

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

A cosa serve
la Corte di cassazione?

Le banche,
poteri forti e diritti deboli

2017



QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Renato Rordorf

Vicedirettore

Giovanni (Ciccio) Zaccaro

Comitato di redazione

Silvia Albano, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Vincenza Maccora, Isabella Mariani, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Luigi Marini, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Agnello (detto Nello) Rossi.

Segretaria di redazione

Fernanda Torres

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Renato Rordorf
direttore responsabile:	Andrea Meccia
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

III trimestre 2017 - chiuso in redazione in ottobre 2017

Sommario

Editoriale di <i>Renato Rordorf</i>	Pag.	3
<hr/>		
Obiettivo 1. A cosa serve la Corte di cassazione?		
Introduzione «A cosa serve la Corte di cassazione?» di <i>Carlo De Chiara</i>	”	7
Cosa si aspettano i giudici di merito dalla Cassazione: i “precedenti” e il controllo della motivazione di <i>Luigi De Ruggiero</i>	”	10
Ruolo e funzione della Corte di cassazione: il punto di vista del giudice d’appello di <i>Giulio Cataldi</i>	”	14
Il giudice di merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta di <i>Bruna Rizzardi</i>	”	19
La Cassazione multifunzionale nella compiuta globalizzazione socio-economica (diagnosi e prognosi progredienti, al di là del puro anelito di nomofilachia) di <i>Claudio Consolo</i>	”	22
Quale giudice supremo in materia penale? di <i>Domenico Pulitanò</i>	”	32
Brevi note sul rapporto tra la funzione nomofilattica e il diritto alla difesa di <i>Andrea Mascherin</i>	”	41
La Corte di cassazione e il sistema delle impugnazioni penali: prospettive di riforma di <i>Carlo Brusco</i>	”	44

Il futuro della Cassazione di <i>Piero Curzio</i>	”	60
Il nuovo processo civile di cassazione: la secolarizzazione della Corte e la scomparsa del procuratore generale di <i>Piero Gaeta</i>	”	67
Il nuovo assetto del giudizio civile di cassazione nel dialogo tra aspettative di maggiore efficienza e garanzia di effettività delle tutele di <i>Andrea Pasqualin</i>	”	78
La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia) di <i>Camilla Di Iasi</i>	”	82
Banche dati di giurisprudenza, nomofilachia e trasparenza dell’attività giurisdizionale. L’esperienza del Ced della Corte di cassazione di <i>Vincenzo Di Cerbo</i>	”	93
Obiettivo 2. Le banche, poteri forti e diritti deboli		
Introduzione. Il peso dell’attività delle banche sulla giustizia civile e dintorni di <i>Luca Minniti</i>	”	99
L’Arbitro bancario finanziario di <i>Giuseppe Leonardo Carriero</i>	”	102
Appunti sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo di <i>Andrea Barenghi</i>	”	112
Il costo del prestito bancario: un’equazione a molte incognite di <i>Pasquale Serrao D’Aquino</i>	”	133
L’usura sopravvenuta in Cassazione di <i>Aldo Angelo Dolmetta</i>	”	143
La buona fede nel recesso della banca nei contratti di apertura di credito di <i>Azzurra Fodra</i>	”	154
L’evoluzione dei rimedi nel dialogo fra legge e giudice di <i>Giuseppe Vettori</i>	”	159
I diritti dell’investitore nella giurisprudenza di legittimità di <i>Maria Acierno</i>	”	168
La nullità del contratto e l’interest rate swap di <i>Daniele Imbruglia</i>	”	177

Il sistema bancario e le procedure esecutive individuali di <i>Francesco Vigorito</i>	”	185
Il ruolo delle banche nell’aggravamento e nella soluzione della crisi d’impresa di <i>Mauro Vitiello</i>	”	193
Il nuovo ordinamento della banca secondo la <i>bank recovery and resolution directive</i> di <i>Bruno Inzitari</i>	”	204
Crisi delle banche venete ed “aiuti di Stato” di <i>Guido Federico</i>	”	212
L’attività delle banche dal punto di vista del giudice delle misure di prevenzione di <i>Francesco Menditto</i>	”	221
 Cronache americane		
L’estremismo violento e le contraddizioni delle “nostre” libertà di <i>Luigi Marini</i>	”	244
Gli autori	”	252

Editoriale

A cosa serve la Corte suprema di cassazione?

La domanda, a prima vista, può sembrare provocatoria o paradossale, ma forse non lo è. Michele Taruffo, in una raccolta di saggi pubblicata da *Il Mulino* nel 1991, coniò per la Cassazione la definizione, spesso poi richiamata, di «vertice ambiguo». E l'ambiguità nasce dal dover coniugare due funzioni: verificare la corretta applicazione della legge sostanziale e processuale in ogni singola vertenza sottoposta all'esame della Corte, ma al tempo stesso dare uniformità ai criteri interpretativi della normativa per una più generale finalità di orientamento dell'intera giurisprudenza nazionale. Un Giano bifronte, è stato anche detto, con un volto rivolto all'indietro, che guarda a ciascuna specifica controversia ed al modo in cui essa è stata decisa in sede di merito, ed un altro rivolto al futuro, che dà indicazioni destinate a fungere da riferimento per ogni successiva decisione implicante la soluzione dei medesimi problemi giuridici. Quest'ultima funzione, diretta a formulare criteri ordinanti nel flusso sempre più mobile della giurisprudenza, usiamo chiamarla "nomofilachia"; e per distinguerla dalla prima siamo soliti parlare di *ius constitutionis*, che dovrebbe potersi coniugare con lo *ius litigatoris*.

Ma è davvero possibile tenere insieme queste due funzioni, perseguire contemporaneamente ed altrettanto efficacemente entrambe queste finalità? Ed è auspicabile? C'è chi ne dubita, e lo stesso Taruffo, in saggi più recenti (tra i quali, ad esempio, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 35 ss.), si è spinto sino a parlare a tal proposito di un «mito delle Corti supreme». Nella contrapposizione tra una visione "particolaristica" ed una "universalistica" della giurisprudenza, si sottolinea come debba essere sempre la concretezza specifica dei fatti a condizionare di volta in volta la corretta interpretazione ed applicazione delle norme idonee a disciplinarli, e come, viceversa, la pretesa di dettare principi giuridici di carattere generale sottintenda una concezione statica ed uniforme dell'ordinamento, nient'affatto coerente con la realtà. Esaltando troppo la funzione "universalistica", si ri-

schierebbe, inoltre, di attribuire alle Corti supreme un non auspicabile ruolo verticistico e burocratico. Una parte non piccola della dottrina processualistica italiana, pur tra molte distinzioni e con sfumature assai diverse, sembra oggi nella sostanza condividere queste preoccupazioni e manifesta un malcelato scetticismo nei riguardi della funzione nomofilattica della Cassazione; tende insomma a privilegiare la concezione "particolaristica" della giurisprudenza, paventando un diritto vivente caratterizzato da un eccesso di astrazione.

Non vorrei esagerare, ma ho il timore che si stia qui rischiando di scavare un solco tra la dottrina processualistica (o almeno una parte di essa) ed il legislatore, il quale negli interventi riformatori degli ultimi anni ha fatto mostra invece proprio di voler accentuare il ruolo nomofilattico della Suprema corte; ed un solco mi pare si stia producendo forse anche tra quella medesima dottrina e la giurisprudenza della Corte di cassazione, che in molte sue pronunce sembra a sua volta incline a valorizzare maggiormente quel ruolo.

Perciò credo sia oggi particolarmente necessario sviluppare il dibattito sulla funzione della Suprema corte, dando voce al punto di vista dei magistrati che vi operano ma anche a quello dei giudici di merito, degli avvocati e della stessa dottrina. E mi pare importante farlo ricollegandosi idealmente al tema, approfonditamente discusso in un precedente numero di questa Rivista (n. 4/16), del rapporto tra il giudice e la legge: perché indagare sul ruolo nomofilattico della Cassazione significa mettere a fuoco uno dei meccanismi fondamentali dell'emersione del diritto vivente e, quindi, comprendere meglio in qual modo e con quale reale incidenza il formante giurisprudenziale contribuisce in questo momento storico all'evoluzione dell'ordinamento giuridico.

Senza la pretesa di sciogliere in pochi tratti i nodi di un dibattito tanto complesso, mi permetto qui solo di osservare, per un verso, che oggi è forse eccessiva (o va comunque ridimensionata) la preoccupazione di chi scorge nell'esaltazione del ruolo nomofilattico del-

la Corte suprema il rischio di una deriva autoritaria e verticistica; e per altro verso che l'attuale tendenza dell'ordinamento giuridico a farsi frammentario e disordinato rende quanto mai necessario uno sforzo di coordinamento giurisprudenziale che solo attraverso l'opera di una Corte regolatrice può avere una qualche possibilità di riuscita. La nomofilachia, se bene intesa, è sempre frutto di un procedimento dialettico – come spesso sottolineava Pino Borré (vedi, tra gli altri scritti, *La corte di cassazione oggi*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Giappichelli, Torino, 1996) – perché la Cassazione interviene sempre su un materiale giuridico già in precedenza elaborato dai giudici di merito, con i quali deve saper dialogare per individuare la più corretta interpretazione delle norme, specie quando si tratti di norme nuove, la cui prima lettura è necessariamente affidata appunto ai giudici di merito. Ed infatti è proprio dalla giurisprudenza di merito, non foss'altro per il suo essere più immediatamente a contatto con la mutevole realtà sociale (oltre che, ovviamente, dalla dottrina), che spesso provengono le più stimolanti sollecitazioni al cambiamento, grazie alle quali anche la giurisprudenza di legittimità progredisce e si affina. D'altro canto, come già accennato, il tasso di disordine dell'ordinamento giuridico negli ultimi decenni è smisuratamente cresciuto, per molte ragioni tra le quali non ultima il proliferare di fonti normative diverse e talvolta eterogenee, nazionali e sovranazionali. Perciò, anche a voler seguire la drastica opinione di chi sostiene essere il diritto per sua stessa natura un sistema così complesso da risultare necessariamente caotico, mi pare si debba oggi più che mai riconoscere la necessità di farvi emergere almeno delle «isole di ordine» (cito ancora Taruffo, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, pp. 56-57), sia pure instabili e provvisorie. Ed è principalmente per questo motivo che, oggi ancor più di ieri, si rende indispensabile la presenza di un organo giurisdizionale di legittimità capace di operare una sintesi dei diversi possibili orientamenti giurisprudenziali e di fornire, almeno tendenzialmente, dei criteri ordinanti, benché suscettibili di essere poi criticamente ridiscussi non appena emergano buone ragioni per farlo.

Ma, se così è, non ci possiamo non chiedere in qual misura l'attuale assetto della nostra Suprema corte la mette davvero in grado di svolgere il suo ruolo nomofilattico e di coniugarlo efficacemente con la tutela dello *ius litigatoris*. Di certo non v'è alcuna incompatibilità logica tra l'assicurare in ultimo grado e definitivamente la giustizia del caso singolo ed il prefigurare soluzioni giurisprudenziali destinate ad operare in una molteplicità di casi futuri. È astrattamente ben ipotizzabile che la corretta conformazione dello *ius litigatoris* valga, già di per sé, ad assicurare la tenuta dello *ius constitutionis*, e forse in un ormai

lontano passato è stato davvero così, ma oggi questa conclusione appare quanto mai problematica.

È noto che, in presenza di una disposizione costituzionale (l'art. 111, comma settimo) che non sembra consentire veri e propri filtri di accesso idonei a selezionare i ricorsi alla Corte di cassazione, questa si trova a dover fronteggiare un numero di ricorsi così ingente da rendere assai difficile la produzione di una giurisprudenza coerente ed ordinata: il che rischia fatalmente di compromettere la sua funzione nomofilattica e la possibilità di coniugarla effettivamente con la tutela dello *ius litigatoris* (che a propria volta è affievolita dall'inevitabile dilatazione dei tempi di definizione di un così alto numero di procedimenti). Di fronte ad una tale proliferazione di ricorsi una Corte soprattutto destinata ad una funzione di giustizia del caso concreto, essendo costretta ad operare contemporaneamente attraverso decine e decine di collegi giudicanti, difficilmente può sempre garantire una sufficiente uniformità di indirizzi giurisprudenziali.

Bisognerebbe saper scegliere: si può volere che la Cassazione eserciti una funzione più o meno equiparabile ad un terzo grado di giudizio (ma in tal caso ci si potrebbe chiedere se serve davvero concentrare tutti i giudizi di ultimo grado in un'unica sede, e se non valga la pena piuttosto di tornare all'antico modello delle Cassazioni regionali) oppure che svolga (se non esclusivamente, soprattutto) una funzione nomofilattica, come accade in tutti i Paesi comparabili al nostro nei quali alle Corti supreme sono affidati prevalentemente compiti di nomofilachia e mai quelle Corti sono chiamate a produrre un altrettanto grande numero di decisioni. La risposta alla domanda posta da principio – a cosa serve la Corte di cassazione? – dipende da come ci si voglia orientare in questa scelta.

Se c'è un terreno sul quale la giurisprudenza – in particolare quella della Cassazione – ha svolto un ruolo di grande rilievo nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico verso soluzioni più attente alla tutela dei diritti, credo sia proprio quello delle banche e dei loro rapporti con i clienti ed i risparmiatori.

Vi sono però almeno altre due ottime ragioni per occuparsi di questo tema: l'una di ordine storico, l'altra di ordine costituzionale.

È noto che lo sviluppo delle banche e dell'attività creditizia è stato, sin dal tardo medioevo, uno dei motori della storia politica ed economica dell'Occidente, contribuendo in grande misura alle fortune ed alle miserie della nostra civiltà, e v'è perciò poco da sorprendersi del fatto che, ancora oggi, sia proprio da vicende prodottesi in ambito bancario che ha tratto origine la grave crisi economico-finanziaria esplosa nel 2008, a partire dagli Stati Uniti, estesasi poi su scala mondiale sino al punto da mettere a repentaglio

la stessa stabilità di alcuni Stati nazionali e con essa il tenore di vita ed i diritti fondamentali dei loro cittadini (il pensiero corre evidentemente alla Grecia). Una crisi, questa, che autorevoli commentatori hanno ricondotto anche ai profondi mutamenti dai quali sin dagli ultimi decenni del novecento è stato interessato il sistema bancario (soprattutto, ma non soltanto, quello statunitense), con il definitivo abbandono della distinzione tra banche commerciali e banche d'investimento, con la progressiva despecializzazione dell'attività bancaria e la conseguente possibilità per le banche di operare su tutta la gamma dei servizi e dei prodotti finanziari, con un generale allentamento del sistema dei controlli pubblici in nome di una pretesa maggiore efficienza competitiva. La liberalizzazione del mercato dei derivati finanziari, che ha visto le banche tra i suoi maggiori protagonisti, ha fatto il resto, contribuendo ad accentuare l'attitudine speculativa di buona parte dell'attività bancaria ed incoraggiando l'erogazione facile del credito grazie al fatto che il relativo rischio poteva essere agevolmente inglobato in strumenti finanziari tanto sofisticati quanto poco garantiti e così trasferito sui sottoscrittori di quegli strumenti.

Col mutare di alcune tra le tradizionali caratteristiche dell'attività bancaria è sensibilmente mutato anche il modo di essere del rapporto tra banca e cliente; e questo chiama in causa il secondo aspetto cui prima facevo cenno, quello costituzionale, perché la tutela del risparmio è uno degli obiettivi espressamente enunciati nella Carta costituzionale (art. 47) e la sua concreta attuazione dipende in buona misura anche da come quel rapporto tra banca e clienti si atteggia. Nei primi decenni dell'era repubblicana in larga prevalenza il risparmio, se non veniva investito in proprietà immobiliari o non rifluiva in titoli di Stato, era dato in custodia alle banche, intorno alle quali ruotava anche il sistema di finanziamento delle imprese. Non era un mondo idilliaco, ma presentava un tasso di conflittualità relativamente basso e ciò, almeno in parte, dipendeva da un sostrato fiduciario che faceva della "propria banca" un punto di riferimento per il risparmiatore. La trasformazione di molte banche in *player* finanziari, che perseguono il profitto anche (se non soprattutto) operando in proprio sul mercato, ha inevitabilmente comportato l'insorgere di un groviglio di conflitti d'interesse che ha finito con il minare il rapporto fiduciario con i risparmiatori, come le cronache quotidiane ampiamente ci riferiscono. «*Il mondo è cambiato* – scrive l'economista Marco Onado in un recente saggio intitolato *Alla ricerca della banca perduta* (Il Mulino,

Bologna, 2017, p. 253) – e oggi i produttori di finanza sono anche venditori, sia nel campo dell'investment banking sia in quello dei servizi retail»; ed aggiunge che, appunto per questo, i conflitti di interesse «sono connotati alla finanza di oggi e per il povero risparmiatore il mondo della finanza sembra sempre di più una foresta più intricata di quella di Cappuccetto Rosso».

Non ci si può dunque sorprendere se l'espandersi degli effetti della crisi economico-finanziaria, che ha direttamente colpito un elevato numero di risparmiatori, facendo emergere non poche criticità nella gestione degli istituti di credito (o almeno di alcuni di essi), ha alimentato un diffuso sentimento di ostilità nei confronti del mondo bancario nel suo insieme, considerato uno degli emblemi dei cosiddetti "poteri forti" dai quali il comune cittadino si sente vessato e contro i quali si sente impotente.

I saggi ospitati nella seconda parte di questo numero della *Rivista* mettono bene in evidenza come l'incrinarsi del tradizionale rapporto di fiducia tra banche e clienti e l'emergere di quel senso di diffusa ostilità verso il mondo bancario cui accennavo si sia riflesso nel contenzioso di cui si sono dovuti sempre più spesso occupare in questi ultimi decenni i tribunali e le corti.

La giurisprudenza è stata ed è tuttora chiamata ad un compito particolarmente delicato su un terreno nel quale il diritto si misura con forti istanze sociali e non può rimanere insensibile al mutare degli scenari macroeconomici. Un compito che richiede grande senso dell'equilibrio, affinché sia assicurata effettività alla tutela del risparmio evocata dalla Costituzione ma nel pieno rispetto del principio di legalità, e perciò senza farsi condizionare da spinte emotive aprioristicamente ostili ad una delle parti in causa.

Ma soprattutto val la pena di rilevare come l'elaborazione di nuove categorie ad opera della dottrina e della giurisprudenza, pur non essendo ovviamente confinata al settore dei rapporti bancari, abbia trovato proprio in questo settore un campo privilegiato di attuazione e di sperimentazione, tuttora in atto, facendo emergere dal crogiuolo delle singole controversie principi giuridici capaci di rispondere alle istanze attuali: si pensi ad esempio alla nozione di contratto asimmetrico, alla nullità di protezione ed altro ancora.

Qui più che mai il "diritto vivente" manifesta tutta la sua vivacità, e di nuovo la nomofilachia viene in primo piano.

Renato Rordorf

Ottobre 2017

Introduzione a «A cosa serve la Corte di cassazione?»

di Carlo De Chiara

All'interrogativo che dà il titolo a questo obiettivo potrebbero aggiungersene altri come corollari: cosa si aspettano dalla Corte di cassazione i magistrati di merito, gli avvocati, la dottrina? È, la Corte, capace di corrispondere alle loro aspettative? E cosa si può fare per migliorare la sua funzionalità?

Per cercare delle risposte abbiamo dato voce sia a magistrati che operano nella Corte o presso la Corte, sia a giuristi portatori di punti di vista esterni alla Corte stessa, quelli della dottrina, dell'avvocatura, della magistratura di merito.

Il contributo che apre la serie degli articoli che seguono, quello di Luigi de Ruggiero, esprime il punto di vista di un giudice di appello volutamente datato (risale al 2012), per cogliere diacronicamente i tratti di continuità o discontinuità con riflessioni più recenti di altri giudici di merito, come quelle di Giulio Cataldi, per il civile, e Bruna Rizzardi, per il penale. Il lettore potrà notare, quale tratto di continuità fra i tre contributi, l'attenzione per il tema della massimazione delle sentenze di legittimità e per quello contiguo delle banche dati che la organizzano e la diffondono. Temi sui quali ulteriori approfondimenti, questa volta "dal didentro", sono offerti dagli articoli di Camilla Di Iasi, per l'Ufficio del massimario, e di Vincenzo Di Cerbo, per il Ced.

Ma il vero filo che lega un po' tutte le riflessioni che compongono questo obiettivo è quello della crisi della Corte di cassazione e della sua funzione di nomofilachia. Crisi che è un aspetto della più generale crisi della giustizia italiana, ma che ha tratti peculiari che meritano un approfondimento specifico, perché specifica è la funzione e la struttura della Corte.

Il nostro Paese ha scelto, storicamente, di dotarsi di una Corte suprema di sola legittimità, con il compito principale di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto oggettivo nazionale» (secondo la formula dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario del 1941). Dunque la distinzione tra fatto e diritto (chiara in astratto, non di rado sfuggente in concreto) anima da sempre l'attività della Corte di cassazione, e la tensio-

ne tra i due poli della tutela dei diritti soggettivi e della tutela dell'ordinamento (*ius litigatoris* e *ius constitutionis* della fortunata definizione corrente) connota da sempre la problematicità del suo ruolo.

Queste caratteristiche della Cassazione sono comuni ai settori civile e penale, come conferma la lettura degli articoli di Claudio Consolo e Domenico Pulitanò, contenenti riflessioni di respiro sistematico rispettivamente per l'uno e l'altro settore. Le discussioni sull'eccesso o difetto di sindacato sul fatto o sull'eccesso o difetto di attenzione alla specificità dei singoli casi più che all'astratta regola di diritto, sono infatti trasversali e sembrano promosse da diversità di cultura o di punti di vista, più che dal settore di appartenenza dei protagonisti.

Certo, nel penale, l'attenzione al fatto è maggiore, ma le stesse regole dell'accertamento del fatto sono più sofisticate, e più rigoroso è il criterio di valutazione della prova («al di là di ogni ragionevole dubbio»), e del resto, al netto delle ovvie specificità, la tentazione – non solo nelle perorazioni degli avvocati – di trasformare quello di legittimità in un terzo grado di giudizio è nelle umane corde sia civilistiche che penalistiche.

Vero è, inoltre, che la discussione sul ruolo della Corte di cassazione e sulla conseguente ampiezza del suo sindacato sulle decisioni di merito non può svolgersi *in vitro*, astraendo dalla pressione della realtà storica e dai concreti problemi che questa pone con l'urgenza e la cruda oggettività dei fatti. E la realtà registra, da tempo, l'affollarsi davanti alla Corte – per una serie di fattori di varia natura, anche costituzionale – di una massa abnorme di ricorsi, con la quale occorre necessariamente misurarsi.

Anche a tale riguardo, peraltro, i settori civile e penale, come emerge dagli articoli rispettivamente di Piero Curzio e di Carlo Brusco, sono accomunati da difficoltà analoghe, con qualche tratto significativo di specificità – di carattere storico, appunto – per il settore civile (il che spiega, tra l'altro, la prevalenza numerica dei contributi che seguono dedicati a quel settore rispetto ai contributi dei penalisti).

Nel settore penale la Corte ha per tempo elaborato e realizzato efficaci strategie di contrasto del formarsi di un arretrato, grazie alle quali i ricorsi vengono definiti ampiamente entro un anno dal deposito. Ciò ha comportato il pagamento di inevitabili prezzi, ma non può negarsi la sostanziale tenuta del sistema sul piano della tempestività della risposta alla domanda individuale di giustizia.

Nel civile, invece, l'impatto di due riforme – la privatizzazione dei rapporti di pubblico impiego e l'estensione del ricorso per cassazione alle controversie tributarie – improvvidamente introdotte “a costo zero” nonostante il prevedibile enorme aumento del numero dei ricorsi che esse avrebbero determinato, ha reso oltremodo ardua l'adozione di analoghe strategie organizzative di contrasto dell'arretrato. Si sono così succeduti, nell'ultimo decennio, plurimi tentativi di soluzione del problema mediante riforme di carattere processuale, che tuttavia non hanno prodotto, almeno sinora, gli effetti sperati (anche perché concepite pur'esse “a costo zero”).

Del contenuto di tali riforme, nonché dei connessi provvedimenti organizzativi della presidenza della Corte e dei protocolli d'intesa sottoscritti con la Procura generale, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocatura dello Stato, si legge negli articoli, non privi di accenti critici, di Claudio Consolo, Andrea Pasqualin, Piero Curzio e Piero Gaeta, redatti dai punti di vista della dottrina, dell'avvocatura e della Corte stessa. Qui preme soltanto evidenziare come il segno delle riforme in questione sia oggettivamente restrittivo dei poteri e facoltà di partecipazione dei difensori – e della Procura generale – al giudizio di cassazione (il rito camerale non partecipato è divenuto la regola davanti alle sezioni semplici), nonché dell'ambito del sindacato della Corte sulle statuizioni in fatto del giudice di merito (si è ritornati alla formulazione originaria dell'art. 360, n. 5, cpc, quella del 1942). Certamente degne di grande attenzione sono, pertanto, le riserve di chi vede in tutto ciò una regressione sul piano delle garanzie processuali, con il rischio di una involuzione dagli sviluppi imprevedibili. Nel raccogliere questo allarme, tuttavia, non può non sottolinearsi che è indispensabile, al tempo stesso, avere consapevolezza che una risposta al problema dell'abnorme arretrato, ormai stabilizzatosi sui centomila ricorsi civili, non può assolutamente essere elusa e richiede delle scelte (attente, equilibrate, ma anche) coraggiose.

È opinione sempre più largamente condivisa che il rigore della previsione costituzionale del diritto al ricorso per cassazione contro tutte le sentenze debba essere temperato. Ma al di là della prospettiva di una revisione costituzionale certamente non immediata né, allo stato, probabile, è doveroso sforzarsi di ottimizzare gli strumenti esistenti, cercare di trovare in

essi anche delle opportunità, pur senza trascurarne le criticità, da assorbire, queste ultime, mediante l'adozione di adeguate prassi applicative tutte le volte che sia possibile.

Vale allora la pena di chiedersi se, ad esempio, non possa farsi in modo, grazie ad uno spoglio esperito, accurato e trasparente, che il rito camerale non partecipato sia effettivamente riservato a quei ricorsi (la grande maggioranza, come insegna l'esperienza) per i quali davvero non è richiesto alcun contributo nomofilattico, ma soltanto la doverosa risposta di giustizia alle domande individuali; e se per le motivazioni delle relative decisioni non possano adottarsi – fatto salvo l'imprescindibile studio accurato delle carte – modalità davvero scheletriche (del resto in Camera di consiglio bastano al relatore, di solito, poche battute per far comprendere al Collegio i termini delle questioni e le soluzioni proposte). Insomma, un “doppio binario” in cui sia ben chiara la distinzione che la Corte opera tra decisioni di rilievo nomofilattico – quelle emesse all'esito della pubblica udienza – e decisioni deliberatamente prive di tale rilievo. Il che gioverebbe anche alla chiarezza della giurisprudenza e attenuerebbe il “rumore” negli archivi informatici.

In questa prospettiva, forse, potrebbe anche cessare la demonizzazione, talvolta eccessiva, del vizio di motivazione quale fonte di soverchio aggravio per la Corte. Se una censura eccede i limiti di cui all'art. 360, n. 5, cpc, per motivarne l'inammissibilità basterà dire questo, al più aggiungendo pochissime parole che richiamino le categorie tipizzate dalla prassi (mancata specificazione del fatto non esaminato dal giudice di merito, carattere non decisivo dello stesso, sostanziale richiesta di rivalutazione dei dati istruttori, ecc.), senza indugiare in “riassunti” tanto laboriosi quanto inutili.

Certamente su una prospettiva di questo genere sarà necessario chiedere la “comprensione” anzitutto del Foro, affinché accetti motivazioni assai lontane dagli *standard* tradizionali, che andranno riservati alle sole sentenze pronunciate all'esito di pubblica udienza. È una richiesta legittima, ma anche ragionevole, perché può offrirsi agli avvocati – il cui apporto dialettico alla nomofilachia è giustamente sottolineato nell'articolo di Andrea Mascherin – una seria contropartita: l'interazione con una Corte che decide in tempi ragionevoli, vale a dire la non inutilità del loro mandato difensivo.

Va da sé, infine, che nessun rimedio, tra quelli sinora escogitati o escogitabili in futuro, potrà mai rivelarsi, da solo, decisivo per consentire al giudizio civile di cassazione il rispetto dei canoni della ragionevole durata e della funzione nomofilattica, e che occorrerà mettere in campo risorse finanziarie, misure organizzative, la stessa revisione dell'art. 111 Cost. cui si è fatto cenno. Tuttavia non può mancare, da parte di tutti

OBIETTIVO 1. A COSA SERVE LA CORTE DI CASSAZIONE?

e in particolare dei magistrati della Corte di cassazione e della Procura generale, una costante attenzione a tale obiettivo nelle scelte da compiere anche nella situazione data, perché il sistema non può tollerare a

lungo livelli tanto elevati di ineffettività, con la conseguenza che in caso di insuccesso si imporrebbero col tempo, fatalmente, soluzioni alternative, non necessariamente di segno più avanzato.

Cosa si aspettano i giudici di merito dalla Cassazione: i “precedenti” e il controllo della motivazione *

di Luigi De Ruggiero

Lo scritto sottolinea la circolarità tra norma e fatto, la strategia di risultato, più che di costruzione logica o dogmatica, cui obbediscono le sentenze, l'importanza dei precedenti quali elementi costitutivi della conoscenza della norma. Rivolge quindi, dal punto di vista del giudice di appello, due richieste alla Corte di cassazione: formulare le massime non trascurando la fattispecie concreta; prendere atto che il legislatore non richiede più la redazione delle sentenze secondo il metodo formalistico-cognitivo, ma tiene a verificare la validità del procedimento decisionale e della volizione del giudice, non la completezza-logicità della sua attività conoscitiva.

Non amo le premesse, almeno quando c'è poco tempo. Fate dunque conto che abbia espresso la più viva ammirazione ai magistrati della Suprema corte: dico anzi subito che un obiettivo di questa relazione è quello di dimostrare scientificamente la decisiva rilevanza del loro lavoro e dunque di spaventarli quanto basta.

Qualche minuto, però, come d'accordo con i coordinatori, serve per “sistemare” a livello di teoria generale i temi che tratto - cioè, il ruolo dei precedenti e l'interpretazione delle sentenze: non si tratta di premesse, ma di un contenuto essenziale per la nostra riflessione, che avrà ricadute pratiche. Tanto per incuriosirvi, voglio esagerare: vi dimostrerò che il legislatore italiano ha aderito alla filosofia ermeneutica e che dunque anche noi dobbiamo, per legge, sposarla. Rassicurero i giudici di merito, ché la motivazione delle sentenze non serve più, e convincerò quelli di legittimità a non cercarla neppure.

Ha ormai quasi cinquant'anni la scoperta da parte dei giuristi¹ al seguito della filosofia ermeneutica² la scoperta, dicevo, del movimento circolare all'interno dell'attività interpretativa, di un circolo ermeneutico, cioè, che si muove anzitutto tra la norma e il fatto. Ormai siamo consapevoli che senza avere cognizione del fatto concreto non si può giungere alla sua qualificazione giuridica, ma che, d'altra parte, per la stessa lettura del fatto nella sua “materialità” occorre sapere quali siano i suoi caratteri eventualmente rilevanti per il diritto, conoscere, quindi, le fattispecie normative che possano applicarsi al fatto. Il fatto viene interrogato in base alla norma e la norma tuttavia si comprende, nel suo stesso significato, solo in base al fatto.

Nell'interpretazione giuridica non c'è prima il fatto e poi la norma o viceversa, né si tratta di mettere in relazione la norma e il fatto, entrambi già precedentemente compresi per proprio conto: tra le premesse

* Il testo è la trascrizione dell'intervento svolto al “Corso di laboratorio sui rapporti tra giurisprudenza di merito e di legittimità”, Roma, 3-4 maggio 2012.

1. Tra i primi Josef Esser nel 1970, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it., Ed. Scientifiche Italiane, 1983.

2. *Verità e Metodo* di H.G. Gadamer, che nella sua prima edizione è del 1960 – trad. it. Fratelli Fabbri Editori, 1972 – dovrebbe essere un libro di testo per tutti i magistrati, quali “specie” del “genere” degli interpreti.

maggiore e minore del famoso sillogismo c'è qualcosa di più che "un andare e venire dello sguardo". Norma e fatto si decidono l'una in base all'altro: non si può nemmeno dire quale sia la premessa maggiore e quale la minore, data la loro dipendenza reciproca.

Questo ormai si sa, ma c'è di più: non si può neppure rappresentare l'interpretazione della norma e del fatto come "premesse" rispetto ad una "conclusione"; anche tra premesse e conclusione c'è un rapporto circolare, dal momento che anch'esse si "interrogano" a vicenda: la logica di ogni comprensione è fatta di domande e risposte.

Come si svolge, in fatto, l'attività mentale del giudice di reperimento della soluzione giuridica? Secondo la medesima struttura empirica, legata al caso (il diritto è scienza "casistica" per eccellenza), di ogni giudizio di tipo etico-pratico, che prende direttamente di mira quella che appare la soluzione ottimale e poi la verifica, giustificandola oppure rilevandone l'inadeguatezza.

Nel che si nascondono indubbiamente dei pericoli, dei quali non tratto; qui voglio solo dire che non si può negare la presenza – e sarebbe ipocrita scandalizzarsene – di un iniziale orientamento decisionale (generato da "orizzonti di attesa" che trascendono la nostra soggettività) che inevitabilmente – anche quando non ne siamo consapevoli – indirizza la struttura conoscitiva di ogni scienza pratica e quindi anche le nostre decisioni. Perciò si parla, accanto o "al di là" del circolo ermeneutico conoscitivo, di un circolo ermeneutico applicativo: l'applicazione, cioè la soluzione del caso, dipende dalle possibilità di interpretazione della norma e del fatto, ma le interpretazioni della norma e del fatto dipendono a loro volta dalla rappresentazione da parte dell'interprete della loro eventuale applicazione. Si potrebbe dire che il giudice "tasta" anticipatamente l'una o l'altra soluzione (cioè, in pratica, un ipotetico dispositivo della sentenza) e poi, per un verso, essendo un "tecnico", valuta la legittimità dell'interpretazione della norma e del fatto che a quella soluzione conduce; per altro verso, non essendo solo uno studioso teorico ma dovendo dare un "comando pratico", confronta quella soluzione con l'orizzonte delle attese sociali da lui percepite. L'esempio classico di un tal modo di procedere, ricorrente in qualsiasi camera di consiglio penale, è quello della determinazione dell'entità della pena: si propone una sanzione che ci appare complessivamente adeguata e solo dopo si fa in modo che, tra pena-base, aggravanti, attenuanti, si arrivi all'entità indicata; se, invece, fatti i conti con le norme, a quell'entità non si può per legge pervenire, si cambia la pena e ci si riprova...

Insomma, *Signori Giudici della Cassazione*, quando leggete le nostre sentenze non dimenticate questa verità: ogni sentenza è determinata più da una

strategia del risultato che da una strategia della sua costruzione logica o dogmatica. Ed è inevitabile che sia così.

A monte del comprendere del giudice e quindi della sua stessa scelta della soluzione, vi sono, come vi accennavo, un'anticipazione ed un'attesa di significato determinate dalla sua precomprensione. Qui non c'è tempo per trattare dei non omogenei e non statici elementi che costituiscono la precomprensione del giudice (l'istruzione professionale, gli *standards* della coscienza morale, la concezione del proprio ruolo, la consolidazione dogmatica del sistema giuridico ...): basta dire che la precomprensione del giudice non si sostanzia solo di anticipazioni teoretiche, ma anche e soprattutto di anticipazioni dell'applicazione pratica, cioè di anticipazioni – per quanto "problematiche", provvisorie ed ancora da controllare – del risultato ritenuto giuridicamente adeguato. La rappresentazione mentale di questo risultato delimita, in effetti, prima ancora di ogni questione interpretativa, l'ambito e la direzione in cui vengono poi impiegati i canoni ermeneutici o fatti valere i precedenti giudiziari o le formule della dottrina.

