative del caso deciso – e in effetti così parrebbe dover essere anche in forza delle istruzioni per la massimazione²⁵ – si presentano, nella struttura, come enunciati normativi recanti per lo più un chiarimento, sotto forma di *specificazione*, del significato della disposizione di legge applicata o interpretata. La presenza dei fatti nelle massime – ove ricorra – si presenta non come riferimento ad un evento concreto della vita, ma come riferimento ad una classe astratta di fatti: il fatto quindi sarà, per così dire "liofilizzato", ossia ridotto – nella migliore delle ipotesi – a componente fattuale di un enunciato normativo, come non di rado se ne trovano nelle stesse disposizioni di legge²⁶.

La massima, in definitiva, funziona in modo molto simile ad una norma di legge: sotto il profilo genetico, il progressivo allontanamento dai fatti del caso concreto, che già si manifesta nella stesura delle sentenze²⁷, diventa distacco pressoché completo nel momento del conio della massima. Sotto il profilo funzionale, quest'ultima viene, poi, nella prassi utilizzata come vero e proprio enunciato normativo, invocata, nella maggior parte dei casi, a prescindere dalle circostanze del caso concreto che l'hanno generata. Le ragioni di tutto ciò, però, non si possono addebitare alla sola tecnica, perché affondano le loro radici in una dimensione culturale profonda²⁸. In altre parole, per dirla con Galgano, «educati come siamo ad argomentare dalla legislazione, noi abbiamo preteso che i precedenti di giurisprudenza ci fossero confezionati ad immagine e somiglianza delle leggi. Dalle sentenze, che sono decisioni su casi concreti, vengono per noi ricavate le *massime*, un genere sconosciuto al mondo anglosassone, che sono proposizioni formulati in termini generali ed astratti, al pari di altrettante norme di legge»²⁹.

5. Superamento della dicotomia quaestio iuris / quaestio facti

La stessa possibilità (non solo, quindi, la predicata necessità) di tracciare una distinzione netta e attendibile tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* è, però, nella sostanza, un postulato oggi non più condivisibile. Forse non lo era nemmeno cento anni fa (ma sarebbe troppo facile giudicare con il senno di poi), ma il fatto è che di ciò oggi la

²⁵ V. nota precedente.

²⁶ Sono dette, queste, "massime di specie" o "massime con fattispecie" L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, cit., p. 28.

²⁷ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss.

²⁸ Tornano qui di attualità le considerazioni di M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLIV, 2015, pp. 67-101, sulla importanza culturale del "creazionismo giuridico" che imbeve il giurista continentale, spesso impedendogli di concepire una formazione del diritto che non si riduca a "normazione" o, com'è stato detto, a «legislazione giudiziaria».

²⁹ F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 701 ss. e spec. p. 702 (corsivo dell'a.). Sia consentito qui richiamare alcune osservazioni, già svolte altrove, sulla distorsione che il frequente ricorso alle massime imprime all'utilizzo del precedente: «La duplice tendenza, da un lato, ad utilizzare le massime come enunciati normativi e, dall'altro lato, ad equipararle acriticamente ai precedenti rivela il tentativo, non sempre apprezzabile, di semplificare ciò che non può essere semplificato: lo studio dei precedenti è operazione complessa e laboriosa, non riducibile – nemmeno in un contesto di civil law – alla compilazione di raccolte di massime, per quanto accurate e complete. Il "diritto giurisprudenziale" è, per sua natura, più complesso del diritto legislativo e l'intento di forzare il primo nelle forme del secondo – oggi più disperatamente che in passato, per la mole incredibile di provvedimenti pronunciati ogni anno dalla Cassazione – non può che risolversi in un pericoloso inganno, che minaccia seriamente di privare il precedente della funzione "didattica" che gli è propria. In sintesi estrema potremmo dire, infatti, che il precedente esige apprendimento laddove la massima esige obbedienza» (L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile* cit., p. 152.).



comunità scientifica è – a differenza di allora – ben consapevole. Tuttavia, una cosa è avere la pretesa di criticare con gli occhi di oggi una teoria di un secolo fa, altra cosa è fingere che questo secolo non sia trascorso e continuare a ripetere antichi dogmi, che la cultura giuridica non ritiene più attendibili.

Appare, infatti, inconfutabile, con riferimento a qualsiasi tipo di processo (si tratta, quindi, di considerazioni non limitate al processo civile), che, per un verso, la prospettiva giuridica orienti il giudizio di fatto e che, per altro verso, il giudizio di diritto subisca significative implicazioni dal giudizio di fatto. S'instaura, com'è stato detto in uno dei pochi lavori dedicati all'epistemologia giudiziaria, un “nesso dialettico” tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*³⁰, che, se non arriva a renderli – come pure è stato sostenuto – sostanzialmente indistinguibili, senza dubbio li intreccia in maniera indissolubile.

Virgilio Andrioli nella voce *Prova* del *Novissimo Digesto* già accortamente avvertiva che chi assume l'iniziativa giudiziaria, sia esso l'attore nel processo civile, il ricorrente nel processo amministrativo o il pubblico ministero nel processo penale, non prospetta mai «fatti nudi, ma fatti qualificati», tant'è che l'art. 163, n. 4 c.p.c. esige che siano indicati nell'atto di citazione «gli elementi di diritto accanto all'esposizione dei fatti»³¹.

Natalino Irti da molti anni ci insegna che il giurista guarda il fatto attraverso la norma³², con la conseguenza che – come ha scritto più di recente Giulio Ubertis – «quando si pone attenzione a un fatto per verificarne la congruenza con le norme poste dall'ordinamento giuridico, non ci si può esimere dall'osservarlo attraverso il reticolo offerto dalle medesime»³³.

Se ne trova conferma anche nella voce *Giudizio di fatto* scritta da Antonio Nasi alla fine degli anni Sessanta per l'*Enciclopedia del diritto*, ove si afferma che «il fatto nel processo non è mai pensato ed espresso isolatamente in funzione della sua verità meramente fattuale», ma, piuttosto, esso si pone sempre «in essenziale relazione con una norma giuridica»³⁴.

Si potrebbe, però, affermare che, se tutto ciò è vero nella prospettiva di chi assume un'iniziativa giudiziaria, al contrario per il soggetto che deve decidere sarebbe ben distinguibile l'attività di accertamento del fatto da quella della interpretazione e applicazione della norma ai fatti accertati.

Non è così.

Già Salvatore Satta, nella voce *Corte di cassazione* dell'*Enciclopedia del diritto*, illustrando le origini francesi della Cassazione affermava che «La scissione del giudizio di fatto dal giudizio di diritto, che non è razionalmente giustificabile, [...] ha la sua origine proprio nel senso mistico della legge: e lo stesso voler negare il giudizio nella funzione da attribuirsi alla Cassazione, il voler fare di essa un legislatore, denuncia la consapevolezza di questa irrazionalità e nel tempo stesso la supera, in quanto si considera il giudizio finito con l'esaurimento del doppio grado di giurisdizione. La realtà doveva, come si è detto, sfatare tutte le implicazioni teoriche di questa ideologia e ricondurre la cassazione al giudizio e alla giurisdizione, tuttavia è sintomatico che la cassazione fino ai nostri giorni sia stata ritenuta un mezzo straordinario per impugnare le sentenze (art. 465 c.p.c. 1865); e se oggi questa espressione è stata cancellata dal codice, non sono state cancellate le norme che giustificavano l'attribuzione di quel

³⁰ G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 71.

³¹ V. ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Utet, Torino, 1967, p. 261.

³² N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 95.

³³ G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., p. 71 ss. Più di recente analoghe considerazioni sono state riprese dall'a. in ID., *Quaestio facti e quaestio iuris*, in *Quaestio facti*, 2020, p. 67 ss.

³⁴ A. NASI, *Fatto (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 987.



carattere, e soprattutto è rimasto lo spirito originario che ha dato vita all'istituto»³⁵.

Oggi sono le teorie ermeneutiche dell'interpretazione a screditare in maniera pressoché irreparabile la vecchia teoria del sillogismo, imperniata sulla contrapposizione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*. Queste hanno ampiamente e ripetutamente dimostrato non solo come le norme incidano pesantemente sulla ricostruzione del fatto, ma anche come, del pari – ma in senso inverso –, la ricostruzione del fatto influenzi l'interpretazione delle norme.

Per l'ermeneutica giuridica – in aperta polemica con la classica teoria del sillogismo giudiziale³⁶ – la decisione del caso non è punto di arrivo (necessitato), bensì punto di partenza – secondo la terminologia propria del lessico ermeneutico: la *Vorverständnis*, ossia la precomprensione³⁷ – a cui far seguire la ricerca di una o più norme dalle quali sia possibile ricavare, per mezzo dell'interpretazione, la norma individuale – ossia la decisione del caso – da cui si è partiti. Non è detto che questa ricerca possa avere esito positivo: ove, infatti, essa fallisca, il giudice dovrà modificare la propria ipotesi decisionale. Il processo – il c.d. circolo ermeneutico³⁸ – qui è, però, lungi dall'essersi concluso: una volta compiuto questo primo passaggio, il giudice verificherà, poi, se *in concreto* ricorrono gli elementi di fatto in grado di confermare la propria ipotesi³⁹.