In altri termini, la norma esiste, assume significato solo nella sua applicazione ed è l'applicazione che costituisce il fattore determinante, il motore della sua conoscenza. Non è esatto dire che una norma prima la si comprende e poi la si applica: la si comprende solo se ed in quanto la si applica. Di qui, tra l'altro – a livello teoretico – l'importanza decisiva dei precedenti, in quanto casi di già avvenuta applicazione della norma; essi non servono semplicemente ad "arricchire" la conoscenza della norma, ma sono elementi costitutivi della conoscenza della norma. D'altra parte, una norma senza precedenti, cioè mai applicata, non è una norma positiva, ma un enunciato prescrittivo astratto. Senza il sostegno ed il condizionamento dei precedenti, il diritto scritto non funzionerebbe. Nel lavoro del giudice, in quel territorio, molto ampio ma non privo di confini, che si spalanca tra "legge" e "decisione", i precedenti sono allora protagonisti decisivi.

Dalla prospettiva teoretica l'affermazione, pur corretta secondo il nostro ordinamento, secondo cui i precedenti non costituiscono una fonte del diritto appare dunque una finzione o, meglio, è esatta solo nel senso che non sono una fonte vincolante.

Ora, il maggior fornitore di precedenti è la Cassazione. Maggiore non tanto in senso quantitativo (ché i precedenti ce li forniamo anche da soli o all'interno della nostra sezione attraverso i casi simili già trattati), ma certo nel senso di fornitore più autorevole. Autorevole ed accessibile. Quel che è avvenuto in questi anni mi pare straordinario: quando ho iniziato, la ricerca di un precedente della Cassazione era un'impresa anche fisicamente faticosa tra le alte spalliere delle

annualità rilegate delle riviste giuridiche; oggi basta muovere un dito sulla tastiera del computer, è perfino più comodo che prendere il codice. Senza accorgersene – devo provocare il dibattito! – stiamo diventando di fatto un sistema di *common-law* (mentre proprio in quei sistemi si riduce il ruolo dei precedenti e si moltiplicano le codificazioni). Più di una volta mi è capitato in camera di consiglio, attorno a un tavolo ingombro dalle stampe di massime, di insinuare: “ma il codice...?” e di far constatare che la diretta lettura di un articolo riservava sorprese chiarificatrici!

E facciamo un grande uso di massime o, per meglio dire, di citazioni di massime, il più delle volte quasi per un bisogno di rassicurazione, come per suggerire al lettore – o suggestionare noi stessi – che la soluzione indicata gode di un già affermato ed autorevole consenso (il che è una sciocchezza, perché la Cassazione quel nostro nuovo caso evidentemente non l’ha ancora esaminato). L’importante, invece, non è trovare nella rassegna di giurisprudenza un improbabile caso “identico”, ma comprendere il criterio della valutazione operata dalla Cassazione, quale indizio per verificare l’adeguatezza della nostra soluzione: non importa un risultato uguale, ma tutt’al più l’uguaglianza del criterio. Forse dobbiamo scoprire un altro significato nascosto dell’espressione “soggetti soltanto alla legge”, nel senso che la Costituzione non vuole che siamo soggetti ai precedenti!

Il fatto è che, appena muovendo quel dito, il cantiere della ricerca si riempie subito, ma di fin troppe prede, non tutte pregiate, cioè non tutte precedenti “veraci” e spesso “geneticamente modificate”.

Mi spiego. È evidente che solo poche sentenze della Cassazione esprimano un principio generale di diritto in senso proprio (art. 12 preleggi), cioè una norma generale dell’ordinamento non espressa dal legislatore ma ricavabile per induzione dal coordinamento di singole disposizioni coerenti; il più delle volte le sentenze della Cassazione semplicemente indicano la corretta regola di giudizio di quel caso concreto; è questo il significato dell’espressione “principio di diritto” impiegata dall’art. 384 cpc, anche nella sua nuova formulazione. Ma la massimazione, quasi per sua natura, tende a trasformare geneticamente una regola del caso concreto in un principio di diritto espresso in termini di fallace assolutezza o in una sorta di norma di dettaglio aggiunta al dettato testuale della norma del codice. Le raccolte di giurisprudenza con le loro massime scritte nel lessico precettivo generale e astratto sembrano edizioni “maggiori” dei codici.

Ecco, allora, la mia richiesta alla Cassazione: vorrei che le massime fossero repertate per quel che normalmente sono: la corretta soluzione di un determinato caso giudiziario; vorrei che le massime di questo tipo cominciasse sempre con le parole: “nel caso in

cui...” e con l’indicazione dei dati essenziali del fatto sottoposto al giudizio della Corte.

Ma forse non è “colpa” dei massimatori, che fanno un lavoro improbo (che probabilmente va quantitativamente ridotto); forse è la stessa Suprema corte che deve, per così dire, moderare la percezione di sé. Leggo, ad esempio, nel volume delle «*Lezioni dei magistrati della Cassazione civile*», teorizzazioni secondo cui la «*regola di giudizio usata come criterio di decisione di una fattispecie concreta*» quando è condivisa dalla Suprema corte «è sussunta come principio di diritto» da formulare «*come le norme di legge in termini generali e astratti*». Mi permetto di dissentire: così si fabbricano ogni anno migliaia di false “normettine”! Questa prassi – oltre che favorire ricorsi artificiosi – confonde le idee a noi giudici di merito, risultando quasi un invito alla pigrizia, perché il vero compito del “giudice del caso successivo” (cioè il nostro, dopo aver consultato un precedente) sarebbe proprio quello di stabilire se si tratta di un precedente o no, cioè di valutare se esso può essere utilizzato come criterio di decisione in ragione dell’analogia tra i fatti del primo e del secondo caso. Il ragionamento che conduce a servirsi di un precedente dovrebbe essere fondato sull’analisi dei fatti. E invece di solito nelle nostre sentenze che pur offrono una cascata di citazioni di massime questa analisi non c’è, sia perché spesso le enunciazioni delle massime a loro volta non includono i fatti oggetto della decisione, sia perché il cacciatore pigro vuol catturare non un criterio su cui riflettere, ma appunto una sorta di norma di dettaglio, “precisa-precisa” per il suo caso, che evidentemente il legislatore si era dimenticato di scrivere...

La seconda richiesta alla Cassazione non la faccio io, ma il legislatore, con la riforma degli artt. 132 cpc e 118 disp. att.

Che significa aver sostituito la parola «*motivi*» con la parola «*ragioni*»? Non è la stessa cosa, come ancor di recente la vostra giurisprudenza sembra ritenere; certamente esagero se dico che il legislatore italiano ha aderito alla filosofia ermeneutica, ma è altrettanto certo che abbia abiurato al modello di sentenza analitico-argomentativo. Non richiede più una motivazione (breve o lunga che sia) sviluppata secondo i canoni o metodi tradizionali dell’art. 12 preleggi (pur rimasto in vigore), ma chiede al giudice di mettere in evidenza soltanto il fattore o i fattori decisionali della sua volizione specifica. La sentenza non è più valutata in quanto documento, ma come espressione di un’attività decisionale, non enunciazione logico-formale, ma decisione pratica. I due termini, «*ragioni*» e «*decisione*», evocano infatti un rigoroso rapporto di funzionalità delle une rispetto all’altra; il legislatore dice al giudice di merito: spiega solo quanto basta, ma che sia la spiegazione “vera”! Il peccato mortale è la motivazione

apparente, quella che non mostra il ragionamento effettivamente sotteso al risultato/dispositivo. Dunque, «ragioni» non è qualcosa di meno di «motivi», ma qualcosa di diverso; non sto sgravando il giudice dall'argomentare, ma se mai esigendo che quello che abbiamo visto accadere nella testa del giudice si mostri all'esterno (nella teoria dell'argomentazione lo si definisce come il passaggio dalla giustificazione interna a quella esterna), come in uno "specchio" sincero, non opaco, né deformante.

Dunque, chi interpreta una sentenza civile (la Cassazione, più di ogni altro) non può, non deve farne una valutazione analitica, ma sinteticamente intenderne il *decisum* e la sua o le sue ragioni (se, ovviamente, è possibile intenderle...). Il giudizio sulla sentenza riguarda ora appunto la ragionevolezza della decisione (intesa come congruità del deciso rispetto alla ragione esposta) e la sua compatibilità con l'ordinamento (poi, certo, resta che per lo stesso caso si possono dare più decisioni diverse, tutte ragionevoli e compatibili, perché la giurisdizione non è una scienza esatta, un'operazione con un "unico risultato necessario"... ed è questo scarto che a volte nutre la tentazione interventista dei Supremi Giudici).

L'indicazione del legislatore ribalta quindi quell'approccio della Cassazione *ancien regime*, che non giustificava nessuna decisione, pur giusta e funzionale, se ogni suo passaggio non fosse stato correttamente motivato, se vi fossero "salti" logico-deduttivi, se le norme citate non fossero state correttamente interpretate. Pesava il severo ammonimento di Emilio Betti, massimo maestro italiano della teoria dell'interpretazione: «una sentenza che decide bene, ma ragiona male, non appaga il bisogno di giustizia».

Quale dovrebbe essere ora, invece, l'approccio della Cassazione che vorrei? Vorrei una Cassazione che dicesse: «intendo il senso della sentenza impugnata, colgo la ragione della decisione (sempre se ci riesco...) e ne valuto la compatibilità od incompatibilità con l'ordinamento».

Per dirla con un paradosso ancora volutamente provocatorio: se non sono più richiesti i «motivi» della sentenza, come può esserci un vizio di insufficiente motivazione? Se la motivazione – quale espressione testuale da analizzare nella sua completezza formale – non è più un requisito indispensabile della sentenza, non può essere questo l'oggetto dell'esame della Cassazione. Se il legislatore dice al giudice di merito: non motivare ogni passaggio, ma spiega quanto basta, deve cambiare anche il metro di valutazione delle sentenze di merito. Sono davvero curioso di vedere quel che succederà quando saranno impugnate le sentenze che in appello abbiamo cominciato a redigere ex art. 281 *sexies*: cosa pensa di trovare la Cas-

sazione in quella paginetta di testo? Se pretendesse di applicare il canone della "completezza dei dati", sarebbero dolori...

È appunto il metodo giuridico ermeneutico di interpretazione-valutazione delle sentenze civili quello che prescinde – diversamente dal metodo formalistico-cognitivo – dalla ricerca di un rapporto tra le singole premesse normative e le conseguenze logiche di queste premesse, che tiene a verificare la validità del procedimento decisionale, della volizione del giudice, non la completezza-logicità della sua attività conoscitiva.

È dunque possibile ed ora doveroso che il controllo da parte della Cassazione riguardi la validità-giustificazione della decisione, anche se essa non appaia adeguatamente motivata ad un'analisi cognitiva del testo. L'approccio linguistico-logico-analitico va superato.

E mi sembra che ancora non lo sia del tutto, se è vero che alla novità legislativa del 2009 la Cassazione sta rispondendo cominciando ad ammettere, con cautela, vuoti o rinvii argomentativi, ma sempre purché sia possibile «il controllo di completezza e logicità della motivazione»; comincia ad ammettere la possibilità di reciproca integrazione tra le motivazioni di primo e di secondo grado, ma continua a chiedere che «il percorso argomentativo desumibile attraverso la parte motiva delle due sentenze risulti appagante». Siamo ancora a Betti?

Credo invece – e concludo con questa provocazione che potrebbe rivelarsi in concreto dirompente – che la novità legislativa, con la scomparsa del riferimento ai «motivi», possa incoraggiarci a superare quel tabù che è l'assillo di tutti i giudici d'appello: cioè quello della "omessa pronuncia su alcuni dei motivi d'appello" che tradizionalmente la Cassazione sanziona come *error in procedendo* per violazione dell'articolo 112 cpc. A parte che non ogni motivo d'appello integra una domanda o un'eccezione cui riferire il precetto dell'articolo 112, mi fa ben sperare questa vostra recente indicazione: «il modello di cui all'articolo 132 non richiede la particolareggiata disamina degli elementi di giudizio posti a base della decisione o di quelli non ritenuti significativi ... basta che il raggiunto convincimento risulti da un riferimento logico e coerente alle prospettazioni delle parti o alle emergenze istruttorie vagliate nel loro complesso che siano state ritenute di per se sole idonee e sufficienti a giustificarlo ...».

E siccome alla schiavitù del "... con il decimo motivo si denuncia il vizio ..." sono soggetti anche i magistrati della Cassazione, posso invocare una sollevazione comune dei giudici di legittimità e di merito: Consiglieri di tutta Italia, unitevi!

Ruolo e funzione della Corte di cassazione: il punto di vista del giudice d'appello

di *Giulio Cataldi*

Che contributo può dare un giudice di appello per aiutare i colleghi della Cassazione civile nel loro lavoro?

Quello che segue, vuole essere solo uno spunto di riflessione sul ruolo e la funzione della Corte suprema dal particolare punto di vista del giudice d'appello, consapevole dell'elevato livello qualitativo e dell'insostenibile livello quantitativo del lavoro dei giudici di legittimità, e che, tuttavia, non rinuncia a segnalare, accanto ad alcuni approcci non condivisibili propri dei giudici del merito, alcune criticità dell'operare della Cassazione, a cominciare dalle modalità della massimazione sino ai rischi delle sentenze manifesto e del lento e silenzioso scivolamento dalla funzione *nomofilattica* ad una ... "*mono*"filattica.

1. Una breve premessa

Il titolo di quest'articolo non deve trarre in inganno: quello che segue non è – e non pretende di essere – il punto di vista *del* giudice d'appello sulla Cassazione, ma, molto più modestamente, una riflessione di *un* giudice d'appello civile che, dopo oltre sei anni di esperienza come giudice di merito di secondo grado, prova ad offrire al lettore qualche breve considerazione, da questo particolare angolo visuale, sul ruolo e sulla funzione della Cassazione civile. Ben consapevole, peraltro, anche laddove dovessero evidenziarsi note critiche, dell'elevato livello qualitativo e dell'insostenibile livello quantitativo del lavoro svolto dai colleghi della Suprema corte.

2. Le attese dei giudici di merito

La sempre più agevole consultazione delle banche dati di giurisprudenza, a partire dal sistema Italgire; la diffusione in rete persino del calendario delle udienze delle Sezioni Unite, con le questioni prossime alla decisione; offrono ai giudici di merito un facile e quasi inesauribile accesso alla giurisprudenza di legittimità, inducendoli, talora, ad attribuire efficacia risolutiva di ogni causa alle pronunce (o, per meglio dire, alle massime) della Cassazione, in una spasmo-

dica ricerca di quella idonea a definire la concreta controversia da giudicare.

Quest'approccio – che da giudice di secondo grado mi capita di cogliere spesso nelle sentenze dei colleghi, specie quelli più giovani, di primo grado – è per molti aspetti criticabile.

È criticabile, innanzitutto, perché il compito del giudice di merito, a cominciare da quelli di primo grado, è, soprattutto, quello di ricostruire bene i fatti (potendo, su eventuali errori di diritto, esercitarsi il potere correttivo della Cassazione *ex art.* 384, ultimo comma, cpc; e potendo la motivazione in diritto attuarsi anche mediante il solo richiamo di precedenti conformi *ex art.* 118, co. 1, disp. att. cpc). Troppo spesso, invece, capita di leggere sentenze di primo grado ricche, o addirittura sovrabbondanti, di citazioni giurisprudenziali, con tutti i più recenti arresti della Cassazione su un determinato istituto di diritto sostanziale o processuale, a cui non fa seguito (o meglio: che non sono preceduti da) un'approfondita ricostruzione dei fatti di causa (ai quali, non di rado, quelle elaborazioni giurisprudenziali si attagliano poco o male).

Ed è ulteriormente criticabile nella misura in cui si fonda, in modo spesso fideistico, sulle massime giurisprudenziali, quasi si trattasse di "sub regole" di immediata e generalizzata applicazione, senza neanche lo sforzo di verificare, attraverso la lettura delle sentenze per esteso, se quei principi di diritto, riassunti

in pochi e, spesso, complessi periodi, siano realmente impiegabili anche nelle vicende oggetto di causa, o se non vi sia, invece, solo una vaga assonanza, idonea a portare fuori strada chi volesse farne un utilizzo non adeguatamente ponderato.

Ma è un approccio sbagliato (al cui diffondersi, probabilmente, non sono estranee le attuali modalità di preparazione al concorso in magistratura e gli stessi criteri selettivi in quella sede seguiti: ma sul punto mi limito a quest'apodittica affermazione, la cui dimostrazione richiederebbe una trattazione a parte), anche perché rinuncia in partenza ad ogni possibile lettura personale dei dati normativi, cercando – forse anche a causa dei carichi di lavoro spesso ingestibili – una soluzione già “pronta”, da trarre da una fonte sicura ed affidabile qual è la Cassazione; o invocando, a conforto delle fisiologiche insicurezze di qualsiasi giudice, una sponda a cui aggrapparsi.

Ovviamente, gli aspetti negativi di quest'atteggiamento che mi pare di aver colto non sono ascrivibili ai giudici di legittimità, ma a quelli di merito. E, tuttavia, io credo che la Cassazione debba esserne consapevole.

3. La massimazione

La Cassazione dovrebbe, a mio avviso, ben considerare questa attenzione spasmodica riposta dai giudici di merito alle sue decisioni, e questa tendenza, sempre più diffusa, ad attingervi in modo non sempre adeguatamente critico, e cercare di fronteggiarla mediante una specificazione, quanto meno nelle massime (come, per la verità, a volte capita di leggere), degli elementi di fatto minimi, idonei a delimitare l'area di applicabilità dei principi di diritto affermati.

Solo così, a mio modo di vedere, si potrebbe scongiurare il rischio di un'applicazione meccanica di enunciati, spesso formulati per fini parzialmente o totalmente diversi da quelli in vista dei quali se ne fa applicazione.

Sotto altro profilo, poi, non sono da sottovalutare i pericoli connessi a quello che, a volte, appare un generale scadimento della qualità della massimazione.

Anche in tal caso, nessun intento denigratorio per i colleghi che svolgono un ruolo davvero delicato e complesso; ma è anche loro interesse, io credo, ricevere segnalazioni di disfunzioni o malfunzionamenti del loro ufficio, o semplicemente di aspetti critici, che possono servire per approntare un servizio migliore.

Ed allora, da utente del servizio, mi chiedo, a volte, quali siano i criteri che sovrintendono alla scelta delle sentenze da massimare: capita, infatti, di leggere massime del tutto scontate e ripetitive, che non introducono nulla di nuovo rispetto a giurisprudenze consolidate negli anni; e, al contrario, di non trovare massime ufficiali di sentenze che, invece, elaborano soluzioni originali o affrontano questioni che non trovano immediato riscontro in altri precedenti¹.

Ancora, la lettura delle massime appare, in alcuni casi, davvero ostica: l'ostinato utilizzo di un periodo complesso, fatto di proposizioni incidentali che si susseguono, o di parentesi che racchiudono frasi a loro volta piene di subordinate, rende poco chiara l'enunciazione del principio di diritto, favorendo malintesi o errate interpretazioni.

Al contrario, è da salutare con favore l'utilizzo del richiamo alla fattispecie concreta (preceduta da: *nel caso di specie ...*, o espressioni analoghe), che vale a fornire un'utile contestualizzazione della vicenda.

Addirittura, non sono del tutto rari i casi in cui, a fronte di massime ufficiali che dovrebbero riportare il pensiero della Corte suprema sulla questione di diritto, la lettura dell'intera sentenza porta a scoprire che la decisione del Collegio è stata di inammissibilità del ricorso, con la conseguenza di trasformare un'affermazione di carattere processuale in una (involontaria) affermazione di diritto sostanziale (proveniente, a ben vedere, dal giudice del merito).

4. Le pronunce di rinvio

Da giudice di appello, mi è capitato, ovviamente, di confrontarmi con sentenze di rinvio da parte della Corte di cassazione (e, molto probabilmente, la mia Corte, ma in diversa composizione, dovrà ben presto confrontarsi con il rinvio a seguito dell'annullamento di sentenze di cui sono stato estensore). Sarebbe ben difficile provare a tracciare una casistica delle fattispecie di rinvio, e, addirittura, presuntuoso tentare di indicare vizi o difetti delle sentenze di rinvio. E, tuttavia, nella già citata ottica di offrire un contributo in un rapporto dialettico tra giudici di merito e di legittimità, mi pare di dover segnalare un rischio a cui, sovente, sono esposti i giudici di legittimità.

Nella contrapposizione spesso evocata tra lo *ius constitutionis* e lo *ius litigatoris*, capita non di rado di cogliere una propensione della Suprema corte verso il primo, quasi che quella fosse la sua più nobile ed

1. Un esempio, tratto dall'esperienza concreta di chi si confronta con il contenzioso bancario, è rappresentato da Cassazione, n. 4518 del 26 febbraio 2014, che affronta e risolve il problema dell'onere della prova della natura solutoria dei versamenti in conto corrente ai fini della decorrenza del termine prescrizione dell'azione di ripetizione; sentenza che non risulta ufficialmente massimata, pur essendo ampiamente citata dai giudici di merito, e che, forse anche per questo, risulta contraddetta dall'ordinanza della Sesta sezione n. 2308/2017.

alta funzione, rispetto al livello, più basso, della mera contrapposizione tra le parti, e del caso concreto a cui dare una risposta di giustizia.

Da quest'approccio nascono pronunce in cui la Cassazione fatica a "scendere" al livello della lite concreta, a quel mondo di "carne e sangue" in cui la vicenda reale si è dipanata innanzi ai giudici di merito; e, anche quando coglie nei motivi di ricorso profili idonei a determinare l'annullamento della sentenza di merito, pare proprio che la Suprema corte non possa trattenersi dal discettare dei massimi sistemi, dal tentativo di sistematizzare l'intera materia, fino ad "annegare" il principio a cui i giudici del rinvio dovranno attenersi in un'indeterminata *summa*, fatta di autocitazioni e contrapposizioni a differenti filoni giurisprudenziali², in cui il giudice del rinvio faticherà, poi, a ritrovare il bandolo della matassa per adeguare quei principi, enunciati in modo alluvionale, ai fatti concreti. A questa tendenza sono riconducibili anche quei casi – per fortuna, rari – nei quali malgrado l'annullamento della sentenza della Corte d'appello sia dovuto a motivi in rito, i giudici di legittimità non riescono ad astenersi dall'indicare, in modo più o meno manifesto, anche le ragioni di merito che dovrebbero condurre alla decisione della controversia in un senso piuttosto che in un altro.

Come giudice del rinvio, vorrei confrontarmi con pronunce che mostrino, innanzitutto, "comprensione" della precedente decisione di merito: comprensione non soltanto nel senso di compiuto sforzo di individuazione delle ragioni esposte, più o meno bene, dal giudice di appello, ma anche nel senso di una immedesimazione nella fatica della decisione che accompagna il giudice di merito, e che, sovente, non si presta ad una semplicistica divaricazione tra ragioni di fatto, incensurabili in cassazione, e motivi di puro diritto.

Vorrei, poi, non un'asfittica indagine sulle modalità della motivazione, ma una più ariosa ricerca delle "ragioni della decisione", secondo l'attuale disposto dell'art. 132 cpc.

Vorrei, da ultimo, una puntualizzazione precisa della regola a cui attenersi in sede di rinvio.

5. Le sentenze manifesto

I giudici della nostra Corte di cassazione sono, com'è a tutti noto, oberati da una mole di lavoro che

non ha equivalenti nei carichi dei giudici delle Corti supreme di altri Paesi.

È noto, ancora, che proprio questi carichi di lavoro ingestibili stanno alimentando un dibattito all'interno della stessa Corte circa le modalità di redazione dei provvedimenti, ipotizzando, alcuni, effetti di ulteriore aumento di produttività dall'adozione di stili di redazione delle pronunce improntati a maggiore sinteticità.

È, questo, un dibattito tutto interno alla Cassazione, in cui davvero non può entrare chi non si sia confrontato con quel difficile mestiere, se non ricordando che, molto spesso, per essere realmente sintetici (e non superficiali) occorre più tempo.

Ma, a parte tale ricorrente dibattito, da osservatore esterno e da lettore e fruitore delle pronunce della Cassazione non posso fare a meno di notare che anche i giudici della Corte suprema sono spesso vittima di un retaggio culturale, proveniente probabilmente dall'accademia, che induce alla redazione di "sentenze manifesto", veri e propri saggi dottrinari, in evidente contrasto con quell'auspicata sinteticità. Si tratta di una tendenza che, da tempo, viene osteggiata quando emerge a livello di giudici di merito; ma che, pervicacemente, riaffiora anche (o soprattutto) in Cassazione, proprio per la già citata tentazione di privilegiare lo *ius constitutionis*. Sono consapevole del fatto che, a volte, specie quando la Cassazione si pronuncia a Sezioni Unite, per definire una linea giurisprudenziale, è quasi impossibile non sorreggere la decisione con un'articolata motivazione, che, nel dar conto degli orientamenti contrastanti sino a quel momento maturati, cerchi di rafforzare il proprio *decisum* anche attraverso il superamento di ogni possibile obiezione.

E, tuttavia, i giudici della Corte suprema devono essere consapevoli che le loro pronunce, specie a quel massimo livello, devono poter assolvere anche ad una funzione pratica, vorrei dire pedagogica, e devono essere immediatamente "spendibili" nell'utilizzo giurisprudenziale quotidiano. Ma è davvero difficile immaginare un siffatto utilizzo di sentenze che, pure, affrontano e decidono questioni di rilevantissimo rilievo pratico dando mostra di straordinaria cultura giuridica, ma che non riescono a contenere l'ansia ricostruttiva entro termini accettabili, al punto da dover, poi, redigere quasi una conclusiva "guida pratica alla consultazione", con le istruzioni per l'uso³. Retaggio dell'accademia, o narcisismo dell'estensore, sta di fatto che passaggi di fondamentale importanza di pronunce che sono destinate a segnare l'evoluzione

2. Perché non si pensi ad una generica ed indimostrata tirata polemica, si veda, per un caso concretamente capitato al mio ufficio, Cassazione n. 17143/2012 del 9.10.2012.

3. Si pensi a Cassazione civile, sez. un., 12/12/2014, n. 26242 in tema di rilevanza delle nullità contrattuali.

giurisprudenziale per i prossimi decenni restano misconosciuti e, praticamente, non utilizzabili.

6. L'instabilità giurisprudenziale (la "mono"filachia)

Alcuni settori della giurisprudenza civile sono stati (e sono) caratterizzati, negli ultimi anni, da una particolare instabilità, dovuta, in massima parte, all'accelerazione di fenomeni di mutamento della società, rispetto a cui il diritto (quello enunciato nelle leggi, ma anche quello affermato nei tribunali) cerca faticosamente di tenere il passo.

Si tratta di un'affermazione agevolmente verificabile, ad esempio, nell'ambito delle controversie bancarie o in quelle relative a responsabilità medica, in cui l'evoluzione della società ha impresso un mutamento alle interpretazioni giurisprudenziali, passate (come nei movimenti di un pendolo, che si spera possa prima o poi raggiungere, se non un punto di perfetta stabilità, quanto meno ambiti di ragionevole oscillazione) da un atteggiamento assolutamente ostile a rivendicazioni dei clienti o consumatori nei confronti delle banche, ovvero dei pazienti nei confronti delle strutture sanitarie e dei medici, a posizioni spesso diametralmente opposte.

Altrettanto significativa appare l'evoluzione della giurisprudenza in materia di famiglia, nel tentativo di tener dietro al cambiamento del costume sociale.

Ora, a fronte di tali rapidi mutamenti, è naturale che il giudice di merito rivolga lo sguardo alla Corte suprema, per ottenere, quanto prima, indicazioni utili, individuazione di percorsi giurisprudenziali lineari, superamento di contrasti.

Da ciò una prima riflessione: sarebbe necessario che in sede di "spoglio" dei ricorsi in Cassazione vi fosse la sensibilità e l'esperienza (che può venire, a mio avviso, solo dall'aver percorso le tappe della giurisdizione di merito, soprattutto nel grado di appello, e dal provenire, in concreto, da quelle esperienze) per individuare prontamente le questioni che meritano una decisione veloce, in quanto idonee ad influenzare le future decisioni di merito. Si tratterebbe di un modo di procedere in grado anche di svolgere una funzione di economia processuale globalmente intesa, perché è del tutto evidente che affermare quanto prima possibile principi di diritto in materie nuove e controverse nel merito può valere a ridurre anche il numero delle decisioni difformi e, quindi, delle impugnazioni. E potrebbe, persino, ipotizzarsi una sorta di

informale (o anche, in qualche modo, formalizzato) collegamento tra le Corti d'appello ed il ruolo della Cassazione, allo scopo di segnalare le questioni per le quali appaia auspicabile un intervento prioritario dei giudici di legittimità.

Ma, a parte ciò, e nel contesto attuale, si ha la sensazione, a volte, che la Suprema corte non solo non sia attrezzata per operare in tal senso, ma che lavori in modo da incentivare l'incertezza giurisprudenziale.

Nessuno può essere tanto ingenuo da stupirsi per contrasti giurisprudenziali, spesso inconsapevoli, in presenza di numeri tanto elevati quali quelli con cui si fronteggia la Cassazione civile. Ciò che, però, a volte lascia stupiti, ad una indagine un po' più attenta, è il manifestarsi di orientamenti giurisprudenziali che fanno capo a singoli presidenti o, addirittura, a singoli consiglieri, e che sembrano volutamente prescindere dalla giurisprudenza della Corte. Forse anche per effetto del ruolo più pregnante che i singoli consiglieri sono andati assumendo in ragione dell'attività della Sesta sezione, sta di fatto che – sia consentita la battuta – a volte pare di trovarsi in presenza di una "mono"filachia, piuttosto che di una *nomofilachia*; di uno sforzo, cioè, di affermare e diffondere un proprio (legittimo) punto di vista, piuttosto che garantire l'uniformità del diritto e dell'interpretazione.

7. La rimessione alle Sezioni Unite

Ciò avviene in tutti quei casi in cui, improvvisamente, la Cassazione si distacca da propri orientamenti stabili (che non vuol dire, evidentemente, immuni da possibilità di critiche o revisioni), sotto la spinta (che traspare in controtuce per chi sia appena un po' addentro ai percorsi giurisprudenziali) di singoli consiglieri o singoli presidenti. Si tratta di scelte che, a prescindere dal merito delle soluzioni adottate, generano negli operatori (giudici del merito, ma anche e soprattutto avvocati) sconcerto, nell'incertezza tra l'affidamento in consolidate interpretazioni e l'adesione alla giurisprudenza più recente⁴; scelte, proprio per questo, capaci di generare contenzioso su contenzioso.

Il giudice del merito, al contrario (ma certamente anche l'avvocatura), auspicherebbe che, ove un orientamento più volte affermato nel passato risulti (come è del tutto naturale che possa avvenire) non più appagante, l'eventuale mutamento di giurisprudenza passi attraverso il vaglio delle Sezioni Unite, in modo da offrire una (relativa) stabilità al nuovo corso.

4. In ambito bancario, si pensi alle sentenze della I Sezione civile del 2016, in materia di contratti cd. monofirma (cfr. in particolare 5919/2016); in materia di famiglia, si pensi alla recentissima sentenza, sempre della I Sezione civile, relativa alla determinazione dell'assegno divorzile (Cassazione 10 maggio 2017 n. 11504).

8. Una modesta proposta

Mi pare, a questo punto, evidente che, dal mio punto di vista, sarebbe quanto mai opportuno un confronto, un dialogo, uno scambio sempre più intenso tra giudici di merito e giudici di legittimità (ma anche tra giudici di merito di primo e secondo grado).

Un ruolo importante lo può svolgere, in questo ambito, la formazione, centrale e decentrata: è da vari anni, del resto, che vengono organizzati corsi (una volta, quelli gestiti dal Comitato scientifico del Csm; ora, quelli organizzati dalla Ssm) finalizzati proprio ad esaminare i rapporti tra legittimità e merito.

E, tuttavia, io penso che, per quanto meritorie, tali iniziative siano, alla prova dei fatti, insufficienti: sia in ragione del numero dei partecipanti coinvolti, necessariamente limitato; sia per le modalità stesse in cui tali corsi si svolgono, che non possono prescindere da strutture didattiche che, per quanto nel tempo aggiornate e riviste, finiscono inevitabilmente per risentire di un approccio di tipo, più o meno marcatamente, “scolastico”.

Ciò che è mancato, a mio modo di vedere, sino ad ora, è una vera e propria contaminazione tra i gradi della giurisdizione. Eppure, a tutti i livelli della formazione sono ormai da anni sperimentati, con buoni

risultati, *stages* formativi sul campo, che prevedono, cioè, la fisica presenza del “discente” accanto al “docente” sul luogo di lavoro.

Forse, sarebbe il caso di sperimentare qualche forma di *stage* anche nei rapporti tra i gradi di giurisdizione: penso che la partecipazione, come meri “uditori”, dei giudici di primo grado ad alcune Camere di consiglio della Corte d’appello, e, più ancora, dei giudici di appello a quelle della Corte di cassazione (come del resto già fanno anche i Mot), offrirebbe spunti di riflessione e occasione di rimediazione (prima ancora che della propria giurisprudenza) dei propri approcci al lavoro, molto più significativi della mera partecipazione, per quanto dialettica, a corsi di formazione teorici.

Allo stesso modo, sarebbe quanto mai auspicabile che i consiglieri della Corte di cassazione fossero sistematicamente coinvolti dalle strutture territoriali della Ssm in iniziative rivolte ai giudici di merito, da articolare per distretti e per aree tematiche: questo consentirebbe alla Cassazione, complessivamente, di conoscere per tempo il maturare di nuovi orientamenti di merito, di intercettare prontamente sensibilità differenti rispetto agli assetti di legittimità, di offrire “sul campo” un contributo qualificato e di segnalare ai giudici di merito i più ricorrenti errori riscontrati nell’esperienza quotidiana.

Il giudice di merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta

di *Bruna Rizzardi*

Di cosa ha bisogno il giudice di merito quando si confronta con le decisioni della Corte di cassazione? È sufficiente avere a disposizione una vastissima mole di materiale giurisprudenziale, o serve altro?

Un tentativo di visione dalle retrovie della funzione nomofilattica della Cassazione.

1. Il giudice di merito rischia costantemente di avere una visione “strabica” nel processo: guarda contemporaneamente davanti a sé – a quello che accade nello sviluppo processuale – ma non può impedirsi di guardare in alto, e cioè a come, le proprie decisioni, verranno valutate nei gradi superiori.

Al di là delle visioni plastiche, l’essere inseriti in un sistema che conduce – alla fine – ad un confronto con le decisioni della Cassazione, fa procedere per verifiche continue, posto che (quasi) ogni decisione dà potenzialmente voce ad un “precedente”: rendersi conto di essere parte di un sistema così strutturato, non può che far vedere – dal basso – la Cassazione come vertice che deve dare fisiologicamente indirizzi, possibilmente coerenti.

Far parte di un sistema, condividere regole e prassi significa lavorare per la sua coerenza, per l’omogeneità, nella consapevolezza che questo avvicina il più possibile ad un ideale di “prevedibilità” delle decisioni, inteso come sforzo massimo possibile di dare risposte di giustizia uguali per tutti.

Nomofilachia, dunque: niente di nuovo, ma è innegabile che, nell’ottica del giudice di merito, questa funzione della Cassazione continua a rappresentare un dato imprescindibile, ed è con questa visione che nella prassi quotidiana il giudice si confronta con “il precedente”.

2. Ed è a questo punto che i (veri) nodi vengono al pettine.

Un giudice di merito di lungo corso non può che constatare come lo spazio delle decisioni della Cassazione nel lavoro quotidiano sia cresciuto esponenzialmente: da un moderato uso delle banche dati (Italggiure *in primis*), si è passati negli anni ad una diffusione sempre più rapida delle decisioni (massimate o no), tanto che l’aggiornamento sull’“ultima” giurisprudenza viene servito praticamente a domicilio, considerata l’opera di informazione continua recapitata direttamente via mail dalle varie formazioni decentrate, dai dibattiti sulle liste, dalle riviste *online*.

La possibilità di confronto immediato attraverso gli strumenti informatici è un dato ovviamente positivo: la circolazione di decisioni, lo scambio di informazioni, ragionamenti, casistiche è una preziosissima risorsa che colma distanze (anche geografiche) e riequilibra posizioni; nel flusso di informazioni “verticali” (dalla Cassazione) si inseriscono quelle “orizzontali” – ossia lo scambio tra giudici di merito sulle proprie decisioni - con il risultato che ogni giudicante ha, in caso di bisogno, una vastissima mole di dati ai quali attingere in caso di necessità.

Ciò che caratterizza questa situazione non è soltanto la quantità dei dati a disposizione, ma la conoscenza quasi in tempo reale delle decisioni della Corte, arricchite – in tempi altrettanto rapidi – da commenti, note e dibattiti.

Come si muove il giudice di merito in questo panorama, che presenta – ed è inevitabile – contraddizioni, aporie, contrasti? Come guarda – come si diceva in premessa – verso l’alto, soprattutto se dall’alto

la ricchezza degli stimoli è costantemente accompagnata dalla loro direzione spesso non univoca?

Nomofilachia, questa sconosciuta?

Viene da pensare che più il panorama è complesso, più ricca è la mole dei dati, e più facile è la tentazione di limitarsi a “cercare”: il materiale giurisprudenziale (intendendo con ciò la produzione della Cassazione arricchita da note, commenti e dibattiti) rappresenta una sorta di ghiotta offerta del mercato, nella quale muoversi alla ricerca di “ciò che serve”.

Cercare tra i precedenti è un po’ una prassi quotidiana: è normale che il giudice di merito davanti ad una questione interpretativa di norme, sostanziali o processuali, magari partendo da una propria visione della questione, “cerchi” un precedente che la supporti.

Ed all’interno dell’offerta – come si diceva – c’è solo l’imbarazzo della scelta: si troverà più o meno qualsiasi cosa (specie se si parte da un pre-giudizio), e spesso ci si troverà a scegliere in base ai criteri più disparati (l’ultima Cassazione, l’indirizzo maggiormente consolidato, una vecchia giurisprudenza tornata in auge, una rivisitazione alla luce della penultima decisione ...).

Il giudice di merito rischia così di diventare un mero fruitore passivo di decisioni altrui, alle quali non “partecipa”; rischia di diventare cioè un mero consumatore di massime, un passivo esecutore di un’operazione matematica già tutta impostata dalla Cassazione.

In uno schema del genere le decisioni della Cassazione potranno anche aiutare il singolo giudice, ma non credo che aiutino il sistema.

3. Vorrei invece provare ad affrontare la situazione rovesciando la prospettiva e tornando, contemporaneamente, a guardare al “sistema” nel suo complesso.

Essere inseriti in un sistema significa, anzitutto, partecipare alla sua vita ed al suo evolversi, significa far tesoro delle diversità, partendo da ciò che c’è dietro di esse, ossia il ragionamento che ha condotto ad una decisione.

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.

Decidere, per il giudice, significa invece 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 od all’altra interpretazione: il giudice deve potersi muovere ragionando in un percorso riconoscibile, che consenta scelte argomentate.

Con questo approccio, “scegliere” per il giudice di merito non è più un’operazione passiva, perché la sua decisione si inserisce in una corrente che procede a due sensi: vista dall’opposta prospettiva, ossia dal punto di vista della Cassazione, una decisione del giudice di merito potrebbe a sua volta diventare un elemento propulsivo, fornendo un contributo vero (non un numero da inserire in una lista), proprio perché si inserisce in un dibattito e non lo subisce.

In questa ottica, il tempo diventa una risorsa preziosa: ci vuole tempo per ragionare ma anche spazio per argomentare in termini non omogenei, procedendo per tentativi; bisogna lasciare, insomma, al giudice di merito la possibilità di collocare la propria decisione in un terreno da coltivare, fino a quando le argomentazioni conducano – allora sì – alla condivisione diffusa e finiscano per formare “giurisprudenze” (al plurale), e, infine, a decisioni della Cassazione che rappresentino veramente il prodotto di un sistema.

In quest’ottica, paradossalmente, la coesistenza di interpretazioni non uniformi non rappresenta un dato negativo, di incertezza, ma una possibilità, e, plasticamente, un “momento” utile: purché, cioè, le decisioni rappresentino la propria “storia”, la propria origine, esse saranno sempre fattori propulsivi, perché genereranno sempre decisioni a loro volta dinamiche e non mere passive ricezioni di indirizzi.

Certo, nella dinamica del sistema, se un indirizzo non diventa, nel tempo, quello maggiormente condiviso e permane il contrasto, la risposta sono le Sezioni Unite, ma la maggiore “tolleranza” – per così dire – nel tempo delle interpretazioni difformi e l’apporto a due sensi – nei termini sopra descritti - alla creazione degli indirizzi a contrasto farebbe diventare l’intervento delle Sezioni Unite quello che dovrebbe essere, ossia un punto fermo, autorevole e nodale al termine di una elaborazione completa di indirizzi contrastanti.

È invece frequente il ricorso prematuro alle Sezioni Unite, come risposta immediata all’insorgere dei contrasti, in un malinteso senso della nomofilachia, più vicino alla censura che alla tensione all’interpretazione uniforme del diritto: così le Sezioni Unite liberano dalla paura delle interpretazioni non uniformi, ma lo fanno inibendo la progressiva emersione dei problemi.

È emblematico, in questo senso, constatare quante decisioni di rimessione alle Sezioni Unite siano intervenute, negli ultimi due/tre anni di intensa produzione legislativa (sostanziale e processuale) praticamente a ridosso delle “prime” interpretazioni delle

nuove norme¹; non si comprende francamente perché aver fretta di dirimere subito questioni interpretative, senza nemmeno dar tempo di maturare riflessioni ed argomenti, come – appunto – voler scongiurare sul nascere (nel senso letterale, ossia dalla nascita delle prime interpretazioni di una norma) il formarsi di giurisprudenze contrastanti, quasi identificando questo come il vero problema del sistema.

4. Traendo delle conclusioni, mi pare di poter affermare che tutti noi, parti del sistema, condividiamo l'essenzialità della funzione nomofilattica della Cassazione; bisogna però capire quale sia il modo più efficace e proficuo – sempre nell'ottica complessiva del sistema – per far arrivare al giudice di merito la risposta ai suoi dubbi: per strada stretta del “catalogo” – agile, forse, sia per la consultazione che per la redazione delle motivazioni – o attraverso la paziente ricostruzione di percorsi, per consentire sviluppi e interazioni a due sensi?

Affrontare e capire un problema non è solo un esercizio intellettuale: certo, può esserlo, ma è, nella prassi, un'operazione funzionale ad una decisione; non bisogna dimenticarsi, però, che decidere – l'essenza del lavoro del giudice – è azione che ha un'origine ed una direzione: da un lato è il risultato di una riflessione, che si “nutre” degli aiuti disponibili (giurisprudenza in tempo reale, condivisioni via *mail*, commenti, formazioni, incontri), dall'altro si inserisce nel flusso dei dati che compongono il sistema, via via fino – eventualmente – ad una decisione della Cassazione.

Per il giudice di merito, ridurre la decisione alla scelta da un catalogo significa, in prospettiva, inserire un altro prodotto; così facendo si restringe la visione del sistema, e si perde di vista l'importanza che ha, invece, poter far parte di un percorso definito, con un'origine – appunto – ed una direzione: e quel percorso non può che essere tracciato dalla Cassazione, ossia da chi istituzionalmente è posta al vertice del sistema con questo esatto ruolo.

Nomofilachia, insomma.

1. La III Sezione della Cassazione rimette alle Sezioni Unite – con tre distinte ordinanze del 7.5.2015 – problemi interpretativi derivanti dalle prime applicazioni dell'art. 131 *bis* cp (introdotto con d.lgs 16.3.2015 n. 28, entrata in vigore il 2.4.2015), dunque ad un mese di distanza dall'introduzione della norma; la VI sezione rimette alle Sezioni Unite, con decisione del 17.5.2015, questioni relative all'istituto della messa alla prova, introdotto con L. n. 68 del 28.4.2014, entrata in vigore il 17.5.2014.

La Cassazione multifunzionale nella compiuta globalizzazione socio-economica (diagnosi e prognosi progredienti, al di là del puro anelito di nomofilachia)

di *Claudio Consolo*

La ricognizione delle criticità dell'attuale processo civile di cassazione viene condotta sulla base del richiamo, anche storico, dei diversi modelli di corti supreme e dell'opzione, infine affermata in Italia, per il modello cassatorio solo rescindente e fortemente verticalizzato. All'analisi critica delle innovazioni procedurali introdotte nell'ultimo decennio, in funzione del superamento di quelle criticità, si accompagna la formulazione di alcune proposte: dall'accentramento dei rinvii prosecutori davanti ad un giudice *ad hoc*, alla razionalizzazione di alcuni termini processuali, alla reintroduzione della pubblica udienza per i regolamenti di giurisdizione, specie quelli internazionalistici, all'abbandono del criterio dell'autosufficienza del ricorso, alla irrilevanza degli *errores in procedendo* non tradottisi in violazioni del giusto processo.

1. Le origini della scelta per il modello cassatorio e dei suoi temperamenti

Per adempiere ad una cortese, quanto impegnativa proposta di un *report* che faccia il punto nautico di mutevole cammino, con dovuta nettezza e concisione e senza una esplicita attenzione ad una dilagante bibliografia, ovviamente tenuta presente e quando occorra echeggiata, iniziamo col dire che entrambe le scelte costituzionali di settanta anni fa si sono rivelate troppo impegnative e troppo strette. Sia quella del modello di un ultimo grado di pura legittimità e (almeno tendenzialmente) solo cassatorio; come pure quella – tanto più discussa e criticata, nata allorché gli avvocati erano troppi da decenni ma forse un settimo di oggi – di garantire l'accesso contro ogni sentenza civile in senso logico-giuridico, relegando codice e legislatore a disciplinare solo il "poi", cioè le modalità del successivo "pieno" giudizio, eventualmente in modo un poco differenziato. Come sta appunto avvenendo, fra il 2006 e il 2016, sia pure al costo di crescenti complicazioni procedurali (che affaticano forse più i magistrati e i dirigenti degli avvocati). Poiché tutto deve poter entrare, oltre la soglia aperta, in base alla complessa apposizione di marcatori, con un quadruplice *switch*, avremo i quattro riti-regimi

diversi: quello dello spoglio in Sesta per i casi di *default* (seppur anche per manifesta fondatezza); quello camerale scritto ma muto (anche adducendo che la argomentazione a voce è più adatta alle questioni di fatto, mentre il diritto si pondererebbe meglio *in scriptura*) nelle varie Sezioni; quello con oralità e repliche al procuratore generale che infine conclude per primo e deve sempre esserci; quello in Sezioni Unite, non mutato (salvo per le repliche orali al pg). Il dibattito sull'art. 111 co. 2 e sui suoi protagonisti lo ricordano bene tutti, e forse fu un po' troppo rapido e reciso, da entrambe le parti (Calamandrei e Leone per intenderci).

Vi fu sul concetto di giudizio finale di legittimità invece *illo tempore* un amplissimo dibattito postunitario, al cospetto allora della adozione di modelli differenziati nello ordinamento giudiziario degli Stati preunitari (e di una ancora avvertita eco rivoluzionaria in quello francesistico della Cassazione solo rescindente perché "pura" custode della legge e del potere di normazione, benché non assiso sulla sovranità popolare; per converso, il modello delle Corti supreme, quali sedi di un ultimo appello, presentava ascendenze di schietto diritto comune e poco compatibili con la novità del compimento del moto risorgimentale, trovando un modello nel Lombardo-Veneto, e in qualche staterello minore).

Tutto questo è ben noto e, seppur non di recente, ben studiato in dottrina. È una constatazione di fatto che la figura del ricorso per cassazione, specie nel nostro contesto di antichi *mores* legali e in un *humus* socio-economico tanto diverso da quello dei due Paesi nordici in cui il modello della Cassazione/*Revision* – quest’ultima già meno pura – era giunto a ben radicarsi, difficilmente poteva assumere le funzioni proiettate verso l’attuazione uniforme del diritto oggettivo nazionale e del principio sincronicamente egualitario. Mentre era certo e financo voluto che il modello francese – nato in epoca monarchica, prosperato per effetto della rivoluzione, divenuto in seguito endo-giurisdizionale ma sempre esterno al rapporto processuale – si adattasse metamorfologicamente poco alla (*rectius*: alle) società della nostra penisola assumendo – salvo proprio nella Napoli, rimasta al modello costituzionale francese del 1807 – curvature nettamente inclini verso il potenziamento dello *jus litigatoris* (per equivoca e multisignificante che questa espressione così fortunata debba reputarsi: con Whitehead: cerca la semplicità e poi... diffidane). Questo era tanto più vero allorché la pur offerta scelta degli Stati sardi per quel modello (anche perché conservato e sviluppato dalla Restaurazione nella patria di origine) si legò alle varianti moderne post-1837 e si estese, quasi per inerzia, all’Italia intera, con l’appoggio post-risorgimentale di Pisanelli e nonostante le opposizioni, specie lombardo-venete. Si volle il taglio con il passato, ma con un giudizio ormai depurato da ogni valenza meta-giurisdizionale. Donde anche il potenziamento pretorio, via via, del controllo sul vizio motivatorio.

2. La peculiarità del nostro giudizio di ultimo grado rispetto al modello cassatorio puro: la natura fortemente verticalizzata e il ruolo immanente assegnato alla Suprema corte

Nel 1940, in chiave autoritaria avvengono cose importanti nel cpc, all’art. 360, e nel Regio decreto sull’ordinamento giudiziario, al celebre art. 65, sotto l’egida di Calamandrei autorevole ma anche (almeno allora) non poco sensibile al clima autoritario, sull’onda della unificazione romanocentrica di vent’anni prima e se vogliamo del magistero mortariano, ma soprattutto potendosi far forte dei riflessi rafforzativi della qualità dei giudizi quali propiziati dai caratteri di concentrazione e immediatezza del giudizio di primo grado (come tenne a mettere in risalto Andrioli nella introduzione alla ristampa del Trattato sulla Cassazione di Calamandrei, dando conto anche dei dissensi di Segni e soprattutto di Sat-

ta). La ritrovata curvatura verso la garanzia di quello che spesso (per approssimazione, ma ci intendiamo) si dice lo *Jus Constitutionis* non poteva essere più netta nel detto art. 65 ord. giud. e nel singolare non casuale chiasmo che esso, ad attenta osservazione, rivela: non custodia della esatta interpretazione e della uniforme osservanza – espressioni ben compatibili con il consueto compito giurisdizionale della tutela dei diritti applicando la legge –, ma uniforme interpretazione (vana essendo, o ritenendosi, qui la ricerca dell’“esattezza”) e, quasi militarmente, esatta osservanza. E così ci si mosse in consonanza con la conservazione *accentuata* della concezione piramidale-gerarchica della magistratura e con il nuovo (tuttora ignoto in Francia e assente nel vecchio cpc) vincolo al principio di diritto già nel primo giudizio di rinvio e, anzi, con la sua sopravvivenza anche alla sua estinzione in ottica “panprocessuale”. Premesse per un più diffuso *stare decisis*, non più su basi culte (come era per le Corti viste in quest’ottica da Gorla) ma sul terreno dell’autorità costituzionale della Corte di vertice, della interna magistratura. In Francia il giudice di rinvio (e tanto più quello avanti al quale la stessa azione venisse riproposta) può invece da sempre e ancor oggi dialogare a fondo con la Cassazione, almeno in un primo stadio, con piena pariteticità culturale ed esperienziale. E il suo dissenso (non ribellione), mentre giustifica meglio la sopravvivenza di tale fase rescissoria presso le varie Corti di appello distrettuali (anziché in sede accentrata unica, presso la Suprema corte: v. oltre), dà anche luogo a molti, apprezzati, casi in cui le Sezioni Unite, nel secondo ricorso, assegnano la palma della interpretazione più “congrua” proprio al giudice del merito, più vicino alla fattualità clinica della lite di “fondo” anche nei suoi profili giuridici. Nonostante l’importanza di Parigi, “la provincia giuridica francese” – e la sua lunga tradizione di *Parlements* decentrati e di magistrati giansenisti e giuristi federalisti (specie nel sudovest e in Provenza) – mantiene un rilievo ben maggiore là che nello assertivo Stato sabauda – romanocentrico, verrebbe da dire; così come in quella Repubblica francese meno si avverte il peso – seppur *funditus* rimodulato, ma da noi sempre vivo – del legame gerarchico o comunque di una netta scalarità di giochi di ruoli e funzioni di potere (ignoto all’*ancien regime* che aveva il suo sostrato nella *fides* feudale e poi limitò la “galleria degli specchi” e delle vanità a *Versailles*, e che i giacobini non fecero in tempo a contestare stante l’assoluto primato del potere sovrano legislativo delle Convenzioni e la temporaneità dei loro celebri due Comitati). Si noti come, negli altri due grandi ordinamenti adepti del modello cassatorio di fondo, le relative Corti di vertice siano ben meno verticalizzate e, come son solito dire, “immanenti” su tutto

il sistema: ignoti vi sono sia il regolamento di competenza che quello (*recte*: quelli) di giurisdizione, sia la pur limitata (ma nell'ultimo lustro non poco espansasi, nonostante le critiche dottrinali, specie di Riccardo Villata) sindacabilità delle decisioni delle altre, in questo senso tutt'altro che supreme, Corti di vertice, amministrativo e contabile, per tacere del pieno sindacato di legittimità all'esito della giurisdizione tributaria pur speciale. Una Suprema corte di capillare presenza (ben più del prezzemolo cui una volta accennai scherzosamente: *Schmerz und Ernst in Recht*). Il Consiglio di Stato del resto anche lui si tien stretto il suo ruolo immanente, seppur non supremo, e qui non tanto ed inevitabilmente con i regolamenti di competenza (male del resto ... regolati nel C.p.a.) quanto con il pieno appello, neanche reclamo, su ogni genere di misura cautelare, impensabile nel suo tanto diverso genitore di Parigi.

3. Il coesistente ruolo della ricostruzione del fatto in vista della funzione di guida coerenziatrice/specificatrice della Corte

Sia come sia, l'art. 111 co. 2 Cost., voluto da Calamandrei e benché le sue idee si videro in Costituzione fortemente contrastate (non a caso soprattutto per impulso del partenopeo Leone, come ci ricorda documentariamente Scarselli), ha dato una forte e longeva copertura al modello testé a grandissime linee rievocato. E pochi ricordano come, su questi temi, le migliori indagini storico-comparatistiche, quelle di Gino Gorla, abbiano posto in luce che la lunga e fruttuosa tradizione delle vecchie Corti supreme, ben prima che il modello cassatorio si estendesse fuori del regio *Conseil des parties* (esso sì solo parigino) e prima che dilagassero nel XIX secolo i nazionalismi incomunicanti, appariva più aperta e capace di garantire un dialogo intenso fra le Corti nella ricerca delle migliori soluzioni (ragionevolmente) omogeneizzatrici, quindi anche al servizio di una proto-idea di eguaglianza dei litiganti a fronte della *jurisprudence*, formante di potenza inevitabile (benché definita la più detestabile delle creazioni istituzionali del giovane avvocato M. Robespierre, fondatore della moderna stagione della Cassazione nel 1790).

Anche la netta distinzione, oggetto di logomachie infinite e più o meno eleganti e riuscite (come tagliava corto Andrioli nella detta nuova introduzione), fra giudizio di fatto e giudizio di puro diritto – di cui, a varie riprese, e a fisarmonica, la storia del sindacato nel vizio motivatorio sul fatto ridisegna i confini – proprio Gorla dimostrò essere inessenziale

se non addirittura nociva, alla estrinsecazione della funzione di guida della giurisprudenza ad opera dei giudici superiori (ignota nei Paesi dove non si affermò la spinta illuministica e, basilariamente, antigiusprudenziale della Rivoluzione del 1789 – e così in *common law*, nel vasto mondo ibero-americano, nell'est europeo ... insomma in quasi tutto il mondo! –; quella distinzione rimane appannaggio della nostra fascia centrale dell'Europa e si salda al particolare amore per la “pura” riflessione giuridica che connota – quasi affligge – l'area giuridica italo-franco-germanica).

Di recente fu felicemente rimarcato (Irti, *I “cancelli delle parole”*, Napoli, 2015, spec. 27) come le norme, incluse quelle di grado più alto e generale ossia le norme-principii, si applicano per sussunzione e quindi per «riconduzione del fatto concreto alla norma ... e sua considerazione come caso di essa.../la norma/...» si piega «verso il fatto, e lo prende dentro di sé a modo di esempio quasi di prova dimostrativa», sullo sfondo udendosi la eco del passo giovanile leibniziano (nella tesi di dottorato a Lipsia, del novembre 1666, *De casibus perplexis in iure*, II) per cui «*casus definietur factum in ordine ad jus*»: la nomofilachia è un prodotto clinico, si origina dai casi, esige dunque di prendere le mosse da fatti sì giudicati ma in modo aderente al reale e quindi ricostruiti con motivazioni all'uopo sufficienti, non bastando che esistano, non siano stereotipe ed apparenti ed autocontraddittorie. Se no si farebbe, per altra via, quella che Jhering derideva come clinica giuridica dei «casi fatti per le cappelliere», insomma teste di legno.

Del resto, il divieto assoluto di conoscere del fondo dell'affare, non più pendente in alcun modo, era corollario di quella assoluta distinzione, che faceva della Cassazione all'inizio un organo collaterale del potere legislativo e, poi, un organo quasi più popolato di giuristi che di giudici (non da noi beninteso, dove la tendenza al terzo grado proliferava anteguerra e di nuovo incontrò pochi limiti fra il 1950 e il 2006, specie dopo che nel 1953 l'art. 111 co. 2, Cost. è stato ritenuto *self-executive* dalla Suprema corte). Meno nel mondo tedesco, fortemente invece in quello franco-italiano fino alle novelle del 1990 (in entrambi i Paesi venne meno dunque giusto 200 anni dopo la istituzione del parigino *Tribunal de Cassation*), il supremo giudice nazionale di finale pura legittimità doveva ritrarsi incondizionatamente. E ciò non solo rispetto ad ogni esigenza di riapertura istruttoria ma anche rispetto ad ogni accertamento, ad ogni rilevazione di pur già preformati, e ben utilizzabili pur in base al nuovo cassatorio principio di diritto, giudizi meritali sui fatti di causa ed anche rispetto alla rilevazione di fatti notorii, di fatti pacificamente ammessi e, poi, assai più spesso potenzialmente, di fatti non

contestati, etc. Solo con il nuovo art. 384 si è aperta la via all'immediato e accentrato giudizio meritale post-cassazione quando, appunto, non occorra svolgere nuovi giudizi di fatto, seppure *ex actis*, ma solo rilevarne la intatta e conferente *preesistenza*.

Per *incidens*, quello che così va verificato – per sincerarsi della applicabilità del nuovo art. 384 – già più non è giudizio di puro diritto ma, anche qui, come per tutti gli *errores in procedendo*, per altro verso, integrerà una seppur peculiare forma, a sua volta, proprio di giudizio di fatto (e agli inevitabili errori nel compimento di tali delicate valutazioni neppure la avvenuta introduzione, già nel 1986, e il relativo potenziamento, nel 1990 e a seguire, della revocazione di decisioni di ultima istanza è valsa a porre rimedio, anche per una certa inconscia ma costante “asfissia applicativa”, va pur detto).

Così come in certe materie di settore, ad es. in punto di ricorsi contro le decisioni disciplinari, lo stesso giudizio cautelare-inibitorio non è *ex se* sempre precluso alla Suprema Corte, sì che – se passerà l'idea che la impugnazione per nullità dei lodi rituali si porti direttamente in Cassazione (progetto di riforma delle ADR di quest'anno) – la relativa inibitoria potrà ben attribuirsi direttamente alla Suprema corte, pur se – ad altri fini – l'art. 373 cpc continua a dislocare analoghe funzioni presso i giudici *a quibus*.

4. Le innovazioni apportate nel decennio 2006-2016: il quesito di diritto e le sue potenzialità, se bene inteso

Veniamo, con ciò, per grandi balzi, all'oggi e alle prospettive evolutive, non più nazionalistiche né verticistiche, che è chiamato ad assumere un rammodernato esercizio, anche in grazia della integrazione Ue, della cd. nomofilachia (altro termine non proprio univoco, ma che riassume lunghi discorsi e che, pur con amore/diffidenza, per la semplicità, ci azzardiamo ad impiegare). Ferme dunque le scelte costituzionali, pur se non ci si deve illudere che almeno a tal riguardo esse, e la loro stessa ubicazione in un contesto reso ancor più rigido dalla riforma costituzionale del “giusto processo” del 1999, fossero e/o continuino a rivelarsi di assoluta felicità e proficuità; fermo altresì, almeno nel medio periodo (diciamo per i prossimi 20 anni), il dato rilevantisimo del numero spropositato di avvocati cassazionisti e la loro non specializzazione (dato sistemologico stridentissimo con gli altri due Paesi caratterizzati dal modello cassatorio di puro diritto); ferma, infine, la impossibilità organica di aggiungere altre nuove sezioni civili alle 5 + 1 attualmente all'opera alacre e/o di ingigantirne ancora la composizione... che si è fatto e che cosa gioverebbe

fare ancora? Almeno a titolo di prima concretizzazione esemplificativa. Per queste ragioni la Cassazione civile italiana ricorda un poco un grande elefante, dalla memoria storica lunga, ma di enorme stazza – mentre, più o meno, tutte le altre Corti supreme sono animali di piccola taglia, molto più agili –, sì che solo la sua sensibile proboscide gli assicura movenze più strategiche ed in questo troviamo adatto che le innovazioni vengano, direttamente od indirettamente, concepite *ab intrinseco*, come nel 2006, 2009, 2012, 2016.

a) Fra queste novità la più *soft*, eppure più positivamente influente, appariva la prima, quella sull'onere di un pertinente quesito di diritto. Con esso non si vuole abbandonare la fattispecie concreta e spesso una scaturigine intrisa di suggerimenti ermeneutici che solo un giudizio di fatto non superficiale o insufficiente può vivificare nel moto dal concreto alla tipizzazione astratta (secondo il “circolo” gadameriano-esseriano che mal si addice a questioni di puro e liofilizzato diritto, a conferma della prospettiva storica gorliana di ermeneutica di omogeneizzazione della giurisprudenza ma radicata nel fatto ben ricostruito), ma si esige un finale sforzo di astrazione e di allargamento generalizzabile dell'orizzonte di senso applicativo. La interpretazione normativa, e più ampiamente la opera ermeneutica del giurista, appartiene, al pari di quella dei musicisti (Pugliatti, in polemica con Parente, e in *common law* Franck sospinto dal compositore austriaco emigrato Krenek), al *genus* performativo di uno o anche molti contemporanei testi: nel dar loro vita e concretezza (una endiadi) attraverso la nomopoiesi, cioè la ricerca-*inventio* della norma applicabile al caso, ossia al fatto selezionato che si proietta verso una regola, spesso assai complessa, ogni giudice, Cassazione non esclusa, non può far opera di pura e appartata riflessione giuridica. La garanzia contro l'arbitrio (cui potrebbe condurre sia la guida di vertice sia il sottostante carattere decentrato, processo per processo, della specificazione del dettato normativo, più o meno evidente a seconda degli ordinamenti, ma sempre presente) risiede principalmente nel carattere collettivo e polifonico – sia nel tempo che nello spazio (sincronico e diacronico) – nonché nel conseguente carattere dialogico, dentro e fuori il mondo giurisdizionale, della ricerca del senso giuridico degli enunciati contenuti nel documento legislativo. La partecipazione di tutti i consociati, dei loro consulenti ed avvocati (giuristi proponenti) – oltre e prima che dei giudici (giuristi giudicanti) –, a questo lavoro continuo di espressione concreta dell'ordinamento giuridico, assicura a tutti che la volontà del legislatore, di qualunque legislatore sia legittimato ad operare entro quel dato ordinamento (democratico o meno che esso sia), non venga tradita, o almeno che ciò non possa accadere per il mero arbitrio di uno o più

organi giurisdizionali ma solo in base ad un fenomeno partecipativo più o meno ampio. Di questo sforzo collettivo e pluralistico il processo giurisdizionale, e in cima il giudizio di cassazione, è momento saliente. Ma non esclusivo ed inoltre questo ruolo centrale non è giocato dal singolo processo, ma dall'intreccio sincronico e diacronico di tanti dibattiti giudiziari e di tante sentenze e correlate vicende impugnatorie (appelli, cassazioni, rinvii, etc.), nonché degli echi dottrinali che esse provocano e, più ancora, dei riflessi che se ne avranno in successivi processi in cui ricorrano le medesime o analoghe questioni giuridiche, anche attizzando la fantasia degli avvocati. Il processo giurisdizionale solo semplicisticamente è quindi detto mezzo e strumento di attuazione del diritto sostanziale e la Suprema corte quale sua guida; a meglio vedere il moto delle cose nella loro mai dipanabile del tutto e tanto screziata tessitura, il processo e i suoi precedenti rimangono momento per eccellenza (non esclusivo, eppure eminente anche negli ordinamenti che si dicono – di nuovo con una approssimazione – “a diritto scritto legislativo”) del plasmarsi dell'ordinamento giuridico.

Il diritto processuale, poi, regola sì i modi del processo (o meglio: dei vari tipi di processo), ma esso pure non è solo enunciato legislativo o codicistico, bensì la risultante di un proprio precipitato concretizzatore di interpretazione, il quale qui però – per l'oggetto stesso della norma che deve scaturire dalla interpretazione (volta a regolare il processo) – si compie pressoché per intero ad opera di giudici ed avvocati nel processo, e non anche innanzitutto nella società e in via diffusa: una interpretazione, insomma, a polifonia solo ristretta (e un poco corporativa), che può con facilità subire il rischio grave di arbitrii o fossilizzazioni (il cd. *Stylus Curiae*) che acuiscono particolarmente, nel campo del diritto processuale, lo scarto fra diritto *on the books* e diritto *in action*. Ciò avviene dunque proprio per la ristrettezza del campo degli interpreti che possono interloquire efficacemente al riguardo e, più ancora, a cagione dell'interesse pratico che può accomunare giudici ed avvocati nel discostarsi, eludere – o talora evadere marchianamente – il precetto legislativo.

È stato esattamente notato che «... diversamente dagli altri prodotti umani ... la norma giuridica (una volta che è *presente*) non è affatto indipendente dal comportamento degli uomini a cui essa si riferisce ... le norme giuridiche non vengono immesse nel flusso della storia come prodotti finiti dello spirito umano». «Il complesso sistema di massime di azione, forme di pensiero, misure di valutazione, decisioni di volontà, utensili spirituali, *routine* procedurale, che chiamiamo diritto, non è una *teoria*. È piuttosto una prassi vitale degli uomini ... è sempre ciò che gli uomini, a cui esso si riferisce, fanno di lui» (G. Husserl, *Diritto*

e tempo [tit. orig. *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt a.M. 1995], trad. it., Milano 1998, pp. 35 ss.). Difficile negarlo.

Se questo è il contesto la nomopoiesi non può avvenire mai, e certo non ben producentemente, in un *vacuum* di fattualità.

Francamente errato è stato, invece, estendere l'onere del quesito intimamente giuridico anche ai regolamenti di giurisdizione e, più ancora, alle revocazioni, nonché – qui la pecca era già nella norma – di cercare un suo equipollente anche quanto al vizio motivatorio di cui al n. 5.

Ancor più inappropriato, soprattutto, è stato, nel triennio di vigenza del quesito, aver talora preteso che esso potesse assurgere a progetto puntualissimo e impeccabile di futuro principio di diritto, svolgendo non solo la proposta – tipica di un instante – ma anche la risposta e, ovviamente, quella *ex post* reputata “esatta” da questo o quell'esigentissimo giudicante.

Il quesito andrebbe reintrodotta, direi solo per il n. 3 e, purché non manchi, non a pena di inammissibilità (il suo pregio rileverà tuttavia per la quantificazione delle spese, al pari della famosa concisione).

5. ... e la grave resecazione del controllo motivazionale anche in termini di (minor) effettività della tutela, e i rinnovati ruoli dell'art. 363 cpc

b) La innovazione meno producente, per le ragioni già emerse, direi sia la radicale resecazione - sono crude espressioni della Corte stessa - del n. 5 per rendere il controllo della motivazione in fatto raro e ineffettivo, ridotto in sostanza alle omissioni, evidenti o mascherate, e quindi, fra l'altro, con regola applicativamente distonica rispetto alla pure introdotta esclusione del sindacato *ex n. 5* nei casi di doppia statuizione in tutto conforme negli snodi (o non solo nell'esito) della motivazione in fatto. Sia pure con il dovuto *restraint*, magari quasi a titolo esemplare, la assoluta finalit  del giudizio di fatto dei giudici di appello (e la sua percezione ormai diffusa) non giova al sistema e al ruolo pienamente giurisdizionale della stessa Cassazione (come ben nota Irti): la radicale insufficienza deve poter essere attaccata, anche perch  le parti di tali “cadute” si avvedono molto bene e non comprendono perch  una Corte, comunque elefantiaica, voglia e possa ritrarsene quasi del tutto, rimuovendo un prezioso deterrente e stimolo alla qualit  del *fact-finding* meritale.

Anche un equilibrato n. 5 esprime, dopo tutto, una forma di guida della giurisprudenza, non in *apci-bus iuris* eppur preziosa.

b1) Il sindacato sulla applicazione sia delle clausole

generali sia più latamente dei concetti giuridici a fattispecie indeterminata esprime un acquisito¹, ed irrinunciabile, terreno di applicazione di una moderna nomofilachia del concreto, al servizio invero specie delle scelte e comportamenti futuri sia personali sia economici. Una amputazione-resecazione tanto marcata, quanto dopo il 2012 le Sezioni Unite hanno professato, nell'accostarsi ai fatti della causa e alle loro ricostruzioni, priva di retroterra quel sindacato e lo vota al rischio di generica declamatorietà. È vero che un esame del fatto lo si ha, se no a monte del n. 3 andrebbe dedotto un vizio di n. 5, ma se quell'esame ha originato ricostruzioni piatte od evanescenti, come applicare ad esse la *ars specificandi et distinguendi* di cui la concretizzazione della clausola abbisogna, e da cui la Suprema corte non deve estraniarsi sol per non contaminarsi.

La svolta, da alcuni tanto auspicata, ancora non è stata valutata in tutti i suoi risvolti effettuali, taluni decisamente non augurabili. Si consideri che la Cassazione francese, invece di contrapporre in modo filisteo fatto e diritto, lavora soprattutto nella area di congiunzione, con le varie aperture cassatorie fra cui quella della "*manque de base legale*" viene considerata *pierre de tache* dell'intero istituto cassatorio. Miglior cosa è consentire - magari con la formula "grave insufficienza" nel n. 5 - forme di controllo anche da noi più selettivo e non meccanicistico, ma pur sempre capace di evocare quel concreto che è dopo tutto connotato di ogni ben proporzionato *jus dicere* (non assente infatti, anzi, neppure nella fase *in iure* della *iurisdictio* formulare classica in Roma).