Secondo questa impostazione, non dovrebbe più considerarsi come punto di partenza il novero dei significati astrattamente attribuibili alla norma generale ed astratta (la ben nota cornice del Kelsen), ma piuttosto, al contrario, sarebbe il caso concreto a interrogare la norma, spingendo l'interprete ad andare alla ricerca della regola più adatta alle circostanze dell'umana vicenda da disciplinare. In quest'ottica, si può quasi giungere ad affermare che la regola esiste «nella sua identità di significato solo in presenza di un caso concreto», cadendo, al di fuori di esso, «nell'indistinto e nell'indeterminato»⁴⁰. Una delle dimostrazioni più evidenti di questo assunto deriva dalla

³⁵ S. SATTA, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, § 1.

³⁶ Com'è noto, la formulazione del sillogismo giuridico viene fatta risalire a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in ID., *Opere*, vol. I, Sansoni, Firenze, 1958, p. 52, che lo utilizzava con intento prescrittivo contro gli irrazionalismi dominanti negli *standards* decisorie delle corti dell'*Ancien Régime*. Esso costituisce adattamento – per certi versi forzato – del sillogismo aristotelico: v. ARISTOTELE, *Analitici primi e analitici secondi*, in ID., *Organon*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 1983, I 2, 71 b 9-25.

³⁷ Il tema della precomprensione e la sua struttura sono stati inizialmente indagati da Heidegger nella sua opera fondamentale *Essere e tempo* (si veda M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 1927, Niemeyer, Halle). Successivamente la precomprensione è divenuto momento essenziale dell'ermeneutica (v. specialmente G. GADAMER, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, V Auf., Mohr, Tübingen, 1986, p. 271 ss. e *Verità e metodo* (trad. it. di Vattimo), Bompiani, Milano, 2016, p. 551 ss.) e dell'ermeneutica giuridica: v. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1970; *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, (trad. it. di S. Patti - G. Zaccaria), Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, *passim*. In argomento nella letteratura italiana v. G. ZACCARIA, *L'ermeneutica e la teoria del diritto*, in ID., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, p. 79 ss.

³⁸ Secondo la terminologia che risale ad Heidegger, *l'hermeneutische Zirkel*. Per una esemplificazione ed una spiegazione sintetica e chiara di come funziona il circolo ermeneutico, rimando a D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in PINO G. - SCHIAVELLO A. - VILLA V., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, cit., p. 328 ss.

³⁹ Se si tratta di un giudice di merito, inoltre, egli dovrà rivolgersi agli elementi probatori del caso per verificare se questi sorreggano l'ipotesi di decisione da lui formulata. Se, invece, si tratta di un giudice di legittimità – come nel caso della Cassazione o di molte altre Corti supreme a cui è precluso l'accertamento del fatto – quest'ultimo gli sarà consegnato, per così dire, “cristallizzato” nella decisione del giudice del merito. Soltanto alla fine di questo ulteriore processo, che funziona sempre sulla scorta di un meccanismo modellato sul dualismo ipotesi-controllo, il giudice assumerà la decisione.

⁴⁰ F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Diritto privato 2001-2002*, Cedam, Padova, 2003, pp. 49-64 e spec. p. 50.



circostanza che, a ben vedere, la stessa nota distinzione tra casi facili e casi difficili non deriva tanto dalla formulazione della disposizione generale ed astratta da applicare, quanto piuttosto dai fatti che caratterizzano il caso concreto: «è facile un caso che trova con facilità la regola che dovrebbe guidarlo ed è difficile un caso che suscita più o meno gravi incertezze interpretative riguardanti la regola da scegliere. È tragico, poi, un caso che chiama in causa allo stesso modo regole in concreto contrastanti»⁴¹.

6. La Cassazione alla ricerca del fatto

La Cassazione sovente manifesta disinteresse per i profili di fatto, al punto tale che nelle sue sentenze e ordinanze è raro trovarne una compiuta ricostruzione, che ecceda qualche riga destinata a far comprendere, a grandi linee, la fattispecie di cui si tratta. E, tuttavia, non sempre è così: talvolta la stessa Corte Suprema, insoddisfatta di una decisione che maturi confinata in una dimensione “in purezza”, è andata visibilmente alla ricerca del fatto, così ponendo le premesse per mettere in discussione il postulato della dicotomia tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*.

Ciò è accaduto in varie circostanze. Tra queste assumono un significato emblematico: le decisioni dei ricorsi sull'accertamento pregiudiziale *ex art. 420-bis c.p.c.*, l'interpretazione delle clausole generali, la c.d. “determinazione valutativa del fatto”⁴², il sindacato sulla motivazione della sentenza, ai sensi del “vecchio” art. 360, n. 5), c.p.c., occasioni nelle quali la Cassazione ha esibito, senza falsi pudori, la necessità di andare a fondo sui fatti di causa.

Quanto all'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi, è significativo che la Cassazione abbia in più occasioni⁴³ stabilito che l'accertamento pregiudiziale demandato al giudice di legittimità non possa aver luogo senza l'espletamento di un'adeguata e completa istruttoria ad opera del giudice del merito, pena, in difetto, l'annullamento della sentenza non definitiva di prime cure (per ragioni di rito).

La Corte si è preoccupata di sottolineare che «la sentenza di Cassazione, per spiegare i suoi primi effetti nell'ambito del giudizio di merito nel quale è stata decisa la pregiudiziale e per condizionarne in modo determinante l'esito, non [può] basarsi su di un materiale istruttorio del tutto nuovo e su dati fattuali che non siano stati allegati né accertati in quella sede»⁴⁴. Non solo: «se la decisione della Corte di cassazione è destinata ad assumere [...] una efficacia maggiormente vincolante rispetto a tutte le altre pronunzie rese pur esse dai giudici di legittimità in analoghe fattispecie, risulta poi incontestabile sul piano logico-istituzionale che tale maggiore rilevanza del *dictum* giurisprudenziale poggia su dati fattuali e su risultanze istruttorie, che non possono che essere acquisiti in modo completo dal giudice di merito»⁴⁵. Queste affermazioni mettono in luce come la Cassazione, chiamata a dire quale sia l'esatta interpretazione di una clausola negoziale afferente alla contrattazione collettiva, si trovi in serie difficoltà a prendere una decisione in assenza di un'istruttoria completa e approfondita: la Corte di vertice qui – nel rivolgersi con il proprio *dictum* non solo al giudice del rinvio, ma anche agli altri giudici dell'ordinamento – rivendica con forza

⁴¹ Così letteralmente ancora F. VIOLA, *op. loc. ultt. citt.*, il quale precisa, appunto, che «tutto ciò dipende più dalla particolarità del caso, dalle sue circostanze e dai contesti in cui esso si presenta, che dalla formulazione astratta della regola». In senso analogo v. M. ATIENZA, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in *Ars int.*, 1999, pp. 293-320.

⁴² L'espressione «determinazione valutativa» è di Wróblewski (J. WRÓBLEWSKI, *Facts in Law*, in ID., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Juridica, Helsinki, 1979, p.108 ss.), poi ripresa da M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in CICU A. – MESSINEO F. – MENGONI L. (dir.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 105 ss.

⁴³ Si vedano, in particolare, Cass., 11 marzo 2008, n. 6429, in *Guida al dir.*, 2008, 20, p. 53 e, più di recente, Cass., 2 marzo 2012, n. 3304, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3, p. 265 ed in *Law. nella p.a.*, 2012, 2, p. 417.

⁴⁴ Così, testualmente, Cass., 11 marzo 2008, n. 6429, la più significativa ai nostri fini tra le due pronunce citt. nella nt. precedente.

⁴⁵ Così, ancora, Cass., 11 marzo 2008, n. 6429, punto 4.2.



il suo ruolo di giudice e ammette di non poter offrire nessun utile insegnamento senza conoscere tutte le circostanze del caso concreto, nell'ambito del quale viene invocato il suo intervento.

Mette conto, poi, osservare come la Suprema Corte italiana, chiamata, su istanza della parte ricorrente, a dire quale sia l'esatta interpretazione (o comunque a pronunciarsi sulla validità o sull'efficacia) della clausola del contratto collettivo, sembra richiedere al giudice del merito – che, mediante la pronuncia (potenzialmente) “sollecitatoria” della sentenza non definitiva *ex art. 420-bis c.p.c.*, ne rende possibile l'investitura in funzione di nomofilachia anticipata – qualcosa che, *mutatis mutandis*, appare molto simile a ciò che al giudice nazionale chiede la Corte di giustizia di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale *ex art. 267* del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. La questione pregiudiziale *ex art. 420-bis c.p.c.* – se si esclude il fatto che viene portata all'attenzione della S.C. su iniziativa di parte – risulta strutturalmente molto simile, in effetti, alla *Rechtsfrage* che il giudice nazionale può (se di merito) o deve (se di ultima istanza) proporre alla Corte di giustizia in caso di dubbio sulla interpretazione della normativa comunitaria⁴⁶. La *Rechtsfrage*, infatti, pur rappresentando una “questione di diritto”, non può mai – pena la sua irricevibilità – essere una questione meramente astratta⁴⁷: infatti, «se il quesito interpretativo non è concreto, la Corte di giustizia non ha competenza a risolverlo ai sensi dell'art. 267 Trattato FUE»⁴⁸. Tuttavia, la Cassazione, ancorché non lo dica espressamente, sembra pretendere qualcosa di più dal giudice del merito: mentre la Corte di giustizia ritiene sufficiente che il giudice rimettente indichi in maniera precisa gli elementi di fatto così come essi vengono allegati nel processo pendente avanti il giudice nazionale⁴⁹, la Corte suprema italiana raccomanda al giudice di prime cure di svolgere un'istruttoria il più possibile completa prima di decidere la questione interpretativa con sentenza non definitiva, ricorribile per cassazione. In questo caso – per certi versi in contrasto con la recentemente sempre più marcata tendenza ad allontanare il giudice di legittimità dal fatto – la Cassazione rifiuta il ruolo di mero esegeta e invoca i concreti fatti di causa (così come essi si presentano non solo in virtù delle allegazioni delle parti, ma addirittura a valle di un'attività istruttoria e cioè: non solo allegati, ma provati) al fine di poter essere il “vero” giudice di quella causa. Ed infatti, solo disponendo del fatto, così come ricostruito all'esito di un'istruttoria, la Corte potrà orientare il proprio intervento nomofilattico vedendo in prospettiva, sullo sfondo, quali siano le conseguenze concrete preconizzate dall'interpretazione prescelta, destinate a confluire nella sentenza definitiva del giudice di prime cure.

⁴⁶ La *Rechtsfrage* costituisce, come ha dimostrato un importante studio, l'oggetto – avente natura processuale – del procedimento (*rectius*, secondo alcuni, processo: cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Cedam, Padova, 1996, p. 92 ss.) di rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia da parte del giudice nazionale (così, specialmente, E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim* e spec. cap. I). Si tratta di una tesi di derivazione tedesca, già sostenuta in precedenza da autorevole dottrina (A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 39 ss.; E.T. LIEBMAN, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Cedam, Padova, 1958, p. 422), che si era però soprattutto intrattenuta sulle relazioni intercorrenti tra l'oggetto del procedimento interpretativo avanti la Corte di giustizia e quello pendente avanti il giudice nazionale. Su questi (parzialmente diversi) profili si vedano: G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Cacucci, Bari, 1987, p. 191 ss.; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 74 ss.; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 418 ss.; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 173, spec. n. 1.

⁴⁷ E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia*, cit., p. 15 ss.

⁴⁸ E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale*, cit., p. 53.

⁴⁹ Si vedano, ad es., Corte di giustizia, 3 febbraio 1983, causa C-149/82, *Robards*; Corte di giustizia, 12 marzo 1998, causa C-314/96, *Djabali*; Corte di giustizia, 20 gennaio 2005, causa C-225/02, *García Blanco c. INSS, TGSS*. Rimando, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, a E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale*, cit., p. 37 ss. e spec. Nt. 62.



Per quanto concerne le clausole generali e i concetti giuridici indeterminati o “elastici”, la loro applicazione richiede operazioni ermeneutiche tipicamente al confine tra il fatto e il diritto: a tal proposito è stato ricordato come, proprio con riferimento alla concretizzazione della clausola della giusta causa di licenziamento, mentre il tradizionale orientamento della Cassazione riteneva incensurabili in sede di legittimità l'accertamento e la valutazione della sua sussistenza, trattandosi di apprezzamento riservato al giudice del merito, un più recente filone giurisprudenziale ha aperto ad un sindacato di legittimità, veicolato dall'art. 360, c. 1, n. 3), c.p.c., avente ad oggetto proprio le specificazioni delle disposizioni di legge formulate mediante clausole generali, specificazioni che, pertanto, partecipano a tutti gli effetti di una natura giuridica⁵⁰.

Ma, mentre nel caso della clausola generale, il fatto resta – al livello della disposizione da interpretare – del tutto indeterminato (la buona fede, la correttezza, il buon costume, la giusta causa ecc.), sicché le operazioni di interpretazione della disposizione da applicare assumono il significato di vere e proprie concretizzazioni della fattispecie – più o meno desiderabili quando assurgono a minaccia della flessibilità tipica e propria della clausola generale⁵¹ – nei casi in cui viene in rilievo la c.d. «determinazione valutativa del fatto», la norma si presenta formulata in termini tali da combinare elementi descrittivi o fattuali con elementi valutativi. In queste situazioni, la protasi della disposizione è composta, nella sua forma più semplice, da termini che configurano un fatto come giuridicamente rilevante non in sé, ma in quanto *valutato* sulla base di una scala assiologica più o meno predeterminata⁵². Qui l'opera dell'interprete, che deve ricostruire il significato della disposizione da interpretare, si troverà inevitabilmente invischiata in un processo in cui la base empirica, intesa come fatto materiale per l'applicazione del diritto, la componente valutativa del giudizio e la ricerca del significato da attribuire alla disposizione generale ed astratta costituiscono elementi che, pur potendo essere tenuti distinti in linea puramente teorica, finiscono con l'essere tutti simultaneamente coinvolti.

Inoltre, se può dirsi ormai definitivamente superata la tesi del Calogero, secondo la quale sarebbe indistinguibile il sindacato sul vizio logico da quello sul giudizio di fatto, non sono mancati casi nei quali la Cassazione, attraverso il

⁵⁰ Si veda C. CONSOLO, *La Cassazione multifunzionale nella compiuta globalizzazione socio-economica (diagnosi e prognosi progredienti, al di là del puro anelito di nomofilachia)*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 27, nt. 1. Premesso che non è possibile qui soffermarsi, nemmeno sinteticamente, su un problema di tale portata, occorre ricordare che la giurisprudenza ha ribadito (cfr., in particolare, Cass. 15 aprile 2016, n. 7568 e Cass. 22 marzo 2016, n. 5592) la sindacabilità, da parte della Corte di cassazione, dell'attività di integrazione del precetto normativo compiuta dal giudice di merito, a condizione che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di incoerenza del predetto giudizio rispetto agli *standards*, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale (Cass. 26 aprile 2012, n. 6498; Cass. 2 marzo 2011, n. 5095). E ciò tanto più quando il giudice del merito sia chiamato ad applicare concetti giuridici indeterminati (come nel caso in cui si tratti di una c.d. "clausola elastica", quale la nozione di giusta causa), sotto il profilo della verifica di ragionevolezza della sussunzione del fatto e quindi ad operare un sindacato sul vizio di violazione di norma di diritto ai sensi dell'art. 360, c. 1, n. 3, c.p.c. ben lontano da quello dell'art. 360, c. 1, n. 5 c.p.c. (cfr. Cass., sez. un., 18 novembre 2010, n. 23287).

In argomento v. R. CAPONI, *Norme processuali «elastiche» e sindacato in Cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, in Foro it., 2013, V, c. 149 ss.; per un'approfondita indagine v. E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003, *passim*; ID., voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 183 ss. alla quale si rinvia anche per un'ampia bibliografia. Nella letteratura più risalente si veda F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983.*

⁵¹ Per una sintesi di queste critiche, talvolta rivolte alle operazioni di concretizzazioni della clausola generale, v. S. PATTI, in P. RESCIGNO – S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 73 ss. con specifico riferimento alla clausola di cui all'art 1337 c.c.

⁵² L'espressione «determinazione valutativa» è di Wróblewski (J. WRÓBLEWSKI, *Facts in Law*, in ID., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Juridica, Helsinki, 1979, p.108 ss.), poi ripresa da M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU A. – MESSINEO F. – MENGONI L., Giuffrè, Milano, 1992, p. 105 ss.



vizio di motivazione di cui al previgente art. 360 n. 5, si è spinta nella sostanza verso il sindacato del fatto. Sono casi molto noti, dei quali non è nemmeno dar puntualmente conto, che sovente hanno sollevato le perplessità e le critiche della dottrina, che lamentava uno sconfinamento da parte della Corte oltre i limiti del proprio ruolo.

Mette conto, infine, segnalare che, per la verità, nell'infinita girandola delle riforme, il legislatore ha perfino posto le premesse (forse senza accorgersene) per una riapertura del giudizio di fatto in cassazione: quando infatti, è intervenuto nel 2006 novellando l'articolo 384, ha previsto che la cassazione possa decidere nel merito non solo, come avveniva in precedenza, quando accoglieva il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, ma anche quando accolga il ricorso per gli altri motivi: sicché non si vede come possa realisticamente la Corte decidere nel merito quando accolga i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 360, c. 1, c.p.c. senza una sostanziale riapertura del giudizio di fatto⁵³.

7. Un "passo falso": la compressione del sindacato sulla motivazione

Com'è noto, le riforme processuali recenti hanno in sostanza consegnato (secondo alcuni definitivamente⁵⁴) al passato il sindacato della Cassazione sulla motivazione della sentenza civile, mediante la sostituzione del testo dell'art. 360, c. 1, n. 5), c.p.c.⁵⁵. I commenti più avveduti, infatti, hanno letto la nuova versione della disposizione come una vera e propria sostituzione del precedente vizio di motivazione con uno nuovo, quello, appunto, dell'omesso esame di un fatto decisivo, che è cosa affatto diversa dalla insufficienza, illogicità o contraddittorietà della motivazione, pur potendone essere una delle cause⁵⁶. Mentre sarebbe inopportuno – anche alla luce della copiosissima letteratura apparsa sul punto⁵⁷ – indugiare ulteriormente su un tema già tanto dibattuto, preme qui

⁵³ Per ulteriori riflessioni sul punto si veda, se si vuole, L. PASSANANTE, *Giudizio di fatto e cassazione sostitutiva: profili critici di sistema*, in *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti – Atti del XXXII Convegno nazionale, Messina, 27-28 settembre 2019*, in corso di pubblicazione per i tipi di BUP.