La centralità del merito, anche in sede di nomofilachia, ivi quanto meno prospetticamente, a me appare un diretto corollario del canone generale della effettività della tutela e pur la ragionevole durata acquista valore reale se ciò che si attende (non troppo) è una adeguata decisione del merito, anziché sue svariate declinatorie od ablatorie.

c) Non torneremo in questa occasione a considerare né l'operato demandato alla sezione VI (che evoca il modello antico e ricorrente delle "camera delle richieste" di formazione o più strette o *juniores*) e neppure le adunanze non partecipate che si svolgeranno (grossomodo) per il 75% circa (?) dei residui casi presso le altre cinque sezioni (che pure hanno precedenti nelle proposte di tarpare la loquela degli avvocati e dei procuratori generali avanti la Cassazione di Napoli, che peraltro - essa sì - era conosciuta e conservata sul modello francesistico-muratorio del 1807, tutto teso allo *Jus Constitutionis*, a differenza della Cassazione piemontese tarata sul modello parigino del 1837).

d) Quanto all'antico lineamento dell'art. 363, la sua rivitalizzazione normativa, non più recentissima (2006), e quella organizzativa, spronata dalla novità della relativa infrequenza della udienza pubblica (2016), non consentono ancora di valutare quanto grande sarà l'apporto non solo (e qui non tanto) alla uniformazione della giurisprudenza quanto soprattutto alla evoluzione delle soluzioni arretrate o poco soppesate. Prezioso è arare, ad opera del Procuratore generale, il campo "solitario" delle decisioni diverse

1. Le doglianze rivolte verso la specificazione, compiuta dal giudice del merito in relazione al caso di specie dei cd. concetti giuridici indeterminati, o "concetti elastici" di adattamento continuo del diritto al variabile sentire sociale, concretano infatti errori di diritto *in iudicando*. Questa idea muove da un riflessione, ormai risalente nel tempo, sugli *standard* valutativi, cioè su quei contenuti di valore della norma giuridica che emergono proprio attraverso l'operazione valutativa della giurisprudenza. Si attua in sostanza una sorta di integrazione normativa, la quale trova alimento in una pluralità di fonti, che solo per comodità descrittiva potremmo definire di rilevanza sociologica, ma che sono il vero veicolo di flessibilità dei precetti elastici. Queste proposizioni recano con sé tre ordini di questioni: un interrogativo ordinamentale, posto dalla natura non politica del giudice nel nostro sistema costituzionale (art. 101, co. 2, Cost.), con l'inevitabile ritrosia verso interpretazioni della norma che favoriscano lo sconfinamento dell'organo giudiziario nel campo della discrezionalità propria del legislatore; un problema di diritto sostanziale, costituito dall'individuazione delle fonti di emersione dei valori anzidetti; il dubbio di carattere processuale relativo alla configurabilità del sindacato di legittimità della Corte di cassazione sull'interpretazione data dal giudice del merito. La dottrina predica senza riserve l'esistenza di questo sindacato, ascrivendolo al controllo sulla violazione di legge ai sensi dell'art. 360, n. 3, e non già, invece, al mero scrutinio della coerenza e congruità della motivazione ex n. 5. Tuttavia la giurisprudenza non è altrettanto spigliata: frequente, ad esempio, è l'affermazione che il giudizio circa la gravità delle infrazioni addotte come giusta causa di licenziamento, nonché l'accertamento della sussistenza di quest'ultima, implicano un accertamento e una valutazione di fatto demandati al giudice di merito, e, pertanto, incensurabili in sede di legittimità se immuni da errori logici o giuridici. Da alcuni anni, tuttavia, sta maturando in seno alla giurisprudenza il diverso orientamento di cui si è detto, che, con corretta distinzione, ritiene che le specificazioni del parametro normativo richieste dalla disposizione normativa - che sia formulata mediante clausole generali - hanno appunto natura giuridica. La loro disapplicazione è, quindi, deducibile in sede di legittimità, come violazione di legge. Invece, secondo questo filone giurisprudenziale, l'accertamento in concreto della sussistenza degli elementi di fatto che integrano e preparano le suddette specificazioni spetta in una seconda fase al giudice del merito, sicché i noti limiti di sindacabilità sarebbero circoscritti solo a questa seconda operazione. In Cassazione, sotto il profilo del n. 3, sarebbe quindi da riconsiderare il metodo seguito nell'applicazione della clausola generale e il rispetto dei criteri e principi desumibili dall'ordinamento in generale, a cominciare dai principi costituzionali e dal *sentire particolare* (di matrice collettiva) in cui la concreta fattispecie si colloca. In questa forbice tra la prospettata verifica di legittimità e la critica della motivazione dell'accertamento in fatto trova con ogni probabilità posto ogni aspirazione a un controllo, necessariamente con caratteri peculiari, dell'applicazione delle clausole generali. Non si tratta qui, dunque, di una semplice verifica della sufficienza o non contraddittorietà della motivazione su questioni di fatto, cioè di un sindacato solo motivatorio. Viene in rilievo invece - una volta ricostruito un certo fatto storico della causa - un peculiare tipo di giudizio giuridico.

dalle sentenze e non (o non più) impugnabili, con ricadute utili – del resto – per il caso di specie stesso, almeno tutte le volte che siano decisioni (poi) revocabili (come notavamo, con esemplificazioni, nella introduzione del libro su *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Cedam, 2012). Sì da evitare, almeno in tali casi, il paradosso del giudicato stabile ma esecrato, ed ufficialmente, quale ingiusto, che scuoterebbe la coscienza sociale di molti cittadini e osservatori, posto che l'operato di un organo giurisdizionale si stenta ad ammettere possa avvenire nel solo interesse collettivo futuro (come denota il dibattito acceso dalla statuita non irretroattività di talune decisioni di accoglimento della Consulta, per “bilanciamento sistemico” con altri valori, che quindi non “premano” neppure il caso originante la rimessione, come invece in tali casi-limite avviene in Austria: il cd. premio di preda).

6. Alcune proposte organizzative: l'utile accentramento per i giudizi di rinvio prosecutori ...

e) I ricorrenti, talora autorevoli (da Monteleone, a Cipriani a Proto Pisani stesso), inviti a riaprire il tema delle Cassazioni macro-regionali – per quanto, a rigore, l'attuale soluzione unitaria accentrata sia frutto di norme transitorie, che riservavano un esame più approfondito a questo antico e sempre un po' dolente “spigolo politico” – vanno costantemente lasciati cadere. Forse, in un qualche futuro, stante il loro carattere spiccatamente settoriale e largamente indipendente, le sezioni IV (lavoro) e V (tributaria) potrebbero dislocarsi fuori Roma, ad es. rispettivamente a Firenze (ove vi è un bello spazio libero nella vecchia Corte di appello) e a Bologna o Milano. Se non fosse che così probabilmente si rinfocolerebbe la pretesa statutaria – ma assurda – ad una sezione “onnivora” a Palermo, assai meno positivamente simbolica di congruenza distributiva pur sempre ... *cum Petro et sub Petro* (le Sezioni Unite). E a proposito di sogni: tutte le quattro sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, in palazzi non romani più appartati ... a Torino, ove nacque, o a Firenze ove già fu.

e1) Piuttosto, se il giudizio di *rinvio prosecutorio* – successivo dunque ad annullamenti con principio di diritto ai sensi del n. 3 (là dove l'art. 384 non sovvenga), e non invece restitutorii indietro – continuerà ad essere totalmente vincolato (e non credo che l'esempio dialogante francese da noi attecchirà), si potrebbe all'uopo allora creare, per le sole liti civili (escluse le sez. IV e V) un organo “di completamento” del giudizio di fatto presso o vicino (in tutti i sensi) la stessa Suprema corte, amerei fosse a Napoli, con un rito speciale e fulmineo per queste poche centinaia

di casi annui (magari utilizzando spazi e risorse umane liberate dalle scelte sopra adombrate, nonché da disponibilità ad un'opera *part-time* di magistrati già cassazionisti di recente pensionati o ... pensionandi). Non solo potrebbe riapparire qui, *in cauda*, qualche curvatura conciliativa, ma certo si stempererebbe così alquanto il rischio di ulteriori cassazioni (ricorsi e talora accoglimenti, magari ancora con rinvio); certissime lesioni dell'art. 6 Cedu per (assai) irragionevole durata; e al contempo tentazioni di utilizzare troppo proattivamente l'art. 384, allorché capiti che qualche ulteriore accertamento di fatto, o brevi messe a punto istruttorie, appaiono davvero meglio confacenti a giustizia e a pienezza del contraddittorio. L'accentramento geografico, per tali fasi rescissorie prosecutorie, va visto con favore perché è coeso con la centralità del giudizio di cassazione (Napoli è a un'ora da Roma, raggiungibile prima e molto più comodamente di vari suoi quartieri).

I rinvii restitutorii sono invece, magari con ampie istruttorie, veri giudizi di appello (talora addirittura di primo grado) che riprendono il loro corso, necessariamente vicino alle parti e alle fonti di prova. La obsoleta e unitaria disciplina degli artt. 392-394, intonsa da ottanta anni, risente di vecchie idee sulla straordinarietà del grado di cassazione, finito il quale si esige quindi una nuova notifica personale ed una riassunzione a pena di diseconomica estinzione dello intero giudizio allorché nei giudizi restitutorii andrebbe ristretta la applicazione del drastico, ma oggi onnicomprensivo, art. 393 attuale (molto diverso dalla soluzione francese). Una ritrovata attenzione per la sottigliezza della scansione di norma liquidata con la doppietta rescindente/rescissorio varrebbe a sdrammatizzare il peso del giudizio di rinvio e quindi le odierne remore ad accedervi.

Diffiderei infatti, pertanto, anche di cassazioni senza rinvio adottate solipsisticamente in camera di consiglio (la revocazione essendosi oltretutto rivelata rimedio utopico e spuntato).

7. ... altre proposte di dettaglio per il buon governo del giudizio di legittimità: termini (ri)unificati e anticipati per memorie; *spatium deliberandi* per le repliche orali al Procuratore generale; udienza pubblica per i regolamenti di giurisdizione (specie di DIP)

Ulteriormente, e sempre più nel dettaglio:

f) Un piccolo esempio davvero *de minimis*: il termine per la breve memoria *ex art.* 378 cpc, nel 2016

sdoppiatosi, andrebbe riunificato (anche per i termini, come per i riti, gioverebbe il rasoio di Guglielmo da Ockham) ma in più anticipata guisa: sempre di 15 giorni, per letture e repliche meno concitate. Personalmente non nutro soverchi rimpianti per il rito camerale cd. opinato (cioè per la sfida a far mutar mente al relatore o a farlo mettere in minoranza: entrambe scalate di sesto grado).

f1) Continuando a “scendere” nel dettaglio, ammetterei che i regolamenti di giurisdizione più complessi – specie quelli internazionalistici, in gergo DIP, da “ricarburare” nella cornice della competitività fra fori – possano giovare della pubblica udienza e del dibattito sulle conclusioni del Procuratore generale. Oggi è precluso, eppure questo è il “passaporto” internazionale più visibile della nostra Suprema corte e il regolamento DIP lo pone in più diretto dialogo con le Corti e in genere gli osservatori degli altri Paesi.

f2) Per agevolare, in generale, nei casi “alti”, quella dialettica di nuovo tipo, dando un minimo di agio ai difensori per interloquire con il Procuratore generale, prevederei che *i giudizi in udienza* vengano chiamati per gruppetti di 4-5 per le relazioni e soprattutto per le conclusioni dei Procuratori generali che parlano finalmente per primi (ma avanti a difensori rimasti fino ad allora “al buio”), sì che i patroni non vengano presi del tutto alla sprovvista, possano dunque consultare le loro carte, fare rapide scelte collegiali, etc. Ognun vede quanto meglio sarebbe allorché la scelta stessa di “chiamare” una vera udienza, in grazia del riconosciuto rilievo giuridico (e credo possa farlo anche la sezione che reputi alcuni casi inadatti al “rito” camerale e al correlato stile stringato della conclusiva ordinanza), denota la esigenza di un vero dibattito nomofilattico nello stile delle, pur così diverse dalla nostra (e fra loro), Corti supreme europee. Dovrebbe all’uopo finanche consentirsi di parlare da seduti, per meglio giovare di (non leggere gli) appunti e documenti. Senza tentazioni oratorie, come in un convegno. Almeno dove ancora residua, alle virtù di una ben educata oralità, dobbiamo (tornare a) credere non solo *ad pompam*. Benvenute siano anche le domande, specie di presidenti e relatori, agli avvocati (e, seppur di rado, perché no?, ai Procuratori generali: in futuro le loro conclusioni andrebbero registrate e pubblicate con le sentenze). Ed anzi proprio questi possono essere i criteri di selezione per lo *switch*.

f3) Alla sezione tributaria, per le sue indubbe peculiarità (e non solo quantitative, frutto del retroterra in senso lato “laico” dei giudici di merito) riserverei un apposito discorso, ma in altra sede.

f4) Va anticipata la discesa del numero degli avvocati cassazionisti, e rafforzata la capacità selettiva del nuovo corso-concorso del Cnf.

f5) L’arretrato, pari a più del triplo dell’*output* decisorio annuo (e delle pari circa sopravvenienze)

inquieti molto, ma esso è destinato a calare ed inoltre, secondo una personale esperienza, visti dal di dentro del rapporto con le parti, due terzi dei ricorsi e ricorsi incidentali non presentano, né soggettivamente e spesso neppure oggettivamente, alcuna esigenza di particolare sollecitudine, le motivate istanze di anticipata trattazione sembrano venire agevolmente soddisfatte.

È pur vero che molti difensori, per garbata timidità o altre volte per una sorta di atavica scaramanzia, pur quando il cliente ha davvero interesse alla rapidità, omettono di inoltrare, o talora di ben motivare, quel tipo di istanze ai presidenti titolari. Sovviene una via di uscita, atta anche ad offrire un indice serio del reale bisogno sociale di celerità: la cancelleria centrale, depositati i due o più atti introduttivi, mandi una mail ai difensori costituiti chiedendo loro sia di dare un numero, da 1 a 5, alla reputata complessità del caso, sia un altro numero analogo quanto alla avvertita esigenza di celere definizione. Si constaterà che la regola del *first in, first out* può essere ragionevolmente e trasparentemente derogata, senza, con la attuale elevata produttività, soverchio affanno delle strutture.

8. Contro l’attuale conformazione dell’autosufficienza (il ricorso come strumento e non oggetto del vaglio della Suprema corte) ed un possibile ripensamento sulla deducibilità degli *errores in procedendo*. Una cauta, possibile, valorizzazione dell’art. 360-bis n. 2

g) Poco aggiungerò qui quanto alla sinteticità degli atti (su cui v. da ult. il *lassez faire* rispetto ai rigorismi misuratori del Consiglio di Stato adottato, credo per fini didascalici, affinché ... suocera intenda, da Cass. sez. un. n. 964 del 17 gennaio 2017, pres. Rordorf, rel. Ragonesi) e alla invenzione opportunistica - che mortifica la dignità di difensori che si vorrebbero di élite, e a ben vedere mortifica anche quella dei giudici come nessuno ha notato ma *on reflection* non tarda a palesarsi - della cd. autosufficienza delle trascrizioni di mole di documenti e atti processuali, da acquisire invece non con questo infido mezzuccio ma infine in presa diretta ad opera di efficienti cancellerie e stagisti, sentenze di primo grado non escluse (per le ragioni di sì drastiche conclusioni, sulla linea indimenticabile di Edoardo Ricci, v. Consolo *Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza – il protocollo redazionale Cnf-Cassazione: glosse a un caso di scuola di soft law (... a rischio di essere ri-*

ponderato quale hard black letter rule); un po' diversamente Frasca, *Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza – intorno al protocollo fra corte di Cassazione e Cnf sui ricorsi civili; elegantemente Pagni, Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza – chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra cassazione e Cnf*, tutti nello speciale di *Giur. it.* n. 12/2016); ebbene, aggiungiamo qui solo che ben raramente potrà e dovrà dichiararsi per tali ragioni la inammissibilità.

La Corte sarà certo più giudice delle sentenze che delle cause, ma certo mai è stata pensata o può atteggiarsi quale giudice della ottimale fattura dei ricorsi. Il ricorso deve essere sì valutato ma *solo come veicolo ragionevolmente* idoneo a far conoscere della legittimità della decisione impugnata, seppur sempre entro il (e come ultimo grado del) rapporto processuale (mentre è sempre “esterna” – e in questo senso impugnazione, cd. straordinaria ex art. 324 cpc – la revocazione per qualunque motivo).

h) Last but not least: il rapporto fra la Suprema corte, la nomofilachia e gli *errores in procedendo* (ove essa è pacificamente anche giudice del fatto, benché solo di quello endoprocessuale). Su poche, o non molte, delle cose anzidette vengo riferendo di mie incrollabili certezze (esse non sono granché cresciute di numero da quando nel 1986, iniziai a discutere *au Palais*, avendo però scritto il primo ricorso nell'estate del 1978: gli avvocati e le facoltà giuridiche, a Roma da una siamo oggi a quindici, molte davvero incredibili, erano un terzo che nella odierna cairota plaga). Quest'ultimo argomento è comunque quello su cui ne ho distillate meno che su ogni altro. E non solo perché l'art. 360-*bis*, n. 2, è (e forse fu voluto, nel 2009) singolarmente criptico. Di nuovo si avverte che il nostro antico elefante, con la sua lunga memoria, non ha dimenticato che né l'organo (di *ancien Regime*, rivoluzionario, della restaurazione, della ricezione a Torino o a Napoli ...) né la funzione, più o meno da esso scollata, sono concepiti e vivono in ragione della salvaguardia del corretto *ordo procedendi* delle cause civili. Certo anche le violazioni processuali alimentano vizi (e motivi) di legittimità, sia pure con cognizione estesa al fatto (del resto ciò vale anche per le violazioni processuali che, nessuno è perfetto in condotta, compisse la stessa Suprema corte: tema su cui, mezzo secolo fa, rifletteva in *Giur.it.* Giovanni Conso, potendo rinvenire pochi rimedi: qualcuno di più lo esibisce l'osservazione della prassi autotutoria della *Cassation* parigina). Calamandrei insistette molto (anche su ciò richiamando importanti, ma tradizionaliste, critiche di Segni, Finzi, Satta, Mazzarella) sul fatto che tale tipo di sindacato è stato, in sintesi, un di più, non essenziale, e talora anzi dispersivo, rispetto alla *missione* dell'istituto, come lui la vedeva e un poco

anche come era razionale svilupparla seppur più accorta alla tutela dei diritti soggettivi.

È un fatto comunque che l'art. 111 non distingue quanto alla fonte giuridica degli *errores* ma è altresì vero che vi è qualcosa di sproporzionato nella realtà da tanti lustri invalsa: la Suprema corte dedica almeno metà del suo tempo e del suo prodotto a sindacare veri o affermati vizi di procedura, opera massicciamente quale arbitro minuto del rispetto delle regole del gioco processuale, disperde spesso in tale giungla di accadimenti (e nel seguire il gioco di somme, o di elisioni nei casi fortunati, di falli e di errori di tutti i protagonisti) la propria concentrazione nomofilattica, là dove non è in gioco il nucleo essenziale dell'azione, difesa e giusto processo. A nessuna altra Corte suprema accade alcunché di lontanamente simile (a quella di Londra, ovviamente, meno che a tutte: il *last resort* per le *rules of procedure* è la *Court of appeal*; anche in Francia mi pare crescere una inclinazione in tal senso, lì dunque decentrata, come ora per gli antichi *Parlements*... veri covi di acuti proceduristi).

Per conseguenza, in materia procedurale i contrasti – quelli sincronici, si badi bene – sono ancor più frequenti, instabili, movimentati, soggettivisticamente talora atteggiati. E su questi temi le stesse Sezioni Unite (talvolta) brillano ma non sporadicamente vedono durare lo spazio di un mattino (due o tre anni) il vigore, al proprio stesso interno, di sofferti ed ampi pronunciamenti (e.g. si ricordano le vicende dell'omessa sottoscrizione, della doppia data, dell'ordine delle questioni, delle prove indispensabili ex art. 345 e 437, della individuazione delle eccezioni in senso stretto – qui però con un certo serissimo gradiente sostanziale –, del ricorso incidentale condizionato, del campo devolutivo dell'art. 346, di quello sospensivo dell'art. 337, co. 2, del rapporto fra regolamento di giurisdizione e litispendenza transnazionale, del mobile e minaccioso perimetro del divieto di frazionamento della domanda, e via riempiendo riviste e commentari ... alla ricerca del *modus procedendi* più impeccabile).

È un dato sistemologico per molti versi immutabile – specie a fronte di una “grossa” Suprema corte e di questioni trasversali a quasi tutte le sue sezioni senza alcuna specializzazione (come invece avviene in capo alla seconda *chambre civil* della *Cassation* francese) –, ma su di esso può pensarsi a qualche modesto morigerante correttivo, anche riscoprendo un senso all'elusivo (fin qui ignorato, salvo in una sola pronuncia) ma potenzialmente austero e grandemente riformatore n. 2 dell'art. 360-*bis*? Anche “inclusivamente” beninteso (cioè, rendendo deducibili violazioni del giusto processo non normativizzate nel cpc: ad es. in materia di imparzialità non deducibili con l'art. 51 cpc, notoriamente non un guanto su misura).

Potremmo per i “meri” *errores in procedendo* pur sempre parlare di nomofilachia, ma sotto radice quadrata specie per gli errori di attività pura, di questa o di quella parte o giudice, rimanendo più sostanzioso – e meno aperto al gioco della elisione – il caso degli *errores (in udicando de iure) procedendi* in cui si deduca essere incorso il giudice di appello. In questo senso si può azzardare la congettura che il n. 2 dell’art. 360-bis, questo sì certo condizione di ammissibilità e non di fondatezza, operi anche una cesura verso il basso: in sostanza, salvo allorché si tratti di errori di attività gravi ed atti a incrinare lo stesso “giusto” processo sotto un qualche suo profilo, possa consentire di non trascinare fino in Cassazione le questioni di rito nate in primo grado e già riviste in appello, imponendo allo scontento di appagarsi di un solo grado di riesame sui vizi di ordine minore. Naturalmente sono prospettive non ben mature e tratteggiare un confine non è agevole e alle questioni che integrano violazione del *fair trial* per rispetto al principio di uguaglianza si dovrebbero aggiungere, nel lasciare in vita il sindacato, quelle deviazioni gravi e ripetute che rischiano di creare riti localistici (“protocollari” o meno) e accomodamenti bisognosi, pure essi, di verifica nomofilattica (ma magari

anche *ex art. 363 cpc*). Quanto alle Sezioni Unite, sulle residue questioni processuali, crederei vadano accentuate le esplicazioni della *totale* collegialità, dunque anche redazionale e, con vari accorgimenti compositivi, escluse soluzioni di stretta maggioranza, ammettendo financo nuove udienze a composizione ulteriormente allargata (quello del superamento del numero fisso a priori è carattere affascinante e forse promettente del processo inglese).

Un uso avvertito della proboscide, graduale ma deciso, può quindi nutrire e dissetare il nostro amato elefante e i suoi, oggi si direbbe, non realmente conflittuali *stakeholders* (giudici della Suprema corte, parti di quei giudizi, giudici di merito, parti di quei giudizi o *amplius* consulenti pro futuro), sì da propiziare soluzioni *win-win* entro una corrente di mutua (ritrovata) calda simpatia, che allora potremo, se piacerà, anche chiamare di cooperazione nomofilattica. Che dia a Cesare, cioè all’esame, penetrante seppur estrinseco e non più frontale, della congruenza costruttiva dei già compiuti giudizi sul fatto, quel che è di codesto terreno immanente Cesare, e al Diritto superno ciò che realisticamente esso consente di ricevere dai suoi smaliziati fedeli.

Quale giudice supremo in materia penale?

di *Domenico Pulitanò*

La *custodia del nomos*, affidata alla Corte di cassazione, riguarda la correttezza di decisioni che hanno ad oggetto fatti concreti, interessi e diritti in gioco nel processo. Importanti sentenze della Cassazione penale (le più famose) hanno a che fare con la razionalità del giudizio di fatto, collegata all'affermazione di un principio di diritto che costituisce la premessa del problema probatorio. Questa esperienza mostra che la custodia della razionalità della motivazione in fatto deve restare affidata a un giudice che ne sia all'altezza. C'è un'esigenza di stabilizzazione giurisprudenziale, che giustifica il rafforzamento della posizione delle Sezioni Unite. Ma per la custodia dei diritti delle parti è importante anche il limite dei poteri attribuiti ai custodi. Per *qualunque giudice* intenda disattendere un indirizzo già affermato, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 230/2012, ha additato la strada: un *onere di adeguata motivazione*; è anche un onere per le parti che chiedano una revisione di indirizzi giurisprudenziali; l'adempimento dell'onere dà *diritto ad una adeguata risposta*, non appiattita sulla mera riaffermazione dell'indirizzo sottoposto a critica.

1. Un vertice ambiguo?

Di quale *giudice supremo* ha bisogno la giustizia penale? L'esistente è stato definito un *vertice ambiguo*¹ tra funzione di tutela del diritto oggettivo (*jus constitutionis*) e tutela dello *jus litigatoris*, dei diritti delle parti nel processo. Il pacchetto di competenze comprende il controllo di legittimità (imposto dall'art. 113 Cost.) e il controllo sulla motivazione. Sovraccarico di lavoro, espansione numerica dell'organo, ingestibilità del sistema così com'è, sono lo sfondo di problemi ad oggi insoluti.

Come obiettivo in tempi medio-lunghi è stato autorevolmente (e ragionevolmente) proposto quello di pervenire a una Corte con un numero limitato di ricorsi e di giudici². Ciò richiederebbe (si è ipotizzato)

di rinunciare al controllo della Cassazione sulla motivazione "in fatto"³, ragione dell'insostenibile aggravio di lavoro. La funzione del giudice supremo sarebbe il controllo in puro diritto.

Per i diritti delle parti nel processo penale, è decisivo il giudizio *in fatto*. È il giudizio sul fatto il compito proprio del giudice; compito esclusivo nella rappresentazione che ne fa Beccaria: «Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni dei cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di mol-

1. G. Fidelbo, *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, in AA.VV., *Cassazione e legalità penale* (Convegno Parma, 9-10 ottobre 2015), a cura di A. Cadoppi, Roma, 2017, p. 132.

2. E. Lupo, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in *Cassazione e legalità*, cit., p. 47.

3. E. Lupo, *op. cit.*, p. 48.

ti»⁴. Non è una descrizione della realtà, ma modello ideale, rappresentazione ideologica che definirei illuministicamente ingenua nell'azzeramento del problema dell'interpretazione del diritto; ma realistica nel sottolineare la centralità del fatto quale oggetto del giudizio affidato al giudice imparziale. La sostanza delle questioni di giustizia sta nelle mani dei giudici di merito.

La *ineliminabile fattualità del diritto*⁵ si rispecchia nel principio penalistico di legalità, sotto il profilo che la Corte costituzionale italiana ha avuto occasione di additare nella famosa sentenza n. 96 del 1981 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 603 cp (delitto di plagio). Nell'*onere di descrizione intelligibile della fattispecie astratta deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà*. Il rapporto con il mondo dei fatti è costitutivo del diritto come ordinamento di fatti del mondo: questo ci ricorda la storica sentenza del 1981.

Il giudice supremo - che non è giudice del fatto - non è giudice pieno, a tutto campo. La sua superiorità lo sposta al di sopra del giudizio di fatto; il controllo sulla motivazione è l'unico aggancio.

Per una riflessione sul vertice ambiguo e sulle questioni di eventuale riassetto, ritengo utile uno sguardo, pur inevitabilmente sommario, agli attuali prodotti e problemi della giurisprudenza della Corte di cassazione.

2. Custodia del logos e del nomos

Importanti sentenze della Cassazione penale hanno a che fare con la razionalità del giudizio di fatto, collegata all'affermazione di un principio di diritto che costituisce la premessa del problema probatorio. Custodia del *logos* (della razionalità del giudizio) come completamento della custodia del *nomos*, di scelte normative di competenza del legislatore. Questo dato di fatto mi sembra meritevole di considerazione.

2.1. La sentenza forse più famosa della Cassazione penale in questo inizio di secolo⁶ ha risolto un conflitto di giurisprudenza in tema di causalità omissiva, riaf-

fermando un principio di diritto (il paradigma causale nei delitti d'evento, l'idea di causa come condizione necessaria) e traendone le conseguenze per l'impostazione del problema probatorio della causalità anche omissiva. Premessa giuridica del problema probatorio è la selezione normativa del tipo di fatto rilevante per il diritto: nella specie, la causalità come *requisito oggettivo della fattispecie* nei delitti con evento naturalistico, e quindi oggetto di prova. In questo quadro si inserisce il ruolo che compete alle scienze *dure* (al sapere scientifico in senso stretto): rilevanza del sapere nomologico disponibile, quale elemento necessario entro l'argomentazione probatoria. Il giudizio di causalità nel caso concreto va effettuato alla luce di una legge scientifica o una generalizzata regola d'esperienza; possono venire in rilievo anche leggi probabilistiche⁷.

Ultimo decisivo anello probatorio, l'*esclusione di ipotesi esplicative alternative*: un concetto che la sentenza delle Sezioni Unite ripete più volte. È la razionalità probatoria richiesta dal principio *normativo* dell'oltre il ragionevole dubbio, applicata al caso in cui la prova ha bisogno di un sapere scientifico. Per la prova della causalità (da intendere come condizione necessaria) «*non possono non valere gli identici criteri di accertamento e di rigore dimostrativo che valgono per tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato*». «*Pretese difficoltà di prova non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore*».

Tutto questo rientra nell'ottica della nomofilachia: è, per così dire, la *cura dei confini* fra ciò che compete al livello normativo del porre e dire il diritto, e ciò che compete al sapere sul mondo (in particolare alle scienze *dure*, le scienze della natura). Risponde all'esigenza che il giudice di legittimità - oltre ad affermare i pertinenti principi di diritto sostanziale e/o processuale - eserciti un controllo sulla correttezza epistemologica del giudizio di merito. I criteri di controllo, peraltro, hanno uno statuto che non è normativo (disponibile da parte del legislatore) ma logico o epistemologico.

Il modello di razionalità probatoria delineato dalla sentenza Franzese con riguardo al problema causale ha una valenza più generale, non ancora valorizzata a pieno: serve a controllare l'uso (e il rischio di abuso) di supposte massime d'esperienza, generalizzazioni fondate sui esperienze passate, usate come "ponti in-

4. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 4.

5. Traggio questa espressione da R. Rordorf, *Editoriale di Questione giustizia*, n. 4/2016, numero monografico su *Il giudice e la legge*, in www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/editoriale_393.php. È usata in un diverso senso da P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

6. C. cass. Sezioni Unite, 10 luglio 2002, Franzese (est. Canzio).

7. «*Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile*».

ferenziali⁸, premesse non implausibili (se correttamente individuate) di *ipotesi d'indagine*, di *accuse da verificare*.

È entrato in uso il concetto di abduzione: *inferenza che formula un'ipotesi esplicativa*⁹. La sentenza Franzese, in un passaggio in cui osserva che *la conoscenza giudiziale del fatto è sorretta da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo*, collega allo *schema argomentativo dell'abduzione* la formulazione di un'ipotesi ricostruttiva probabile, rispetto alla quale «*i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento deduttivo, da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse*». L'abduzione non garantisce le conclusioni ipotizzate; consente la formulazione di ipotesi meritevoli di verifica, e così può portare a incrementi di conoscenza. Un buon *detective* formula ipotesi per via di abduzione, e le mette alla prova con rigorose verifiche, per le quali vale la *regola aurea* dell'esclusione di ipotesi esplicative alternative.

Come il sapere scientifico (nomologico) consente di formulare un'ipotesi causale, così una buona regola generalizzata di esperienza può servire a formulare – per via di abduzione – un'ipotesi di reato come possibile spiegazione di quanto sappiamo all'inizio. Nell'uno e nell'altro caso, l'ipotesi iniziale va sottoposta a verifica: «*per testare un'ipotesi si devono fare altre domande oltre a quelle iniziali*»¹⁰. Questo modello di razionalità probatoria fa parte del sapere esigibile dal giudice, e il suo rispetto è sottoposto al controllo della Corte suprema¹¹.

2.2. Sugli aspetti sia normativi che epistemologici della prova scientifica, punto di riferimento importante è la sentenza Cozzini, in materia di esposizioni ad amianto e di prova della causalità in relazione al me-

sotelioma¹². Lasciando da parte i problemi specifici di tale materia, interessa qui l'impostazione concettuale, che implica anche una presa di posizione in diritto, su ambito e limiti della funzione di nomofilachia: «*La Corte di legittimità non è per nulla detentrica di proprie certezze in ordine all'affidabilità della scienza, sicché non può essere chiamata a decidere, neppure a Sezioni Unite, se una legge scientifica di cui si postula l'utilizzabilità nell'inferenza probatoria sia o meno fondata [...]. Tale valutazione attiene al fatto, è al servizio dell'attendibilità dell'argomentazione probatoria ed è dunque rimessa al giudice di merito che dispone, soprattutto attraverso la perizia, degli strumenti per accedere ai mondo dalla scienza. Al contrario, il controllo che la Corte suprema è chiamata ad esercitarne attiene alla razionalità delle valutazioni che a tale riguardo il giudice di merito esprime*».

Evidenziando i limiti del giudizio di legittimità, la sentenza Cozzini mette in guardia dall'attribuire il valore di *precedente giuridico* alle conclusioni raggiunte di volta in volta in singoli processi, relativamente allo stato del sapere scientifico su un dato problema: il *sapere scientifico* non è questione di *nomos*, di norme o di interpretazioni normative su cui possa essere esercitato il potere di nomofilachia della Corte suprema. È questione di *fatto*, che nel giudizio di cassazione può venire in rilievo se e in quanto si traduca in vizi di motivazione¹³.

Sul crinale fra principi di diritto (*nomos*) e implicazioni probatorie (*logos*) si collocano sentenze relative a pressoché tutti i problemi di parte generale. Un esempio su un istituto cruciale: per precisare *condizioni e limiti* della prova del dolo, una nota sentenza¹⁴ ha introdotto la formula *segnali perspicui e peculiari*, distinguendo fra *segnali di diversa pregnanza*. Da tempo era in uso una formula più generica: «*segnali d'allarme*». La questione di *segnali* da riconoscere, e cui reagire adeguatamente, è questione centrale *in tema di colpa*:

8. G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 181.

9. È la definizione di Peirce, riproposta da G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 2. Sul ragionamento qui svolto, *op.cit.*, p. 4-9.

10. G. Tuzet, *Filosofia*, *cit.*, p. 129.

11. Su questi aspetti cfr. Cass. 22 ottobre 2014, n.49029; Cass. 28 marzo 1995, n. 4668.

12. Cass., sez. 4°, 17.9.2010, n. 43786, Cozzini, in *Cass. pen.* 2011, p. 1679s., con nota di R. Bartoli. Fra i molti commenti, M. Barni, *Il medico legale e il giudizio sulla causalità: il caso del mesotelioma da asbesto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, pp. 489 ss.; P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, pp. 1341 ss.

13. Lascio qui fra parentesi la questione di come il giudice di merito possa riuscire a distinguere il sapere disponibile dalla scienza spazatura, e le questioni relative al merito scientifico delle diverse tesi che si confrontano nei processi penali. La scienza giuridica non ha competenza in materia di scienze naturali, e può restare a guardare dalla riva la battaglia scientifica. Magistrati e avvocati, invece, sono nel campo di battaglia; debbono discutere anche di scienza, come di ogni altra questione di fatto.

14. Cass. 4 maggio 2007, n. 23838, in *Le società*, 2008, p. 902 s., con nota di D. Pulitanò; in *Cass. pen.*, 2008, pp. 103 ss., con nota di F. Centonze (caso Bipop-Carire).

non avere riconosciuto o non avere compreso riconoscibili segnali d'allarme può essere inadempimento di un dovere di diligenza. Per la prova del dolo occorre qualcosa di più: il principio giuridico che sta alla base del problema probatorio è che il dolo è effettiva rappresentazione, e non mera conoscibilità del fatto illecito. L'idea del *perspicere* – intesa come *vedere attraverso* – bene esprime il senso del problema probatorio e della sua soluzione: segnale *perspicuo* è quello che consente, a chi lo abbia percepito e compreso, di *perspicere* (cioè di *vedere attraverso di esso*) qualcosa d'altro, e precisamente il fatto costitutivo di reato quale conseguenza d'una propria condotta.

La ricezione dei criteri di razionalità probatoria, additati dalla migliore giurisprudenza di Cassazione, è un mix di ossequio formale, di adeguamenti sostanziali, di resistenze. Sulla sentenza Cozzini, resistenze hanno trovato voce all'interno stesso della 4^o sezione della Cassazione¹⁵: «non credo che il giudice di legittimità potesse indicare al giudice di rinvio un così rigido percorso»; «può il giudice di legittimità indicare al giudice di rinvio accertamenti palesemente impossibili da effettuare?». La sentenza Cozzini (questo mi sembra il succo della critica) avrebbe invaso un campo riservato al giudice di merito, eccedendo dai limiti del sindacato sulla motivazione, e arrivando a imporre un onere impossibile, preclusivo della possibilità di accertamento del nesso causale, ostativo dunque ad affermazioni di responsabilità.

Queste resistenze mostrano come la custodia del *logos*, della razionalità dell'approccio, rischia di essere messa in discussione da preoccupazioni ed esigenze legate ai conflitti e ai problemi probatori di vicende concrete. In situazioni di incertezza scientifica sull'esistenza di una 'legge di copertura', e ancor più in situazioni d'incertezza fra più ipotesi esplicative concorrenti, la mancata prova della causalità è un esito che non sappiamo se sia, nel singolo caso, tutela dell'innocente, o non invece mancato riconoscimento di come siano davvero andate le cose (con conseguente mancata tutela delle vittime). E ciò tocca proprio situazioni in cui sono in gioco esigenze di tutela di beni fondamentali, come la salute o l'incolumità personale, di fronte a fattori di rischio riconosciuti o comunque non implausibili.