⁵⁴ Una parte della dottrina ritiene che la sostituzione della precedente versione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. non sia idonea a produrre mutamenti significativi, potendo, a rigore, il sindacato sulla motivazione essere sollecitato ai sensi dell'art. 360, c. 1, n. 4), c.p.c.: così M. TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 383 ss.; *contra* B. CAPPONI, *L'omesso esame del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 925 ss. e spec. p. 935.

⁵⁵ L'art. 360, c. 1, n. 5, c.p.c., come sostituito dall'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, com'è noto, ora prevede tra i motivi di ricorso per cassazione l'« omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti ».

⁵⁶ B. CAPPONI, *L'omesso esame del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, cit., p. 925 ss. e spec. p. 936.

⁵⁷ Del tutto inopportune sarebbero indicazioni bibliografiche con pretese di completezza. Oltre alle *opp. citt.* nelle nt. precedenti, si vedano, tuttavia, almeno anche: F. SANTANGELI, *Commento agli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.*, in *N.L.C.C.*, 2010, p. 822 ss.; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, in ID. (a cura di), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 377 ss.; ID., *La riforma delle norme sulla motivazione della sentenza*, in *Giur. it.*, 2011, p. 243 ss.; M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 437 ss.; P. BORSELLINO, *La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale*, in B. BISCOTTI – P. BORSELLINO – V. POCAR – D. PULITANÒ, *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della facoltà di giurisprudenza. Università degli Studi di Milano-Bicocca, 19-20 novembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 141 ss.; M. BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul «nuovo» art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 677 ss.; ID., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, *ivi*, 2013, p. 431 ss.; C. DI IASI, *Il vizio di motivazione dopo la l. n. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1441 ss.; G. MONTELEONE, *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 1 ss.; A. PICCININNI, *I motivi di ricorso in cassazione dopo la modifica dell'art. 360, n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 407 ss.; B. SASSANI, *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss.; ID., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 849 ss.; E. SCODITTI, *Ontologia della motivazione semplificata*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 677 ss.; G. MONTELEONE, *Il controllo della Corte suprema sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 871 ss.; F. ROTA, voce *Motivazione [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line*, Treccani, 2015; L. PASSANANTE, *Le Sezioni Unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 199 ss.; F.



rilevare la relazione nevralgica – non sempre di immediata evidenza – che lega (il sindacato su) la motivazione della sentenza e la funzione nomofilattica demandata alla Corte suprema.

In una visione semplicistica e isterilita della nomofilachia, il sindacato sulla motivazione è vissuto come un intralcio, che si frappone – quasi indebitamente, inquinandone l'attività esegetica – fra l'organo supremo della giustizia e la disposizione da interpretare. Una simile visione legittima la scelta di cancellare il controllo sulla motivazione, iscrivendola – in una prospettiva che non si ritiene condivisibile – tra quegli interventi che, insieme ad altri, andrebbero nella duplice direzione di ridurre il contenzioso di Cassazione e di rafforzare la funzione nomofilattica⁵⁸. Ed infatti, non solo la riduzione del contenzioso non si è avuta, né si profila all'orizzonte⁵⁹, ma, per le ragioni che tra breve si diranno, il rafforzamento della funzione nomofilattica, se correttamente intesa, non può coniugarsi con la soppressione del sindacato sulla motivazione.

Il controllo sulla motivazione, in sintesi, si configurava tradizionalmente come un controllo di logicità del ragionamento compiuto dal giudice (*rectius*, secondo alcuni: esternato dal giudice in sentenza⁶⁰) nella costruzione e nell'accertamento dei fatti giuridicamente rilevanti⁶¹. Dato per certo questo assunto, che non è necessario giustificare per essere fin troppo noto, ciò che, però, sovente si rivela trascurata è la stretta correlazione che vi è tra la costruzione e l'accertamento del fatto da un lato e l'interpretazione della norma dall'altro.

Nei discorsi che si fanno sulla nomofilachia, sul precedente e sulla capacità della giurisprudenza della Cassazione di orientare le decisioni degli altri giudici, resta usualmente nell'ombra *il fatto*, che – a onor del vero – anche i più grandi Maestri in passato, almeno in un primo tempo, hanno svalutato nel momento dell'interpretazione normativa⁶². Tuttavia *il fatto*, lungi dall'essere intralcio all'interpretazione, ne costituisce un elemento portante, tanto

SANTANGELI, *Il controllo del giudizio di fatto in Cassazione e le sentenze delle Sezioni Unite*, in www.judicium.it; E.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 204 ss.; C. DI IASI, *Il sindacato della Cassazione sulla motivazione*, in M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, cit., p. 371 ss.; L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 145 ss.

⁵⁸ Quello che – per le ragioni che si vedranno meglio nel testo – ad avviso di chi scrive è un vero e proprio equivoco si trova espresso apertamente nella relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 83/2012, cit., che ha riformulato il n. 5) dell'art. 360 c.p.c., con lo scopo di «evitare l'abuso dei ricorsi per cassazione basati sul vizio di motivazione non strettamente necessitati dai precetti costituzionali, supportando la generale funzione nomofilattica propria della Suprema corte quale giudice dello “ius constitutionis” e non, salvo nei limiti della violazione di legge, dello “ius litigatoris”». Per ulteriori approfondimenti in argomento v., da ultimo, C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, BUP, Bologna, 2016, p. 276 ss.

⁵⁹ Da ultimo in tal senso v. B. SASSANI, *Giudizio sommario di cassazione e illusione nomofilattica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 35 ss.

⁶⁰ Per questa prospettiva v., *in primis*, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., *passim*, ma spec. p. 107 ss.

⁶¹ Nonostante nella versione della norma risultante dalla novella del 1950 (l. 14 luglio 1950, n. 581, art. 422) si trovasse utilizzato il termine «punto» – e non «fatto», come nella lezione derivante dalla modifica introdotta dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 – controverso, in base alla giurisprudenza consolidata il vizio di motivazione si configurava come strumento diretto a sindacare in via indiretta la *quaestio facti*, ma non la *quaestio iuris*, sicché non poteva essere speso per elevare doglianze aventi direttamente ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione di norme di diritto fatta dal giudice del merito. In argomento si vedano: Cass., 30 marzo 2012, n. 5123; Cass., 22 maggio 2009, n. 11910; Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28054; Cass., 24 ottobre 2007, n. 22348; Cass., sez. un., 17 novembre 2004, n. 21712.

⁶² Si considerino in particolare le già riferite posizioni di Calamandrei e anche quelle del Carnelutti, i quali ritenevano che la Corte suprema andasse tenuta il più lontano possibile dal fatto: v. P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, cit., p. 317 ss., ora in ID., *Opere giuridiche*, vol. VIII, cit., p. 387 e F. CARNELUTTI, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, cit., p. 1 ss., ora anche in ID., *Studi di diritto processuale*, vol. I, cit., p. 522. Si tratta, però, di posizioni che si giustificano alla luce del momento storico in cui furono assunte. Tant'è che, in seguito, tanto Calamandrei, quanto Carnelutti ebbero modo di mutare radicalmente questa visione, attribuendo molta più importanza alla connessione tra fatto e diritto e alla loro reciproca interferenza. Sul pensiero del primo si veda *infra*,



che in una delle teorie oggi più accreditate dell'interpretazione⁶³ esso è non solo oggetto passivo di un'applicazione meccanicistica della norma operata dal giudice, ma – in una prospettiva che meglio coglie la complessità del fenomeno ermeneutico – si fa (normalmente, non eccezionalmente) elemento che *attiva* l'applicazione del diritto. Il giudice, infatti, – e non diversamente da ogni altro giudice anche la Cassazione (direttamente o a mezzo del rinvio) – non è chiamata (solo) ad interpretare la legge, ma (soprattutto) ad applicarla.

La stretta connessione tra accertamento del fatto e corretta applicazione delle norme di diritto, oltre a trovare eco in alcuni “testi sacri” del pensiero giuridico occidentale⁶⁴, è confermata da almeno due circostanze che è difficile revocare in dubbio: da un lato è noto a tutti come nella stragrande maggioranza dei casi il vizio di motivazione, nella sua configurazione anteriore alla Novella del 2012, venisse denunciato unitamente al vizio di violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, c. 1, n. 3); dall'altro lato, appartiene parimenti a un dato di comune esperienza il fatto che la storia di alcuni rivolgimenti epocali nell'interpretazione di norme di legge, spiegatisi nella immobilità dei testi normativi, fa capo – appunto – non a mutamenti nel diritto, ma a sollecitazioni veicolate nel processo dai (talvolta tragici) fatti della vita⁶⁵.

D'altro canto, le reciproche interazioni tra fatto e norma risultano difficilmente confutabili ed anzi emergono con chiarezza nello stesso processo di ricostruzione giudiziale del «fatto», inteso come complesso dei fatti giuridicamente rilevanti: da un lato questi ultimi trovano un criterio di selezione nella norma giuridica che il giudice ipotizza debba essere applicata nel caso concreto; dall'altro lato, e per converso, la scelta della norma giuridica applicabile dipenderà a sua volta dai fatti di causa. In questa spirale – che non può non richiamare alla memoria il

par. 9. Quanto al secondo cfr. F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, pp. 81-106, ove può leggersi un passo che io definirei, senza troppe esitazioni, espressione di un'adesione di F.C. a quella che oggi è denominata “ermeneutica giuridica”: «D'altra parte nel giudizio di diritto si suol comprendere non solo l'esistenza ma pure l'applicazione della norma giuridica; questa ampiezza del giudizio di diritto è riconosciuta, fra l'altro, *sub specie* dell'errore, nell'art. 360 n. 3, cod. proc. civ. Ma l'applicazione della norma giuridica, consistendo nel confronto tra il fatto e la fattispecie, esige così il giudizio sull'esistenza della norma come sull'esistenza del fatto; perciò il cosiddetto giudizio di diritto implica, in realtà, il giudizio di fatto. Il vero è che nella formazione processuale giudizio di fatto e giudizio di diritto procedono alternamente: un primo giudizio approssimativo sul fatto, richiamando all'esperto una fattispecie legale, provoca un giudizio altrettanto approssimativo sulla norma giuridica; a sua volta tale giudizio stimola un perfezionamento del giudizio sul fatto al fine di sapere con maggior precisione se nel fatto ricorrono i caratteri della fattispecie e così via fino a che, soddisfatta la esigenza di precisione, sia possibile accertare la coincidenza o la divergenza tra fatto fattispecie» (*ivi*, p. 93).

⁶³ Mi riferisco alle teorie ermeneutiche del ragionamento giuridico. Sul punto la letteratura è sterminata, sicché rinuncio alla citazione di qualunque opera.

⁶⁴ Si pensi, ad es., ad una pagina di VON SAVIGNY F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Veit und Comp., Berlin, 1840 (trad. it. di V. Scialoja), *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Unione Tipografica Torinese, Torino, 1886, p. 10 ss., che parrebbe scritta proprio per mettere in guardia dal tenere artificialmente distinta l'interpretazione del diritto dalla sua applicazione ai casi concreti: «L'attività intellettuale di ciascuno, relativamente al diritto, può seguire due diversi indirizzi: o comprendere e svolgere la scienza giuridica in generale con la dottrina, l'insegnamento, l'esposizione, può applicare le regole ai casi della vita reale. Questo duplice elemento del diritto, il teorico ed il pratico, è dunque fondato sulla generale natura del diritto stesso, ma l'evoluzione di questi ultimi due secoli, ha fatto sì che questi due indirizzi si siano separati in due diversi stati e professioni sicché i giurisperiti, fatte alcune rare eccezioni, sono per loro vocazione esclusiva o principale dediti o soltanto alla teoria o soltanto alla pratica. Se dunque il vizio capitale delle nostre attuali condizioni giuridiche consiste in una più sempre marcata separazione della teoria e della pratica, non vi si può trovare rimedio che nel ristabilimento della loro naturale unità».

⁶⁵ In argomento, ad ulteriore avallo di quanto si sostiene nel testo, non possono non richiamarsi le pagine di R. RORDORF, *Fatto e diritto nel giudizio di cassazione*, in M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, cit., p. 51 ss.



già richiamato circolo ermeneutico di Gadamer⁶⁶ o perfino la *φρόνησις* aristotelica⁶⁷ – in cui generalità delle norme e particolarità dei fatti si richiamano a vicenda, sono per così dire in realtà i fatti ad “avere la meglio”: con non poca sorpresa – si deve supporre – dei “fanatici” della nomofilachia, si scopre infatti che – come ha messo in luce la dottrina più accorta – una «possibile via d’uscita da questo circolo consiste nel pensare che la rilevanza del fatto da narrare non derivi primariamente dal riferimento alla norma (interpretata) che si userà come regola del caso, ma derivi soprattutto dall’attribuzione di autonoma importanza a particolari circostanze, che quindi si definiscono come “rilevanti” di per sé, ossia in riferimento a giudizi di valore di carattere sociale, morale, politico o economico»⁶⁸.

Si dirà che la Cassazione, pur non potendo più sindacare la motivazione, quindi non potendo ingerirsi nei passaggi logici che sorreggono la motivazione in fatto, potrà comunque giovare della ricostruzione del fatto, così come operata dal giudice del merito e in tal modo costruire su questo l’interpretazione corretta della norma di diritto. Questa obiezione, in parte fondata, risolve tuttavia solo in parte i problemi che – con riferimento alla funzione nomofilattica – il nuovo n. 5) dell’art. 360, c. 1, c.p.c. solleva, poiché, come si è già detto, non è solo la costruzione del fatto ad influire sulla interpretazione della norma, ma anche il contrario⁶⁹.

Detto ciò in linea generale, più nello specifico, poi, vi sono casi nei quali non sempre è dato comprendere *a priori* quali siano i fatti costitutivi della posizione soggettiva azionata in giudizio. Quando la legge rimanda a fattispecie complesse o indeterminate⁷⁰, infatti, o quando le posizioni soggettive *sub iudice* non sono definite con precisione nella loro componente fattuale, poiché fanno capo a clausole generali o a concetti giuridici

⁶⁶ H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, V Auf., Mohr, Tübingen, 1986, p. 270 ss. e in ID., *Verità e metodo*, (trad. it. di G. Vattimo) IV ed., Bompiani, Milano, 2016, p. 551 ss.

⁶⁷ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, Laterza, Roma-Bari, I, 3, 1094 b-1095 a; I, 7, 1098 a 22-29. Di *phronesis* a questo proposito parla B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 32 ss., il quale sottolinea come sia «soprattutto in ambito giudiziale che la conoscenza diventa funzionale alla determinazione della decisione giusta, richiedendo la capacità di deliberare bene, ossia l’esercizio» – appunto – «della *phronesis*». Quest’ultima «esige la conoscenza dei casi particolari e include anche la conoscenza dell’universale, nel senso che applica, al fine di valutare e dirigere l’azione, la regola generale al caso individuale. Il ragionamento giuridico, in quanto ragionamento pratico, potrebbe essere definito come “il segmento discorsivo della *phronesis*”. La *phronesis* media l’universalità dei criteri di azione con la varietà dei casi nelle mutevoli situazioni».

⁶⁸ M. TARUFFO, *Il fatto e l’interpretazione*, in B. BISCOTTI – P. BORSELLINO – V. POCAR – D. PULITANÒ, *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., p. 123 ss. e spec. p. 133.

⁶⁹ In questo senso non può non richiamarsi il pensiero di Hruschka, il quale ha sia insistito, nella prospettiva più frequentemente emergente dalle teorie ermeneutiche, sull’incidenza che sulle norme ha la ricostruzione del fatto nel libro J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten: zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, Vol. 22 di Volume 22 di *Münchener Universitätschriften: Reihe der Juristischen Fakultät, Universität München*, Beck, München, 1972; ID., *La comprensione dei testi giuridici*, (trad. it. di R. De Giorgi), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, *passim*, (di cui v. anche la introduzione di P. Perlingeri), ma ha anche approfondito, in senso inverso, la prospettiva, meno frequentata, della importante incidenza che ha l’interpretazione della legge da applicare sulla ricostruzione del fatto. Quest’ultimo aspetto, anzi, nell’indagine di Hruschka occupa un posto cronologicamente anteriore, essendo stato trattato in un breve ma denso lavoro monografico del 1965: J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles: Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, ID., *La costituzione del caso giuridico*, (trad. it. di G. Carlizzi), Il Mulino, Bologna, 2009, *passim*. Nello stesso senso vanno gli studi di C. VARGA, *The Mental Transformation of Facts into a Case*, in 77 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1991, pp. 59-68; la cui tesi è poi stata ulteriormente sviluppata in ID., *Theory of the Judicial Process. The Establishment of Facts*, Akadémiai Kiadó, Budapest 1995, *passim* e spec. p. 56 ss. e 67 ss.

⁷⁰ F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione sull’uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983, *passim*; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003, *passim*; di recente v. le considerazioni di Salvatore Patti nella recente raccolta di saggi P. RESCIGNO – S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 63 ss. nonché F. PEDRINI, *Contro “le clausole generali” (sans phrase). Precauzioni per l’uso d’una categoria dottrinale ancora troppo vaga*, in *Rivista AIC*, 3/2017, pp. 1-37.



indeterminati⁷¹, l'interpretazione della disposizione da applicare al caso concreto non può non incidere anche sulla costruzione del fatto, la quale dovrà aver luogo tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti, ivi incluse quelle che non costituiscono un fatto autonomo o che sono dette implicite, in quanto non emergono sempre in maniera espressa. Ciò accade soprattutto nei casi in cui oggetto del processo siano posizioni giuridiche soggettive contrapposte a poteri – quelle che tipicamente vengono in rilievo nel diritto societario, nel diritto del lavoro ecc. –, ma talvolta anche in presenza di fattispecie molto più “classiche”, nelle quali l'interpretazione della norma può incidere direttamente sulla costruzione del fatto⁷².

In definitiva, l'aver mutilato il sindacato che spetta alla Corte suprema del controllo sulla motivazione del giudice di merito è una scelta che implica un ulteriore passo nella direzione dell'allontanamento del giudice di legittimità dal fatto e dell'esclusione dal suo scrutinio di un'area che, viceversa, potrebbe risultare essenziale per saggiare non solo la tenuta della giustificazione della decisione in fatto, ma della decisione nel suo complesso, intesa come inclusiva tanto della ricostruzione della base fattuale e dell'accertamento dei fatti di causa, quanto (e – per quanto specialmente interessa nel discorso che si sta svolgendo – soprattutto) della corretta applicazione a questi ultimi delle norme di diritto.

8. *Il sovraccarico della Cassazione e “l'uovo di Colombo” della Corte multi-livello*

L'impossibilità di ridurre drasticamente il numero dei ricorsi in Cassazione⁷³ ha indotto il legislatore a portare a compimento un disegno, che va nella direzione di una sempre più accentuata suddivisione del lavoro all'interno dell'unica corte di Roma, al punto da farne – secondo una suggestiva immagine – un frattale o un «multividuo»⁷⁴.

È stato anzitutto ad opera della riforma dell'art. 374, u.c., così come sostituito dal d.lgs. n. 40/2006, che si è

⁷¹ Si vedano, a tal proposito, le osservazioni svolte da C. GAMBA, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Cedam, Padova, 2008, capp. III e IV e, ancora, in ID., TARUFFO M. (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU A. – MESSINEO F. – MENGONI L., Giuffrè, Milano, 2012, p. 413 ss. Sul punto proprio la matrice professionale del giudice degli ordinamenti di *civil law* può rendere questo profilo ancor più evidente: v. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 179 ss. In senso non dissimile cfr. anche L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 26, ora anche in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 40.

⁷² Per questi esempi, ci si permette di rinviare, per brevità, a L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., p. 28 ss.

⁷³ In dottrina (v. F.P. LUISO, *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, cit.) si ritiene che, ad art. 111 Cost. invariato, non solo sia difficilmente realizzabile, ma anche indesiderabile, una drastica riduzione dei ricorsi.

⁷⁴ Sono entrambe espressioni di F. AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»*, in E. FAZZALARI (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 15-16.



rafforzata la distinzione tra sezioni semplici e sezioni unite, istituendosi un “vincolo” formale⁷⁵ – giuridico, ma non normativo⁷⁶ – delle prime al *dictum* delle seconde, che è effettivamente tale, nonostante il pudore del legislatore nel tacere accuratamente questo termine. Tanto che le sezioni unite possono essere oggi intese come una sorta di “super Corte”, all’interno dell’unica Cassazione⁷⁷.

All’origine della istituzione del vincolo formale delle sezioni semplici riposa l’idea che una cosa sia il lavoro di annullare le decisioni che non si conformano agli orientamenti consolidati della Corte e che altra cosa sia la funzione di uniformare la giurisprudenza in un’ottica propositiva⁷⁸. Non utilizzo a caso – anche se, certo, con un po’ di arbitrio – le parole *lavoro* e *funzione*: la loro contrapposizione sottintende una diversità qualitativa che non sarebbe onesto lasciare nell’ombra. Secondo questa bipartizione, alle sezioni semplici spetterebbe la funzione negativa della nomofilachia: quella di garantire l’«esatta osservanza» della legge attraverso l’annullamento delle sentenze “disobbedienti”, che non si sono uniformate alla giurisprudenza della Corte suprema. Alle sezioni unite, invece, spetterebbe la funzione positiva dell’«uniforme interpretazione», «volta a dettare un criterio cui possano»⁷⁹ (forse *rectius*: debbano) «ispirarsi le future decisioni»⁸⁰.

Le sezioni unite sono oggi affidatarie del compito di comporre i contrasti di giurisprudenza insorti tra le sezioni semplici (art. 374, c. 2, c.p.c. e art. 618 c.p.p.), di pronunciarsi su questioni di massima di particolare importanza (ancora art. 374, c. 2, c.p.c.), oltre che sulle questioni di giurisdizione (ma con i limiti ora incorporati dall’art. 374, c. 1, c.p.c.). Benché l’efficacia dell’interpretazione delle norme provenienti dalle sezioni unite non differisca formalmente in nulla da quella delle sezioni semplici, tuttavia, i profili organizzativi non sono privi *in concreto* di ricadute sulla «maggior autorevolezza, per così dire, didattica delle interpretazioni giurisprudenziali formulate dalle sezioni unite rispetto a quelle formulate dalle sezioni semplici»⁸¹.

⁷⁵ Sulla effettiva portata del vincolo delle sezioni semplici al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite la dottrina si è intrattenuta diffusamente. In argomento, oltre alle *opp. cit.*, si vedano: R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, in F.P. LUIO – R. VACCARELLA (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino 2013, p. 321 ss. e spec. p. 426 ss.; G. AMOROSO, *Commento all’art. 374*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, tomo I, Cedam, Padova, 2009, p. 195 ss.; G. PRESTIPINO, *Il nuovo ruolo delle Sezioni Unite*, in G. IANNIRUBERTO – U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 60; G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 943 ss.; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, *ivi*, p. 238; A. TEDOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di Cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. It.*, 2006, p. 2011; C. CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell’arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1189 ss. e spec. p. 1193; M. DE CRISTOFARO, *L’edificazione della Corte suprema tra risolutezza e «timidezza» del legislatore delegato*, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 1760 ss.; F. TOMMASEO, *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia*, in *Giur. it.*, 2003, p. 827. Parte della dottrina ha ritenuto che la violazione del dovere di rimessione determinerebbe conseguenze sul piano deontologico (A. CARRATTA in S. CHIARLONI (a cura di), *Le nuove riforme del processo civile*, Bologna, 2006, p. 422 ss.; F. AULETTA, *Profili del nuovo principio di diritto*, cit., p. 17 ss.; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 279).

⁷⁶ A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle sezioni unite civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p.16 ss.

⁷⁷ A. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, p. 33 ss.

⁷⁸ Cfr., in particolare, F.P. LUIO, *op. loc. ultt. citt.*

⁷⁹ F.P. LUIO, *op. loc. ultt. citt.*

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ G. DI FEDERICO, *La Corte di Cassazione*, Laterza, Bari, 1969, p. 52; ID. (a cura di), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, p. 96. Secondo Di Federico la maggiore efficacia delle pronunzie delle sezioni unite, «nel promuovere il fine istituzionale della uniformità della giurisprudenza, è basata: a) su una più numerosa composizione del collegio giudicante [...]; b) su una particolare scelta dei membri del collegio giudicante [...]; c) su una più diffusa conoscenza dei ricorsi da decidere da parte dei membri del collegio giudicante».



Le riforme, con l'introduzione di quello che secondo la dottrina prevalente sarebbe un vincolo solo processuale delle sezioni semplici alle sezioni unite⁸², non fanno che accentuare un dualismo preesistente, rafforzando il ruolo delle sezioni unite, così rimarcando l'esistenza una sorta di “doppio livello” all'interno della Cassazione, che in qualche modo può richiamare alla memoria alcune esperienze europee continentali⁸³ come quella francese della *assemblée plénière* e della più minuta *chambre mixte*⁸⁴, o quella tedesca del *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*⁸⁵, in difetto, però, delle particolari cautele che circondano la rimessione a quest'ultimo quando essa preluda ad un mutamento di giurisprudenza⁸⁶.

L'idea che stava alla base della più netta bipartizione tra sezioni semplici e sezioni unite ispira in qualche modo anche la più recente riforma delle forme del rito in Cassazione, introdotta con il d.l. 31 agosto 2016, convertito, con modificazioni, nella l. 25 ottobre 2016, n. 197⁸⁷, la quale, ha, a sua volta, dato vita ad una sorta di ulteriore partizione all'interno della Corte suprema, portandole, così, (su un piano ideale, perché una ha carattere ordinamentale, l'altra procedimentale) complessivamente a tre⁸⁸. Mi riferisco all'introduzione generalizzata del rito camerale per le sezioni

⁸² *Contra* F. AULETTA, *op. cit.*, 17 ss., il quale ritiene che il vincolo non possa dirsi meramente *in procedendo*, come accade nel caso di cui all'art. 64, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 – ove il giudice che non ritenga di uniformarsi alla pronuncia della Corte sulla interpretazione di una clausola di un contratto o accordo c.n.l. deve pronunciare con sentenza non definitiva immediatamente ricorribile per cassazione – ma abbia maggior consistenza, risolvendosi nell'ablazione del potere decisorio in capo alla sezione semplice.

⁸³ Si vedano i raffronti comparatistici di A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle sezioni unite civili*, cit., p. 21 ss.

⁸⁴ Sulle differenti competenze della *Chambre Mixte* e della *Assemblée Plénière* si vedano rispettivamente l'art. 431-5 (a mente del quale «*Le renvoi devant une chambre mixte peut être ordonné lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes ; il doit l'être en cas de partage égal des voix*») e l'art. 431-6 (in forza del quale «*Le renvoi devant l'assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ; il doit l'être lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens*») del COJ (*Code de l'organisation judiciaire*). Per una sintesi aggiornata v. L. CADIET, *El rol institucional y político de la Corte de Casación en Francia: tradición, transición, mutación?*, in M. TARUFFO – L.G. MARINONI – D. MITIDIERO (a cura di), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 179-180.

⁸⁵ Non può essere questo il luogo per una compiuta digressione sull'ordinamento giudiziario della Germania. Tuttavia, è appena il caso di ricordare che la coesistenza di una molteplicità di corti supreme – le cinque previste dall'art. 95, c. 1, della *Grundgesetz* (che giudicano in materia ordinaria, amministrativa, del lavoro, finanziaria e sociale), oltre a quella facoltativa in materia di proprietà intellettuale, prevista dall'art. 95, c. 1, della *Grundgesetz* – hanno reso necessaria la previsione di un organo giudiziario, il *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*, che si pronuncia, però, assai raramente.

⁸⁶ Quando all'interno delle Corti supreme federali vi è già un organo di vertice a cui è già demandata una funzione un'informatrice – come accade per il *Großer Senat für Zivilsachen* del *Bundesgerichtshof* o per il *Senate des Bundesarbeitsgericht* (cfr. O. JAUERNIG, *Zivilprozessrechts*, XXVII ed., Velag C.H. Beck, München, 2002, p. 29) – l'intervento del *Gemeinsamer Senat* richiede l'impulso dell'organo apicale della Corte federale, che dovrà confermare l'intenzione di quella stessa Corte di mutare l'orientamento giurisprudenziale di altra corte federale o dello stesso *Gemeinsamer Senat*. Per ulteriori ragguagli v. ancora A. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, p. 28.

⁸⁷ In argomento si vedano i saggi di D. Dalfino, G. Costantino, E. Campese, F.S. Damiani, G. Scarselli, G. Amoroso, R. Fuzio, P. Curzio e G. Grasso, raccolti in D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in Cassazione*, Il Foro italiano – Giappichelli, Roma – Torino, 2017. Per una critica v. G. COSTANTINO, *Il gioco dell'oca: i procedimenti in Cassazione*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 213 ss.

⁸⁸ Raccolgo qui, portandole ad ulteriori conseguenze sul piano nomofilattico, le osservazioni sulla “duplicazione” della Cassazione intervenuta a seguito delle recenti riforme sulla generalizzazione del rito camerale, di N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, cit., p. 10 ss. e di C. CONSOLO, *La Cassazione e il suo nuovo volto “gennaio” (doppio ma, infine “disambiguato”?)*, *ivi*, p. 49 ss. In realtà, vi sarebbe un quarto livello, dato dal rito super-semplificato (che non prevede l'intervento del P.G.) per i ricorsi inammissibili, manifestamente infondati o manifestamente fondati (v. meglio *infra*, nt. 90). In argomento si vedano anche le puntuali osservazioni di P. BIAVATI, *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1209 ss.



semplici, salvo «che la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla *particolare rilevanza* della questione di diritto, ovvero che il ricorso sia stato rimesso dall'apposita sezione di cui all'art. 376 in esito alla camera di consiglio che non ha definito il giudizio»⁸⁹. Alcuni autorevoli commenti hanno messo in luce come questo nuovo intervento si presti a creare un dualismo in virtù del quale, da un lato, vengono decisi in forma semplificata i ricorsi che non richiedono un intervento in chiave nomofilattica – quelli che, secondo la lettera della legge, non richiedono la soluzione di questioni di diritto di *particolare rilevanza* – e, dall'altro lato, solo quando vengono in rilievo queste ultime, la trattazione avrà luogo in pubblica udienza e la decisione assumerà la forma della sentenza⁹⁰.

Non è chiaro quanto beneficio possano realmente trarre i ricorsi che presentano una questione di diritto di *particolare rilevanza* dalla trattazione in pubblica udienza: la scelta compiuta dal legislatore appare perlopiù simbolica, essendo la forma “aulica” del procedimento, seguita dalla pronuncia della decisione in forma di sentenza, rivelatrice – com'è stato autorevolmente osservato – della «tendenziale destinazione di quella decisione ad inserirsi nell'ambito dei precedenti»⁹¹.

Le norme processuali, pertanto, prima quelle che hanno introdotto il vincolo formale delle sezioni semplici alle sezioni unite, poi quelle che hanno fatto del rito camerale la regola per la trattazione dei ricorsi avanti le sezioni semplici, hanno modellato idealmente una Cassazione “a tre livelli”, ai quali si può ragionevolmente ipotizzare corrisponda un differente grado di *forza* della pronuncia che ne scaturisce.

- a) Lasciando, infatti, a margine i ricorsi destinati ad una dichiarazione di inammissibilità, di improcedibilità o di manifesta fondatezza o infondatezza, decisi, senza la partecipazione del P.M., con ordinanza in camera di consiglio⁹², il terzo livello – quello più “basso” (che dovrebbe costituire la regola) – è destinato alla decisione da parte delle sezioni semplici di quei ricorsi per i quali non è richiesto alcun intervento nomofilattico da parte della Corte: la decisione sarà resa con ordinanza a seguito di udienza camerale, con la partecipazione del pubblico ministero, che conclude per iscritto, e successivo deposito delle memorie di parte. A questo livello la Cassazione è impegnata prevalentemente nell'esercizio della funzione che va sotto il nome di *ius litigatoris*, ossia quella che è stata chiamata la «componente negativa della nomofilachia»⁹³: qui la Corte

⁸⁹ Così l'attuale versione dell'art. 375, c. 2, c.p.c., aggiunto dall'art. 1-bis, c. 1, lett.a), n. 2) del d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. con modificazioni in l. 25 ottobre 2016, n. 197, applicabile ai ricorsi depositati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione, nonché a quelli già depositati alla medesima data per i quali non è stata fissata udienza o adunanza in camera di consiglio. In argomento, tra i numerosi commenti, si veda, per un quadro efficace e puntualissimo, G. COSTANTINO, *Note sulle «misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione*, in D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in Cassazione*, cit., p. 9 ss.

⁹⁰ Per una posizione nettamente critica v. B. SASSANI, *Giudizio sommario di cassazione e illusione nomofilattica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 35 ss.

⁹¹ N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, cit., p. 9 ss.; R. VACCARELLA, *Le ombre del recente passato sulla riforma della Cassazione*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, cit., p. 33 ss. e spec. p. 36.

⁹² A rigore, infatti, i procedimenti in camera di consiglio, introdotti dal d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. con modificazioni in l. 25 ottobre 2016, n. 197, sono due: 1) un primo, senza intervento del P.G., destinato alla decisione dei ricorsi inammissibili, manifestamente infondati o manifestamente fondati (nonché, secondo parte della dottrina, nei casi in cui la corte debba provvedere sulla rinuncia o sulla estinzione, ai sensi dell'art. 391 c.p.c., ovvero sulla correzione degli errori materiali o debba dichiarare l'inammissibilità della revocazione, nonché nei procedimenti relativi regolamenti giurisdizione e di competenza), nel quale l'avviso dell'adunanza camerale deve essere inviato almeno 20 giorni prima e le parti possono presentare memorie nel termine di cinque giorni; 2) un secondo, destinato a tutti gli altri casi di trattazione avanti le sezioni semplici, nel quale la partecipazione del P.M. si svolge per iscritto, con deposito di una memoria almeno 20 giorni prima dell'adunanza e le parti, avvisate almeno 40 giorni prima, hanno facoltà di presentare memorie fino a 10 giorni prima dell'adunanza camerale (sul punto v. ancora COSTANTINO, *Note sulle «misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione*», cit., pp. 15-16).

⁹³ F.P. LUISO, *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, cit., spec. par. 3.



suprema è chiamata a togliere efficacia al singolo atto contrario alla legge. Questa categoria di ricorsi non può che essere definita in negativo: sono destinati a questo terzo livello quelli che non presentino questioni di diritto *di particolare rilevanza*, né *di massima di particolare importanza*, né implicino la decisione su una questione di diritto *già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici*. Costituisce, peraltro, conferma della ormai definitiva svalutazione del controllo sulla motivazione (di cui si è detto nel paragrafo che precede) la circostanza che sono sempre destinati al rito camerale ed esclusi dall'udienza pubblica i ricorsi per cassazione fondati solo sul vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c.⁹⁴.

b) Il secondo livello è destinato alla decisione da parte delle sezioni semplici dei ricorsi, che presentano questioni di diritto *di particolare rilevanza*, pur senza presentare i requisiti per essere decisi dalle sezioni unite. In questo caso, come si è visto, il procedimento si svolgerà in pubblica udienza e la decisione sarà assunta con sentenza. Il concetto di *particolare rilevanza* implica inevitabilmente una quota di discrezionalità, di cui è difficile, anche a posteriori, ricostruirne i criteri di esercizio, posto che il decreto presidenziale, che dispone la trattazione con rito camerale o fissa la pubblica udienza, non deve essere motivato. Affinché il concetto di *particolare rilevanza* non resti un insieme vuoto, si potrebbe ipotizzare che meritino, ad es., di essere decisi secondo queste forme i ricorsi che presentano una questione di diritto sulla quale vi è:

- i. Contrasto nella giurisprudenza di merito (ma non in quella di legittimità);
- ii. Una sola sentenza di una sezione semplice, specie se risalente⁹⁵.

Non solo: com'è stato autorevolmente sottolineato, potranno essere discussi in pubblica udienza non solo i ricorsi che implicano la decisione di questioni di grande rilevanza sotto un profilo più strettamente giuridico, ma anche quelli che comportano la decisione di questioni che possono essere ritenute tali, in quanto dotate di implicazioni sociali ed economiche di rilievo⁹⁶.

c) Il primo livello, infine, è destinato alla decisione da parte delle sezioni unite dei ricorsi che presentano una questione di diritto *già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici* o una questione di *massima di particolare importanza*.

Resta fermo, quindi, il riparto di "competenza" tra sezioni unite e sezioni semplici, ma in seno a queste ultime si determina una duplicazione di livelli, contrassegnata da differenze rituali e formali, destinata prevalentemente a segnalare quali provvedimenti sono destinati a *fare* – se non *precedente*, almeno – *giurisprudenza* (le sentenze pronunciate a seguito di discussione in pubblica udienza) e quali no (le ordinanze pronunciate in camera di consiglio).

A fronte di questa ipotesi, resta, però, una verità apparentemente inconfutabile, al confronto con la quale non ci si può sottrarre: «Le ordinanze, emesse in camera di consiglio, sono decisioni della Corte di cassazione non meno delle sentenze, trattate in pubblica udienza: anch'esse segnano indirizzi della Corte e provvedono a garantire l'unità dell'interpretazione giudiziale. Perciò nulla può escludere che, sulla medesima questione di diritto, si dia conflitto fra la giurisprudenza delle ordinanze e la giurisprudenza delle sentenze: conflitto, affidato alla risoluzione delle sezioni unite»⁹⁷. Con il che, il tentativo di razionalizzazione cui è diretto quest'ultimo intervento del legislatore parrebbe

⁹⁴ Così P. CURZIO, *Il ricorso per cassazione. Viaggio all'interno della Corte*, in M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI, *La Cassazione civile*, cit., p. 43,

⁹⁵ Se la pronuncia sulla questione di diritto agitata nel ricorso ha visto un intervento recente della Cassazione potrebbe essere assai opportuno dirottare la decisione in camera di consiglio.

⁹⁶ In tal senso P. CURZIO, *op. loc. ultt. citt.*

⁹⁷ Così, testualmente, N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, cit., pp. 18-19.



destinato ad avere incerta fortuna.

9. L'obsolescenza del concetto di nomofilachia...

Quanto si è detto fin qui ci consente di trarre qualche conclusione.

La prima è che nessuno crede più all'idea che vi possano essere buone interpretazioni delle norme giuridiche, senza che queste maturino a "stretto contatto" con il fatto. Le teorie ermeneutiche, quand'anche non se ne vogliano accettare tutte le implicazioni, non sono idee stravaganti uscite dalla penna di qualche annoiato professore, ma costituiscono un patrimonio culturale comune a tutto il mondo del sapere. Sicché non ci si può permettere il lusso di ignorarle.

Peraltro, la Cassazione è di ciò pienamente consapevole: molte sono, in verità, le sentenze nelle quali la Cassazione esibisce piena consapevolezza di dover interpretare le norme in stretta correlazione con il quadro fattuale del caso da decidere. Di ciò si è già detto e non resta, quindi, che rinviare alle considerazioni già svolte *supra*.

Queste premesse, però, portano ad avviso di chi scrive ad un'ulteriore ineluttabile conclusione: che quel concetto di nomofilachia in purezza, che tanto aveva patrocinato il Maestro nella sua opera più importante, di cui oggi celebriamo il centenario, è ormai un concetto obsoleto, il cui ostinato e artificiale irrobustimento, per mezzo di alchimie processuali derivate dal combinato susseguirsi di una pluralità di riforme, sta producendo effetti che non sempre possono essere giudicati con favore.

E, invero, di ciò doveva essere ben consapevole lo stesso Calamandrei, il quale, nell'ultima parte della vita, aveva palesemente abbandonato i presupposti che in giovinezza avevano costituito le necessarie premesse dell'impianto della "sua" Cassazione civile e dello stesso concetto di nomofilachia. A viva testimonianza di ciò che si afferma, vanno qui ricordate le parole che il Maestro pronunciò nelle sue celebri conferenze messicane⁹⁸, poi consegnate ad un altrettanto memorabile volumetto, dal titolo *Processo e democrazia*⁹⁹: «La verità è che il giudice non è un meccanismo: non è una macchina calcolatrice. È un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge di applicarla nel caso concreto, che *in vitro* si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà una operazione di sintesi che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa. Insomma il sistema della legalità, e in genere la teoria normativa del diritto, è uno schema didattico, utile per i giuristi; ma questa scomposizione logica della sentenza somiglia alle analisi dei chimici, che anche quando sono arrivati a individuare tutte le sostanze elementari di cui è composto un organismo vivo, non sono riusciti però a imprigionare in formule quella scintilla da cui, dalla misteriosa combinazione di questi elementi, è scaturita la vita»¹⁰⁰. E ancora: «Ridurre la funzione del giudice a un puro sillogizzare vuol dire impoverirla, inaridirla, disseccarla. La giustizia qualcosa di meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana»¹⁰¹. E infine: «il pericolo maggiore che in una democrazia minaccia i giudici, e in generale tutti i

⁹⁸ Le conferenze, com'è noto, si tennero alla facoltà di diritto dell'Università nazionale del Messico nei giorni 14, 19, 21, 26, 27 e 28 febbraio 1952.

⁹⁹ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, poi ripubblicate in *Opere giuridiche*, vol. I, Morano, Napoli, 1965, p. 617 ss., da cui sono tratte le citazioni che seguono.

¹⁰⁰ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., p. 647. A testimonianza del radicale mutamento di approccio, in una battuta si potrebbe dire che qui sembra di leggere Satta, non Calamandrei!

¹⁰¹ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., p. 648.



pubblici funzionari, è il pericolo della assuefazione, della indifferenza burocratica, della irresponsabilità anonima»¹⁰².

Vi sono, in particolare, alcuni elementi delle riforme recenti che incidono sulle funzioni della Corte in maniera non propriamente desiderabile: in modo particolare, l'incremento del numero delle ipotesi in cui il principio di diritto può essere pronunciato anche in casi che non vengono decisi e la riduzione (soppressione?) del sindacato sulla motivazione fanno sì che anche quando la Cassazione è chiamata a svolgere la sua funzione di interprete del comando normativo lo faccia, per forza di cose, sempre più "in purezza", distante dal caso che decide (sempre che lo decida).

I rischi astrattamente possibili sono di una certa gravità.

Per un verso vi è il pericolo che la Corte suprema sia chiamata a svolgere il suo ruolo di guida nell'interpretazione della legge con modalità di formazione della decisione che spingono eccessivamente verso l'astrazione: ciò implica che l'opera esegetica della Cassazione, completata dall'elaborazione delle massime, si traduca sempre più nella produzione di comandi generali ed astratti. In tal modo le pronunce della Corte, definitivamente sganciate dal caso che le hanno originate, sono in grado di ampliare il loro ambito di applicazione fino ad eguagliare quello della legge¹⁰³.

Per altro verso, quando la Corte suprema è chiamata a decidere singoli casi, per così dire "al di fuori" della funzione nomofilattica, essa rischia di trasformarsi in un giudice che opera mediante una verifica tendenzialmente meccanica, improntata all'astrazione, del rispetto da parte del giudice del merito dei principi di diritto consolidati nella giurisprudenza della Corte. Mi chiedo se un simile controllo possa effettivamente costituire una soddisfacente e fedele applicazione della garanzia di cui all'art. 111 Cost. Non solo: mi domando se questa garanzia, declinata secondo le richiamate modalità, meriti ancora di essere conservata o se non sia il caso di rimetterla in discussione. Un controllo del rispetto dei principi di diritto, condotto in una dimensione tendenzialmente aliena dai fatti del caso, porta con sé il rischio concreto di risolversi in decisioni ingiuste.

10. ...e il destino della Cassazione civile

Solo chi fosse del tutto privo di qualche senso del pudore invocherebbe, in un contesto come il nostro, un'ulteriore, ennesima riforma.

Tuttavia, ove se ne dovesse, per puro esercizio di fantasia, ipotizzare una¹⁰⁴, questa – ad avviso di chi scrive – dovrebbe avere carattere radicale, spingendosi, da un lato, a limitare fortemente il numero dei ricorsi, anche attraverso una modifica dell'art. 111 Cost., se necessario, e promuovendo, dall'altro lato, l'esercizio da parte della Corte Suprema di una – per così dire – rinnovata nomofilachia. Quest'ultima dovrebbe esprimersi nella pronuncia di sentenze, che, a differenza di quelle alle quali siamo abituati, siano "immerse" nei fatti di causa, nelle quali la formazione del principio di diritto maturi nel contesto di un caso concreto ben comprensibile.

¹⁰² *Ibidem*. Non si tratta, peraltro, di cose nuove: non v'è che da prenderne atto, come già ha fatto accorta dottrina prima di chi scrive. Si vedano P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, cit., p. 865 ss. e N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, cit., p. 101 ss. e, anche con più specifico riferimento al tema qui trattato, A. PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, in E. BINDI – T. GROPPI – G. MILANI – A. PISANESCHI, *Processo e democrazia. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, Pacini, Pisa, 2019, p. 87 ss., e spec. p. 107, ove l'a. si esprime, a questo proposito, in termini di «demistificazione della c.d. nomofilachia».

¹⁰³ Parlo di *ambito di applicazione*, non di *forza* della legge: sono due cose ben distinte, che non vorrei si confondessero (per quanto talvolta si abbia l'impressione che, in concomitanza di alcuni eccessi, i due piani arrivino effettivamente quasi a confondersi).

¹⁰⁴ Con spirito (quantomeno metodologicamente) non dissimile, mi paiono siano state formulate le recenti suggestioni proposte da P. BIAVATI, *Note sul processo civile dopo l'emergenza sanitaria*, in *giustizjainsieme.it*, 2020, par. 6.



E forse, così, la Cassazione potrebbe tornare ad assomigliare veramente a Marullino, l'avo dell'imperatore Adriano, che viene così descritto in un passo anteposto – a mo' di manifesto – alle *Lezioni*, che alcuni Magistrati della Corte hanno raccolto in un giustamente fortunato volume¹⁰⁵: «apparteneva a quella categoria di spiriti rarissimi, i quali, benché profondi conoscitori di una dottrina, in grado di vederla per così dire dal di dentro, da un punto di vista inaccessibile ai profani, conservano tuttavia il senso della relatività del suo valore nell'ordine delle cose, la misurano in termini umani»¹⁰⁶.

¹⁰⁵ M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, cit., giunto quest'anno alla III edizione.

¹⁰⁶ M. YOURCENAR, *Le memorie di Adriano*, Einaudi, Torino, 1988, p. 21.