Le critiche concettuali danno corpo a un disagio applicativo, visto dalla parte dell'accusa. Non hanno colto la continuità (di problemi e di approccio) della sentenza Cozzini con la Franzese, nella difesa di criteri di razionalità del giudizio. Additando i limiti del *nomos* e della funzione di nomofilachia, la sentenza Cozzini si è impegnata in una strenua difesa della cittadella dei giudizi di fatto¹⁶, contro resistenze motivate da prese di posizione assiologiche. Il *rigido percorso razionale* dettato al giudice di merito (per qualsiasi giudizio di merito, non solo il giudizio di rinvio) è per così dire un percorso di interrogazione razionale dei saperi scientifici sul mondo dei fatti.

Sulla questione del dolo (dei requisiti minimi e della prova) il quadro è più complicato. La sentenza delle Sezioni Unite che rappresenta l'attuale punto di riferimento¹⁷ ha osservato che «il momento dell'accertamento, pur essendo analiticamente distinto dalla struttura e dall'oggetto della fattispecie, tende a compenetrarsi e ad assumere un ruolo in concreto cruciale». Questa realistica constatazione pone il problema se le definizioni della fattispecie (in particolare dei requisiti minimi: il dolo eventuale) forniscano criteri sufficientemente precisi, utilizzabili come premesse del problema probatorio; il rischio della retorica, ben evidenziato dalle Sezioni Unite nella sentenza Thyssen, non è estraneo a certe formulazioni anche di questa ampia (forse troppo ampia) sentenza. Quanto meno precisa la fattispecie, tanto maggiore il rischio di slabbramenti applicativi. L'enunciazione di indicatori di dolo, tentata dalle Sezioni Unite, è tutta calata su questioni di accertamento, e rischia di appannare (invece che chiarire) i confini fra dimensione sostanziale e dimensione processuale.

Argomenti assiologicamente colorati, che pure si intersecano con problemi di fatto, possono e debbono essere tenuti fuori dalle questioni di accertamento fattuale, e vanno invece colti quali problemi di carattere normativo, entro il diritto condito o sul piano della politica del diritto. Una volta che sia stata fatta la scelta normativa, le conseguenze sul piano degli accertamenti fattuali sono questione di razionalità nell'accertamento di fatti che fanno *ostinata resistenza*¹⁸ a opzioni di valore o di potere. Sullo sfondo, un principio che è anche *normativo: in dubio pro reo*.

15. C. Brusco, *Il rapporto di causalità*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 180.

16. Traggo questa espressione da G. Fiandaca, *Sui giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Milano, 2011, p. 268.

17. Cass. Sezioni Unite. 24 aprile 2014 n. 38343, Thyssen. Fra i commenti dottrinali: G. Fiandaca, *Le sezioni unite tentano di diradare il mistero del dolo eventuale*, e M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1938 ss., 1953 s.; G. de Francesco, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.* 2015, pp. 4624 ss.

18. H. Arendt, *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004.

Nella giurisprudenza di cassazione, i principi di razionalità riaffermati nelle sentenze più importanti convivono con decisioni relative a istituti (misure cautelari, o di sicurezza, o di prevenzione) per i quali gli standard di valutazione meno rigorosi di quello (l'oltre il ragionevole dubbio) che regge il giudizio sulla responsabilità penale. Tenere rigorosamente distinti questi campi nella fruizione della giurisprudenza, sarebbe necessario per evitare contaminazioni degli standard, a detrimento dello standard dell'oltre il ragionevole dubbio nei giudizi di merito. E nel giudizio di merito non ci si potrà coprire dietro motivazioni della Corte di cassazione che per definizione non riguardano il merito.

3. Ermeneutiche del diritto e del fatto

Sugli approcci ermeneutici del diritto giurisprudenziale, relativi a questioni di puro diritto, azzardo l'ipotesi che sul metodo vi sia un consenso di fondo, rivestito di linguaggi diversi (anche molto diversi). Consenso sulla priorità dell'interpretazione letterale, con la consapevolezza che un problema esegetico serio non può essere risolto con la lettura di un dizionario. Consenso sulla dimensione "di sistema" dell'interpretazione del diritto. Consenso sulla centralità dei principi costituzionali. Detto nel linguaggio dell'ermeneutica, «*l'orizzonte generale dei valori-guida espressi nella Costituzione non può non divenire la precomprensione dell'interprete del diritto positivo*» nell'accostarsi ai testi normativi¹⁹.

Nelle più significative divergenze d'interpretazione sono leggibili *precomprensioni* divergenti sugli stessi principi costituzionali, e su funzioni e limiti del diritto penale. Hanno a che fare con la tensione di fondo del problema penale: garantismo liberale *versus* finalità di tutela "autoritaria". I problemi ermeneutici più delicati coinvolgono concezioni relative ai principi materiali del sistema, al *telos* e ai confini degli istituti, ai significati della legalità, al principio di uguaglianza nelle sue varie dimensioni (ragionevolezza, proporzione).

3.1. Non è questa la sede per un'analisi degli indizi (o ideologie) che attraversano la giurisprudenza

di legittimità e di merito. Vastissimo sarebbe il campo da esplorare, e sarebbe utile un lavoro sistematico di esplorazione, soprattutto sui modi e sulle difficoltà di ricezione ermeneutica di principi costituzionali.

Critiche dottrinali hanno da sempre posto in rilievo un'insufficiente considerazione del principio di legalità, in particolare sotto il profilo della determinatezza. Propongo un esempio relativo al profilo dell'irretroattività, che mi sembra idoneo a illustrare una *defaillance* ermeneutica del giudice di legittimità: sono applicabili all'autore o concorrente nel reato disposizioni sanzionatorie più severe, successive alla sua condotta ma anteriori all'evento o al momento consumativo del reato? Sentenze recenti hanno dato risposta affermativa²⁰: sarebbe il momento consumativo il punto di riferimento della disciplina della successione di leggi, in qualsiasi caso e per tutti i concorrenti nel reato²¹. La dottrina è compatta nell'argomentare che, per la disciplina della successione di leggi, momento di riferimento sono le condotte, e non l'evento. È questa l'unica ricostruzione ragionevole sia nell'ottica della prevenzione generale, sia in ottica di garanzia: per ciascuno degli agenti è la legge del tempo in cui agisce, quella che è tenuto a rispettare e che lo ammonisce delle conseguenze dell'eventuale violazione. Negare rilievo a una disciplina più severa sopravvenuta alla condotta contraria alla legge, è la sostanza del principio di irretroattività: nessuno lo negherebbe per quanto concerne l'area del vietato, e non c'è alcuna ragione che giustifichi una lettura diversa in relazione ai profili sanzionatori.

Insomma: assumere per ciascun autore o concorrente le proprie condotte (non l'evento) quale momento di riferimento rilevante per la disciplina della successione di leggi, è l'esito ragionevole del procedimento ordinario di interpretazione, se fra le precomprensioni del sistema c'è la dimensione costituzionale del principio di irretroattività. Le sentenze citate sostengono una precomprensione diversa (è l'evento il momento consumativo) senza saggiarne la pertinenza al problema specifico (di carattere costituzionale) dell'irretroattività della *lex gravior*.

Altro capitolo cruciale, il principio di colpevolezza, punto decisivo per la decisione in un gran numero di processi; il secondo aspetto del principio di legalità,

19. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 98.

20. Cass. 17.4.215, n. 22379, in materia di omicidio colposo. Cass. 13.3.2014, n.19008, in Cass. Pen. 2015, pp. 1872 ss.: è applicabile al concorrente una aggravante introdotta successivamente alla sua condotta, prima della consumazione del reato a seguito di condotte di altri.

21. Le motivazioni richiamano la giurisprudenza su casi, come il reato permanente, in cui l'applicazione di questo principio ha fondato (giustamente) l'applicazione di norme più severe entrate in vigore dopo l'inizio ma prima della cessazione della permanenza. Poiché la prosecuzione della condotta costitutiva di reato permanente costituisce violazione delle disposizioni entrate in vigore durante la sua commissione, ciò ne fonda l'applicazione nel pieno rispetto della funzione garantista del principio di legalità; il decreto legge emanato pochi giorni dopo il rapimento di Aldo Moro, i sequestratori lo hanno violato, mantenendolo prigioniero.

lo ha definito la Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988. Sui criteri d'imputazione soggettiva non è estraneo alla giurisprudenza un volto garantista (per es. le sentenze delle Sezioni Unite sull'art. 586 cp²² e sul dolo eventuale²³) ma persistono indirizzi tradizionali discutibili, per es. in tema di errore, o sull'art. 116, o sul delitto preterintenzionale. Sui requisiti minimi del dolo e della colpa, si confrontano nella giurisprudenza culture e sensibilità diverse.

3.2. Nel circolo ermeneutico, diritto e fatto si intrecciano. La materia del diritto è ritagliata nella realtà dei fatti del mondo e della vita: una realtà che accostiamo e comprendiamo mediante un apparato linguistico e concettuale *pre-formato* rispetto al diritto, nel quale il diritto innesta le sue tipizzazioni (le fattispecie di reato, la definizione dei presupposti della responsabilità penale)²⁴. *Quaestio facti e quaestio juris* sembrano sovrapporsi, ma restano logicamente distinte: pensarle separate può apparire *artificioso e falso*, ma «*negare la loro distinzione è falso e oscurantista*»²⁵. La qualificazione giuridica di un fatto presuppone l'accertamento dei suoi aspetti giuridicamente rilevanti: non solo aspetti materiali (per es.: quali parole l'imputato ha pronunciato?) ma anche significati culturali (sono parole offensive?). Anche la valutazione di offensività d'una manifestazione espressiva – come qualsiasi altra valutazione etico-sociale che possa interessare il diritto – ha una dimensione fattuale, radicata nel sentire sociale, alla quale la valutazione giuridica è agganciata.

Vi sono dunque problemi definibili di *interpretazione del fatto*: non di verifica materiale, ma di *ricognizione di significati* socioculturali di un fatto ben individuato nella sua materialità. L'esempio surriportato, relativo a una fattispecie costruita su un elemento normativo di valutazione culturale, pone in evidenza che l'ordinamento ha a che fare con un sostrato di concezioni culturali e normative, di cui la legge è specchio e prodotto, e che ciò ha rilievo sia per l'interpretazione (la ricognizione del significato della norma) sia per la ricognizione di profili non meramente naturalistici del fatto concreto.

Ermeneutica del fatto ed ermeneutica della norma (della fattispecie) sono concettualmente distin-

guibili, ma la distinzione resta coperta da dimensioni culturali e valutative cui il diritto rinvia. Nelle usuali fotografie del diritto giurisprudenziale, la dimensione fattuale (socioculturale) appare assorbita nella qualificazione giuridica: nella conclusione (per es.) che una vignetta satirica è o non è un'offesa illecita della religione cattolica o di quella islamica. La sussunzione presuppone, da un lato, un'ermeneutica del diritto: a quali elementi o valori socioculturali la norma fa riferimento? Dall'altro lato, un'ermeneutica del fatto, alla stregua dei valori socioculturali di riferimento. Su questo tema furono avviate negli anni '60, in un clima culturale che metteva in discussione la cultura giuridica tradizionale, indagini sui valori socioculturali nella giurisprudenza²⁶.

Ciò che *fa problema* è il *retrotterra culturale delle ermeneutiche sia del fatto che del diritto*, fra di loro connesse ma concettualmente da distinguere. A quale sapere comune, a quale saggezza sulle cose del mondo attingono i giudici, sia di merito che di legittimità? La risposta a questi interrogativi, che pongono questioni di fatto, non può essere data una volta per tutte: le culture (e i limiti di cultura) di giudici e giuristi sono quel che sono. Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, c'è da prendere atto che il giudizio del giudice ha sempre bisogno di un sapere sul mondo, necessario alla stessa comprensione del diritto, oltre che all'accertamento e all'ermeneutica del fatto. Anche la giurisprudenza di legittimità si confronta con problemi di questo tipo. Per le ermeneutiche sia del fatto che del diritto c'è bisogno di un sapere non soltanto giuridico (*humanarum rerum notitia*, c'è ancora scritto sui muri di nostri palazzi di giustizia); e c'è bisogno di saggezza, *fronesis*. Di quale sapere e saggezza delle cose del mondo la giurisprudenza sia espressione, è problema che meriterebbe una rinnovata attenzione.

4. Dogmatica e retorica nella giurisprudenza di legittimità

La funzione di nomofilachia è controllo di principi giuridici: è esegesi e ricostruzione sistematica dell'ordinamento positivo, argomenta *rationes decidendi*. Lo studio del cd. diritto giurisprudenziale si

22. Cass., sez. unite, 22 gennaio 2009, n. 22676, sull'art. 586 cp. Non allineata con questa impostazione è la giurisprudenza sull'omicidio preterintenzionale.

23. La già citata sentenza Thyssen, nonché quella sul dolo di ricettazione, sezioni unite 26 novembre 2009, n. 23.

24. Cfr. K. Engisch, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg 1965, p. 9.

25. G. Tuzet, *La prima inferenza*, cit., p. 136.

26. Anche il sottoscritto ne è stato coinvolto: cfr. AA.VV., *Valori socioculturali della giurisprudenza*, Laterza, Bari, 1970.

interessa dei principi enunciati e delle applicazioni che ne vengono fatte. Può parlarsi di una dommatica giurisprudenziale? La questione concerne l'apparato linguistico e concettuale di cui la giurisprudenza fa uso: strumento neutro di comunicazione, o anche di argomentazione?

La costruzione di sistemi concettuali non è questione di dover essere, di *nomos* e nomofilachia. Sui concetti, il potere giudiziario non ha potere, se non quello legato all'interpretazione di norme di legge: esegesi, e nulla di più. La teoria giuridica può parlare linguaggi diversi.

Un buon linguaggio ha bisogno di concetti rigorosi, chiari, ben comprensibili. Parlare *con parole precise*²⁷ è un'esigenza che per la legge penale è addirittura vincolo costituzionale (principio di precisione come corollario del principio di legalità); è vincolo di razionalità per discorsi "scientifici", e vincolo anche etico per discorsi che siano esercizio di potere.

L'uso della retorica è un rischio cui il linguaggio dei giuristi è esposto. Anche il linguaggio della giurisprudenza. Un esempio: la formula della *probabilità logica*, introdotta dalla sentenza Franzese, è stata piegata (come la sentenza Cozzini ha rilevato) a «*degenere di tipo retorico [...] si propone una qualunque argomentazione comune e si afferma apoditticamente che è, appunto, dotata di alta probabilità logica, così eludendo l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale*».

Esigenza di precisione e rischio di usi retorici: poli opposti del problema del linguaggio di giuristi e giudici.

Formule dogmatiche sono disponibili per usi innocuamente scolastici, ma anche ad essere impropriamente calate nell'argomentazione in diritto. Un esempio è l'uso delle etichette di reato di pericolo, o di pericolo astratto o presunto: formule che si prestano a tramutarsi in *retorica* del pericolo, sostegno di interpretazioni e applicazioni espansive. Pura retorica (consapevole o inconsapevole) è l'uso della formula *pericolo presunto*, in casi in cui il problema ermeneutico è di ricostruire il *tipo di fatto* cui si vuol riferire la classificazione dogmatica (poniamo, il problema se sia bancarotta per distrazione l'operazione di cui si discute nel processo). Parlare di presunzione ha senso là dove sia già compiutamente ricostruito, in fatto e

in diritto, il presupposto su cui poggia la presunzione; se invece il problema in discussione è la ricostruzione ermeneutica del fatto tipico, introdurre l'etichetta di pericolo presunto non serve a risolverlo. Può però retoricamente suggerire uno slabbramento della fattispecie, atto a ricomprendere il fatto di cui si discute²⁸.

Pressoché su tutti i problemi importanti, formule "dogmatiche" rischiano di coprire la sostanza di problemi che riguardano sia la ricostruzione concettuale della fattispecie, sia la conseguente impostazione dei problemi di accertamento: il *complesso di problemi che* abbiamo visto affrontati nelle sentenze che hanno davvero *fatto giurisprudenza*, e che attendono di essere affrontati in altri campi allo stesso livello, liberati dalla retorica di formule vuote.

5. Custodia del diritto, o dei diritti delle parti?

5.1. Ritorno al problema del vertice ambiguo: come debba essere il giudice supremo, la sua funzione, la sua struttura. Custodia del diritto oggettivo, o dei diritti delle parti? La questione va inquadrata nel modello istituzionale di cui si tratta di definire il vertice. La logica della funzione giudiziaria porta in primo piano il giudizio, la correttezza di decisioni che hanno ad oggetto fatti concreti, interessi e diritti di persone che attendono giustizia.

La *custodia* del *nomos* intende essere, nei contenuti, custodia di diritti in gioco nel processo. Il giudice supremo, che pure non è giudice del fatto, è il vertice del sistema che produce il diritto giurisprudenziale, l'insieme di decisioni su fatti e su eventuali responsabilità concrete. Un sistema di *law enforcement* che è fatto anche di iniziative investigative ed accusatorie, di ciò che la macchina giudiziaria seleziona o non seleziona; di sentenze di merito che seguono indirizzi consolidati e talora controversi. Le sentenze della Corte suprema sono solo una parte del diritto vivente, e solo in piccola parte sono di autentica nomofilachia.

La conoscenza della giurisprudenza di Cassazione è filtrata da meccanismi istituzionali (ufficio del massimario²⁹) e dai circuiti dell'informazione giuridica. Le sentenze sono prodotte in condizioni di lavoro difficili, aggravate da troppi ricorsi che non hanno al-

27. Traggo questa espressione da uno scrittore che era stato magistrato: G. Carofiglio, *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

28. L'interprete della legge dovrà tenere conto della *pregnanza semantica* dei concetti usati dal legislatore: questa terminologia è stata da tempo introdotta dalla dottrina a proposito di figure di reato *descritte dal legislatore con termini il cui significato è così pregnante, da consentire già sul piano letterale la selezione come fatti penalmente rilevanti dei soli comportamenti concretamente pericolosi*. D. Petri, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 37 ss.

29. Meritevoli d'attenzione i rilievi di D. Micheletti, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, pp. 619 ss.

tro scopo se non dilatorio. È naturale pensare a una “stretta” delle condizioni di ammissibilità. Espungere il controllo sulla motivazione? La riflessione sulla giurisprudenza di Cassazione, di cui queste pagine sono un frutto, mi ha mostrato un quadro nel quale la custodia del *logos* non è meno importante della custodia del *nomos*, e a questa è intrecciata su punti decisivi per la tenuta delle garanzie fondamentali di affidabilità della giurisdizione nel suo complesso.

Dall’angolo visuale del cittadino, la tenuta di questo quadro ha bisogno di essere rafforzata. Se i fiori all’occhiello della Corte di cassazione sono sentenze come la Franzese e la Cozzini, la custodia della razionalità della motivazione in fatto deve restare nelle mani di un giudice che ne sia all’altezza. Non necessariamente accentrato a Roma; il custode della razionalità del giudizio di fatto, attraverso il controllo sulla motivazione, potrebbe essere un organismo ragionevolmente più ampio e articolato dell’organo titolare della funzione di nomofilachia in senso stretto.

5.2. La legge di riforma approvata nel giugno 2017, col prevedere in capo alle Sezioni semplici un obbligo di rimessione alle Sezioni Unite qualora non condividano il principio di diritto da queste enunciato (nuovo comma 1-bis inserito nell’art. 618 cpp), rafforza lo *status* delle Sezioni Unite quale *giudice supremo*, reale custode del *nomos*. È una scelta discutibile, nel senso letterale del termine: possono essere addotte buone ragioni a favore e contro. Di fronte alla scelta effettuata dal legislatore, ritengo ragionevole assumerla come un punto fermo, e ragionare sulle sue implicazioni.

La riforma ha affidato alla custodia dell’organo più autorevole un’esigenza di coerenza e stabilità giurisprudenziale. Un’esigenza particolarmente forte con riguardo alla definizione e alla garanzia dei diritti delle parti nel processo, e a problemi di diritto sostanziale sui quali sia in gioco la qualità di giustizia del sistema. Il rafforzato potere delle Sezioni Unite – da esercitare con parsimonia – dovrebbe concentrarsi su problemi davvero importanti.

Stella polare della nomofilachia in materia penale dovrebbe essere il modello di legalità e di rapporto giudice/legge delineato dalla Corte costituzionale nell’ordinanza n. 24/2017³⁰. Nel dialogo con la Corte Ue (vicenda Taricco) è premonizione di un controllo-

mite rispetto al *dictum* dei giudici di Lussemburgo. Vi si coglie un messaggio di portata generale, sintetizzabile come *ripulsa dell’idea di un giudice di scopo*³¹. Riguarda la tenuta delle garanzie di legalità, di cui il giudice è custode, dentro un sistema della cui razionalità è parte essenziale la complessa teleologia del diritto penale/penale e dei meccanismi del *law enforcement*. Questa proiezione finalistica dell’istituzione nel suo insieme è in rapporto di tensione con l’imparzialità doverosa in ciascun singolo giudizio, che significa indipendenza del singolo giudizio da finalità ad esso esterne. È una tensione costitutiva dei sistemi di giustizia penale, che non può essere eliminata, e va tenuta sotto rigoroso controllo. Sta qui l’importanza – il valore di civiltà – della migliore giurisprudenza di cassazione.

Il volto più discutibile sta in indirizzi che riguardano il processo ed incidono su basilari garanzie formali del contraddittorio (contestazione dell’accusa e corrispondenza fra accusa e sentenza). Nella giurisprudenza anche di legittimità, decisivo rilievo viene dato a una asserita astratta possibilità di difendersi, in relazione a materiali comunque entrati e riconoscibili nel processo. La ragione sostanziale di critica (verso un legislatore distratto o verso la giurisprudenza) è che le interpretazioni e le prassi correnti *non* responsabilizzano fino in fondo il pubblico ministero rispetto alla sua principale responsabilità, quella di selezione precisa delle ipotesi d’accusa di cui si chiede la prova. Salvare contestazioni del tipo «colpa consistente fra l’altro in ...», o di concorso nel reato senza descrizione della ipotizzata condotta di partecipazione, danno copertura a prassi sciatte o spregiudicate dell’accusa, alleggerendone l’onere di precisione e di dare ragioni delle sue scelte. Siffatti indirizzi sono un obiettivo cedimento a ottiche “di scopo” sbilanciate verso il polo dell’efficienza repressiva.

Lo stesso è a dirsi di indirizzi relativi al diritto sia processuale che sostanziale, che di fatto tendono a restringere la portata di principi di garanzia (legalità, offensività, colpevolezza, prova d’accusa oltre il ragionevole dubbio). Sta qui l’*autoritarismo ben intenzionato*³² nel quale da tempo ravviso il lato ambiguo della giustizia penale in azione.

Vi è infine il campo vastissimo della discrezionalità giudiziale in materia di sanzioni. Ci siamo assue-

30. Dal § 9: «l’attività del giudice ... deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati di civil law. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l’idea che i Tribunali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente definito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire».

31. C. Sotis, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, in *Dir. pen. Contemporaneo*, 3-4-2017, www.penalecontemporaneo.it/d/5317-tra-antigone-e-creonte-io-sto-con-porzia.

32. Ho usato questa formula per la prima volta in D. Pulitanò, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, pp. 93 ss.

fatti all'*enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio*³³: un potere sul quale il controllo di legittimità ha poca presa. Dubito che un recupero di legalità e razionalità sia possibile senza una revisione e semplificazione della disciplina legislativa.

5.3. Per la custodia dei diritti delle parti è importante anche il limite dei poteri attribuiti ai custodi, e il controllo sul loro esercizio, se vogliamo che si tratti di custodia del *nomos*, e non di creazione giudiziaria del *nomos*. Proprio nei casi di maggiore delicatezza, in cui l'interpretazione ha a che fare con questioni pregne di valori, e/o con la tenuta garantista della legalità penale, è più forte l'esigenza di un confronto dispiegato sulla legalità sostanziale, fino a rimettere in discussione la custodia del *nomos*, in nome di una migliore ermeneutica del *nomos*.

Per la parte del processo, che sostiene un'accusa o si difende davanti al suo giudice, il vincolo del giudice alla legge è il punto di forza che consente di argomentare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili*. Fonda il diritto della parte a una risposta del *suo* giudice, su tutti i punti di fatto e di diritto in cui si articola l'accusa o la difesa; una risposta che, in

diritto, tenga conto delle ragioni introdotte; soprattutto se si tratta di ragioni nuove, nelle conclusioni o negli argomenti.

Per *qualunque giudice* intenda disattendere un indirizzo già affermato, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 230/2012, ha additato la strada: un *onere di adeguata motivazione*. È anche un onere per le parti che chiedano una revisione di indirizzi giurisprudenziali. L'adempimento dell'onere dà *diritto ad una adeguata risposta*, non appiattita sulla autoritaria riaffermazione di un indirizzo sottoposto a critica con argomenti nuovi. Un ipotetico vincolo *rigido* al precedente – negato dalla Corte costituzionale – mi parrebbe di dubbia compatibilità non solo con l'art. 101 Cost., ma anche con la sostanza del diritto di difesa.

Non è in discussione l'ovvia esigenza di stabilizzazione giurisprudenziale, della quale ha bisogno la tenuta di un sistema di legalità. Proprio il primato della legalità segna il limite anche di quell'ovvia esigenza: la norma generale e astratta come vincolo per tutti (per i consociati e per le istituzioni) e come garanzia anche di fronte all'autorità di nomofilachia. Di fronte ad *ogni* esercizio di potere c'è un'esigenza di controllo, che, se non può essere affidato ad un potere formale, è comunque affidato all'uso della libertà di pensiero e di parola, su cui non v'è una parola definitiva.

33. Una riflessione su questo tema è stata rilanciata, con riferimento a un istituto specifico, da F. Basile, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv.it. dir. proc. Pen.*, 2015, pp. 1743 ss.

Brevi note sul rapporto tra funzione nomofilattica e il diritto alla difesa

di *Andrea Mascherin*

La funzione nomofilattica, affidata al giudice di legittimità, ha connotazioni peculiari in un sistema normativo multilivello caratterizzato dalla sempre più pregnante partecipazione del giudice alla formazione stessa della norma. Al fine di evitare i possibili eccessi, contrastanti con il principio di separazione dei poteri, è indispensabile l'apporto dialettico della difesa nel processo. La nomofilachia va intesa come prevedibilità della decisione e quindi certezza del diritto, sia pure senza rinunciare alla capacità innovativa del diritto stesso, nonché come chiarezza e comprensibilità delle regole cui debbono attenersi non solo i cittadini ma anche i residenti che appartengano ad altre etnie o culture.

Il tema della nomofilachia, del suo significato e delle sue implicazioni giuridiche e sociali, è tema ampiamente arato e noto, meno forse ci si è soffermati sul rapporto tra nomofilachia e diritto alla difesa.

Ci si può allora domandare quale sia il rapporto tra nomofilachia e difesa, e se, per chi esercita tale diritto, la nomofilachia sia un valore, un concetto virtuoso, o meno.

Si tratta di quesiti che ruotano intorno alla interpretazione del ruolo dell'avvocato nella giurisdizione, ma anche intorno a quello sociale, e ancora c'è da domandarsi quanto una corretta interpretazione del ruolo dell'avvocato sia necessaria ad assicurare la tenuta del sistema ordinamentale ed il rispetto dell'equilibrio tra i diversi Poteri, secondo il dettato costituzionale.

L'avvocato è l'interprete del diritto alla difesa, assicurato, nelle forme del giusto processo, dalla nostra Carta costituzionale. Secondo la legge 247/12, per assicurare l'effettività di tale diritto costituzionale, all'avvocato deve essere garantita autonomia ed indipendenza, ovvero l'avvocato, ovviamente soggetto alla legge e al codice deontologico, deve essere autonomo ed indipendente, tra l'altro, dal potere giudiziario, così come da quello politico-legislativo-esecutivo.

Va però precisato che l'autonomia e l'indipendenza dell'avvocato deve coniugarsi con un altro aspetto, ovvero, egli è sì autonomo dal potere giudiziario, ma è parte della giurisdizione assieme a tale Potere.

È una costruzione molto attenta della giurisdizione, quella voluta dalla nostra Costituzione, laddove il giudice è indipendente, fra l'altro persino dal popolo, e decide, nei limiti della separazione dei poteri, indipendentemente da qualsivoglia altra volontà, compresa appunto quella popolare, e dunque non può "subire" soggetti equilibratori con forza impositiva esterni alla giurisdizione, in quanto ne verrebbe compromessa l'autonomia e la indipendenza e violato il principio di separazione dei Poteri, ma neppure potrebbe "subire" un soggetto equilibratore impositivo all'interno della giurisdizione.

Da qui il ruolo dell'avvocato, chiamato a garantire autonomia ed indipendenza alla giurisdizione attraverso lo svolgimento della attività difensiva, che è anche strumento funzionale al bilanciamento della autonomia del giudice, secondo le regole, comuni a giudici ed avvocati, del giusto processo.

Questa la costruzione del nostro sistema di funzionamento della giurisdizione, sistema che ha visto sempre più sbiadire la struttura di *civil law*, per accostarsi a quella di ispirazione di *common law*.

Siamo così al tema del valore e del significato nel nostro sistema attuale del termine nomofilachia.

Nel senso più specifico la nomofilachia è soprattutto compito della Corte di cassazione che, secondo l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, deve assicurare l'esatta osservanza della legge, la sua uniforme interpretazione e l'unità del diritto oggettivo nazionale.

La certezza del diritto è senza dubbio alcuno un paradigma imprescindibile per garantire la legalità dell'Ordinamento, il rispetto del principio di uguaglianza, e quindi l'affidabilità democratica.

Certezza del diritto come naturale aspettativa del cittadino di poter disporre, da un lato, di norme chiare e precise, da altro lato di una prevedibile interpretazione delle stesse, per consentire un'uniforme applicazione nella dimensione giudiziale.

Tutto ciò permetterà al cittadino di poter conformare i propri comportamenti in modo coerente e armonico, nell'ambito dell'intero territorio nazionale.

Il cittadino, insomma, ha il diritto/dovere di conoscere le regole e la loro interpretazione, così da poter fondare una corretta previsione degli effetti dei propri comportamenti.

A fronte di questa esigenza, lo scenario attuale mostra quel che possiamo definire un parziale distacco dal modello di *civil law*, il giudice si muove oggi in un sistema normativo multilivello a carattere circolare, che supera la tradizionale gerarchia delle fonti, connotato dalla trasformazione del ruolo partecipativo della giurisprudenza alla formazione della norma.

Cause di quanto sopra, da un lato le modificazioni negli assetti complessivi ordinamentali, che hanno sancito il riconoscimento di fonti di diritto sovranazionali e, da altro lato, la iperproduzione normativa, che esprime oggi un numero improponibile di leggi, e ancora il fenomeno della legislazione a singhiozzo, con interventi ripetuti su testi normativi senza adeguata coordinazione sistematica, il fenomeno delle leggi di emergenza, utili spesso solo a saziare aspettative emotive della popolazione, il ricorso sempre più frequente alle deleghe, ovvero a fonti di secondo livello, lasciando alla sede giudiziaria il compito spesso improbo di trovare il corretto coordinamento fra fonti di livello diverso.

Per queste ed altre cause "storico-sociali", il ruolo del giudice è andato via via mutando, assumendo su di sé strumenti tipici del diritto giurisprudenziale, modificando la propria veste da solo controllore delle leggi, e del potere legislativo, a creatore effettivo di diritto.

Naturalmente questo sistema porta alle volte ad esiti virtuosi, per cui l'interprete in sede giudiziale riesce a dare stabilità ad un istituto giuridico, altre volte ad eccessi creativi, altre volte ancora si inverte l'ordine di sistema, per cui il legislatore finisce con il formalizzare in norma una fattispecie avente fonte giurisprudenziale.

I tempi e le spinte culturali hanno sempre più portato la magistratura ad una attività ermeneutica dinamica, piuttosto che conservatrice, laddove i pregi di interpretazioni giurisprudenziali innovative, necessitate dal mutare dei tempi e dei costumi, si sono

alle volte confusi con i difetti di interpretazioni motivate da necessità socio politiche, o come antidoto alla crisi e alle deficienze della politica.

A questo punto ci troviamo in un sistema caratterizzato da ipertrofia legislativa, mista a contrasti interpretativi, dunque dobbiamo prendere atto della "crisi" del modello di *civil law* puro in favore di un ampliamento delle fonti del diritto alla giurisprudenza, nei termini ora richiamati.

Diventa allora più che mai centrale un'altra considerazione, e cioè quella per cui la legittimazione del potere giudiziario passa anche per il criterio dell'accettabilità delle decisioni da parte del cittadino. In altre parole tanto sarà accettabile la risposta di giustizia da parte dello Stato, quanto più il cittadino sarà in grado di comprendere. A sua volta, come già accennato, quando si parla di comprensibilità della decisione, non necessariamente si parla di "condivisibilità popolare" della decisione stessa. La decisione deve essere chiara nei principi enunciati e nella fonte su cui si fonda, ma non nella disponibilità del Popolo, diversamente dovremmo aderire al sistema nord americano delle giurie popolari e della magistratura elettiva.

La certezza del diritto, intesa come prevedibilità applicativa, ritorna dunque come fondamentale requisito per concorrere a dare non solo credibilità, ma legittimazione all'intero Ordinamento.

Se vogliamo rifissare le immagini e riassumere lo stato dell'arte, ci stiamo muovendo in un sistema di *civil law*, che non è più del tutto tale, e ci stiamo muovendo in un sistema di tendenza al *common law*, che però non è proprio tale.

Un primo momento di chiarezza sarebbe dato da una produzione normativa minima, dal linguaggio comprensibile, coerente; invece la produzione è ipertrofica, resa con tecnica legislativa non di rado carente, non sempre coerente con i principi assunti alla base del testo, anzi alle volte incoerente non solo dal punto di vista sistematico generale, ma tra un comma e l'altro dello stesso articolo di legge.

Quanto sopra conduce, come affermato da Luigi Ferrajoli, in un mondo dove la verità giuridica è indecidibile per totale indeterminatezza della lingua legale, lo spazio dell'argomentazione è amplissimo, con conseguente ampliamento del potere giudiziario in potere creativo di diritto.

Se si evitano gli eccessi paventati da Ferrajoli, certamente il ruolo assunto dalla giurisprudenza può essere acquisito come dato virtuoso, sarà però necessario che tale ruolo trovi degli equilibri e dei confini tali da garantire un corretto rapporto tra i poteri dello Stato, ma non solo, dovrà anche garantire al cittadino di poter assumere tranquillamente un determinato atteggiamento commissivo od ommissivo, in quanto ne sia prevedibile la valutazione positiva da parte del giudice.

Insomma, se si accetta che la giurisprudenza assuma in sé questa nuova tipicità, bisognerà assicurare una meccanica a garanzia degli equilibri democratici, ad evitare che il controllo sul giudice possa essere esercitato non dall'interno della giurisdizione, mediante uno strumento dialettico, ma dall'esterno.

Se dunque deve ritenersi che il libero convincimento del giudice non debba equivalere al convincimento libero, e se si vogliono evitare le criticità, e valorizzare gli aspetti virtuosi di una giurisprudenza anche fonte di diritto, l'avvocato si pone come l'unica possibile forza in grado di bilanciare questi potenziali elementi di pericolo, garantendo, attraverso il dialogo all'interno della giurisdizione, il corretto equilibrio tra i poteri dello Stato, che non dovranno quindi avvertire alcuna necessità di uscire dai propri ambiti costituzionali.

In sintesi la scommessa è che la giurisdizione possa arare in maniera virtuosa e dinamica il campo del legislatore, e che il legislatore nulla abbia da temere, a livello di tenuta del sistema, da questa attività correttamente creativa.

È altresì necessario che si realizzi tutti, avvocati e magistrati, come la nomofilachia sia un valore e una garanzia non rinunciabile, se intesa come prevedibilità della decisione e quindi certezza del diritto.

Nomofilachia che, peraltro, deve essere favorita da regole che promuovano quel valore dato dalla forza e dalla capacità innovativa del diritto attraverso l'opera degli interpreti.

A mio avviso, quanto finora detto sull'importanza della certezza del diritto, non solo riguarda la tenuta di un ordinamento democratico, ma più che mai è destinato ad investire il tema della integrazione tra Popoli e culture, anche giuridiche, diverse od addirittura molto diverse.

Non vi è chi non veda come la sfida dell'integrazione passi necessariamente attraverso la compren-

sione delle nostre regole da parte di chi, appartenente ad altre etnie, intenda stabilirsi nel nostro Paese.

Se dunque comprendere, e poter prevedere, la decisione del giudice, è così necessario per il cittadino con radici culturali proprie della nostra storia, ancor più si rivela importante per chi, proveniente da culture diverse, deve "capire" le nostre regole ed integrarsi con e a mezzo di esse.

Ne consegue la considerazione per cui la nomofilachia debba attuarsi anche attraverso l'uso di un linguaggio in sentenza chiaro, in un certo senso disciplinato, mirato a diffondere la conoscenza dello *ius constitutionis* applicato, linguaggio che sempre più deve adeguarsi a forme di sviluppo interculturale del diritto.

Se poi il ruolo dell'avvocato va inteso come più sopra, ne deriva che anche la forma delle impugnazioni dovrà sempre più riflettere una assoluta specifica professionalità, mirata a garantire una difesa efficace, non dispersiva e assolutamente utile al cliente, e, conseguentemente, anche ad una virtuosa interpretazione del concetto di nomofilachia.

Va peraltro ricordato come l'ordinamento professionale indichi la strada ad un avvocato qualificato in maniera specifica per il patrocinio di fronte alle giurisdizioni superiori, esigenza rafforzata dal codice deontologico in tema di formazione e aggiornamento.

Del resto, i protocolli siglati tra la Corte di cassazione ed il Consiglio nazionale forense vanno esattamente nella direzione di valorizzare la funzione nomofilattica, senza pregiudicare quella difensiva.

In conclusione, l'avvocatura deve sempre più essere consapevole che il diritto alla difesa è garantito da un sistema che favorisca la certezza del diritto, la magistratura che la autonomia di una giurisdizione moderna, anche fonte di diritto, è protetta dal responsabile e non compromettibile esercizio del diritto difesa.

La Corte di cassazione e il sistema delle impugnazioni penali: prospettive di riforma

di Carlo Brusco

Lo scritto esamina il tema del ricorso in Cassazione in materia penale evidenziando come il nostro ordinamento – per la previsione dell’art. 111, comma 7, della Costituzione – si caratterizzi per l’abnorme numero di ricorsi che rende estremamente difficile una seria opera di nomoflaccia da parte della Corte di cassazione. Evidenzia peraltro come con legislazione ordinaria, come del resto in parte avvenuto con alcune modifiche introdotte dalla l. 103/2017, sarebbe possibile ridurre ulteriormente il carico dei ricorsi in particolare eliminando la possibilità di ricorrere per vizio di motivazione contro i provvedimenti in materia cautelare; si sottolinea anzi l’opportunità di riportare l’ambito oggettivo dei ricorsi alla disposizione costituzionale che lo limita alla “violazione di legge”. Ciò naturalmente richiederebbe la previsione di sistemi alternativi di tutela dei diritti violati quando il giudice di merito sia incorso in una palese e oggettiva violazione delle regole di valutazione della prova o della logicità del giudizio.

1. Il sistema attuale

In tutti i paesi del mondo il sistema processuale delle impugnazioni si configura come una piramide. Ciò avviene anche nel nostro ordinamento processuale penale, solo che la piramide è rovesciata: mentre la possibilità di proporre appello prevede alcune (modeste) limitazioni (art. 593 cpp) il ricorso in Cassazione contro le sentenze inappellabili o contro quelle di secondo grado ha applicazione generalissima perché garantito, come è noto, dall’art. 111, comma 7°, della Costituzione, anche nella formulazione successiva all’approvazione della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, che consente («sempre») il ricorso nei confronti delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale.

Il vincolo costituzionale rende impraticabile ogni seria riforma del giudizio di legittimità – e complica seriamente la possibilità di affrontare altri aspetti riguardanti le impugnazioni - anche se alcuni adattamenti sono stati approvati e altri sarebbero possibili per razionalizzare il giudizio di legittimità e, soprattutto, per ridurre l’abnorme numero dei ricorsi. Gli spazi per la riforma del giudizio di appello sono molto più consistenti e una riforma sarebbe indispensabile e

resa necessaria dalla trasformazione del nostro sistema processuale penale. La disciplina del doppio grado di giurisdizione di merito stride infatti profondamente con il nuovo sistema processuale di tipo accusatorio perché, nel giudizio di appello, salvo i casi di rinnovazione totale del dibattimento, non è possibile affermare che la prova si sia formata davanti al giudice che poi emette la sentenza; regola che costituisce l’aspetto caratterizzante del processo accusatorio ancor più della maggiore estensione del contraddittorio che è invece compatibile con il processo inquisitorio.

Oggi avviene che nel giudizio ordinario di primo grado viene dato ampio spazio all’oralità mentre, nella normalità dei casi, il giudizio di appello si riduce ad un processo scritto ispirato a principi opposti a quelli del processo orale, quanto meno nei limiti in cui il giudice di appello deve, ai fini della sua decisione, rivalutare, solo da un punto di vista cartolare, le prove assunte davanti al primo giudice. Tant’è vero che il legislatore è stato costretto a prevedere espressamente (ma l’obbligo era stato ritenuto conseguire già dall’art. 6 Cedu dalle Sezioni Unite della Cassazione⁹) che, nel caso di appello del pm contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice disponga la rinnovazione dell’istruzione

ne dibattimentale: comma 3 *bis* dell'art. 603 cpp introdotto dall'art. 1, comma 58, l. 23 giugno 2017 n. 103.

Conferma di questa incompatibilità si ritrova nell'esame dei sistemi processuali di *common law* nei quali, con larga approssimazione, il giudizio di appello è ammesso esclusivamente per motivi di legittimità e costituisce soltanto una fase (eventualmente) rescindente cui segue, ma non sempre, nel caso di accoglimento dell'appello, la fase rescissoria che si svolge davanti al giudice di primo grado, ovviamente diversamente composto. Insomma come (quasi) sempre accade in Italia importiamo sistemi complessi rifiutando però i fondamentali principi che li caratterizzano: l'oralità e la formazione della prova davanti al giudice che decide sono infatti i caratteri fondamentali del processo accusatorio. Bene: nel nostro sistema il più delle volte il giudice che ha l'ultima parola nel merito del processo si limita a leggere le carte!

Del resto mentre possiamo pensare che un giudice "superiore" possa – per la sua maggiore esperienza o per il superamento di valutazioni di professionalità – esprimere un giudizio maggiormente attendibile nell'interpretazione o applicazione della legge da che cosa ricaviamo un'analogia conclusione nel caso di un giudizio che abbia ad oggetto la valutazione della prova dichiarativa? L'esperienza degli ordinamenti in cui operano le giurie popolari, e quella delle nostre Corti d'assise, nulla ci dicono in proposito?

Il nostro più recente legislatore costituzionale (v. la già citata l. 2/1999) ha inoltre ignorato che non esiste nel mondo un sistema processuale che preveda un così generalizzato accesso al vertice processuale della giurisdizione e ha dimenticato il contesto in cui fu approvato l'art. 111 della Costituzione (le sentenze delle Corti di assise erano inappellabili e allora, prima dell'entrata in vigore della Costituzione, era prevista la pena di morte di fatto applicata sia pure in rari casi). Del resto la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo prevede il diritto di presentare un ricorso effettivo ad una «magistratura nazionale» (art. 13) e solo con l'approvazione del protocollo addizionale n. 7 (diritto a un doppio grado di giudizio in materia penale) è stato previsto il diritto del condannato «di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore»²; non certo da una Corte suprema.

2. Modifiche attuate o attuabili con legge ordinaria. La prescrizione

Seppur ristretti i margini di manovra per un'eventuale riforma del giudizio di legittimità non sono però inesistenti quanto meno per giungere ad un'ulteriore sua semplificazione ma tenendo presente che una significativa razionalizzazione di questo giudizio può derivare anche da modifiche della normativa sostanziale (in particolare quella che riguarda la prescrizione del reato) e del sistema delle nullità o inutilizzabilità.

Il quesito fondamentale è questo: se il sistema delle impugnazioni è preordinato ad ottenere una sentenza più equa o giuridicamente corretta dal giudice "superiore" una serie di interventi su istituti sostanziali o processuali potrebbe effettivamente dare una svolta al sistema. Se invece le impugnazioni servono a prender tempo per far decorrere i termini di prescrizione o per poter aspirare ad un provvedimento di indulto o amnistia non c'è scampo: il sistema non solo non migliorerà ma è destinato a peggiorare drammaticamente.

Il primo nodo, di natura sostanziale, è quello della prescrizione: questo istituto ha un senso perché sanziona il disinteresse dello Stato a perseguire determinati reati. Ma se lo Stato sta processando una persona che senso ha consentirne il decorso? Occorre dire che, su questo versante, sia pure timidamente, il legislatore è intervenuto con la l. 103/2017 che ha previsto due nuovi casi di sospensione dei due giudizi di merito, pari ciascuno ad un anno e sei mesi (art. 159, comma 2, nn. 1 e 2). Certo una disciplina razionale e meno timida avrebbe introdotto la sospensione del decorso della prescrizione durante la celebrazione del processo eventualmente prevedendo termini massimi per ogni grado superati i quali la prescrizione ricomincia a decorrere.

Il problema della prescrizione influisce direttamente sul numero abnorme dei ricorsi in cassazione (il più elevato al mondo: nella materia penale siamo, dal 2010, stabilmente ben oltre i 50.000 all'anno; sei volte quelli francesi e quindici volte quelli tedeschi³). Oltre tutto la disciplina della prescrizione costituisce una delle cause (forse la più rilevante) di un ricorso limitato ai riti alternativi. Se non vi fosse la speranza

1. Si veda la sentenza 28 aprile 2016 n. 27620, Dasgupta, in *Cass.pen.*, 2016, 3203, con nota di V. Aiuti, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*.

2. Si veda, sul contenuto di questo protocollo addizionale, il commento di S. Longo in G. Ubertis e F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 365.

3. Traggo i dati da E. Lupo, *Cassazione penale*, voce dell'*Enc.dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2017, vol. X, p. 171; Del medesimo Autore si veda, in precedenza, *Cassazione e legalità penale (convegno Parma, 9-10 ottobre 2015). Relazione introduttiva*, in *Cass.pen.*, 2016, p. 438. Per un'analisi dei criteri di funzionamento della Corte e delle prospettive di autoriforma e di riforma v. inoltre G. Canzio, *Corte di cassazione e principio di legalità*, in *Dir.pen. e proc.*, 2016, p. 425.

di lucrare la prescrizione certamente un numero assai maggiore di processi sarebbe definito con i riti alternativi (si pensi a tutti i casi di responsabilità palese o addirittura di confessione dell'imputato; in particolare nelle ipotesi in cui alla condanna definitiva non consegue l'esecuzione di una pena detentiva) e si eviterebbe così, o si ridurrebbe sensibilmente, l'intasamento della sede dibattimentale che costituisce la causa principale della durata eccessiva del processo.

Non è un caso, del resto, che nei sistemi anglosassoni, solo una percentuale irrisoria dei processi (si parla di percentuali tra il 5 e il 10 per cento: in sistemi nei quali l'azione penale non è obbligatoria!) perviene alla fase dibattimentale.

3. Aspetti processuali: in particolare il regime delle nullità e delle inutilizzabilità

Un settore, di natura processuale, in cui potrebbero essere introdotte modifiche utili ad influire positivamente sulla razionalizzazione del giudizio di legittimità – con una sensibile riduzione del numero dei ricorsi (e delle altre impugnazioni) – è quello delle nullità assolute ed insanabili e delle inutilizzabilità. Questo sistema costituisce il più sicuro indice di come, nel nostro ordinamento processuale, vengano intese le garanzie in modo del tutto formale senza alcuna considerazione delle esigenze di tutela del processo dall'esistenza di potenziali cause idonee a minare la sua efficienza. È sacrosanto che l'imputato (e, entro certi limiti, le altre parti del processo) possano eccepire tutte le violazioni delle regole che si siano verificate nei loro confronti e che il giudice sia tenuto a prendere immediatamente in considerazione l'eccezione formulata annullando gli atti compiuti in violazione delle regole e quelli che da essi dipendano.

Ciò che non si comprende è il regime delle nullità assolute ed insanabili di cui all'art. 179 cpp che consente all'imputato di riservarsi fino all'ultimo grado del processo la possibilità di dedurre la nullità anche nei casi in cui ne sia venuto a conoscenza – o abbia avuto la possibilità concreta di venirne a conoscenza – precedentemente. Se l'imputato non è stato regolarmente citato nel giudizio di primo grado (o all'udienza preliminare) è un suo incontestabile diritto che il processo venga annullato e nuovamente celebrato. Ma se, nel corso del giudizio di primo o secondo grado, egli viene a conoscenza dell'esistenza del processo nei suoi confronti per quale ragione mai gli si deve consentire di non formulare la relativa eccezione appena possibile e di far celebrare inutilmente uno o due gradi di giudizio? In un'ottica di responsabilizzazione delle parti e dei loro difensori andrebbe

quindi eliminata la regola indicata e tutte le nullità andrebbero sottoposte al regime di deducibilità e alle sanatorie previste per le altre nullità limitando inoltre la rilevabilità d'ufficio ai soli casi nei quali le parti o i loro difensori non abbiano avuto la possibilità di rilevare la nullità. Ma il tema è stato del tutto ignorato dalla recente legge 103/2017.

Analoghe considerazioni vanno fatte per quanto riguarda il regime delle inutilizzabilità che consente di rilevare il vizio in ogni stato e grado del procedimento. Anche per queste ipotesi – e parliamo ovviamente solo della cd. inutilizzabilità "patologica" e non di quella che consegue alla scelta del rito o alla fase o al grado del procedimento – non è giustificato che la parte si riservi la deduzione nell'ultimo grado del giudizio con la possibilità di porre nel nulla processi spesso durati anni (si pensi alla possibilità di dedurre per la prima volta nel giudizio di legittimità – per il disposto dell'art. 191, comma 2°, – tutte le questioni relative alle intercettazioni telefoniche la violazione delle cui regole è sanzionata con l'inutilizzabilità).

Va invece preso atto che finalmente il legislatore ha provveduto ad eliminare la possibilità, per l'imputato, di provvedere personalmente alla proposizione del ricorso (v. art. 1, comma 63, l. 23 giugno 2017 n. 103 che ha modificato l'art. 613, comma 1, cpp). Fino a poco tempo fa avveniva che venissero personalmente proposti ricorsi costituiti, nella migliore delle ipotesi, da argomentazioni fattuali non in grado di reggere al vaglio preliminare di ammissibilità. Ma era frequente anche la proposizione di ricorsi adeguatamente motivati le cui modalità di stesura rivelavano inevitabilmente che la redazione era avvenuta ad opera di avvocati non cassazionisti o che non volevano apparire per ragioni non sempre commendevoli. Da valutare positivamente sono inoltre le modifiche, contenute nella medesima legge 103, che hanno previsto l'appello, e non più il ricorso, contro le sentenze di non luogo a procedere (art. 1, comma 38, che ha modificato l'art. 428 cpp).

Ma vi sono altre ipotizzabili modifiche di natura processuale che potrebbero servire ai fini più volte indicati. Com'è noto il sistema attuale prevede la partecipazione delle parti a tutte le cause che vengono discusse in pubblica udienza e a gran parte di quelle che vengono trattate in Camera di consiglio (in particolare quelle soggette al rito di cui all'art. 127 cpp). In un gran numero di casi i difensori non partecipano poi all'udienza ma ciò provoca un'abnorme circolazione cartacea e soprattutto uno spreco di risorse dovute al fatto che decine di migliaia di notificazioni vengono inutilmente effettuate ogni anno. Ben potrebbe quindi stabilirsi che si abbia diritto all'avviso dell'udienza di trattazione (in pubblica udienza o in Camera di consiglio partecipata) nei soli casi in cui, con il ricorso, se ne faccia espressa richiesta (ovvia-

mente prevedendo sanzioni, di natura processuale, disciplinare o pecuniaria per chi poi non si presenti). In mancanza di questa richiesta la Corte potrebbe decidere il ricorso - in Camera di consiglio senza la partecipazione delle parti alle quali non verrebbe dato avviso dell'udienza - sulla scorta dei motivi di ricorso (e di eventuali motivi aggiunti o di memorie) e delle conclusioni scritte del procuratore generale.

Opportunamente il legislatore ha invece preso atto dell'irrazionalità della disciplina prevista, dall'art. 610, comma 1, cpp, nei casi in cui il presidente della Corte rilevi una causa di inammissibilità. Secondo il sistema previgente, il presidente li assegnava ad apposita Sezione che procedeva in Camera di consiglio dopo aver acquisito le conclusioni del procuratore generale e l'eventuale replica delle parti. L'art. 1, comma 62, della l. 103/2017 ha introdotto il comma 5 *bis* dell'art. 610 cpp che consente alla Corte di dichiarare l'inammissibilità «senza formalità di procedura» in varie ipotesi (difetto di legittimazione, provvedimento non impugnabile, ricorso tardivo ecc.) e anche nel caso di patteggiamento e di sentenza pronunciata a norma dell'art. 599 *bis* (concordato in appello). Ad eventuali errori, materiali o di fatto, si potrà rimediare con la possibilità di ricorrere al procedimento previsto dall'art. 625 *bis* cpp il cui ambito di applicazione sarebbe stato opportuno estendere ai provvedimenti in materia cautelare e a parti diverse dall'imputato).

Azzardo una proposta: perché non estendere la procedura semplificata e accelerata prevista dall'art. 610, comma 1, cpp, con ulteriori semplificazioni, ai casi di ricorsi *manifestamente fondati*? Che senso ha una perdita di tempo di mesi o anni, la previsione di notifiche che si riveleranno inutili, la celebrazione di un'udienza pubblica (o anche in Camera di consiglio) quando è evidente e incontrovertibile che il ricorrente ha ragione? Una parte cui non sia stato notificato l'avviso per l'udienza di appello deve aspettare sei mesi o un anno per sentirsi dare ragione? Ciò dovrebbe valere non solo per le nullità di ordine processuale ma anche nel caso di fondatezza sostanziale del ricorso (se esiste un orientamento univoco della Corte di cassazione, eventualmente confermato dalle Sezioni Unite, che il giudice di merito abbia immotivatamente disatteso perché non dare immediatamente ragione al ricorrente?).

Nel caso vi sia nel processo una sola parte (o una parte la cui posizione sia separabile: per es. più imputati) la procedura potrebbe essere disposta *de plano* senza avvisi alle parti e la pronuncia potrebbe avvenire con ordinanza in Camera di consiglio con un Collegio a composizione ridotta (tre giudici) o addirittura ad opera dello stesso giudice incaricato dell'esame preliminare delegato dal presidente della Cassazione; ferma restando la facoltà di esaminare i fascicoli

da parte del procuratore generale che potrà adottare conclusioni ove lo ritenga. Se invece nel processo vi sono più parti la cui posizione non sia scindibile (per es. imputato e parte civile) il processo potrebbe essere trattato con le modalità attualmente previste per i ricorsi inammissibili (ma in questi casi, nel caso di violazioni formali, anche la parte civile potrebbe avere interesse all'immediato accoglimento del ricorso; potrebbero quindi prevedersi sistemi acceleratori che coinvolgano tutte le parti).

4. L'art. 111 della Costituzione. Il ricorso per “violazione di legge”

È noto che, nel nostro ordinamento, la Corte di cassazione svolge una duplice funzione generalmente individuata nella tutela dello *ius constitutionis* (le funzioni di nomofilachia) e dello *ius litigatoris* (la tutela del solo interesse individuale del ricorrente). Mentre la tutela dello *ius litigatoris* esiste in ogni caso (anche quando la Cassazione svolge esclusivamente funzioni nomofilattiche) non è vero l'inverso perché, nei casi previsti dalle lettere *d*) ed *e*) del codice di rito, non esiste alcuna tutela dello *ius constitutionis*.

È paradossale rilevare non solo che il nostro ordinamento processuale è l'unico al mondo che prevede una generale ricorribilità delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale ma che il legislatore è andato oltre estendendo la possibilità di ricorrere in Cassazione anche per motivi (tutela dello *ius litigatoris*) che la legge fondamentale dello Stato neppure ha preso in considerazione. L'art. 111 della Costituzione prevede infatti questa possibilità solo per il vizio di “violazione di legge”; è dunque evidente che il costituente ha avuto di mira esclusivamente la funzione nomofilattica mentre tutte le funzioni che attengono alla tutela dello *ius litigatoris* non hanno alcuna copertura costituzionale ma sono lasciate alla disciplina della legge ordinaria.

Vediamo allora quali “spazi di manovra” siano riservati al legislatore ordinario per ridurre l'abnorme proliferazione dei ricorsi in materia penale. La limitazione della ricorribilità al vizio di violazione di legge dovrebbe innanzitutto essere estesa a tutti i provvedimenti cautelari. Oggi praticamente tutta la materia cautelare reale è già sottoposta a questo limite (v. art. 325 cpp) e non v'è ragione per non estendere questa limitazione ai casi in cui ancora non si applica (v. art. 263 in relazione all'art. 127 che non la prevede).

Ma questa limitazione dovrebbe essere estesa, secondo il mio modesto parere, anche alla materia cautelare personale nella quale, peraltro, già il ricorso immediato contro l'ordinanza applicativa della misura cautelare è consentito solo per violazione di legge (art. 311, comma 2, cpp). Sul tema del ricor-

so in materia cautelare personale v'è da osservare che l'estensione a queste ipotesi della possibilità di ricorrere per vizio di motivazione è una garanzia discutibile e in gran parte priva di contenuto effettivo in considerazione della fase in cui interviene il sindacato di legittimità con le imputazioni ancora non precisamente definite, con le indagini in corso e con il rischio di anticipare valutazioni relative più al merito che alla legittimità del provvedimento. Si comprende quindi che il giudice di legittimità usi con cautela il potere di annullamento delle ordinanze del Tribunale per il riesame senza che vi sia un beneficio effettivo per la persona sottoposta alla misura cautelare, anche nel caso di accoglimento del ricorso, perché normalmente l'annullamento avviene con rinvio e quindi senza che venga disposta la scarcerazione dell'indagato. Limitare i motivi di ricorso in materia cautelare personale alla sola violazione di legge (comprendendovi, come già riconosce la giurisprudenza di legittimità, la mancanza totale di motivazione) corrisponderebbe dunque ad una razionalizzazione del sistema e non implicherebbe una rinuncia a garanzie effettive della persona sottoposta alla misura cautelare personale.

Non influisce sul carico complessivo della Corte, ma ne rafforza la funzione nomofilattica, la recente introduzione (ad opera dell'art. 1, comma 66, l. 103/2017) del comma 1 bis dell'art. 618 cpp che prevede, nel caso in cui una Sezione ritenga di non condividere un principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, che la decisione venga rimessa alle medesime Sezioni Unite. Nella medesima ottica è stato introdotto il comma 1 ter della medesima norma che prevede l'enunciazione del principio di diritto da parte delle Sezioni Unite nel caso di ricorso dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta; questo è forse l'unico caso in cui la Cassazione decide in mancanza di alcuna esigenza di tutela dello *ius litigatoris*.

5. Il vizio di motivazione dopo la legge n. 46/2006

E veniamo a quello che costituisce il tema fondamentale che riguarda le funzioni della Corte di cassazione, non solo penale: il vizio di motivazione. Qui ab-

biamo a che fare esclusivamente con lo *ius litigatoris* ed è chiaro che la maggiore estensione della possibilità di ricorrere per ragioni attinenti alla motivazione va a scapito del ruolo nomofilattico della Corte perché questa funzione nulla ha a che fare con le ipotesi indicate nella lett. e dell'art. 606 cpp (come anche con l'ipotesi prevista dalla lett. d: mancata assunzione di una prova decisiva). Nel vizio di motivazione siamo immersi nel fatto e nella sua valutazione e quello che si addebita al giudice di merito è di averlo mal ricostruito o mal valutato⁴. Nella valutazione sull'esistenza del vizio di motivazione la linea di confine tra il sindacato di merito e quello di legittimità si fa evanescente e si rischia di sconfinare dalla funzione di nomofilachia a quella di giudice di terza istanza che non si limita a indicare la corretta interpretazione della norma, al fine di uniformare le interpretazioni giurisprudenziali, ma valuta la correttezza della decisione nel caso singolo⁵.

Il codice di rito previgente non prevedeva espressamente, tra i casi di ricorso in cassazione, il vizio di motivazione ma il combinato disposto degli artt. 524 n. 3 (che prevedeva il ricorso per inosservanza di norme "stabilite a pena di nullità") e 475 n. 3 (che sanzionava di nullità la sentenza se mancava o era contraddittoria la motivazione) consentiva in realtà un'ampia ricorribilità per vizi riguardanti la motivazione.

Il presupposto sistematico per il riconoscimento dell'esistenza del vizio di motivazione tra quelli che consentono il ricorso in Cassazione è l'esistenza, nel nostro ordinamento, dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali; principio che ha dignità costituzionale (art. 111, comma 6, della Costituzione) e che, di conseguenza, ha trovato la più ampia applicazione nei diversi sistemi processuali (in particolare nel processo penale si vedano, tra gli altri, gli art. 125, comma 3, 292 e 546 cpp). Non è così in tutti gli ordinamenti. Nei sistemi di *common law*, per esempio, il verdetto non è motivato e dunque neppure si pone il problema del vizio di motivazione.

Originariamente l'art. 606, lett. e) del codice di rito consentiva il ricorso per «mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato». La legge 20 febbraio 2006 n. 46 ha apportato importanti modifiche a questa norma (art. 8 comma 1 lett. b che ha

4. Sui temi che riguardano il vizio di motivazione, anteriormente all'entrata in vigore della l. 46/2006 di cui si parlerà più avanti, la letteratura è vastissima ed è ampiamente trattata in tutti i testi istituzionali. Solo esemplificativamente si segnalano gli scritti di G. Lozzi, *La ricorribilità in cassazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 1303; M. Menna, *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1545; G. Silvestri, *Il controllo in cassazione del ragionamento probatorio*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1653; F.M. Iacoviello, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, agg. n. 5, Giuffrè, Milano, 2000, p. 750.

5. Su questi problemi si vedano le considerazioni di G. Lattanzi, *Cassazione o terza istanza?*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1369, il quale ricorda che questa differenza dipende da come l'organo giudiziario sia strutturato in funzione della tutela dello *ius constitutionis* ovvero dello *ius litigatoris*.

ripetere il percorso censurato nella fase rescindente) allo schema motivazionale indicato nella sentenza di annullamento¹⁶.

La giurisprudenza di legittimità è del resto uniforme nel ritenere che, in caso di annullamento per vizio di motivazione, il giudice di rinvio: mantiene piena autonomia di giudizio nella ricostruzione del fatto e nella valutazione dei dati probatori acquisiti; ha la facoltà di pervenire al medesimo risultato cui era giunto con la sentenza annullata; addirittura gli elementi di fatto e le valutazioni contenuti nella pronuncia di annullamento non sono vincolanti per il giudice del rinvio; può colmare eventuali lacune motivazionali e mantiene pieni poteri di cognizione potendo anche rinnovare l'istruzione dibattimentale¹⁷. Insomma il giudice di rinvio, mentre ha l'obbligo di uniformarsi alle questioni di diritto risolte dalla Corte di cassazione (art. 627, comma 3. cpp), nel caso di annullamento per vizio di motivazione incontra l'unico vincolo di non poter fondare la sua decisione sullo stesso percorso argomentativo che il giudice di legittimità ha ritenuto censurabile. È vero che spesso le sentenze di annullamento della Cassazione si avventurano nell'indicazione delle coordinate di merito o fattuali cui deve attenersi il giudice del rinvio ma si tratta di un'estensione non giustificata (e comunque priva di alcun rilievo) dei poteri del giudice di legittimità di cui il giudice del rinvio può non tenere alcun conto.

7. Il travisamento del fatto

Più rigorosa è stata la giurisprudenza di legittimità nel contrastare la tendenza diretta ad includere nel vizio di motivazione, sindacabile dalla Cassazione, il travisamento del fatto.

È noto che il ragionamento probatorio del giudice di merito è di tipo sillogistico. Il giudice parte da una

fonte di prova e perviene all'accertamento del fatto; per fare ciò utilizza le massime di esperienza (o regole di inferenza) che gli consentono di ricollegare un determinato fatto ad una condotta. È da tempo oggetto di contrasto la soluzione del problema (che non affronteremo) se il giudice di legittimità sia autorizzato a individuare le regole di inferenza da applicare al caso portato al suo esame. V'è invece sufficiente consenso sull'esistenza del divieto, per il giudice di legittimità, di creare la massima di esperienza per il caso concreto ma certamente il giudice di legittimità può, e deve, verificare se le massime utilizzate siano plausibili ovvero manifestamente illogiche (ecco un altro tipo di valutazione che sconfinava nel merito!) oppure se l'uso che ne è stato fatto sia manifestamente illogico (la regola d'inferenza è logica ma la sua applicazione al caso concreto è errata)¹⁸.

Orbene il sindacato della Corte di cassazione sul ragionamento probatorio era, fino al 2006, di due tipi: la mancanza e la manifesta illogicità della motivazione. La mancanza di motivazione è l'ipotesi più semplice ed è anche dubbio che costituisca (solo) un vizio di motivazione essendo, l'esistenza della motivazione, imposta dalle norme che abbiano già ricordato. Tanto è vero che, nei casi nei quali è previsto il ricorso in cassazione per la sola violazione di legge, si afferma che la mancanza totale di motivazione sia tale e renda dunque ammissibile il ricorso¹⁹. Sulla mancanza di motivazione c'è solo da precisare che il vizio si verifica non solo nel caso di assenza grafica di un apparato argomentativo ma anche quando la motivazione sia apparente o apodittica o tautologica. E parimenti è da ritenere che il vizio sia ravvisabile non solo quando manchi la motivazione sull'intera *regiudicanda* ma altresì quando sia assente la motivazione su uno snodo fondamentale del ragionamento probatorio o su uno degli elementi tipici del reato (per es., nel caso di un reato colposo in cui sia in discussione l'esistenza dell'elemento soggettivo, il giudice ha

16. È questa invece l'impostazione del problema che fornisce D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it.dir.proc.pen.*, 2015, p. 29.

17. Si vedano, da ultimo, Cass., sez. V, 27 marzo 2015 n. 36080, Knox, in *Foro it.*, 2016, II, 448; sez. IV, 17 marzo 2015 n. 20044, S., in *Ced Cass.*, n. 263864; sez. V, 19 giugno 2014 n. 42814, Cataldo, in *Ced Cass.*, n. 261760; sez. II, 22 maggio 2014 n. 27116, Grande Aracri, in *Ced Cass.*, n. 259811; sez. II, 25 settembre 2013 n. 47060, Mazzoni, in *Ced Cass.*, n. 257490.

18. I temi riguardanti la formazione e l'utilizzazione delle massime di esperienza non sono stati particolarmente approfonditi dalla giurisprudenza e anche i contributi della dottrina sono scarsi. Possono consultarsi sull'argomento P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir.pen.proc.*, 2011, p. 1341; M. Taruffo, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2009, p. 551; in precedenza sul tema v. N. Mannarino, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in cassazione*, Cedam, Padova, 1993. Sulla possibilità che le massime in questione possano orientare modelli diversi di causalità v. F. Cingari, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir.pen.proc.*, 2009, p. 767.

19. La giurisprudenza di legittimità è univoca nel senso indicato: cfr. da ultimo Cass., sez. IV, 21 marzo 2017 n. 22637, Attanasio, rv. 270000; sez. III, 18 ottobre 2016 n. 2257, Burani, rv. 268800; sez. VI, 15 giugno 2016 n. 33705, Caliendo, rv. 270080; sez. VI, 14 aprile 2016 n. 266970, Rechichi, rv. 266970; sez. I, 7 gennaio 2016 n. 6636, Pandico, rv. 266365.

al vizio di motivazione (e non più alla violazione di norme processuali come era stato in precedenza inquadrate)³¹. Con l'effetto positivo di estendere il sindacato (non valutativo: è sempre opportuno ribadirlo) della Cassazione ai casi che non si potevano far rientrare nel travisamento della prova: per es. la prova esistente ma non valutata (un alibi) con l'ulteriore effetto positivo di ridurre i casi di revisione.

Va ancora evidenziato che alcune decisioni di legittimità³² si esprimono in senso riduttivo sulla possibilità di applicare integralmente questi principi alla prova dichiarativa sottolineando che, «salvi i casi limite in cui l'oggetto della deposizione sia del tutto definito o attenga alla proposizione di un dato storico semplice e non opinabile» la testimonianza «è sempre il frutto di una percezione soggettiva del dichiarante anche se attiene a fatti di sua diretta scienza». Con la conseguenza che – per apprezzare la logicità e non contraddittorietà della motivazione in riferimento al dato probatorio costituito dalla testimonianza – il giudice di legittimità (salvo i casi più semplici indicati) dovrebbe avere «contezza dell'intero compendio probatorio» anche per poter svolgere l'analisi comparativa inerente la decisività della fonte testimoniale. E in ogni caso è richiesto che il ricorso abbia carattere di autosufficienza e contenga quindi l'integrale trascrizione, o l'allegazione, degli atti sul cui esame si fonda la censura³³.

Inutile sottolineare che l'eventuale distacco dalla realtà processuale deve avere carattere di decisività; non ogni divergenza tra la motivazione e la realtà degli atti conduce all'annullamento della decisione di merito e credo sia realistico ammettere, come è stato osservato in dottrina³⁴, che l'accertamento della

decisività comporta inevitabilmente una valutazione di merito perché richiede comunque, con i limiti che vedremo, che il giudice di legittimità esprima un convincimento discrezionale sulla sufficienza del compendio probatorio risultante all'esito del giudizio (con un elemento probatorio in più o in meno rispetto a quello considerato dal giudice di merito). Si è infine precisato³⁵ che questo sistema si riferisce alla sentenza di secondo grado difforme da quella di primo grado per i limiti del principio devolutivo; a meno che il giudice d'appello non fondi la sua decisione su un atto a contenuto probatorio non considerato dal primo giudice.

9. Eliminare il vizio di motivazione dai motivi di ricorso in Cassazione?

È evidente che l'unico terreno su cui può essere esercitata un'efficace azione deflattiva del numero di ricorsi penali in Cassazione – ove non ci si voglia illudere sulla possibilità di una modifica dell'art. 111 della Costituzione – è quello della riduzione o esclusione della ricorribilità per vizio di motivazione per il quale non esistono, per le ragioni già dette, coperture di natura costituzionale. Non credo che esistano statistiche sul punto ma sedici anni di esercizio della giurisdizione di legittimità mi consentono di affermare che la maggior parte dei ricorsi in Cassazione in materia penale è fondata, esclusivamente o parzialmente, sul vizio di motivazione. L'eliminazione di questo vizio dai possibili motivi di ricorso al giudice di legittimità avrebbe quindi non solo l'effetto di ridurre (forse) a dimensioni accettabili il carico di lavoro della Corte di

un falso materiale in termini di mera possibilità e che il giudice aveva interpretato in termini di certezza); sez. II, 11 gennaio 2007 n. 7380, Messina, in *Cass. pen.*, 2008, 226; sez. I 14 luglio 2006 n. 25117, Stojanovic, in *Cass. pen.*, 2007, 2864, con nota di A. Follieri, *Il sindacato della Corte di cassazione sul vizio di motivazione*, e in *D & G diritto e giustizia*, 2006, n. 32, 48, con nota (a p. 44) di P. Ferrua, *Atti processuali, addio divieto d'accesso. La Pecorella dà più spazio agli ermellini*; sez. II, 23 marzo 2006 n. 13994, Napoli, in *Giur. it.*, 2007, p. 435, con nota di A. Famiglietti, *Decisività della prova travisata e ricorso per cassazione: le innovazioni apportate dalla "legge Pecorella"*; 5 maggio 2006 n. 19584, Capri, rv. 233773, in *Riv. pen.*, 2006, 922. Secondo R.E. Kostoris (*Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Riv.dir.proc.*, 2008, p. 915) il nuovo vizio di contraddittorietà tra atti del processo e decisione non richiede quella manifesta evidenza necessaria per l'illogicità ma che sia sufficiente che l'elemento ignorato o travisato "ponga un ragionevole dubbio sulla colpevolezza".

31. In questo senso v. Cass., sez. II, 23 maggio 2007 n. 23419, Vignaioli, rv. 236893. La già citata Cass., sez. V, 9 novembre 2006 n. 39843, Gatti ritiene invece che, anche dopo la modifica dell'art. 606 cpp, il vizio derivante dal contrasto tra la decisione e le prove possa essere fatto valere nel giudizio di legittimità solo quando si traduca in un *error in procedendo* riconducibile alla lett. c della medesima norma.

32. Si vedano Cass., sez. VI, 10 maggio 2007 n. 542, Contrada, rv. 238243 (non massimata sul punto); sez. IV, 12 febbraio 2008 n. 15556, Trevisonno, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 1417, con nota di C. Papagno, *La prova dichiarativa non può essere travisata: l'interpretazione giurisprudenziale svilisce il significato della riforma*.

33. Si vedano, per la riaffermazione del principio di autosufficienza del ricorso, Cass., sez. II, 1° marzo 2013 n. 26725, Natale, rv. 256723; sez. V, 22 gennaio 2010 n. 11910, Casucci, rv. 246552; sez. IV, 16 dicembre 2009 n. 3360 (dep. 2010), Mutti, rv. 246499.

34. Da parte di A. Capone, *La Corte di cassazione non giudica nel merito*, cit., p. 1617.

35. Si veda la citata Cass. sez. II, 23 marzo 2006 n. 13994, Napoli.

l'illogicità della motivazione, quando è possibile qualificarla come "manifesta", è assimilabile non tanto ai casi di prova non esistente quanto a quelli in cui il risultato di prova è indiscutibilmente diverso da quello ritenuto dal giudice.

Infine è da osservare che il problema delle dimensioni complessive del contenzioso non sarebbe verosimilmente destinato a diminuire perché contro le decisioni adottate in sede di "revocazione" (se così vogliamo chiamarla) sarebbe comunque consentito

il ricorso in Cassazione per violazione di legge; ciò avrebbe comunque un effetto deflattivo sul carico del giudice di legittimità; gli attuali ricorsi per vizio di motivazione verrebbero ripartiti tra i giudici territoriali con un aggravio non significativo mentre alla Corte di cassazione perverrebbero soltanto i ricorsi contro queste decisioni peraltro consentiti solo per violazione di legge con una razionalizzazione di questo giudizio derivante, in modo particolare, dall'averlo ricondotto alle funzioni di nomofilachia.

Il futuro della Cassazione

di *Piero Curzio*

L'Autore riflette sulla funzione della Corte suprema italiana nell'assetto costituzionale, sulla grave crisi del giudizio di legittimità e sulle cause che l'hanno determinata, sui tentativi del legislatore di porvi rimedio con le riforme processuali dell'ultimo decennio e sui loro esiti tutt'altro che risolutivi. Guardando al futuro, sulla base di tale analisi, formula alcune proposte per evitare il radicamento della crisi ed operare un profondo cambiamento su più livelli (normativo, giurisprudenziale, organizzativo, metodologico, culturale) che, nel rispetto dei principi costituzionali, consenta di delimitare e gestire più razionalmente il contenzioso di legittimità, mettendo in grado la Corte di svolgere in modo adeguato la sua fondamentale funzione di garanzia dell'uguaglianza dei cittadini in sede di applicazione ed interpretazione della legge.

1. Corte di cassazione e Stato di diritto

Il legislatore non ha mai modificato la norma dell'ordinamento giudiziario che disciplina le attribuzioni della Corte di cassazione. L'art. 65 ord. giud. dispone tuttora: «La Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni».

Quindi rimane centrale il controllo sull'osservanza-interpretazione della legge, che deve essere esatta ed uniforme su tutto il territorio nazionale.

L'interpretazione esatta della legge dovrebbe essere una e pertanto l'uniformità dovrebbe essere un carattere derivato. L'utilizzazione dei due concetti sembra indicare la consapevolezza del fatto che a volte sono ragionevolmente sostenibili più interpretazioni e che in tal caso la Corte deve comunque sceglierne e affermarne una in funzione del valore della uniformità.

L'uniformità della interpretazione su tutto il territorio dello Stato ha acquistato un significato ancora più profondo con la Costituzione, perché è una declinazione del principio di uguaglianza. Uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge significa anche diritto ad

un'eguale osservanza ed interpretazione della legge, significa uguaglianza di trattamento giurisdizionale di casi simili.

Tutto ciò si rafforza con il complicarsi del tessuto normativo a causa dell'ampliamento del concetto di legge, al di là ed all'interno della sua dimensione statale. Il problema si amplia, perché l'interpretazione diviene spesso più complessa in ragione dell'articolarsi delle fonti, ma non si sposta. Un requisito della democrazia è che non solo la legge, ma la sua interpretazione sia uguale per tutti.

Il compito della Corte di cassazione è quindi fondamentale in uno Stato di diritto e la Costituzione lo considera un presupposto implicito, limitandosi a regolarne l'estensione, laddove sancisce (art. 111, settimo comma) che il ricorso per cassazione per violazione di legge, e quindi il controllo della Corte sull'esatta ed uniforme interpretazione della legge, riguarda, senza esclusione alcuna, tutte le sentenze e tutti i provvedimenti sulla libertà personale emessi dai giudici ordinari o speciali, con la sola eccezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, contro le quali il ricorso per cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Naturalmente questa funzione deve essere esercitata nel rispetto dei principi fondamentali sull'attività

Si è già visto come in generale la qualità delle decisioni di merito ed in particolare in appello costituisca il miglior filtro del contenzioso di legittimità e questo assunto trova in materia fiscale piena conferma. Così come trovano pieno riscontro le considerazioni sui contenziosi in cui una delle parti è lo Stato o un ente pubblico. La nomofilachia in questi ambiti è diretta non solo ad orientare la giurisprudenza, ma anche l'attività dell'amministrazione, con la conseguenza che l'intento nomofilattico è destinato a fallire sul piano deflattivo se l'amministrazione non trova al suo interno le forme e i modi per correlare la sua azione con le indicazioni della Corte e per correggere in autotutela le proprie determinazioni⁷.

Un punto sul quale bisognerà riflettere è come creare un circuito virtuoso che porti a deflazionare il contenzioso in cui è parte un'amministrazione pubblica laddove la Corte, decidendo una o più cause guida, abbia indicato l'interpretazione della legge da seguire. È un passaggio cruciale per evitare che la Corte suprema sia sommersa di giudizi in cui è parte lo Stato, soggiacendo ad una crisi in cui lo Stato amministrazione coinvolge e trascina lo Stato giurisdizione. Mettendo insieme i contenziosi dei Ministeri (in alcuni casi enorme, v. ad esempio Miur), dell'Inps, dell'Agenzia delle entrate, delle Regioni, dei Comuni, delle Asl, si supera il livello del 70% dei giudizi di cassazione. È evidente la centralità della questione. Su questo fronte si gioca la partita del ritorno della Corte ad un numero di cause fisiologico.

4. La stagione dei filtri

Lo Stato legislatore non ha mostrato di cogliere questi problemi, anzi, come si è visto, per molto tempo si è mosso in direzione ostinatamente contraria. Solo a metà del primo decennio del nuovo secolo si è reso conto che la crescita del contenzioso della Corte aveva assunto dimensioni inaccettabili e, a più riprese, ha tentato di porvi rimedio. È iniziata così quella che potremmo definire la stagione dei filtri.

A cominciare dal 2006, con una periodicità triennale (2009, 2012, 2016), il giudizio di cassazione è stato modificato. Non è possibile in poche pagine ricostruire analiticamente il contenuto delle riforme succedutesi nel tempo, se non per brevi cenni ed indicando i punti più caratterizzanti di ciascun intervento.

Nel 2006, con il decreto legislativo n. 40, si tentò di selezionare i ricorsi chiedendo ai ricorrenti di formulare, per ciascun motivo, a pena di inammissibilità, un quesito di diritto. L'idea era buona perché

costringeva a formulare una sintesi della questione sottoposta alla Corte e a rendere più preciso il motivo di ricorso, nonché più agile e precisa la risposta della Corte in sentenza. Un'applicazione eccessivamente formalistica della norma da parte di alcune sentenze della Corte ha determinato la reazione del foro, che ha indotto il legislatore ad un passo indietro, proprio quando il meccanismo cominciava ad essere metabolizzato, vuoi perché gli avvocati stavano acquisendo familiarità con la nuova tecnica, vuoi perché la Corte stava attenuando le soluzioni più rigide.

Tre anni dopo, la legge 18 giugno 2009, n. 69, ha abolito il quesito di diritto ed ha introdotto un nuovo tipo di filtro, creando una "apposita" sezione civile della Corte alla quale è stato assegnato il compito di valutare l'eventuale inammissibilità, manifesta fondatezza o infondatezza dei ricorsi e, nel caso in cui ve ne siano gli estremi, di decidere la causa in camera di consiglio e con ordinanza. Il cuore di questa riforma è costituito dall'art. 360-bis, n. 1 cpc per il quale la (sesta sezione della) Corte dichiara inammissibile il ricorso quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per un cambio di orientamento.

Il legislatore non si è fermato e tre anni dopo è intervenuto con un'ulteriore riforma. La legge n. 134 del 2012, convertendo il dl. 83 del medesimo anno, al fine di ridurre gli spazi attraverso i quali si cerca di riaprire in Cassazione questioni di merito, ha modificato il n. 5 dell'art. 360 cpc, cioè la norma che prevedeva il ricorso per vizio di motivazione. La medesima legge ha apportato modifiche al giudizio di appello ed al rapporto tra appello e cassazione, introducendo la possibilità per i giudici di secondo grado di dichiarare inammissibile l'impugnazione «quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta» (art. 348-bis cpc) e prevedendo in questa ipotesi che il ricorso per cassazione abbia come oggetto non il provvedimento di secondo grado, ma la sentenza di primo grado (art. 348-ter). Si è poi completata la modifica del n. 5 dell'art. 360, escludendone l'applicabilità in presenza di una doppia conforme, da intendere per il legislatore come situazione in cui l'inammissibilità «è fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata».

L'ultima riforma è di pochi mesi fa. In sede di conversione del dl. 168 del 2016, la legge 25 ottobre 2016, n. 197 ha operato una serie di ulteriori modifiche del codice di rito. Il cuore della riforma è costituito dalla scelta di discernere i giudizi di cassazione, distinguendo i ricorsi che pongono questioni di diritto

7. E. Cirillo, *op. cit.*, p. 5.

to rilevanti, da tutti gli altri⁸. I primi, con riferimento ai quali la Corte svolge la sua funzione di unificazione della interpretazione della legge, vengono trattati in udienza pubblica, con la partecipazione del procuratore generale e degli avvocati, e vengono decisi con sentenza. Tutti gli altri, che tali questioni non pongono, devono essere trattati in camera di consiglio, previo contraddittorio esclusivamente scritto delle parti, e decisi con ordinanza, quindi con un provvedimento molto più agile e sintetico. È un cambio di paradigma, una scelta che, se ben intesa e gestita, permetterà di proporzionare risorse e impegno della Corte al rilievo delle questioni da affrontare.

Sono state introdotte poi ulteriori distinzioni, che, sommandosi a quelle preesistenti, portano a ripartire le decisioni in camera di consiglio tra la sezione filtro e le sezioni semplici, nonché le decisioni in udienza pubblica tra le sezioni semplici e le sezioni unite. Si delineano così nuovi confini, a volte di problematica individuazione⁹. Sono state inoltre modificate alcune regole peculiari del procedimento dinanzi alla sezione filtro: in particolare, la relazione, contenente la «concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia», è stata sostituita con una mera proposta da inserire nel decreto di fissazione della camera di consiglio indicando solo se è stata ravvisata un'ipotesi di inammissibilità, di manifesta infondatezza o fondatezza del ricorso. Questa scelta legislativa ha determinato una reazione del foro che ha portato ad una soluzione intermedia tempestivamente concordata nel protocollo d'intesa tra la Cassazione, il Cnf e l'Avvocatura dello Stato sottoscritto il 15 dicembre 2016¹⁰.

5. Il futuro della Corte

Delineata la gravità della situazione, indicate alcune delle cause che l'hanno determinata e richiamati i vari tentativi legislativi di affrontarla, si può cercare, con tutte le approssimazioni del caso, di prefigurare il futuro della Corte suprema italiana.

Il principio costituzionale dettato dall'art. 111 Cost. non consente compressioni del diritto di ricorrere in cassazione per violazione di legge: non si possono in Italia adottare soluzioni presenti in molte altre democrazie occidentali sui limiti di accesso alle Corti supreme¹¹. Ma se non si possono limitare i ricorsi si può agire sulle cause della loro inflazione. Ciò non solo è possibile ma è doveroso proprio sul piano costituzionale, perché la bulimia dei ricorsi determina una situazione che si avvicina alla giustizia negata. Una Corte suprema con 30.000 sopravvenienze civili annue non è in condizione di svolgere il suo ruolo di garante della uniformità delle interpretazioni della legge e quindi della uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge e comunque non è in grado di farlo in tempi ragionevoli.

Spetta a Parlamento e Governo adottare provvedimenti nei settori che stanno a monte o *a latere* del giudizio di cassazione per incidere sui fattori di inflazione del contenzioso. Alla luce di quanto si è detto in ordine alle cause della crisi, è oggi indispensabile una profonda riforma della giustizia tributaria, che punti quanto meno a garantire sentenze di secondo grado di qualità conforme alla consistenza tecnico-giuridica ed economica dei casi trattati. Più in generale, deve poi pensarsi a misure che impongano o incentivino l'adeguamento delle pubbliche amministrazioni alle sentenze guida della Corte in sede di autotutela. L'elenco certo non finisce qui, non è questa la sede per svilupparlo in modo analitico, ma deve sottolinearsi con forza che, senza interventi di questo tipo, le cause strutturali della crisi del giudizio di legittimità non potranno essere rimosse.

Al contrario, deve auspicarsi che non vi siano altri interventi legislativi sulle regole del processo. Le disposizioni processuali in generale e *a fortiori* quelle del giudizio di cassazione non possono essere cambiate di continuo. Secondo gli studiosi di scienze dell'organizzazione ogni cambiamento delle regole, anche se ben concepito, determina sempre una fase più o meno lunga di riduzione della funzionalità del sistema. Poi, poco alla volta, le nuove discipline vengono

8. Per un'analisi di quest'ultima riforma, oltre ai saggi di L. Lombardo (www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-volto-della-cassazione-civile_02-12-2016.php) e G. Scarselli (www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-giudizio-di-cassazione-per-come-riformato-dalla-legge-1972016_01-12-2016.php), pubblicati nel dicembre 2016 su *Questione Giustizia on line*; cfr., fra gli altri, quelli di Dalfino, Costantino, Campese, Damiani, Scarselli, Amoroso, Fuzio, Curzio, e Grasso, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 2 ss., nonché quelli di Canzio, Irti, Rordorf, Vaccarella, Nappi, Fuzio, Allorio, Massella Ducci Teri, Panzarola, Alpa e Sanino, in Di Porto (a cura di), *La nuova cassazione civile*, Milano, 2017.

9. Per l'analisi di queste sub-distinzioni rinvio a Curzio, *Il ricorso per cassazione: viaggio all'interno della Corte*, in *Foro it.*, 2017, V, 48 ss.

10. La delicata materia è oggetto del punto n. 5 del protocollo, che può essere letto in *Foro it.*, 2017, V, pp. 61 ss.

11. Per una ricostruzione dei metodi di selezione operanti in altri ordinamenti, cfr., Alpa, *La tecnica di selezione dei casi da decidere in Cassazione. Spunti di diritto comparato*, in Di Porto (a cura di), *La nuova cassazione civile, cit.*, pp. 103 ss.

assimilate dagli operatori, vanno a regime e, sempre che le novità siano valide, determinano i relativi benefici. Se però le regole vengono cambiate di continuo il sistema rimane sempre in una situazione critica, disfunzionale. È ciò che è accaduto nell'ultimo decennio per il sistema cassazione, che ha visto cambiare per quattro volte nel giro di poco più di dieci anni le norme sul giudizio di legittimità, spesso con soluzioni contrastanti tra loro o quanto meno non lineari, che hanno reso (anche) questa parte del codice di procedura civile un palinsesto di difficile applicazione.

Dopo tanti cambiamenti, forse ora è il momento di fermarsi e di cercare di calibrare i meccanismi processuali con interpretazioni ragionevoli e unitarie che diano funzionalità ed equità al processo di legittimità, senza ulteriori rimescolamenti della disciplina codicistica. La ricerca di interpretazioni coerenti e di buone prassi da parte della Corte, da portare avanti con costanti interlocuzioni con la dottrina ed il mondo forense, può avvenire solo in un quadro normativo stabile per un congruo periodo di tempo. Orientamenti giurisprudenziali chiari e con buona tenuta nel tempo, oltre a dare maggiori garanzie ad avvocati e parti che vi fanno affidamento, portano ad una progressiva riduzione del contenzioso in entrata e comunque ampliano la possibilità di definire i ricorsi in camera di consiglio con ordinanza, quindi con maggiore celerità.

L'impegno della Corte, tuttavia, deve essere ancora più ampio ed andare oltre l'elaborazione di coerenti interventi giurisprudenziali, per misurarsi con profonde innovazioni organizzative. È questo un piano sul quale nell'ultimo periodo sono stati fatti importanti passi in avanti, ma il cammino da percorrere è lungo ed impegnativo e comporta una profonda revisione culturale.

È necessario che l'impegno del magistrato di cassazione vada oltre la scrittura di una bella e dotta sentenza, sia il frutto di un lavoro collettivo che coinvolga una pluralità di soggetti e professionalità e sia attentamente coordinato da presidenti di sezione con adeguate capacità organizzative. La prospettiva di questo lavoro deve riguardare il singolo processo e considerare l'intero contenzioso, deve guardare non solo l'albero, ma l'intera foresta.

Come ha riconosciuto anche il legislatore nel suo più recente intervento, i ricorsi per cassazione non sono tutti uguali. Alcuni pongono questioni di diritto nuove o ripropongono questioni già trattate ma con argomenti nuovi ed aggiornati. Molti altri ritorna-

no su questioni già definite senza apportare nessun contributo idoneo a stimolare ripensamenti. Molti, troppi, sono inammissibili perché contengono generiche lamentele o perché chiedono, in maniera più o meno evidente, di riesaminare questioni di merito. La Corte deve organizzarsi per cogliere queste diversità e deve farlo – questo è il punto – non al momento della decisione e quindi a distanza di anni, ma in tempi ragionevoli, mediante un esame preliminare fatto a ridosso del deposito del ricorso e del controricorso, che permetta di collocare la causa, salvo possibilità di successivi ripensamenti, su percorsi diversi, adeguati al suo contenuto.

Questa scelta, per essere fatta con la tempestività e consapevolezza necessaria, non può essere frutto del lavoro individuale ed esclusivo del presidente o del relatore, ma deve basarsi su di un lavoro preparatorio svolto con il contributo convergente di una serie di altri soggetti, anche esterni alla Corte.

Un contributo di rilievo può venire dai giudici di merito, se si estendono esperienze come quella fatta in sezione lavoro grazie al collegamento informatico che ha permesso ai presidenti di sezione delle Corti d'appello di segnalare questioni la cui decisione in tempi brevi avrebbe evitato il dilatarsi dei contenziosi.

Importante può essere poi il contributo degli avvocati se si chiede loro, che conoscono meglio di ogni altro la causa, di fornire una serie di dati utili alla sua classificazione, rivedendo accuratamente la procedura di compilazione delle note di iscrizione a ruolo e di deposito in sede di registro generale, oggi burocratica e di scarsissima utilità.

Il punto nodale è però costituito dal coinvolgimento pieno degli assistenti di studio, magistrati giovani e competenti il cui contributo deve essere considerato una risorsa preziosa da utilizzare al meglio. Tutte le grandi Corti supreme si basano sull'apporto che assistenti, interni od esterni all'ordine giudiziario, danno al lavoro dei giudici. La Corte suprema degli Stati Uniti ha un rapporto superiore a dieci assistenti per ciascun giudice: sono gli assistenti che schedano i ricorsi, che fanno le ricerche, che avanzano proposte interpretative, che predispongono su indicazioni del giudice le bozze dei provvedimenti. È questa la via da intraprendere anche in Italia: non deve essere incrementato il numero dei consiglieri, deve essere potenziato e utilizzato al meglio il contributo degli assistenti¹². Con le dovute cautele, deve essere valorizzato persino l'apporto dei laureati in giurisprudenza am-

12. L'evoluzione normativa sul punto è tutt'altro che lineare e, nei suoi ultimi sviluppi, sembra ridurre le potenzialità specifiche del contributo degli assistenti. Per una puntuale ricostruzione cfr. Grasso, *I magistrati con compiti di assistente di studio presso l'ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione*, in Dalfino (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, pp. 285 ss., nonché *Id.*, *L'applicazione dei magistrati dell'ufficio del massimario e del ruolo per lo svolgimento di funzioni giurisdizionali di legittimità*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 56 ss.

messi al tirocinio formativo¹³. Ma si dovrebbe pensare in prospettiva ad integrare il novero degli assistenti anche con ricercatori universitari e dottori di ricerca. Tramite il lavoro preparatorio di giovani magistrati e studiosi una linfa nuova potrebbe entrare nei circuiti della Corte.

Questa trasformazione del metodo di lavoro, da un approccio individualistico al lavoro del giudice supportato da varie professionalità, costituisce un passaggio che può risultare determinante. L'esame preliminare e la redazione di una scheda che permetta di radiografare ed inquadrare la controversia sono attività che hanno un ruolo fondamentale nell'organizzazione della Corte. Devono essere potenziate e il lavoro dei molteplici soggetti chiamati a collaborare a tal fine deve essere attentamente coordinato dai presidenti di sezione.

Se ben fatto questo lavoro permette di valorizzare la scelta legislativa di proporzionare le risorse alla novità ed importanza delle questioni, permette di stabilire con cognizione di causa se è possibile decidere in camera di consiglio con ordinanza e quindi con provvedimento motivato in modo più asciutto, o se invece la controversia richiede un approfondimento

particolare, che rende necessaria l'udienza pubblica o addirittura l'intervento delle Sezioni unite. Permette di stabilire priorità e di pronunciarsi su cause guida, la cui decisione tempestiva può svolgere un ruolo deflattivo del contenzioso già in sede di merito, o addirittura negli studi degli avvocati; permette di nominare il relatore tenendo conto di peculiari competenze; permette di chiedere tempestivamente agli assistenti ricerche ed approfondimenti mirati; permette di concentrare i ricorsi che pongono questioni simili in udienze monotematiche od oligotematiche in cui tutti i componenti del Collegio possano affrontare il tema con studi convergenti, rafforzando la collegialità della decisione. E si tratta poi di un lavoro che tornerà estremamente utile ai consiglieri in sede di studio per l'udienza, di decisione e di redazione della motivazione.

Non è facile passare dalla dimensione individualistica, che connota(va) buona parte del lavoro del consigliere di cassazione, a questo nuovo assetto in cui il lavoro di squadra è fondamentale. Ma è un cambiamento appassionante e i magistrati della Corte suprema italiana nonostante tutto conservano una grande passione per il loro lavoro.

13. Ai sensi dell'art. 73 del dl. 69/2013 convertito in legge 98/2013 e successive modificazioni, ammessi per la prima volta in Corte, con decreto del primo presidente 17 novembre 2016, per un periodo di formazione di diciotto mesi.

456.000 fra sentenze e ordinanze delle quali oltre 154.000 emesse dalle sezioni civili e oltre 301.000 emesse dalle sezioni penali) è stato realizzato sostanzialmente nel pieno rispetto delle procedure finalizzate a garantire il corretto oscuramento dei dati; ciò trova conferma nel numero estremamente ridotto (di poco superiore alla dozzina) di casi nei quali l'erronea applicazione delle suddette procedure ha determinato la pubblicazione in chiaro di provvedimenti da oscurare. Occorre peraltro, da un lato, velocizza-

re le procedure di verifica in concreto dei numerosi provvedimenti (alcune migliaia) rimossi dall'archivio perché sospettati, in base a criteri di selezione automatica, di contenere dati sensibili; dall'altro, una volta che la verifica abbia dato esito positivo, velocizzare le attività di oscuramento. Il Ced della Corte è fortemente impegnato a risolvere le suddette criticità attraverso l'adozione di idonee misure organizzative (quanto alla prima) e la realizzazione di appositi strumenti informatici (quanto alla seconda).

L'usura sopravvenuta in Cassazione

di Aldo Angelo Dolmetta

Il fluire del tempo nel contratto di mutuo rende necessario valutare le conseguenze dello snodarsi di una serie di frazioni di tempo, ai fini della verifica permanente della usurarietà. Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 1 della legge 24/2001, pur nel diverso regime sanzionatorio permane la rilevanza dell'usura sopravvenuta: le ragioni sistematiche, la funzione della buona fede oggettiva e le altre ragioni. La necessità di inserimento degli interessi moratori nell'ambito tematico della usura sopravvenuta. Infine la difficoltà di individuare il regime economico sostitutivo di quello usurario.

1. In via di premessa: la fattispecie di rilevanza usuraria tra mero patto e tempo di applicazione degli interessi

1.1. Può capitare – non è frequentissimo, ma capita – che il testo di un contratto di mutuo, preparato per la stipula notarile, venga a prevedere l'applicazione diacronica di due distinti tassi compensativi (entrambi destinati, cioè, all'esecuzione fisiologica del rapporto che nasce dal mutuo): uno, scritto per un primo periodo dell'esecuzione del rapporto; l'altro, e più elevato, per il susseguente periodo restante. Rispetto a una fattispecie così strutturata può anche accadere che – nel raffronto con il tasso soglia d'usura (: punto massimo della crescita consentita dalla legge rispetto al Tegn tempo per tempo rilevato), quale sussistente al momento della stipula notarile del patto – il primo tasso risulti inferiore alla soglia usuraria, mentre il secondo la venga a superare (magari) per una misura abbondante.

Nei fatti, una simile situazione viene a creare imbarazzi e incertezza; e non solo al notaio, costretto nella rigida alternativa consegnatagli dall'art. 28 della legge professionale. In effetti, un contratto non può – in uno stesso tempo – essere usurario e anche non usurario. Pure, il patto ipotizzato contempla – nel momento in cui lo stesso viene fatto (con rifermento, quindi, al *momento in cui gli interessi «sono promessi o comunque convenuti»*, che è l'espressione adottata dall'art. 1 della legge n. 24/2001¹) – sia un tasso lecito (il primo), sia un tasso illecito (il secondo). Occorre scegliere: chiedersi di conseguenza quale, tra i due tassi, sia quello da assumere come rilevante.

La risposta, per la verità, segue prima di ogni altra cosa il buon senso². Se può apparire in sé scontata, la stessa vale tuttavia a mostrare un primo punto determinante per la corretta comprensione e ricostruzione dell'usura dei contratti di mutuo e dei contratto di credito in genere³. Che la ragione di una considerazione fermata sul tasso più basso (e, nell'esempio,

1. Legge 28 gennaio 2001, n. 24 di conversione del dl. 29 dicembre 2000, n. 394.

2. L'alternativa di assumere come rilevante il tasso più elevato si pone, in effetti, come pretesa comunque ultronea e fuori misura: perché riferita a un mero possibile e perché – quand'anche il futuro si risolvesse poi nel confermare il presente – si tratterebbe comunque di un'indebita anticipazione del medesimo (è per «quel» tempo, non già per l'attuale, cioè, che si pretende «quel» tasso).

3. Ma si potrebbe anche dire, con espressione più lata, dei contratti in cui l'esecuzione di una prestazione, quella pecuniaria, si avvantaggia in tutto o in parte di un differimento temporale, che venga concesso verso apposito corrispettivo.

La buona fede nel recesso della banca nei contratti di apertura di credito *

di *Azzurra Fodra*

Il controllo giurisdizionale delle modalità di recesso nei rapporti tra banca ed impresa. La clausola generale della buona fede come strumento prioritario di tutela dell'imprenditore, funzionale non solo al rimedio risarcitorio ma anche all'intervento cautelare immediato ed urgente che eviti il pregiudizio irreparabile.

Premessa

Nell'ambito della disciplina codicistica dei contratti bancari, ed in particolare del contratto di apertura di credito e delle operazioni bancarie in conto corrente, è prevista una specifica disciplina in tema di recesso.

L'art. 1845 cc prevede, infatti, per l'ipotesi di contratto di apertura di credito a tempo determinato, che la banca, salvo patto contrario, non possa recedere dal contratto prima della scadenza del termine previsto, se non per giusta causa. In tal caso si determina l'immediata sospensione dell'utilizzabilità del credito. Per l'ipotesi di contratto a tempo indeterminato, invece, la norma prescrive la facoltà di ciascuna delle parti di recedere dal contratto *ad nutum*, purché ne venga dato preavviso alla controparte nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni.

Analogamente per le operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 1855 cc sancisce che se l'operazione è regolata a tempo indeterminato ciascuna delle parti può liberamente recedere dal contratto, purché vi sia il rispetto del termine di preavviso suddetto.

Com'è noto dette previsioni normative trovano la loro *ratio* nella esigenza di tutelare, da un lato, l'interesse di ciascuna parte del contratto di durata all'esercizio della facoltà di recesso, facoltà che le permette durante l'attuazione del rapporto di verificare

il permanere della rispondenza ai propri interessi del contratto in essere, dall'altro, lo specifico interesse del debitore a riporre affidamento sul credito concesso dalla banca per un apprezzabile lasso di tempo nell'ambito dei rapporti di finanziamento.

È infatti noto, sotto questo secondo specifico profilo, che l'interruzione della erogazione del credito da parte della banca genera molteplici, ulteriori e dirette conseguenze dannose per il debitore, quali l'impossibilità di eseguire transazioni in conto corrente fino all'apertura di un nuovo rapporto presso un altro istituto bancario, la difficoltà di saldare i debiti esistenti con soggetti terzi, il blocco di alcuni servizi prima concessi da parte della banca, quale il servizio Rid. Dette conseguenze sulla capacità operativa del debitore, evidentemente, quando il contratto di apertura di credito è stato stipulato in funzione strumentale all'esercizio della attività di impresa, come usualmente accade per tale tipo di contratto, non possono che riverberarsi negativamente sulla medesima attività, ostacolandone il normale svolgimento. Senza considerare l'effetto domino sugli eventuali altri rapporti bancari ed in generale commerciali che il recesso anche solo di una impresa bancaria produce come conseguenza dello scambio di informazioni ormai rapidissimo.

A conferma di ciò si deve evidenziare che negli ultimi anni, contrassegnati da una situazione di crisi economica e di difficoltà del tessuto imprenditoriale

* Ha collaborato Edoardo Mannucci, stagista ex art. 73 l. 69/2013 presso il Tribunale di Livorno.

Sino alla responsabilità civile e la funzione del danno ove le Sezioni Unite precisano che l'ordine pubblico non è più il complesso dei principi fondamentali della comunità nazionale in un determinato momento storico, ma "il distillato del sistema di tutele sovranazionali ricavabili dall'ordinamento comunitario e dalla Cedu"⁵⁷ e lo strumento per promuovere e armonizzare i valori essenziali per la vita e la crescita dell'Unione.

Tale apertura è di grande interesse per una pluralità di motivi.

Consente la circolazione di modelli di tutela e invita a fissare rimedi conformi ad un criterio di effettività, rimesso ad un ordine delineato dall'art. 117 della nostra Costituzione. Non solo. I timori di un'invasione di campo sono infondati se solo si riflette sul principio di divisione dei poteri.

Non si può negare la competenza della scienza giuridica e della nomofilachia di fissare il contenuto di una norma come l'ordine pubblico perché spetta ad esse indicare, in ogni momento storico, all'interprete il significato di uno strumento essenziale per il controllo di validità del contratto.

Certo cambia oggi, radicalmente, la natura del ragionamento giuridico per effetto del nuovo sistema alle fonti che «richiede ai giudici di decidere questioni di diritto contrattuale, non solo sulla base dei codici nazionali ma di controllare se l'esito, apparentemente indicato da quelle norme, fornisca una interpretazione adeguata ai diritti delle parti fissato dal sistema giuridico sovranazionale, comprensivo della Carta di Nizza e la Cedu»⁵⁸.

Questa delicata attività richiede cautela, rigore e un dibattito attento. Sono sicuro che tutto ciò non mancherà.

57. V. già Cass. n. 1302 del 2013.

58. Così, in una traduzione imputabile solo a me, U. Collins, *The revolutionary trajectory of UE Contract Law towards post-national Law*, in un contributo (inedito) nell'ambito del progetto ERPL in corso di elaborazione a cura di H. Micklitz presso L'Istituto Universitario Europeo con sede a Firenze.

I diritti dell'investitore nella giurisprudenza di legittimità

di Maria Acierno

Il potere della conoscenza è bilanciato da un articolato dovere di adeguata informazione nella intera dinamica negoziale delle operazioni d'investimento. Anche in questo settore si svelano i limiti della funzione protettiva della forma scritta e la necessità di adeguarne la funzione alle posizioni contrattuali, assai diseguali, in concreto ricoperte da intermediario ed investitore. Solo il controllo giudiziale dell'adeguatezza in concreto delle informazioni scambiate può rappresentare una tutela effettiva del risparmio. Completa il quadro delle tutele il regime peculiare dell'onere della prova dell'inadempimento informativo dell'intermediario così da assicurare anche sul piano risarcitorio un rimedio appropriato.

1. Breve introduzione normativa e delimitazione dell'indagine

I diritti dell'investitore nei contratti d'intermediazione finanziaria hanno come oggetto prevalente l'effettiva informazione sulla natura, il rendimento ed il rischio dell'investimento proposto o richiesto all'intermediario. Perché le informazioni siano effettive devono estendersi alla preventiva comunicazione delle situazioni di conflitto d'interesse nelle quali gli intermediari possono venire a trovarsi in ordine ad alcune tipologie d'investimenti finanziari e devono fondarsi sulla conoscenza specifica dei prodotti finanziari proposti o richiesti con riferimento alla loro redditività concreta presente o futura, con prefigurazione dei margini tendenziali di rischio, ancorché nei limiti di una prevedibilità ragionevole. L'intermediario deve preventivamente informarsi adeguatamente, infine, sulla solidità ed affidabilità degli emittenti.

L'art. 21 del d.lgs n. 58 del 1998 (d'ora in poi Tuf) fin dalla sua formulazione originaria contiene tutti i parametri sulla base dei quali valutare l'adempimento dell'obbligo informativo ricadente sull'intermediario.

Le modifiche introdotte dal d.lgs n. 164 del 2007 con il quale è stata data attuazione della direttiva 2004/39/Ce relativa ai mercati degli strumenti finanziari¹ hanno puntualizzato il contenuto degli obblighi senza mutarne la sostanza, salvo che per il conflitto d'interesse in ordine al quale l'obbligo di diligenza si è esteso alla identificazione e gestione delle situazioni di conflitto e all'adozione delle misure organizzative idonee ad evitarne l'incidenza negativa sugli interessi dei clienti.

L'art. 21 si apre con la prescrizione degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza. La prescrizione di carattere generale ha una duplice finalità: l'interesse dei clienti e l'integrità dei mercati. I due obiettivi convergono dal momento che, per un verso, la violazione delle regole di comportamento compromette la fiducia degli investitori e la loro propensione all'investimento²; per l'altro, determina una scorretta allocazione delle risorse con ricadute dirette sulla sfera giuridica dei singoli investitori.

Gli obblighi stabiliti al comma 1, lettera a), della norma non sono del tutto sovrapponibili al generale canone integrativo del tessuto dei singoli contratti,

1. La direttiva 2004/39/Ce, (d'ora in poi denominata Mifid) ha a sua volta modificato le direttive 85/611/Cee, 93/6/Cee e 2000/12/Ce e abrogato la direttiva 93/22/Cee.

2. G. Gobbo, *Articolo 21*, in *Commentario Tuf*, a cura di F. Vella, Tomo I, pag. 258 con ampia nota di richiami dottrinali.

La nullità del contratto e l'*interest rate swap*

di *Daniele Imbruglia*

Come si può perseguire l'obiettivo di assicurare la fiducia del risparmiatore. La necessità e gli strumenti di tutela della fiducia nel sistema giuridico del risparmio e delle relazioni finanziarie con particolare riferimento alla figura contrattuale dello *swap* sottoscritto dalla banca o altro intermediario con il cliente. Gli strumenti ricavabili dalla giurisprudenza intervenuta in materia.

1. Risparmio e fiducia

Come è stato limpidamente affermato di recente, «[i]l sistema del credito – e non solo il suo “ordinamento” o solo la sua “industria” – è, in linea generale, irrinunciabilmente ancorato a quello della “fiducia”: della fiducia che i singoli operatori economici si scambiano in un mercato libero e responsabile, ma soprattutto di quella che possiamo considerare “comune”, di quella che le comunità pongono anche involontariamente – e, perfino, inconsapevolmente – a base della loro convivenza» e ciò in quanto il risparmio non è «un semplice tesoreggiamento» e non coincide «con l'inerte e cieca accumulazione o il mero accantonamento di ricchezza, senza alcuna previsione di destinazione, né con una rinuncia e neppure con una resa», ma, al contrario, contiene appunto «una propensione alla speranza, un atteggiamento di fiducia verso il futuro e, anzi, un affidamento: che si abbia, cioè, la capacità di mettere direttamente a frutto quelle risorse, con l'aspettativa di migliorare le qualità della propria vita; e che si abbia la possibilità di rendere quelle risorse disponibili ad altri, affinché, attraverso soprattutto il sistema finanziario, le impieghino in investimenti»¹. L'attenzione per

tale dinamica non giustifica unicamente la previsione costituzionale a tutela del risparmio (art. 47), disposizione questa che “solo con fatica” può dirsi contenente norme programmatiche, ma comporta l'adozione di una serie di regole primarie e secondarie, di fonte interna e sovranazionale, che hanno, appunto, l'obiettivo di assicurare la fiducia².

L'interpretazione di questa normativa da parte del giudice comune costituisce l'oggetto di questo sintetico contributo. In tal senso, centrale sarà una disamina degli orientamenti giurisprudenziali in tema del cd. *interest rate swap* (*irs*), ossia quel contratto di scambio (*to swap*) di obbligazioni pecuniarie future e che in sostanza si traduce nel dovere di Tizio di dare a Caio la cifra Delta (dove Delta è la somma di denaro corrispondente al capitale₁ per il tasso di interesse W) a fronte dell'impegno assunto da Caio di versare a Tizio la cifra Gamma (dove Gamma è la somma di denaro corrispondente al capitale₁ per il tasso di interesse Z). Oltre a fornire un quadro di riferimento sugli attuali indirizzi giurisprudenziali, dall'esame dell'interpretazione quotidiana di questo contratto emergerà con chiarezza la pluralità delle fonti e la complessità del coordinamento delle categorie del di-

1. P. Grossi, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, maggio 2017, in www.cortecostituzionale.it (le citazioni sono tratte dalle pp. 4, 6 e 8 del testo dell'intervento).

2. Sulla cd. *financial regulation* si veda, quanto alla sua necessità R. Costi, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 769; al cd. multilivello della disciplina V. Roppo, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la Mifid*, in *Econ. dir. terz.*, 2009, 3, p. 424; e – sebbene con riferimento ad un altro ordinamento – quanto alla specialità di questa fonte (cd. *financial regulation*) rispetto al cd. diritto comune (cd. *Old Lady the Common Law*) si veda A. Hudson, *The Law of Finance*, London, 2013¹¹, p. 13.

Il legislatore ha offerto un consistente sostegno a questo progetto, soprattutto con le riforme del 2015-2016.

7. Qualche considerazione finale

Non rientra tra i compiti di questo commento valutare l'efficacia finanziaria della scelta di esternalizzare le "sofferenze" bancarie attraverso l'acquisizione dei beni offerti in garanzia dai debitori spostandole dal bilancio degli istituti di credito a soggetti terzi (con modalità non tanto diverse da ciò che avvenne con le "cartolarizzazioni" degli inizi degli anni 2000) o della scelta di chiudere le procedure esecutive con un ricavato esiguo²¹.

Quello che, però, è importante riaffermare è come non sia corretto far gravare questo progetto sul debitore, attraverso una vera e propria svendita dei suoi beni, e sugli altri creditori di rango minore, che vedono svanire la garanzia generica costituita dal patrimonio del debitore.

Mentre sono, quindi, da condividere le scelte finalizzate a rendere più rapide ed efficienti le procedure esecutive devono essere oggetto di critica tutte le scelte che comportano un abbattimento "drogato" del ricavato delle procedure esecutive in funzione esclusiva della chiusura rapida delle stesse e per la realizzazione dell'interesse alla eliminazione formale delle "sofferenze" bancarie; senza contare la discutibile scelta di ridisegnare il processo esecutivo in base alle esigenze di una sola categoria di creditori.

Se questo è il quadro appare opportuno che il giudice dell'esecuzione in sede di emissione dell'ordinanza con la quale delega, in maniera praticamente

obbligata (art. 591 *bis* cpc) il procedimento di vendita ad un professionista, precisi in modo specifico i casi nei quali si può procedere ad una aggiudicazione a prezzo ridotto (prevedendo, ad esempio, che in occasione del primo esperimento di vendita, tale aggiudicazione avvenga solo con riferimento ad immobili che, per le loro caratteristiche appaiano di difficile collocazione) e preveda riduzioni del prezzo di vendita più limitate rispetto a quelle massime consentite dalla legge.

In sostanza il giudice dell'esecuzione dovrà considerare la possibilità di aggiudicazione a prezzo ridotto e la riduzione del prezzo nella misura massima prevista non come l'ipotesi tipica ma come uno strumento da utilizzare per gli immobili di minore rilievo o per le situazioni nelle quali la liquidazione appaia difficile; in questo modo si potranno contemperare l'interesse pubblico alla rapida definizione delle procedure esecutive e l'interesse del sistema bancario a liberarsi dalle "sofferenze" con l'interesse alla liquidazione dei beni pignorati al miglior valore ricavabili che risponde al diritto del debitore e dei creditori "minori" e, soprattutto, al valore generale della tutela del principio della responsabilità patrimoniale che comporta che il debitore risponda dei suoi debiti verso tutti i creditori con il proprio patrimonio reale e non con ciò che si ottiene attraverso una procedura che ha, di fatto, lo scopo di liquidare il patrimonio al ribasso, purché in tempi rapidi.

In questo modo si potrà pervenire ad una interpretazione ragionevole e conforme ai principi costituzionali, letti anche in combinazione con quanto affermato dalla Cedu²², ed ai principi generali del sistema giuridico italiano, della nuova disciplina dell'esecuzione forzata dopo le riforme degli ultimi anni.

21. Di recente qualche perplessità sulla opportunità di questa scelta è emersa anche dalle posizioni assunte dai rappresentanti dell'Abi che hanno evidenziato come al fine di evitare ribassi esagerati del prezzo di vendita dell'immobile, a nocimento dell'intera procedura, potrebbe essere opportuno che il giudice fissi un prezzo base inferiore al precedente solo fino al limite di un quarto.

22. Cfr. il citato art. 1 del Protocollo addizionale al Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

Il ruolo delle banche nell'aggravamento e nella soluzione della crisi d'impresa

di Mauro Vitiello

Le recenti riforme delle procedure concorsuali hanno profondamente modificato istituti e funzioni ponendo al centro l'obiettivo del risanamento dell'impresa, riducendo i plurimi rischi che nelle operazioni di salvataggio le banche tradizionalmente erano restie a correre.

Si rende necessaria un'attenta disamina del ruolo dell'impresa bancaria, degli strumenti di incentivazione alla soluzione concordata delle crisi con riferimento anche alla capacità di tenuta del principio di eguaglianza piegato dal legislatore alla esigenza primaria di salvataggio dell'azienda.

1. Premessa: i nuovi strumenti per la soluzione concordata della crisi d'impresa

La complessiva riforma della legge fallimentare realizzata nel triennio 2005-2007, non più procrastinabile per la palese inadeguatezza di una normativa risalente al 1942, che integrava il portato di una realtà socio-economica molto distante da quella attuale, ha introdotto nel sistema del diritto concorsuale il principio della centralità dell'azienda, donde un radicale cambiamento delle finalità del controllo giurisdizionale sulla crisi dell'impresa.

Oltre al tradizionale obiettivo di liquidare e realizzare l'attivo nella prospettiva del più ampio soddisfacimento possibile del ceto creditorio si è imposto, in tutti i casi in cui sia ipotizzabile il mantenimento sul mercato dell'azienda gestita dall'imprenditore in difficoltà economico-finanziaria o irrimediabilmente insolvente, lo scopo della conservazione dell'impresa, con le conseguenti ricadute positive della conservazione, che ineriscono al mantenimento dei livelli occupazionali, oltre che dei livelli del prelievo tributario riconducibile all'esercizio dell'impresa.

La disciplina dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, del contratto di affitto e di cessione dell'azienda facente parte dell'asse fallimentare, del concordato fallimentare (che significativamente è stato aperto ai creditori e ai terzi, legittimati a proporre il concordato anche nell'anno in cui la presentazione

della proposta è interdetta al fallito), risente intensamente di tale mutamento di prospettiva, il cui emblema normativo può essere trovato nel secondo comma dell'art. 104-bis l. fall., che a proposito dell'affitto di azienda prevede che «*La scelta dell'affittuario deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali*».

È tuttavia indubbio che il principio della centralità dell'azienda sia immanente e condizionante in misura ancor più netta tutti gli istituti che si propongono di consentire il superamento della crisi, o la gestione dell'insolvenza, secondo modalità alternative a quelle derivanti dalla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore.

La procedura concorsuale del concordato preventivo ed il procedimento degli accordi di ristrutturazione previsto dall'art. 182-bis l. fall., ma nella realtà dei fatti anche l'istituto del piano di risanamento ex art. 67 lett. d) l. fall. (che assai raramente prescinde da un accordo del debitore con tutti i suoi creditori), integrano strumenti di ristrutturazione del debito che muovono dalla premessa della composizione negoziale della crisi da parte del debitore e dei suoi creditori.

La soluzione concordata della crisi dell'impresa ha quindi assunto, nel nostro ordinamento giuridico, un rilievo sino a qualche anno fa impensabile, coerentemente con la diffusa, ed ormai consolida-

l'eventualità che la prosecuzione della gestione caratteristica nella fase successiva all'*automatic stay* in cui si concreta la pubblicazione della domanda ex art. 161, sesto comma, l. fall. produca delle ulteriori perdite e quindi riduca la garanzia patrimoniale dei creditori.

La stessa norma di cui all'art. 182 *sexies* ultimo comma l. fall., che limita la responsabilità ex art. 2486 cc degli amministratori della società in crisi agli atti gestori rivelatisi di natura non conservativa del patrimonio che siano stati posti in essere prima della pubblicazione della domanda di concordato o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, esclude possibili profili di responsabilità civile per la gestione risalente alla fase che segue la presentazione della domanda di concordato o di omologazione degli accordi.

Integra quindi una chiara esplicitazione del-

la volontà legislativa di incentivare la prosecuzione dell'impresa in crisi nella prospettiva della possibile ed auspicata conservazione dell'azienda o del ramo d'azienda.

Non solo, sempre in nome della continuità il legislatore, come visto, accetta il rischio che la contrazione di un finanziamento possa pregiudicare l'interesse dei creditori concorsuali al miglior soddisfacimento possibile, con una significativa riduzione del rischio restitutorio che da sempre, in varia misura, si accompagna all'erogazione del prestito bancario.

Continuità, conservazione delle linee di credito in essere e contrazione di nuovi finanziamenti sono istituti che non possono che esigere ciò che da anni gli analisti più attenti invocano, un complesso di previsioni normative che assicurino la pronta e tempestiva emersione della crisi.

Il nuovo ordinamento della banca secondo la *Bank recovery and resolution directive*

di *Bruno Inzitari*

L'articolo evidenzia come in passato alle crisi o ai dissesti delle banche si sia fatto fronte prevalentemente attraverso processi di acquisizione e assorbimento dell'istituto in crisi da parte di altre banche. Oggi questo tipo di soluzione si rivela però poco praticabile, ed al tempo stesso i vincoli europei limitano fortemente l'alternativa del ricorso ad aiuti di Stato. D'altro canto la funzione che le banche svolgono sul mercato comporta, in caso di loro dissesto, un forte rischio sistemico. Perciò, in attuazione della *Bank recovery and resolution directive*, è stato introdotto anche in Italia il principio della condivisione degli oneri (*burden sharing*) da parte degli azionisti e dei creditori subordinati. Le tecniche di risoluzione del dissesto bancario risultano oggi diverse rispetto a quelle previste dal diritto comune, ritenute non compatibili con la natura della banca e con le esigenze della stabilità del mercato. Viene descritto il modo in cui le procedure di risoluzione del dissesto bancario intervengono sulle passività e ne determinano la riduzione nella misura necessaria per assicurare la continuazione della attività bancaria, distribuendo le perdite sugli azionisti ed i creditori della banca, a condizione che questi ultimi, con la liquidazione concorsuale del patrimonio, avrebbero subito analogo o maggiore pregiudizio.

Premessa

La disciplina delle imprese bancarie ha segnato la più recente e significativa evoluzione nella messa a regime della *Banca Union* nei suoi tre pilastri: il *Single supervisory mechanism (Ssm)*, il *Single resolution mechanism (Srm)* ed il *Dgs (deposit guarantee scheme)*.

Il meccanismo unico di supervisione viene realizzato attraverso l'attività di vigilanza della Banca centrale europea (Bce) nelle cosiddette banche *significant* e delle autorità nazionali sulle cosiddette banche *less significant*, nell'ambito di linee guida uniformi stabilite dalla BCE, che all'occorrenza può avocare la supervisione.

Attraverso la Bce, le autorità nazionali ed il *Single resolution mechanism (Srm)* viene pertanto attuata una gestione unitaria della Vigilanza e della crisi dell'impresa bancaria al fine di evitare distorsioni competitive.

La nuova disciplina conferma la rilevante diversità dei principi che regolano la crisi della banca rispetto alla crisi dell'impresa di diritto comune. L'attività dell'impresa bancaria, già con la disciplina del Testo unico bancario del 1993 ed ora con la disciplina di cui alla *Bank recovery and resolution directive*, Direttiva 2014/59/UE (successivamente *Brrd*) attuata in Italia dal d.lgs 16 novembre 2015 n. 180 e dal d.lgs della stessa data n. 181, si può dire che è non tanto rivolta a regolare il rapporto con i creditori quanto piuttosto il corretto esercizio del rapporto fiduciario, che contraddistingue l'attività bancaria sia nell'attività di raccolta, sia nell'attività di erogazione del credito¹.

L'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni ed addirittura la conclamata insolvenza, mentre per l'impresa di diritto comune possono costituire la prima parte di una fase volta alla ristrutturazione del debito e alla ricerca di una soluzione concordata con i creditori, per la banca costituiscono lo stadio finale della crisi stessa.

1. Cfr. R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 799 ss.; A. Antonucci, *Diritto delle banche*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 387 ss.

tà applicabili in sede concorsuale, ricade il peso delle perdite; 3) nella stima del trattamento che ciascuna categoria di azionisti e creditori riceverebbe se l'ente, piuttosto che essere sottoposto a risoluzione fosse sottoposto a liquidazione coatta amministrativa.

Quindi la Banca d'Italia quale autorità di risoluzione in sede di *valutazione* deve effettuare un preliminare apprezzamento del principio di *No Creditor Worse Off* (Ncwo). A tal fine debbono essere prese in considerazione alcune ipotesi, tra le quali: la durata della procedura di liquidazione coatta amministrativa che viene stimata in dieci anni, con una realizzazione degli attivi con operazioni di cessioni in blocco nei primi due anni; la stima dello scenario liquidatorio delle immobilizzazioni immateriali, delle attività fiscali, delle partecipazioni, delle immobilizzazioni materiali, dei crediti opportunamente svalutati a seconda che si tratti di crediti *in bonis*, in sofferenza o deteriorati, apportando quindi le dovute svalutazioni. Devono essere inoltre stimati i costi della procedura di liquidazione tra i quali quelli derivanti dall'interruzione anticipata dei rapporti di lavoro in relazione alle risorse impiegate, nonché dei costi per spese legali connesse al possibile contenzioso anche riferito alla formazione dello stato passivo.

I valori del presumibile realizzo degli attivi al netto dei costi della procedura di liquidazione devono essere quindi rapportati al fabbisogno espresso dalla complessiva esposizione debitoria della banca, con una stima articolata in relazione alle differenti categorie di creditori sociali, nel rispetto dell'ordine di soddisfazione stabilito dalla legge in sede concorsuale, in modo tale da valutare l'avvenuto rispetto del criterio del Ncwo.

Poiché come si è analizzato il processo di distribuzione della perdita avviene, sulla base di stime previsionali, la disciplina del d.lgs n. 180 del 2015 prevede opportunamente un importante momento di verifica dei presupposti delle azioni di risoluzione e dei suoi effetti sui soggetti coinvolti attraverso una ulteriore stima effettuata da un esperto indipendente, appositamente incaricato dalla Banca d'Italia (art. 88, d.lgs n. 180 del 2015). La *valutazione della differenza di trattamento* deve determinare il trattamento che azionisti e creditori, e se del caso anche il sistema di garanzia dei depositanti, avrebbero ricevuto se l'ente

fosse stato sottoposto a liquidazione coatta amministrativa e quindi accertare l'eventuale differenza di trattamento che essi hanno ricevuto per effetto delle azioni di risoluzione.

Di conseguenza l'art. 89, d.lgs n. 180 del 2015, stabilisce un principio volto a mitigare *ex post* le conseguenze subite dagli azionisti e dai creditori per effetto dell'azione di riduzione e riconosce loro, laddove avessero subito perdite maggiori di quelle che essi avrebbero sopportato in caso di liquidazione coatta amministrativa, il diritto di ricevere a titolo di indennizzo una somma equivalente alla differenza determinata sulla base della *valutazione della differenza di trattamento*.

Tale diritto è correttamente definito con riferimento alla figura dell'indennizzo e non del risarcimento del danno, in quanto non ha la funzione di reintegrare un danno contrattuale o extracontrattuale, né di porre rimedio alla violazione di un diritto assoluto o relativo, né tantomeno di rimediare ad un fattispecie di indebito bensì piuttosto ha la funzione di riconoscere una somma a titolo di rettifica dei conteggi di stima precedentemente applicati e successivamente aggiornati.

Il principio di diritto dal quale si muove la previsione dell'indennizzo previsto dall'art. 89, d.lgs n. 180 del 2015, è nella sostanza il medesimo che regola la rettifica del contratto di cui all'art. 1430 cc. Va osservato che mentre in quest'ultima fattispecie le obbligazioni che discendono dalla rettifica del contratto ricadono sui contraenti che si sono avvantaggiati dell'errore di calcolo, secondo una logica che ripercorre la *ratio* dell'indebito, nel caso dell'indennizzo previsto dall'art. 89, l'onere della corresponsione dell'indennizzo stesso non può certamente ricadere sull'*ente-ponte* cessionario dell'azienda bancaria o comunque sul patrimonio oggetto della cessione. I patrimoni di questi ultimi sono infatti estranei tanto ai procedimenti di conversione e riduzione a suo tempo realizzati dall'autorità di risoluzione, quanto all'atto di cessione a suo tempo attuato dalla stessa. Conseguentemente il comma 2 dell'art. 89, pone tale indennizzo a carico del fondo di risoluzione. Quest'ultimo sulla base dei nuovi dati potrebbe a sua volta ridimensionare l'entità del suo intervento, compensando quindi l'onere dell'erogazione di tali indennizzi.

Crisi delle banche venete ed “aiuti di Stato”

di Guido Federico

La recente messa in liquidazione delle banche venete, alla luce della disciplina della crisi delle banche, quale risulta dalla pluralità di fonti normative che si intersecano e sovrappongono, in modo non sempre lineare, tra normativa europea di settore, disciplina degli aiuti di Stato prevista dal Tfue, disposizioni di “soft law” e normativa nazionale.

Premessa

Sin dall’inizio della recente crisi economica (fine 2007)¹ la Commissione europea ha svolto un ruolo centrale nel coordinamento delle azioni intraprese dai singoli Stati membri per far fronte alle crescenti e diffuse difficoltà del settore bancario².

La principale leva utilizzata dalla Commissione è stata una applicazione flessibile della disciplina degli aiuti di Stato³.

L’articolo 107 Tdue⁴, com’è noto, vieta in via gene-

rale gli aiuti di Stato che, «favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

Tale disposizione consente tuttavia alla Commissione europea di dichiarare “compatibili” con il mercato interno gli aiuti di Stato in quanto siano concessi «per porre rimedio ad un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro»⁵.

Nella prima fase della crisi, la vigilanza europea ha quindi consentito il ricorso da parte degli Stati membri ad un notevole sostegno pubblico,

1. La crisi finanziaria ed economica, che ha investito tutti gli Stati membri dell’Unione europea, ha comportato un vero e proprio cambio di strategia da parte della Commissione, la quale ha dovuto fronteggiare il continuo susseguirsi di interventi statali in favore delle banche; vedi al riguardo, per una ricostruzione diacronica, F. Croci, *L’impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario, Il Diritto dell’Unione europea*, II, fac.4, 2014, pp. 733 e ss.

2. Si afferma, ben presto, l’esigenza di disciplinare con un corpo normativo *ad hoc*, costituito dalle cd. “crisis communications” (su cui più diffusamente, *infra*, alla nt. 7), il tema degli aiuti di Stato alle banche, che la situazione di crisi economica e finanziaria, rapidamente diffusasi, non consentiva di mantenere nell’alveo dell’impostazione tradizionale.

3. Per una esposizione dei costi dell’intervento pubblico nell’eurozona, vedi F. Vella, *Banche italiane e crediti deteriorati. Alla ricerca di soluzioni efficienti e orientate alla crescita*, in *Bancaria*, n. 5, 2017, p.3, il quale mette in evidenza come nel periodo anteriore all’introduzione del *bail-in*, tra il 2008 ed il 2014, in ambito comunitario sono state deliberate risorse pubbliche in favore delle banche per quasi 5.000 miliardi di euro, dei quali effettivamente utilizzati poco più di 1.900 miliardi, parte dei quali, peraltro, successivamente rientrati nelle casse statali.

4. Per un commento approfondito sulla disciplina degli aiuti di Stato e un’analisi delle diverse ipotesi di aiuti “compatibili”, si veda M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell’unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014; A. Biondi, P. Eeckhout, J. Flynn, *The law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004; J.J.P. Lopez, *The Concept of State Aid Under EU Law*, Oxford, 2015.

5. art. 107.3(b). Si osserva che sino all’ottobre 2008 le applicazioni della deroga prevista dalla norma su menzionata erano state pochissime e nessuna aveva riguardato operatori del settore bancario. In tutte le ipotesi di difficoltà di singole banche la Commissione aveva applicato la diversa deroga prevista dall’art. 107.3 lett c), vale a dire «gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse».

L'attività delle banche dal punto di vista del giudice delle misure di prevenzione

di *Francesco Menditto*

I sequestri e le confische, di prevenzione e penali, comportano non di rado rilevanti conseguenze per i terzi creditori che subiscono il depauperamento del patrimonio del debitore destinatario del provvedimento.

La necessità di trovare un punto di equilibrio tra la tutela dei diritti di terzi incolpevoli e l'esigenza di evitare modalità elusive del provvedimento.

L'esame dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa dimostra, però, che i principali terzi che agiscono per la tutela dei propri diritti sono gli istituti di credito, spesso particolarmente propensi (in particolare nel passato) a concedere il credito a soggetti "opachi".

Sullo sfondo, ma non di secondaria importanza, il ruolo svolto dalle banche nei confronti delle aziende sequestrate e confiscate in cui, tra molteplici indici negativi, a partire dalla concreta interruzione del credito, si rinviene qualche azione positiva.

1. Criminalità da profitto, prevenzione e contrasto patrimoniale nella evoluzione normativa

Appare sempre più evidente il limite del diritto penale classico nei confronti di gravi forme di criminalità che si fondano sull'acquisizione di illeciti profitti e che pongono in pericolo beni tutelati dalla Costituzione, tanto da inquinare profondamente l'economia legale.

Tra le diverse forme di *criminalità da profitto* un ruolo *egemone* è rappresentato da tre settori, indicati da più parti come una delle principali cause, non solo d'illegalità, ma anche di mancata crescita del Paese

attraverso un'azione di *inquinamento* della società e dell'economia legale che mina i principi (e i valori) dello Stato democratico: mafie, corruzione ed evasione fiscale.

La penetrazione di queste "economie" illecite, che accumulano guadagni smisurati¹, comporta una perdita di risorse sottratte dalla criminalità e, soprattutto, la mancata crescita dell'economia legale².

Il costo sociale e culturale di queste forme di criminalità è percepibile con evidenza nel vivere quotidiano.

La relazione tra i tre fenomeni può essere così riassunta: «I tre versanti di criminalità non sono vertici di un triangolo, separati fra loro; sono frammenti di

1. I ricavi illegali complessivi delle mafie sono quantificati, in media, in 25,7 mld € annui, pari all'1,7% del Pil italiano. In tal senso il rapporto di Transcrime, *Gli investimenti delle mafie*, realizzato nel 2013 per il Ministero dell'Interno nell'ambito del Progetto Pon Sicurezza 2007-2013, reperibile sul sito www.transcrime.it.

Il costo della corruzione è stimato in 60 mld € annui nella *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione* presentata il 3 febbraio 2014 della Commissione al Parlamento europeo: «*The Italian Court of Audit pointed out that the total direct costs of corruption amount to EUR 60 billion each year (equivalent to approximately 4% of GDP). In 2012 and 2013 the president of the Court of Audit reiterated concerns as to the impact of corruption on the national economy*». La relazione è reperibile sul sito <http://ec.europa.eu>.

2. Nel corso dell'audizione del 14 gennaio 2015, innanzi alla Commissione antimafia il governatore Ignazio Visco ha quantificato il peso dell'economia criminale, nel quadriennio 2005-2008 - in oltre 10 punti di Pil, cui vanno aggiunti i minori investimenti esteri di almeno il 15%.

contraria ai principi di buona fede⁹³, può comportare responsabilità della banca che ha concesso il mutuo⁹⁴ e, in ogni caso, può essere adito il Giudice civile per ottenere gli idonei provvedimenti urgenti che “bocchino” gli effetti negativi della segnalazione consistenti nella ridotta possibilità di ottenere linee di credito ed affidamenti bancari che spesso portano all’interruzione dell’attività imprenditoriale⁹⁵. Anche in questo caso è dovuta intervenire la Banca d’Italia, con circolare del 31 marzo 2014.

8.2. Una (seconda) conclusione

Ancora una volta emerge il difficile rapporto tra istituti di credito e sequestri/confische penali e di prevenzione.

Se non può ignorarsi che la banca è un imprenditore che presta denaro, va sottolineato che non di rado emergono comportamenti in cui l’istituto di credito “si contrappone” all’amministrazione giudiziaria creando non pochi problemi per la prosecuzione dell’attività aziendale.

La normativa non agevola ed è auspicabile una rapida modifica. Intanto a fronte dei plurimi sequestri di aziende, col rischio della chiusura, con perdita di valore e di posti di lavoro, è necessario coltivare tutte quelle prassi che consentono un confronto franco e di svelare se e quali istituti di credito affrontano in modo propositivo il tema.

In questo contesto un ruolo fondamentale dovrebbe svolgere l’Agenzia nazionale per i beni sequestrati che, però, si dibatte in grandi problematiche che ne limitano l’azione.

Ancora una volta è rimesso dunque, alla giurisdizione, nelle sue varie articolazioni e funzioni, diffondere le buone prassi, anche con l’ausilio delle associazioni impegnate nel recupero dei beni sequestrati e confiscati.

I numeri consistenti delle aziende sequestrate e confiscate, i rischi evidenziati, l’assenza di continuità di azioni positive da parte degli istituti di credito, rischiano nei prossimi anni di fare diventare questa una vera e propria emergenza.

93. Sull’obbligo di buona fede nell’esecuzione del contratto cfr. Cass. civ. sez. III, 7 giugno 2006, n. 13345, in *Ced Cass.*, n. 591115.

94. Cass. civ. sez. I, 2 marzo 2010, n. 12626, inedita.

95. Trib. Trapani, 24 aprile 2014, inedito, con cui si ordina, con provvedimento urgente, la cancellazione della segnalazione.

L'estremismo violento e le contraddizioni delle “nostre” libertà

di Luigi Marini *

La crescita esponenziale delle vittime di estremismo e terrorismo in Africa costituisce un fenomeno terribile in sè e una realtà preoccupante anche sul piano degli equilibri internazionali. Questo non può far passare sotto silenzio l'aumento dei crimini violenti e di odio all'interno del mondo occidentale e, in particolare, degli Stati Uniti. Le politiche della nuova Amministrazione statunitense sono oggi messe sotto *stress* da episodi ripetuti di intolleranza e dalle loro conseguenze in termini di vite umane e di deriva culturale. Il tema della violenza estremista ha assunto da tempo una rilevanza universale e chiama la comunità internazionale a cercare risposte nuove. A sua volta, il dibattito apertosi dopo i fatti di Charlottesville chiama in causa valori fondanti della civiltà americana e della sua Costituzione e fa emergere l'esigenza di un loro “aggiornamento”.

1. Nell'anno 2000 gli atti di violenza connessi a estremismo o riconducibili a ragioni di lotta politica in tutto il continente africano erano limitati nel numero e concentrati in particolare nell'area algerina. Negli anni che hanno preceduto le “rivoluzioni” del 2011 e i fatti di Libia essi sono cresciuti progressivamente, pur rimanendo un fenomeno ancora limitato geograficamente. Nel complesso gli “attacchi” commessi nel periodo dal 2000 al 2010 sono stati 1.699 e hanno provocato 8.900 decessi e 6.605 ferimenti. Assai più preoccupante quanto avvenuto negli anni 2011-2016 (i dati si fermano al mese di febbraio), coinvolgendo la Libia, altre aree mediterranee nonché ampi settori dell'Africa centrale, del Sahel, del Corno d'Africa: 5.745 attacchi, con 33.300 morti e 10.790 feriti. L'anno terribile è stato il 2015, quando con oltre 8.000 morti la regione dell'Africa sub-sahariana è divenuta quella più colpita nel mondo dopo la regione Mena (Medio Oriente e Nord Africa)¹.

Questi dati, raccolti nell'ambito di una complessa ricerca condotta dal bureau regionale africano di *United Nations Development Program* (Undp)², devono far riflettere per la loro rilevanza obiettiva in un continente la cui popolazione è in crescita esponenziale e rappresenta a livello globale la quota di gran lunga maggiore delle persone sotto i 30 anni di età. Ma devono far riflettere anche per l'inevitabile confronto con i dati e con le analisi che abbiamo letto riguardo alla realtà europea e in senso lato occidentale, aree in cui il numero di attentati e di vittime per atti di terrorismo si presenta enormemente inferiore e in cui i contesti sociali e istituzionali manifestano una ben diversa solidità.

2. La ricerca Undp ha richiesto oltre due anni di lavoro e ha cercato di andare alle radici di questa impressionante esplosione di violenza, che per

(*) Esperto legale alla Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni Unite, New York. Le opinioni contenute in questo intervento sono espresse a titolo personale e non impegnano l'Amministrazione.

1. Poco meno di 14.000 le morti in tale Regione e circa 7.000 quelle nel Sud Est Asiatico, altra area critica e con un numero crescente di episodi e un forte incremento nella presenza di terroristi.

2. Il rapporto, *Journey to extremism in Africa*, è stato presentato alle Nazioni Unite da Undp nel mese di settembre 2017 ed è disponibile sul suo sito web.

non armate. La sproporzione fra le due realtà è evidente, tanto che un riferimento indiretto si rinviene perfino nella mozione parlamentare dell'11 e 12 settembre 2017 di cui abbiamo detto poco sopra.

Questa sproporzione e le dimensioni che essa sta assumendo fanno riflettere molti commentatori sulla natura stessa delle libertà di associazione e di parola quando vengono sistematicamente sostenute con forme para-militari per quanto non contrarie alla legge. Di qui la richiesta al mondo politico di andare oltre le mere censure e di ripensare il diritto dei cittadini di circolare armati; e di qui la invocazione di nuove forme di controllo in presenza di manifestazioni organizzate: per ragioni di ordine pubblico, ma anche come intervento di tutela del diritto di manifestazione del pensiero di coloro che si radunano senza portare armi.

14. I legami attuali e potenziali fra cultura dell'odio, estremismo violento e atti di terrorismo sono emersi in tutta la loro portata negli ultimi anni. Si tratta di materia delicatissima, che muove dalla fondamentale libertà di manifestazione del pensiero e può assumere le più diverse connotazioni: forme legittime di opposizione politica, oppure reazione organizzata a regimi totalitari o anche solo autocratici, ma anche condotte illegali sul piano interno e internazionale.

In queste pagine ho accostato due realtà molto diverse tra loro, come quella africana e statunitense, e richiamato per un attimo l'esperienza che stiamo vivendo in Europa. Per quanto eterogenei siano i contesti, sembrano ravvisabili somiglianze ed elementi di continuità che fanno riflettere e che ci dicono che anche le realtà istituzionalmente più democratiche non sono affatto immuni da rischi che per moltissimo

tempo abbiamo considerato poco e teso a proiettare su altre realtà e altri soggetti.

Non affrontate con onestà intellettuale, le cause profonde della violenza si radicano e finiscono per consolidarsi nella percezione e nella cultura delle persone. Per questo le parole e le scelte della nuova Amministrazione americana suonano per molti come un pericolo da disinnescare rapidamente sia nelle vicende domestiche sia nelle relazioni internazionali. Compito molto difficile alla luce della cultura diffusa nel Paese e delle contraddizioni che su questi temi segnano anche settori dell'opposizione democratica.

Ma nessun Paese può dirsi immune dai pericoli che derivano dal conflitto sociale e dai messaggi violenti, siano essi fondati su ragioni razziali, etniche, politiche o religiose. Meglio ancora, nessun Paese può pensare che un conflitto che si sviluppa in una realtà lontana sia da guardare con indifferenza: in un mondo globalizzato gli attori e le ragioni di quel conflitto sono in grado di riproporsi rapidamente altrove, magari con forme diverse e con obiettivi diversi.

Infine, è ormai evidente a tutti che le risposte militari e securitarie possono compiere solo una parte del lavoro, il cui cuore sta, piuttosto, in percorsi di medio e lungo termine che coinvolgano politiche sociali di riduzione delle diseguaglianze e di educazione alla pace, alla legalità e al rispetto delle diversità.

Sarebbe davvero sbagliato pensare, come purtroppo fanno alcuni Paesi importanti, che queste politiche e il rispetto dei diritti fondamentali costituiscano forme di debolezza. Per questo continuo a ritenere che le conquiste dello Stato di diritto e delle libertà fondamentali debbano essere difese, innanzitutto, all'interno dei Paesi e delle aree che ne vanno fieri. Nell'attuale dimensione internazionale non possiamo più permetterci tante buone parole accompagnate da troppi cattivi esempi.

Gli autori

Maria Acierno, consigliere della Corte di cassazione

Andrea Barengli, ordinario di diritto privato, Università del Molise

Carlo Brusco, già presidente di sezione della Corte di cassazione

Giuseppe Leonardo Carriero, componente effettivo del Collegio di Napoli dell'Arbitro bancario finanziario

Giulio Cataldi, presidente di sezione del Tribunale di Napoli

Claudio Consolo, ordinario di diritto processuale civile, Università di Roma La Sapienza

Piero Curzio, presidente di sezione della Corte di cassazione

Carlo De Chiara, consigliere della Corte di cassazione

Luigi De Ruggiero, già presidente di sezione della Corte di appello di Milano

Vincenzo Di Cerbo, presidente di sezione della Corte di cassazione

Camilla Di Iasi, presidente di sezione della Corte di cassazione

Aldo Angelo Dolmetta, consigliere della Corte di cassazione

Guido Federico, consigliere della Corte di cassazione

Azzurra Fodra, giudice del Tribunale di Livorno

Piero Gaeta, sostituto procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione

Daniele Imbruglia, borsista di ricerca, Università di Firenze

Bruno Inzitari, ordinario di diritto privato, Università di Milano-Bicocca

Luigi Marini, magistrato, legal adviser alla Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni Unite

Andrea Mascherin, presidente del Consiglio nazionale forense

Francesco Menditto, procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli

Luca Minniti, giudice del Tribunale di Firenze

Andrea Pasqualin, componente del Consiglio nazionale forense

Domenico Pulitanò, emerito di diritto penale, Università di Milano-Bicocca

Bruna Rizzardi, giudice del Tribunale di Milano

Renato Rordorf, presidente aggiunto della Corte di cassazione, direttore di Questione Giustizia

Pasquale Serrao d'Aquino, magistrato addetto all'Ufficio Studi del Consiglio superiore della magistratura

Giuseppe Vettori, ordinario di diritto civile, Università di Firenze

Francesco Vigorito, presidente di sezione del Tribunale di Roma

Mauro Vitiello, sostituto procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione