

Giudizio di cassazione

Il “nuovo” giudizio di rinvio: la Cassazione giudice di terza istanza?

di GUIDO VIDIRI

L'Autore affronta la problematica, altamente dibattuta, se (ed in quali limiti) il giudizio di cassazione rimanga essenzialmente, o prevalentemente, un giudizio di diritto, o se (ed in quali limiti) la Corte di cassazione sia divenuta invece un vero e proprio giudice di terza istanza. Alla luce di ciò viene fatto un breve cenno ai caratteri del giudizio di rinvio e alle modifiche che nel corso degli anni ha subito il testo dell'art. 384 c.p.c.

Il tradizionale ruolo della Corte di cassazione come giudice del diritto

È stato ricordato in quella che rimane tuttora la massima opera della nostra letteratura in argomento che la Corte di cassazione e il ricorso si trovano in certo qual modo contrapposti o quanto meno isolati l'uno dall'altro (1). Si legge così in detta opera una duplice definizione: della Corte di cassazione intesa come «un organo giudiziario supremo, unico nello Stato che, per uno scopo diverso da quello giurisdizionale, cioè per lo scopo di controllare che i giudici decidano le controversie secondo la legge e che sia mantenuta in tutto lo stato l'uniformità della interpretazione giurisdizionale, annulla, su ricorso degli interessati, le sentenze dei giudici inferiori che contengono un errore di diritto nella decisione nel merito»; e del ricorso per cassazione inteso come «un'azione di impugnativa che si porta dinanzi all'organo supremo per ottenere l'annullamento di una sentenza di un giudice inferiore» (2). In questa ottica è lo Stato che «affida all'attività privata la vigilanza sulla esatta interpretazione del diritto obiettivo», consentendo al ricorrente, quasi in «una cointeressenza negli utili» di giovare della cassazione per la migliore tutela del suo interesse individuale, sicché «la decisione sull'esistenza del diritto di impugnativa è una decisione sull'interesse pubblico all'esatta interpretazione della legge» (3).

Riserve a questa opinione sono state autorevolmente mosse attraverso l'assunto che Corte di cassazione e ricorso per cassazione devono essere visti, invece, come un unico ed indifferenziato istituto perché la Cassazione è niente altro che il procedimento che si svolge davanti a quei giudici che costituiscono la Corte, e perché «il privato che propone il ricorso per cassazione vuole l'osservanza della legge né più né meno di quel che lo vuole lo Stato, perché lo Stato in quel momento è lui, ed allo stesso modo il giudice quando dichiara la legge lo fa nell'interesse dello Stato». In altri termini, l'inten-

resse dello Stato è che la legge sia realizzata nei confronti del soggetto (4).

Anche se l'ora accennata difformità di opinioni - incentrata su di una diversa visione del processo e dei valori ad esso sottesi - si è perpetuata nel tempo segnando il punto più qualificante di una successiva sterminata produzione dottrinale sul ruolo della Cassazione e sollecitando considerazioni di ben più ampio respiro e spessore - pure sul versante della dottrina generale del diritto - di quelle oggetto del presente scritto (5), allo stato la problematica di certo più dibattuta attiene alla risposta da dare alla domanda: se (ed in quali limiti) il giudizio di cassazione (sorto, come in precedenza si è rimarcato seppure con differenziati approcci ricostruttivi, su impulso di una parte che per essere soccombente si è avvalsa di un mezzo di impugnazione quale è il ricorso per cassazione) rimanga essenzialmente, o prevalentemente, un giudizio di diritto, ossia un giudizio volto a controllare, in funzione nomofilattica, la puntuale applicazione della legge; o se (ed in quali limiti) la Corte

Note:

(1) In argomento - anche per un esauriente esame delle passate vicende storiche che hanno riguardato il ruolo e le funzioni della Corte di cassazione - vedi *amplius*: Calamandrei, *La Cassazione civile*. I. Torino 1920, 763 ss.

(2) In tali termini ancora: Calamandrei, *op.cit.*, II, 136 ss.

(3) Per una esauriente epitome dell'opinione del Calamandrei sul ricorso per cassazione e per considerazioni critiche sollevate al riguardo, cfr.: Satta, voce *Corte di cassazione* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, vol. X, Milano 1962, 797 e ss., e spec. 804-805.

(4) Così Satta, *op. cit.*, 805.

(5) Tra i tanti e qualificati contributi sulla Corte di cassazione vedi per tutti: Fazzalari, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano 1960; Calamandrei-Furno, *Cassazione civile*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino 1958, 1053 ss., e, più di recente, Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 217 ss.; Panzarola, *La Cassazione civile giudice del merito*, I e II, Milano 2005; Bove, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile* 2004, 947 ss.; Id., *Il sindacato della Corte di cassazione*, Milano 1993.

di cassazione sia divenuta invece - per una parte consistente del contenzioso ad esso assoggettabile - un vero e proprio giudice di terza istanza, con la conseguenza di dovere constatare, per effetto del testo dell'art. 384 c.p.c., riscritto dall'art. 12 d. lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 (in materia di processo di cassazione e di arbitrato), una modifica sostanziale del ruolo del massimo organo della giurisdizione in ragione di un diverso rapporto tra la tradizionale funzione nomofilattica ed una "nuova" funzione, concretizzantesi nella giurisdizione del caso singolo da parte del giudice di legittimità che diventa, in ipotesi non marginali, anche giudice di merito (6).

E che l'indicata problematica sia destinata a costituire nel prossimo futuro oggetto di ampio dibattito è corollario del diverso e, per molti aspetti, decisivo ruolo assunto nella giurisprudenza dal principio, ora costituzionalizzato, della "ragionevole durata del processo" (cfr. art. 111, comma 2, Cost.) (7), che impone una rivisitazione dell'istituto del giudizio di rinvio, cui è stato addebitato con fondate ragioni l'inconveniente di prolungare, sovente senza alcun plausibile motivo, e con conseguenti alti costi anche umani non più sopportabili, l'approdo ad una definitiva decisione della controversia (8).

Orbene, un iter argomentativo sul tema che voglia assumere anche la sola parvenza di una relativa compiutezza non può prescindere da un seppure breve accenno ai caratteri del giudizio di rinvio, e da un esame delle modifiche che nel corso degli anni ha subito l'iniziale testo dell'art. 384 c.p.c. e dei correlati orientamenti dottrinari e giurisprudenziali formatisi su dette modifiche.

La nuova normativa sul giudizio di cassazione e la funzione nomofilattica della Corte

Il ricorso per cassazione è un mezzo di impugnazione ordinario, come l'appello, nel senso che la possibilità della sua proposizione impedisce il passaggio in giudicato. A differenza dell'appello non ha però un effetto devolutivo, non importando una rinnovazione del giudizio e, pertanto, non può essere considerato una terza istanza di giudizio. Con tale mezzo impugnatorio si possono denunciare unicamente *errores in procedendo* o *in iudicando* ed il giudizio che ne consegue è limitato ai soli vizi denunciati sì da configurarsi "a critica vincolata", ed a cognizione limitata dai motivi addotti a sostegno del ricorso (9).

È opinione comune che con la novella del 2006 si sia avuto un rafforzamento della funzione nomofilattica della Cassazione, di cui è riprova tra l'altro: il contenuto del ricorso introduttivo e dei motivi posti a suo sostegno (artt. 360 e 366 c.p.c.); la nuova estensione del principio di diritto, pronunziato dalla Suprema Corte (art. 384 c.p.c.); il più incisivo rapporto tra pronunzie delle Sezioni Unite e quelle delle Sezioni semplici (art. 374, comma 3, c.p.c.); il diverso è più ampio rilievo assunto dal ricorso nell'interesse della legge (art. 363 c.p.c.); ed, ancora, l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accor-

di collettivi nazionali di lavoro (art. 420 bis c.p.c. ed art. 146-bis disp. att. c.p.c.) (10).

Accanto alle dette regole dettate per il recupero della nomofilachia, perseguita a fatica dalla Corte per il progressivo aumento del contenzioso, documentato nel 2005 da oltre ventinovemila sentenze, si rinvencono importanti disposizioni di carattere propriamente garantistico (contraddittorio sulle questioni sollevate d'ufficio ex art. 384, comma 3, c.p.c.; ricorribilità per tutti i motivi ex art. 360, comma 4, c.p.c. anche dei provvedimenti diversi dalla sentenza per i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge; ampliamento delle ipotesi di revocazione ex art. 391-ter) (11), ed altre ancora da reputarsi, per diversa via, come sollecitatorie della definizione del giudizio, quali le disposizioni aventi ad oggetto: il ricorso per *salutem* consentito ora anche anteriormente alla sentenza impugnata (366 c.p.c.); l'intervento sui provvedimenti impugnabili (per essere ex art. 339, comma 3, c.p.c. le sentenze del giudice di pace soggette a gravame per violazione delle norme processuali, delle norme costituzionali e dei principi regolatori della materia, sì da impedire una eccessiva proliferazione dei ricorsi su controversie "bagattellari", che possono però ugualmente giungere in cassazione dopo il gravame seppure attraverso il filtro della sentenza del tribunale) (12);

Note:

(6) Per i primi commenti al giudizio di cassazione riformato dal d. lgs. n. 40 del 2006 cfr.: Cecchella, *Il nuovo giudizio dinanzi alla Corte di cassazione*, in Bove-Cecchella, *Il nuovo processo civile*, Il Sole 24 Ore, Milano 2006, 39 ss.; Mandrioli, *Le ultime riforme del processo civile*, Appendice di aggiornamento alla XVII edizione del dir. proc. civ., Milano 2006, 439 ss.; Sassani, *op. loc. cit.*; C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 157 e ss., spec. 199-207.

(7) Sul rilievo che assume, anche ai fini dell'interpretazione delle singole norme del codice di rito, il disposto dell'art. 111, comma 2, Cost., vedi: Vidiri, *La ragionevole durata del processo ed il principio di non contestazione*, in Riv. it. dir. lav. 2006, I, 55 ss.; Id., *L'art. 111, comma 2, Cost. e le recenti pronunzie della cassazione sul processo*, in Mass. giur. lav. 2006, 172 ss.

(8) Rimprovera da tempo al sistema della cassazione di avere il "piccolo" difetto di aprire le porte, in caso di accoglimento, al giudizio di rinvio, e quindi di essere oltremodo dispendioso ed antieconomico: Cipriani, *Contro la cassazione con rinvio*, in Foro it. 2002, I, 2522, cui adde, sempre dello stesso autore, Giuseppe Pisanelli ed il processo civile, in Rass. dir. civ. 2001, 52 ss., nonché, Nuovi presidenti e vecchi problemi della Corte di cassazione, in Foro it. 1999, I, 1865 ss.

(9) Sulla nozione e funzione del ricorso per cassazione vedi per tutti: Mandrioli, *Le ultime riforme cit.*, 39-46.

(10) Sull'accertamento pregiudiziale vedi: Vidiri, *La riforma del 2005: la funzione nomofilattica della cassazione e l'interpretazione dei contratti collettivi*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, vol. 3, gennaio-giugno, Milano 2006, *Problemi attuali sul processo del lavoro*, 15-29; Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione cit.*, 220-221, che evidenzia come la funzione nomofilattica della Suprema Corte esca rafforzata dall'interpretazione omogenea della parte normativa della contrattazione collettiva.

(11) In tali esatti sensi vedi: Sassani, *Il nuovo giudizio cit.*, 217-218.

(12) Cfr. al riguardo Cecchella, *Il nuovo giudizio cit.*, 47, che precisa altresì come, nella stessa prospettiva di limitare i tempi della giustizia, si muova l'intervento sull'art. 23 della legge 24 novembre 1981 n. 689, es-

(segue)

l'eliminazione della possibilità del ricorso immediato e diretto contro «le sentenze che decidono di questioni insorte senza definire neppure parzialmente, il giudizio» (art. 360, comma 3, c.p.c.) non potendo più la Corte essere investita delle suddette questioni (quali ad esempio: la non intervenuta prescrizione) nel caso in cui il processo di merito prosegua (13).

E nell'ambito delle disposizioni dirette a determinare una economia di attività processuale si colloca la nuova regolamentazione della cassazione sostitutiva, ovvero di una pronunzia non solo rescindente ma anche rescissoria del giudice di legittimità «al fine di evitare i tempi dell'altrimenti inevitabile appendice, costituita dal rinvio al giudice di merito» (14).

Orbene, per meglio saggiare la portata delle introdotte innovazioni e per meglio comprendere in che termini esse finiscano per incidere sulla natura e funzione del ricorso per cassazione risultano utili alcune puntualizzazioni sull'ambito di operatività della cassazione con rinvio (art. 383 c.p.c.) e della cassazione con decisione sul merito (art. 384 c.p.c.), nonché sui tratti che ne caratterizzano l'iter procedurale attraverso il quale si perviene alla decisione da parte del giudice di legittimità (15).

Cassazione con rinvio ed estinzione del processo

Con la cassazione con rinvio viene chiuso il giudizio rescindente attraverso l'eliminazione del provvedimento impugnato e la controversia viene rimessa, per il giudizio rescissorio, «ad altro giudice di pari grado a quello che ha pronunziato la sentenza cassata» (art. 383, comma 1, c.p.c.).

La designazione del nuovo giudice - davanti al quale la controversia va riassunta - determina una competenza funzionale (16) e detta designazione non è suscettibile di modifica né da parte del giudice di rinvio né dalla Cassazione, ma può essere soltanto oggetto di correzione di errore materiale (17).

Alla stregua dell'art. 392 c.p.c. la riassunzione della causa deve poi avvenire, a cura di una qualunque delle parti del giudizio rescindente, non oltre un anno dalla pubblicazione della sentenza di cassazione e se la riassunzione non avviene entro il suddetto termine, ovvero se successivamente alla riassunzione si verifica una causa di estinzione del giudizio di rinvio, «l'intero processo si estingue».

È opinione comune che il giudizio di rinvio non possa essere in alcun modo assimilato ad un nuovo appello per configurare invece una fase autonoma dell'originario processo civile con portata prosecutoria (18).

A tale riguardo si è evidenziato che, per il disposto dell'art. 393 c.p.c., alla estinzione dell'intero processo sopravvive il principio di diritto enunciato dalla sentenza di legittimità (conservando detto principio il suo effetto vincolante anche nell'eventuale nuovo processo che, a seguito dell'estinzione, sia stato in-

staurato con la riproposizione della domanda), e si è poi rimarcato che se il giudizio di rinvio fosse da equiparare ad un nuovo giudizio di gravame all'estinzione del medesimo (per mancata riassunzione o per altri motivi) dovrebbe in ogni caso far seguito il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado ex art. 338 c.p.c. (19).

Detta sentenza rimane, invece, a seguito dell'estinzione, definitivamente travolta e subiscono analoga sorte anche i provvedimenti e le statuizioni che su quella hanno il loro presupposto, resistendo all'estinzione del giudizio di rinvio soltanto quelle statuizioni già coperte da giudicato in quanto non investite da appello o ricorso

Note:

(segue nota 12)

sendosi introdotta nei giudizi di opposizione a sanzione amministrativa - in luogo della previgente ricorribilità alla Corte di cassazione - la possibilità del ricorso in appello. In argomento vedi anche: Proto Pisani, *Novità nel giudizio di cassazione*, in *Foro it.* 2005, IV, 253.

(13) Sul punto vedi ancora Sassani, *Il nuovo giudizio cit.*, 219, il quale denuncia come in tal modo si provochi una discrasia con il tradizionale regime delle sentenze non definitive che resta intatto e come ciò strida con l'armonia complessiva del sistema.

(14) Cfr. al riguardo Cecchella, *Il nuovo giudizio cit.*, 52, anche per l'assunto che l'istituto della cassazione sostitutiva debba comunque rispettare il limite di non sovvertire la funzione della Corte che è quella di conoscere la sola *quaestio iuris*, anche in considerazione della mancata dotazione di strumenti necessari (istruttori) per un accertamento dei fatti.

(15) Per una aggiornata rivisitazione della cassazione con rinvio e di quella con decisione sul merito vedi: Mandrioli, *Le ultime riforme cit.*, 89-98.

(16) Cfr. Cass. 8 ottobre 1987 n. 7505. *Contra* però Trib. Roma 11 aprile 1994, in *Gius* 1994, 187, secondo cui la competenza del giudice che ha emesso il provvedimento non è funzionale ed esclusiva ma concorre con quella del giudice competente secondo i criteri ordinari. Per la natura funzionale della competenza e per la insuscettibilità di successive contestazioni, anche in relazione alla sopravvenienza di norme che modificano i criteri della competenza, vedi in dottrina Montesano, Arieta, *Trattato di dir. proc. civ.*, vol. I, tomo 2, *Principi generali. Rito ordinario di cognizione*, Padova 2001, 1956-1957, i quali precisano anche che la mancata (o tardiva) riassunzione fa venire meno la speciale competenza del giudice di rinvio in ordine alla domanda di restituzione conseguente alla sentenza di cassazione, con l'effetto che tale domanda va proposta al giudice competente secondo le regole comuni, il quale può pronunziare *incidenter tantum* l'estinzione del giudizio di rinvio.

(17) Cfr. Cass. 9 febbraio 2004 n. 2407.

(18) Cfr. in tali sensi: Consolo, *Le impugnazioni cit.*, 216, secondo cui il giudizio di rinvio non può considerarsi come un nuovo grado di appello poiché il processo è andato ormai oltre il suo secondo grado (ed ha superato i poteri e le facoltà delle parti di addurre *nova* anche ex art. 345, per quanto ristretti dalla legge 353/1990); Mandrioli, *Diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione*, Torino 2000, 486, che parla appunto di fase autonoma dell'originario processo, la cui introduzione attraverso l'atto di riassunzione avviene con citazione da notificarsi personalmente (ossia non presso il procuratore costituito), ad iniziativa della parte che ha interesse alla prosecuzione del giudizio e nei confronti di tutti coloro che furono parti nel giudizio di cassazione.

(19) Cfr. in tali sensi: Terrusi, *Il ricorso per cassazione nel processo civile*, Torino 2004, 262, che ricorda anche come, a seguito della estinzione del giudizio di rinvio, la sentenza di primo grado resti definitivamente travolta e con essa i provvedimenti e le statuizioni che su quella hanno il loro presupposto.

per cassazione, in base ai principi di formazione progressiva del giudicato (20).

Nonostante l'estinzione dell'intero processo resta, però salvo, come detto, il vincolo derivante dal principio di diritto enunciato in sede rescindente, che permane oltre l'estinzione pure dinanzi al giudice nuovamente adito mediante riproposizione della domanda.

L'efficacia del principio di diritto risulta in questo caso del tutto peculiare, e nettamente differenziata da quella condizionante il giudizio di rinvio. Ed invero il vincolo in questione, che non riguarda le fattispecie di cassazione per motivi processuali (21), si ritiene soggetto a *ius superveniens* tanto da non potere essere equiparabile all'efficacia normativa propria della cosa giudicata (22), e per di più risulta condizionato dalle diverse acquisizioni in fatto nel senso che la sua efficacia, in caso di riproposizione della domanda, dipende dalla perdurante identità dei fatti storici, come accertati nel vecchio e nel nuovo processo, sicché a ben vedere il suddetto vincolo finisce per essere circoscritto alla mera interpretazione della norma giuridica (23).

Una siffatta opinione è stata però oggetto di analisi critica sul presupposto che l'efficacia della sentenza della Corte di cassazione non può che avere natura sostanzialmente unitaria e nel giudizio di rinvio e in quello riproposto. A tale riguardo, con una opzione interpretativa volta ad accomunare le regole dell'uno e dell'altro giudizio - attraverso una lettura coordinata degli artt. 384, comma 1, 393 e 310, comma 3, c.p.c. - si è rilevato come quest'ultima norma stabilisca che le prove raccolte nel giudizio estinto siano liberamente valutate dal giudice ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. e come, pertanto, nel giudizio riproposto a norma dell'art. 393 c.p.c. (e quindi a seguito della estinzione dell'intero processo) si debba in ogni caso tenere conto delle prove e degli accertamenti di fatto compiuti nel giudizio dove fu pronunciata la sentenza cassata per essersi comunque in presenza di «dati dai quali non è possibile per il nuovo giudice prescindere». Ne consegue come obbligata la conclusione che se, veramente come tutto lascia pensare, processo riproposto a seguito degli eventi indicati nell'art. 393 c.p.c. e giudizio di rinvio «costituiscono un unico complesso di esperienze, almeno per quanto riguarda l'efficacia della sentenza di cassazione», non diverso valore devono avere nell'uno e nell'altro caso il materiale probatorio e gli accertamenti di fatto compiuti nelle fasi pregresse (24).

Il giudizio di rinvio

Un diverso approccio argomentativo sollecita la fattispecie di riassunzione tempestiva, che porta ad investire il giudice di rinvio della controversia nei limiti derivanti dalla sentenza della cassazione, per risultare il *thema decidendum* ristretto ai capi cassati della sentenza di merito ed a quelli eventualmente dipendenti. Come si è già ricordato, il giudizio di rinvio, conseguente alla cas-

sazione della sentenza di secondo grado, configura una nuova ed autonoma fase del processo, che pur essendo soggetta per ragioni di rito alle norme riguardanti il corrispondente procedimento di primo o di secondo grado disposto dalla sentenza rescindente, ha natura integralmente rescissoria perché finalizzato alla pronuncia di una sentenza, che senza sostituirsi ad alcuna pronunzia (né a quella di primo grado né a quella di appello), statuisce per la prima volta sulle domande proposte dalle parti (direttamente o indirettamente investite dalla cassazione) e finisce per saldarsi con i capi della sentenza che, rimasti indenni dalla precedente decisione, sono passati in giudicato (25).

Ai sensi dell'art. 394 c.p.c. in sede di rinvio si osservano le norme stabilite per il procedimento davanti al giudice al quale la Corte ha rinviato la causa (comma 1); le parti conservano l'identica posizione processuale che avevano nel procedimento in cui fu pronunciata la sentenza cassata (26); nel giudizio di rinvio, come giudizio rescis-

Note:

(20) Cfr. in tali sensi in giurisprudenza: Cass. 5 settembre 1997 n. 8592, *Giust. civ.* 1998, I, 71; Cass. 30 dicembre 1994 n. 11296; Cass. 29 settembre 1988 n. 5279; Cass. 18 gennaio 1983 n. 465. Per la statuizione che conservano efficacia, nel giudizio nuovamente instaurato a seguito dell'estinzione, le sentenze su questioni di diritto e di merito pronunziate a norma dell'art. 279 nn. 1 e 4 c.p.c., nonché le prove raccolte nel processo estinto (sebbene previa degradazione di queste ultime al rango di argomenti di prova): Cass. 15 maggio 2001 n. 6712; Cass. 30 dicembre 1994 n. 11296. Per la statuizione invece che se l'estinzione coinvolge una sentenza non definitiva sull'an viene a caducarsi automaticamente anche la sentenza definitiva sul *quantum*, cfr.: Cass. 27 novembre 1995 n. 12262, che precisa come detto effetto si produca anche nel caso in cui rispetto a quest'ultima decisione si sia formato il giudicato formale. In dottrina vedi sul punto *amplius*: E.F. Ricci, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano 1967, 229 ss.; Vaccarella, *Inattività delle parti ed estinzione del processo*, Napoli 1975, 208 ss.

(21) Cfr. in tali sensi in motivazione: Cass. 21 marzo 1989 n. 1403, in *Foro it.* 1990, I, 222.

(22) Per tale opinione vedi: Micheli, *Enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di cassazione e giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. dir. proc.* 1955, I, 26; Andrioli, *Il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione*, *ivi*, 1952, I, 279 ss.

(23) In tali sensi Mandrioli, *Diritto processuale civile cit.*, 487 nota 4.

(24) Così Mazzarella, *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Padova, 1994, 100-101, secondo cui la posizione del giudice di rinvio e di quello del processo riproposto è accomunata «dall'essere entrambi sottoposti al dovere funzionale di utilizzare le prove e gli accertamenti di fatto del giudizio ove fu pronunciata la sentenza cassata, dai quali non potranno discostarsi se non - è veramente il caso di dire - per gravi ragioni e motivatamente».

(25) Cfr. *amplius* sul punto: Montesano-Arieta, *Trattato di diritto processuale civile cit.*, 1947 ss.; Terrusi, *Il ricorso per cassazione cit.*, 254 ss.

(26) Si è puntualizzato in dottrina da Mandrioli, *Diritto processuale civile cit.*, 490, nota, 11 che le parti si trovano non nella posizione di cui al primo grado ma in quella della loro costituzione davanti al giudice dell'impugnazione (Cass. 17 gennaio 1978 n. 224), sicché non trova applicazione l'istituto della improcedibilità dell'appello (Cass. 1 dicembre 1993 n. 11881, e, nel rito del lavoro, Cass. 27 marzo 1985 n. 2171, in *Foro it.* 1986, I, 184) né sussistono gli oneri inerenti alla proposizione dell'appello principale o incidentale che, una volta assolti, non debbono essere rinnovati in sede di rinvio. In argomento vedi anche E. Ricci, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano 1967, 220.

sorio tra le stesse parti (27), queste possono sempre deferire il giuramento decisorio, ma non possono di contro assumere conclusioni diverse da quelle prese nel giudizio nel quale fu pronunciata la sentenza cassata, salvo che la necessità delle nuove conclusioni sorga dalla sentenza di cassazione (394, commi 2 e 3 c.p.c.) (28).

Il giudizio di rinvio si configura, quindi, come “un giudizio chiuso”, che ha come riferimento immediato la sentenza rescissoria della Corte di cassazione non quella di primo grado per cui, contrariamente a quanto accade nel giudizio di appello, in quello di rinvio il giudice deve pronunciarsi in base ai presupposti di fatto accertati dalla sentenza di cassazione, essendo impedito alle parti di rimetterli in discussione. Le parti, inoltre, non possono chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, salvo che la necessità non scaturisca dalla stessa sentenza di cassazione (29). È opinione comune che non sia consentito alle parti rimuovere preclusioni anteriormente verificatesi (30). Un tale assunto rende necessarie, però, alcune puntualizzazioni su quell'indirizzo dottrinario tradizionale che, facendo leva sulla distinzione tra prove precostituite e prove costituende e sulla non assoggettabilità delle prime ai termini decadenziali, ha paventato come attraverso l'acquisizione di nuovi documenti nel giudizio di rinvio si possa pervenire ad un ampliamento in termini oggettivi del suddetto giudizio rispetto al precedente definito con la sentenza (31).

L'approdo giurisprudenziale, volto ad assoggettare tutti i mezzi di prova alla medesima disciplina, anche per quanto attiene ai tempi di acquisizione al giudizio dei documenti (32), induce a ritenere consentita la produzione documentale a condizione che fatti sopravvenuti e la stessa sentenza di cassazione rendano necessaria una ulteriore attività probatoria e sempre che la (tardiva) produzione risulti giustificata dal tempo della loro formazione (33).

Ed ulteriore corollario della precisata natura del giudizio di rinvio è l'inammissibilità della querela incidentale di falso contro i documenti già acquisiti all'incanto processuale nella fase esauritasi con la decisione poi cassata (34), ed ancora l'inammissibilità dell'esercizio di poteri d'ufficio del giudice allorquando non si sia in presenza di un quadro probatorio incerto capace di rendere applicabile il disposto dell'art. 2697 c.c. (35), anche perché in tale caso il suddetto esercizio, con il comportare il diritto delle parti all'espletamento delle prove a sostegno delle proprie rispettive posizioni, finirebbe per snaturare il carattere “chiuso” del giudizio di rinvio (36).

E sempre con riferimento a detto giudizio particolare interesse ha sollevato la statuizione dell'art. 389 c.p.c., secondo cui «le domande di restituzione o di riduzione in pristino ed ogni altra conseguente alla sentenza di cassazione, si propongono al giudice di rinvio», sempre

c.p.c. (Cass. 9 aprile 1993 n. 4333), mentre va esclusa l'integrazione del contraddittorio e l'intervento *iussu iudicis* (Cass. 21 aprile 1994 n. 3795). In dottrina per l'affermazione che nel giudizio di rinvio - a cognizione limitata in quanto il relativo *thema decidendum* è fissato, sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo, dalla sentenza di cassazione che lo dispone - non sia consentito l'intervento di terzi in causa vedi: Montesano-Arieta, *Trattato di diritto processuale civile* cit., 1964, i quali evidenziano come detto intervento comporterebbe una nuova ed autonoma situazione di diritto o di interesse con la domanda della relativa tutela.

(28) Cfr. al riguardo: Cass. 27 dicembre 1991 n. 13957; Cass. 23 febbraio 1981 n. 1102, in *Giur. it.* 1982, I, 1,390. Rimangono escluse anche le questioni rilevabili d'ufficio se non esaminate in sede di legittimità (Cass. 4 giugno 1996 n. 5131).

(29) È stato però affermato che si possono proporre nuove domande, sostitutive di quella originaria, conseguenti alla mutata ragione del decidere che risulta dalla sentenza che ha disposto il rinvio (cfr. in tali sensi: Cass. 13 febbraio 1999 n. 1215). In analoghi termini vedi Montesano-Arieta, *Trattato di diritto processuale civile* cit., 1948.

(30) In dottrina vedi per tutti: Montesano-Arieta, *Trattato di diritto processuale civile* cit., 1954, e, negli stessi sensi, in giurisprudenza: Cass. 12 febbraio 2000 n. 1568.

(31) Su tale problematica vedi Calamandrei-Furno, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. dig. it.*, vol. II, Torino 1958, 1101, cui *adde*, per una breve epitome sulle diverse posizioni in materia, Terrusi, *Il ricorso per cassazione* cit., 257.

(32) Cfr. al riguardo: Cass., sez. un., 20 aprile 2005 n. 8202 e 8203, in *Giust. civ.* 2005, I, 2019, con note di Giacalone-Caccaviello, *Nuove prove in appello: viene meno la distinzione tra prove costituite e prove costituende*; e di R. Giordano, *La produzione di nuovi documenti in appello ed in quello del lavoro secondo le sezioni unite della cassazione*; ed in questa Rivista, 2005, 7, 929, con note di Ruffini, *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345, co. 3, e 437, comma 2, c.p.c. al vaglio delle Sezioni Unite*, e di Cavallini, *Le Sezioni Unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano*.

(33) Cfr. in tema di esibizione di documenti nel giudizio di rinvio: Cass. 16 settembre 2000 n. 12276; Cass. 23 dicembre 1992 n. 13629, per la configurabilità di una causa di forza maggiore anche nel caso in cui la parte abbia, senza sua colpa, ignorato l'esistenza o il luogo in cui i documenti stessi si trovavano. Per l'inammissibilità, in sede di rinvio, della regola ricavata dall'art. 345 c.p.c., relativa alle nuove prove in appello vedi: Cass. 28 aprile 1988 n. 3214.

(34) Cfr. tra le tante: Cass. 14 gennaio 1999 n. 326, in *Foro it.* 2000, I, 950; Cass., Sez. Un., 5 aprile 1996 n. 3168, in *Giust. civ.* 1996, I, 1397, con nota di Frangini; Cass. 18 agosto 1987 n. 6955, in *Foro it.* 1988, I, 488.

(35) Osserva E. Fabiani (*Le Sezioni Unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*, in *Foro it.* 2005, I, 1135, 1143; *Sul potere del giudice monocratico di disporre d'ufficio la prova testimoniale ai sensi dell'art. 281 «ter» c.p.c.*, *ivi* 2000, I, 2098), citando le parole di Fabbrini [voce *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano 1985, 736 ss.], che «tutte le volte che le prove raccolte consentono la ricostruzione del fatto rilevante, i poteri istruttori - compresi quelli affidati all'iniziativa del giudice - devono considerarsi estinti e non ulteriormente esercitabili», mentre «tutte le volte... che il fatto da provare è rimasto incerto, il giudice se ha poteri probatori legittimamente spendibili, non può arrivare all'applicazione dell'art. 2697 prima di avere speso i poteri che ha».

(36) È opportuno ricordare che ai sensi del vigente dell'art. 183, comma 7, c.p.c. (nel testo riscritto dalla legge 14 maggio 2005 n. 80, come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera a) della legge 28 dicembre 2005 n. 263) nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice «i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi» nonché depositare memoria di replica nell'ulteriore termine perentorio parimenti assegnato dal giudice.

Per la statuizione secondo cui i limiti del giudizio di rinvio non sono estensibili ai poteri d'ufficio del giudice: Cass. 7 novembre 1989 n. 4644.

Note:

(27) Così Cass. 18 giugno 1992 n. 7528, in *Foro it.* 1993, I, 3340; è possibile però l'intervento del successore a titolo particolare ex art. 111

che non si sia in presenza di un decisione di "cassazione senza rinvio", nel qual caso si propongono, invece, al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata.

Ragioni di celerità e di economia processuale confortano l'indirizzo che - facendo leva sull'assunto che la norma codicistica risponde a criteri eccezionali e speciali deroganti il principi del doppio grado (e del divieto di nuove domande nella fase rescissoria) - considera funzionale, inderogabile e rilevabile d'ufficio, la competenza del giudice di rinvio sulle domande restitutorie, in quanto accessorie a quelle oggetto della fase rescissoria (37), anche se a tale orientamento si accompagna altro secondo cui le suddette domande si possono proporre alternativamente o nel giudizio di rinvio o, in via autonoma, in un nuovo giudizio di primo grado (38). In ogni caso la domanda di restituzione, se riferita ad adempimenti effettuati a seguito della sentenza di primo grado, va proposta in appello (39), mentre nel caso di estinzione del processo ex art. 393 c.p.c. può essere avanzata in un autonomo giudizio innanzi al giudice competente nel termine decennale di prescrizione (40), con decorrenza degli interessi sulla somma da restituire dal momento dello indebito pagamento e non dalla domanda (41).

Si è affermato ancora in dottrina che davanti al giudice di rinvio possono essere riproposte le questioni che in sede di merito erano state ritenute assorbite e sulle quali non è intervenuta pronuncia esplicita - e non invece le questioni del tutto nuove ancorché di diritto (42); ed ancora le eccezioni fondate su fatti nuovi, non allegabili nelle precedenti fasi del giudizio, e che potrebbero, come nel caso di giudicato esterno, fondare una ipotesi di revocazione (43).

Come si è già precisato, la tenuta del principio del diritto è piena a fronte di un sopravvenuto mutamento della giurisprudenza della stessa cassazione, mentre a diverse considerazioni deve pervenirsi nel caso di mutamento della norma di diritto (o di una fattispecie ad essa assimilabile, quale quella di intervenuta declaratoria della illegittimità costituzionale della norma stessa) perché, in presenza di un indirizzo maggioritario che patrocina come lo *ius superveniens* debba trovare applicazione in sede di rinvio anche se intervenuto nel tempo corrente dalla data della decisione sino a quella della pubblicazione (sempre che sia possibile la riconvocazione dello stesso collegio deliberante) (44), altro indirizzo ritiene che invece non rilevano i mutamenti successivi alla deliberazione, perché «l'atto di volontà collegiale con il quale si è imposta una soluzione ad un conflitto di interessi» costituisce l'essenza della sentenza di cassazione, laddove «i successivi momenti dell'iter formativo, e cioè la stesura della motivazione, la sottoscrizione e la pubblicazione non incidono sulla sostanza della pronuncia» (45).

Note:

(37) Per tale orientamento vedi: Cass. 7 gennaio 1999 n. 49, in *Foro it.* 1999, I, 2971; Cass. 9 aprile 1988 n. 2800; Cass. 1 dicembre 1993 n. 11872; Cass. 12 luglio 1983 n. 4735.

In dottrina per tutti: Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1959-1962, 291, il quale osserva che «indubbiamente la restituzione o la riduzione in pristino sono considerate come un accessorio del rinvio, altrimenti non si giustificerebbe la perdita del doppio grado di giurisdizione», aggiungendo anche che il procedimento in esame ricorda quelli cautelari potendo l'interessato conseguire il risultato di ottenere una immediata tutela attraverso un processo semplificato in cui la cognizione del giudice è limitata unicamente ad accertare se la parte vittoriosa in cassazione abbia in concreto adempiuto a quanto disposto con la sentenza cassata.

(38) Per tale orientamento in giurisprudenza cfr. *ex plurimis*: Cass. 16 settembre 1983 n. 5611; Cass. 20 dicembre 1982 n. 7048, in *Foro it.* 1983, I, 1488; ed in dottrina: R. Lombardi, *È alternativa la "competenza funzionale" del giudice di rinvio e del giudice che ha emesso il provvedimento cassato rispetto a quella del giudice individuato secondo le regole ordinarie?*, in *Foro it.* 1999, I, 2971; Carbone, *Codice di procedura civile* a cura di Picardi, Milano 1994, 1132; Di Nanni, *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Vaccarella-Verde, Torino 1997, II, sub art. 389.

(39) Cfr. Cass. 22 maggio 1987 n. 4676.

(40) In tali sensi: Cass. 15 maggio 1986 n. 4268, in *Giur. it.* 1988, I, 314, con nota critica di D. Spiazzi.

Con riferimento, appunto, alla sopravvivenza della competenza del giudice di rinvio nel caso di estinzione del processo ex art. 393 c.p.c. va però ricordato che - a fronte di un orientamento che in tale caso reputa tale competenza travolta (cfr. in giurisprudenza: Cass. 1 dicembre 1993 n. 11872 cit.; Cass. 19 ottobre 1993 n. 11291; ed in dottrina: Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 1981, II, 351; Garbagnati, *Domande di restituzione e giudizio di rinvio*, in *Foro pad.* 1958, III, 35; Paolicelli, *In tema di interpretazione dell'art. 389 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1958, I, 3 ss.), si riscontra altro, seppure minoritario, indirizzo, che sostiene invece che la competenza ex art. 389 c.p.c. è a sé stante «e, perciò, insensibile alle vicende del rinvio» (così Cass. 7 giugno 1954 n. 1834, in *Foro it.* 1955, I, 1206; ed in dottrina D'Onofrio, *Commento al codice di procedura civile*, Torino 1953, I, 562 ss.)

(41) Cfr. al riguardo Cass. 13 giugno 1989 n. 2841, in *Giur. it.* 1990, I, 230.

(42) Vedi sul punto: Mandrioli, *Diritto processuale civile* cit., 492; Maglù, *Sulla riproponibilità in sede di rinvio di questioni ritenute assorbite o non esaminate dal giudice d'appello*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1978, 1345 e spec. 1357; ed, in epoca più recente, Consolo, *Le impugnazioni* cit., 223, il quale evidenzia come nel giudizio di rinvio debbano essere esaminati, perché riproposti ex art. 346 c.p.c., capi di domanda assorbiti o eccezioni non accolte dandosi ingresso ad una trattazione (ed eventualmente occorrente istruzione) più larga di quella che si ebbe la prima volta.

(43) Sul punto: Mandrioli, *Diritto processuale civile* cit., 492-493 ed, in giurisprudenza, proprio con riferimento all'eccezione di giudicato esterno: Cass. 16 aprile 1992 n. 4686, in *Giur. it.* 1993, I, 612.

(44) Cfr.: Cass. 13 febbraio 1998 n. 158, in *Foro it.* 1998, I, 1076, cui *adde*, Cass. (decr. pres.) 11 luglio 1997, *ivi*, che però - sul presupposto «che l'inderogabile esigenza dell'applicazione dello *ius superveniens*» non tollera affievolimenti nella fase tra la deliberazione e la pubblicazione - ha risolto il problema del collocamento a riposo *medio tempore* di uno o più membri del collegio deliberante (e della conseguente impossibilità di una ricostituzione dello stesso collegio) attraverso la rimessione della causa sul ruolo, con la riserva di fissazione dell'udienza di discussione per la deliberazione di altra sentenza da parte di un collegio diversamente composto proprio al fine di consentire l'applicazione della vigente normativa.

(45) Così in motivazione: Cass. 9 dicembre 1997 n. 1076, in *Foro it.* 1998, I, 1076, con nota di R. Caponi, *Lo "ius superveniens" nel corso del processo civile si deve applicare immediatamente anche se interviene tra la deliberazione e la pubblicazione della sentenza*.

Più in generale per una individuazione dei tratti differenziali tra mutamento della norma e mutamento della giurisprudenza e sulle distinte ricadute sul processo vedi: Briguglio, *"Creatività" della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1984, 1360 ss.

Il lungo percorso legislativo per giungere al "nuovo" art. 384 c.p.c.

Un adeguato *excursus* sull'istituto scrutinato non può non accompagnarsi ad alcune riflessioni imposte dalla lettura dell'attuale testo dell'art. 384 c.p.c., riscritto ad opera dell'art. 12 del d. lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 (46). La suddetta modifica segue a sua volta quella operata - a seguito dell'art. 66 della legge 26 novembre 1990 n. 353 - sull'iniziale testo dell'art. 384, comma 1, c.p.c., durante la cui vigenza non era consentito, sulla base degli accertamenti di fatto compiuti dal giudice di merito, cassare senza rinvio decidendo in via definitiva la controversia.

In verità pur prevedendo l'art. 382, comma 3, c.p.c. sentenza sostitutiva solo per motivi di rito (c.d. rinvio improprio), qualche statuizione della Corte di cassazione aveva ritenuto di procedere, in tempi risalenti, ad una interpretazione estensiva della suddetta disposizione applicandola - attraverso una pronuncia di cassazione senza rinvio - in fattispecie in cui era stato accertata, a seguito di dati di fatto emersi nel giudizio di gravame, l'infondatezza della domanda accolta con la sentenza cassata (47). Una dottrina autorevole aveva giustificato una tale applicazione estensiva della norma, ora osservando che quando l'applicazione del principio di diritto non richiede nuovi indagini ogni rinvio è inutile (48), ora sostenendo che la nozione di causa improponibile deve essere intesa come causa che non può fondatamente essere proposta (49), anche se l'indirizzo dominante avvertiva che ogni ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 382, comma 3, c.p.c., anche a volerlo ritenere auspicabile, poteva essere riconosciuto solo *de iure condito* (50).

Con la già ricordata modifica della legge n. 353 del 1990 apportata all'art. 384, comma 1, c.p.c. è stata, invece, introdotta per la prima volta in modo esplicito la possibilità da parte della Corte di cassazione di chiudere il giudizio rescindente con l'eliminazione del provvedimento impugnato per passare senz'altro al rescissorio, con conseguente decisione nel merito, a condizione però che il ricorso sia stato accolto «per violazione o falsa applicazione di norme di diritto» e sempre che «non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto».

Una siffatta innovazione che rinviene la sua *ratio* nel principio di economia processuale e nell'esigenza di evitare il proliferare del contenzioso giudiziario (51), e che trova una corrispondenza in numerosi ordinamenti di altri Stati (52), è stato oggetto da parte della dottrina maggioritaria di una lettura che ne ha escluso l'ambito applicativo ai ricorsi accolti per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 360 c.p.c. Ed a fondamento di tale opinione - anche al proclamato fine di salvaguardare la funzione di nomofilachia come articolata nell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario - si è sostenuto che la decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione deve escludersi non solo quando a seguito dell'enunciato principio di diritto si debba procedere all'assunzione di nuovi mezzi di prova ma anche quando essa

è chiamata a valutare prove già acquisite, ma non valutate dal giudice del merito e, conseguentemente, a fornire sugli elementi di fatto acquisiti propri apprezzamenti comportanti un'autonoma ricostruzione degli stessi (53).

Altro indirizzo ha, di contro, reputato che la norma scrutinata dovesse trovare applicazione anche nel caso di violazione di norme processuali e che la *ratio* ad essa sottesa comportasse la possibilità, da parte del giudice di cassazione, di decidere nel merito in tutti quei casi in cui fossero già presenti tutti gli elementi per applicare alla fattispecie concreta il principio di diritto posto alla base della cassazione della sentenza impugnata. In questa ottica si è riconosciuto che fosse consentita una decisione della Corte nel merito nel caso di cassazione per mancata pronuncia da parte del giudice della sentenza impugnata su domanda o su un capo della domanda - e quindi in violazione dell'art. 112 c.p.c. - a condizione che i fatti risultassero accertati nelle fasi pregresse (54).

Note:

(46) Il suddetto art. 12 è applicabile ex art. 27, comma 2, dello stesso decreto legislativo 2 febbraio 2006 n. 40 ai ricorsi per cassazione proposti avverso le sentenze e gli altri provvedimenti pubblicati a decorrere dalla entrata in vigore del decreto stesso. In generale sul regime transitorio dettato dall'art. 27 del decreto delegato vedi per tutti: Cecchella, *Il nuovo giudizio* cit., 55.

(47) Cfr. al riguardo: Cass. 21 maggio 1958 n. 1707, in *Foro it.* 1959, I, 263, con nota di R. Camber, *In tema di cassazione senza rinvio*, in una fattispecie in cui la domanda accolta in appello era stata cassata dalla Corte dopo il riconoscimento che il diritto dedotto in giudizio si era estinto per prescrizione; ed, in epoca meno risalente, Cass. 19 ottobre 1981 n. 5468, *ivi* 1982, I, 293, con osservazioni di A. Proto-Pisani, in una fattispecie in cui il diritto azionato si era estinto per decadenza.

(48) Così Carnelutti, *Cassazione senza rinvio*, in *Riv. dir. proc.* 1961, 293.

(49) In tali sensi: Satta, *Corte di cassazione* cit., 821 ss.; Id., *Passato ed avvenire in cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1962, 957.

(50) Per tale opinione vedi tra gli altri: E. F. Ricci, *La cassazione civile italiana ed il divieto di pronunzia sul caso concreto*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 710; Redenti, *Il giudizio civile in cassazione*, Milano 1960, 150.

(51) È opportuno al riguardo rimarcare come la Relazione alla bozza del disegno di legge di Brancaccio-Sgroi - da cui la ora ricordata riforma trae la propria ispirazione - abbia precisato che le finalità della modifica dell'art. 384, comma 1, c.p.c. sono quelle di «evitare un giudizio di rinvio costoso per le parti e nel quale il giudice non può fare altro se non concretamente applicare il principio enunciato», e di «impedire la proliferazione di ulteriori giudizi di legittimità spese volte pretestuosi e proposti al solo scopo di procrastinare il passaggio in giudicato della decisione» (per la completa lettura della citata Relazione cfr. *Documenti giustizia*, 1988, fasc. 7-8, 77 ss., spec. 86).

(52) Per riferimenti alle soluzioni adottate in altri Stati (Francia, Germania, Austria, Spagna) vedi la puntuale nota redazionale a Cass. 4 maggio 1996 n. 4140 e a Cass. 25 marzo 1996 n. 2629, in *Foro it.* 1996, I, 3741.

(53) In questi sensi vedi per tutti: Balena, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli 1994, 482; Vaccarella, in Vaccarella, Capponi, Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino 1992, 315; C. Consolo, in Consolo, Luiso, Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano 1991, 356; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 269.

(54) Cfr. in tali sensi: Mazzarella, *Analisi del giudizio* cit., 104 e, sempre per un interpretazione estensiva dell'art. 384 c.p.c.: Bove, *Sul potere della Corte di cassazione di decidere nel merito la causa*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 719.

E nella stessa direzione si è reputata ammissibile una sentenza sostitutiva in presenza di accertamenti necessari alla definizione del merito, desumibili dalla sentenza di primo grado non oggetto d'appello sul punto, ovvero risultanti dall'esperimento di mezzi probatori con effetti normativamente vincolanti (55).

Analogo, e non sempre univoco, percorso interpretativo ha seguito la giurisprudenza. Ed invero, un orientamento assolutamente maggioritario ha dato all'art. 384, comma 1, c.p.c. una severa lettura, limitando la cassazione senza rinvio solo ai casi in cui la pronuncia fosse avvenuta per violazione o falsa applicazione di norme di diritto sostanziale. A sostegno di detto approccio ermeneutico, la Corte di cassazione dopo avere premesso che la novella del 1990 - i cui precedenti risalivano al progetto Chiovenda ed ai disegni di riforma del 1975 e del 1982 - era giustificata da motivi di economia processuale stante la sostanziale inutilità di un giudizio di rinvio (che si risolverebbe in una meccanica applicazione di un principio di diritto) in presenza di situazioni di fatto compiutamente accertate, precisava che si configurava in siffatte situazioni un potere-dovere del giudice, scaturente (non da una espressa sollecitazione in tali sensi delle parti ma) unicamente da un preventivo giudizio sulla completezza e sufficienza degli avvenuti accertamenti di fatto e sulla superfluità di ulteriori accertamenti e valutazioni. La necessità di una interpretazione rigorosa e non estensiva del dato normativo, al fine di rispettare il principio costituzionale del contraddittorio delle parti portava, poi - sempre a giudizio dei giudici di legittimità - ad escludere l'estensione della pronuncia sostitutiva nei casi di violazione dell'art. 360 n. 4 c.p.c., in presenza, pertanto, di *errores in procedendo* (56).

Non sono però mancate decisioni che, andando in contrario avviso ed escludendo il carattere eccezionale dell'art. 384, comma 1, c.p.c., hanno sancito l'applicabilità di detta norma anche al caso in cui gli accertamenti di fatto, pur astrattamente necessari, non siano praticabili avanti al giudice di rinvio per effetto di preclusioni e decadenze rilevabili d'ufficio, ed hanno fondato tale statuizione sulla «ragione ispiratrice della norma», da individuare nella opportunità di ridurre i tempi del processo, evitando una fase che, senza ragione, ne potrebbe rallentare notevolmente il corso (57). Orientamento questo che ha sollevato riserve nella dottrina, la quale ha paventato il formarsi di una tendenza, volta a togliere al giudice di rinvio l'esercizio dei suoi poteri (per essere solo a lui devoluto il compito di accertare le decadenze e preclusioni circa le prove da assumere e di valutare se le inerenti situazioni processuali siano o meno rilevabili d'ufficio), e diretta, conseguentemente, a sottrarre l'esercizio di una potestà giurisdizionale impedendo alle parti, con una lesione del loro diritto di difesa, di avvalersi della fase (di prosecuzione del giudizio) successiva alla cassazione con rinvio (58).

Come si è già visto non sono mancate, però, sul versante opposto opinioni adesive ad un ampliamento delle

fattispecie di pronunzie sostitutive da parte dei giudici di legittimità (59).

Note:

(55) Cfr. al riguardo: De Cristofaro, *La cassazione sostitutiva nel merito. Prospettive applicative*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1999, 288 e 316., secondo cui deve, quindi, ammettersi l'esercizio dei poteri decisorii nel merito nei casi in cui la commisurazione della *regula iuris* ai fatti pacificamente risultanti dagli atti di causa possa avvenire in modo automatico ed immediato - senza la mediazione di alcuna valutazione o rivalutazione dei fatti medesimi - pure rispetto alle questioni assorbite ed emergenti a seguito della pronuncia della Corte di cassazione.

(56) Cfr. in tali sensi: Cass. 4 maggio 1996 n. 4140, in *Foro it.* 1996, I, 3741, in una fattispecie in cui constatata la violazione dei canoni codicistici di interpretazione del contratto collettivo, si rimetteva al giudice di rinvio la controversia per consentirne una corretta lettura alla stregua delle diverse regole ermeneutiche indicate dalla pronuncia di legittimità, cui *adde*, per lo stesso orientamento, Cass. 25 marzo 1996 n. 2629, *ivi*, 3742, con nota di Caponi, *Le prime sentenze sulla cassazione sostitutiva per motivi di merito*; Cass. 17 giugno 1995 n. 6910, in *Giur. it.* 1996, I, 186, e Cass. 24 novembre 1995 n. 12145, secondo cui l'applicazione della norma scrutinata presuppone che la pronuncia derivi "ineluttabilmente" dall'applicazione del principio di diritto, ed ancora, in epoca più recente, Cass. 11 novembre 2002 n. 15808 e Cass. 26 febbraio 1998 n. 2123, che nell'escludere la possibilità di decidere nel merito in caso di accoglimento del ricorso per *errores in procedendo* negano che la finalità dell'art. 384, comma 1, c.p.c. vada individuata nella necessità dell'osservanza del principio dell'economia del giudizio.

(57) Cfr. al riguardo: Cass. 19 febbraio 1997 n. 1526, in *Giur. it.* 1997, I, 1396, relativa ad una controversia sorta a seguito di opposizione ad un decreto ingiuntivo - emanato a richiesta dell'INPS per omissione di contributi previdenziali riferiti a due lavoratori - nella quale la Suprema Corte ha, per motivi di celerità del processo, deciso nel merito dopo avere rilevato che il giudice di rinvio non poteva, per la mancata formulazione dei relativi capitoli, ammettere le prove testimoniali dirette ad attestare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, sicché era per lo stesso giudice una soluzione obbligata (nella impossibilità di procedere ad ulteriori accertamenti istruttori) quella di respingere con una pronuncia sostitutiva la domanda dell'istituto previdenziale. In giurisprudenza per lo stesso orientamento vedi più di recente: Cass. 4 marzo 2005 n. 4738, in *Foro it.* 2005, I, 1639; Cass. 12 giugno 1999 n. 5820.

(58) Cfr. in tali sensi: Spiazzi, nota a Cass. 19 febbraio 1997 n. 1526 cit., in *Giur. it.* 1997, I, 1396 e, sempre per l'opinione che la valutazione circa le preclusioni appartenga al giudice di rinvio, Mandrioli, *Le ultime riforme del processo civile*, Torino 2006, 90 nota 150.

(59) Cfr. al riguardo De Cristofaro, *La Cassazione sostitutiva nel merito* cit., 311 ss. che manifesta piena adesione all'orientamento secondo cui la Corte di cassazione può decidere nel merito, pur a fronte di fattispecie di accoglimento del ricorso per i vizi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 360 c.p.c.: allorché tali fattispecie siano caratterizzate dalla peculiarità per cui il vizio in *procedendo* o l'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione concernono una questione di rito determinante per l'accoglimento di istanze oppositorie del privato contro l'esercizio di poteri ingiuntivi pubblici, di natura sanzionatoria o fiscale, ovvero costituente l'oggetto di merito della controversia in materia di opposizione agli atti esecutivi o di convalida di sequestro (in tali fattispecie l'eccedere dai confini tracciati dal dato positivo dell'art. 384 c.p.c., è consentito perché l'omissione di pronuncia, il vizio di motivazione o l'erronea declaratoria di ammissibilità o improcedibilità della domanda concernono una causa il cui oggetto è costituito da una questione di rito, in ordine alla quale non v'è limitazione dei poteri cognitivi e di indagine del giudice di legittimità, che gode della stessa pienezza di facoltà propria del giudice di merito ed è in grado di emettere sul punto una pronuncia vincolante tale da imporsi in tutto e per tutto in sede di rinvio) L'Autore precisa poi che, sempre in caso di accoglimento del ricorso per vizi in *procedendo*, è possibile una decisione immediata nel merito allorché sulla stessa, alla luce delle risultanze desumibili dalle regole legali sulla prova,

(segue)

La Cassazione giudice di terza istanza?

Nella vigenza della riforma operata dalla legge n. 353 del 1990 in relazione ad una decisione di un giudice d'appello, intervenuta in sede di terzo rinvio dalla cassazione dopo ben venti anni dall'inizio della controversia, si è affermato, con accenti di assoluta critica verso l'istituto, che «la cassazione con rinvio, nella misura in cui perpetua *sine die* le liti, sembra con tutta evidenza una assurdità, se non proprio uno scandalo, ma sta di fatto che la dottrina, salvo rare eccezioni, preferisce sorvolare su questo aspetto dell'istituto della cassazione e soffermarsi sui presunti e pretesi grandi vantaggi che quell'istituto presenterebbe, quasi che non fosse vero che la nomofilachia può essere ottenuta anche con un giudice supremo che giudichi nel merito e quasi che non fosse noto che quell'istituto, almeno nella parte in cui prevede il rinvio ad altro giudice di merito, è ontologicamente antieconomico e può dar luogo a vere e proprie mostruosità giuridiche» (60).

In questa ottica si è ricordato come l'idea di prevedere un organo supremo che non «giudica» ma «controlla» l'operato dei giudici di merito, cassando se del caso con rinvio ad altro giudice di merito, fosse nata per impedire che la Cassazione, in ragione del numero ridotto del suo organico, potesse strafare e che in tal modo si potesse pervenire ad «uno sconfinato dispotismo giudiziario». E dopo avere evidenziato il mutato contesto storico si è anche - al fine di rendere più efficiente e sollecita la risposta giudiziaria - auspicato una modifica del sistema processuale in modo che la cassazione non sia più tenuta a rinviare, ma possa e debba in ogni caso chiudere o definire il processo. Ed a riprova della sentita esigenza di una siffatta modifica si è messo in evidenza che il rinvio, nel rispetto della legge, è quasi sempre dovuto «a ragioni di nessuna oggettiva ed effettiva importanza» e «che il c.d. uomo della strada dà per scontato che il processo si chiuda in cassazione e stenta a credere che proprio il giudice supremo debba limitarsi a controllare e non possa giudicare» (61).

A differenza di quanto prevedeva la norma previgente la possibilità di una pronuncia rescissoria sul merito non è più limitata ai casi di accoglimento del ricorso per i motivi di cui all'art. 360 n. 3 (per includere ora anche gli altri motivi, comprese, quindi, le violazioni di norme processuali), tuttavia si è detto che il giudizio di cassazione - pur avendo superato l'esclusività della originaria funzione di mera nomofilachia almeno da quando è consentita la censura ex art. 360 n. 5 (c.d. vizio logico) - non può neanche allo stato considerarsi come giudizio di terza istanza permanendo la sua natura di giudizio di puro diritto (con una accezione comprensiva anche delle norme processuali) «che viene marginalmente utilizzato come terza istanza, prevalentemente per ragioni di economia processuale, e nei soli limiti consentiti dall'inidoneità strutturale della Cassazione ad ogni attività istruttoria» (62).

È stato perspicuamente evidenziato in relazione al giudi-

zio di legittimità come sia, da un lato, costante l'aspirazione delle parti processuali a riproporre alla Corte di cassazione il giudizio di fatto, forzando o aggirando la lettera della legge, e come, dall'altro lato, non sia di certo estranea alla stessa Corte di cassazione la tendenza ad invadere il terreno del fatto tutte le volte che la preclusione istituzionale consacrì una palese ingiustizia (63).

Al riguardo non può trascurarsi la considerazione che il settore giuslavoristico si presenta come l'area più permeabile all'estensione delle sentenze sostitutive nel giudizio di legittimità, non solo per le innovazioni apportate al giudizio di cassazione dal d. lgs. n. 40 del 2006, ma anche più specificamente in ragione degli interessi coinvolti necessitanti più degli altri - in ragione della loro natura - di una pronta risposta giudiziaria.

Così può evidenziarsi su un piano generale come la modifica del testo del numero 3, comma 1, dell'art. 360 c.p.c. (che consente il ricorso per cassazione oltre che per violazione e falsa applicazione di norme di diritto anche «dei contratti ed accordi collettivi nazionali di lavoro») e l'introduzione dell'accertamento pregiudiziale ex art. 420 *bis* c.p.c. - in analogia a quanto già contemplato per il pubblico impiego con l'art. 64 del d. lgs. n. 165 del 2001 - sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi, finiscono per asse-

Note:

(segue nota 59)

appaia l'unica possibile, restando fermo di contro il divieto di compiere valutazioni «di fatto» ove risultino necessari apprezzamenti che, per quanto agevoli ed immediati, non siano tuttavia integralmente vincolati in base a criteri giuridici obiettivi; soluzione questa confortata da Cass. 6 febbraio 1997 n. 1130, in *Giur. it.* 1997, I, 1, 1310, con osservazioni di Salvioli, secondo cui l'art. 384 c.p.c. «consente la cassazione sostitutiva della sentenza impugnata anche nel caso di *error iuris in procedendo*, se la conseguente pronunzia definitiva di merito non è subordinata ad alcun ulteriore accertamento di fatto ed è vincolata nel contenuto alla questione processuale decisa». Ed ad analoghe conclusioni deve pervenirsi quando ancora si verta in vizi in *iudicando de iure procedendi* potendo a questo proposito venire in considerazione alcune fattispecie di omissione di pronunzia o di extrapetizione, non ritrovandosi, ancora una volta, alcun motivo per precludere alla Corte la facoltà di definire il merito della lite (come nell'ipotesi in cui, accolta una certa domanda in primo grado e proposto appello solo per motivi di diritto, il giudice di gravame abbia riformato la prima sentenza in base ad una decisione negativa su diversa domanda, si da incorrere con ciò nel vizio di extrapetizione, potendo il giudice di legittimità ben statuire immediatamente sul merito della domanda ove ritenga prive di pregio o, viceversa, fondate le censure in diritto su cui era imperniato il gravame proposto dal soccombente in primo grado ed, in questo secondo caso, non risultino necessari ulteriori apprezzamenti in fatto).

(60) Cfr. sul punto: Cipriani, *Contro la cassazione con rinvio*, in *Foro it.* 2002, I, 2522, che mette in luce come la controversia oggetto della annotata decisione (Trib. Viterbo 17 gennaio 2001), abbia visto la celebrazione di otto procedimenti; la pronunzia di sei giudici: un pretore, quattro tribunali e la Cassazione, appunto, per tre volte; ed infine il coinvolgimento di ben trentuno magistrati - ventotto giudici e tre p. m. - con la concreta possibilità di un prosieguo.

(61) Così testualmente Cipriani, *Contro la cassazione con rinvio cit.*, 2525.

(62) In questi precisi sensi Mandrioli, *Le ultime riforme cit.*, 526.

(63) In tali termini vedi: Satta, *Corte di cassazione cit.*, 803.

gnare, per la prima volta in modo espresso, alla Corte di cassazione rilevanti compiti di accertamento e valutazione in ordine alla materia negoziale (da sempre devoluta alla competenza del giudice di merito), a dimostrazione di una scelta di fondo del recente legislatore verso un nuovo modello di giudizio volto a privilegiare il controllo sulla decisione del caso concreto (64).

Ma è stato osservato anche come da tempo nella realtà fattuale alla tradizionale funzione nomofilattica della Cassazione si sia aggiunta anche una funzione di ultima istanza, ed a conforto di tale considerazione si è fatto riferimento alla sindacabilità da parte della Corte di cassazione del giudizio di merito in tutti quei casi in cui per essersi in presenza di norme "indeterminate" o "elastiche" o "a maglie larghe" - norme particolarmente numerose nell'area giuslavoristica (ad es. «giusta causa o giustificato motivo di licenziamento», la cui prova ex art. 5 l. 15 luglio 1966 n. 604 grava sul datore di lavoro) - o di concetti pregiudiziali senza particolare elaborazione (ad es. "opera d'arte"), risulta sovente impossibile discernere il giudizio di fatto da quello di diritto; il che ha determinato il formarsi di un indirizzo giurisprudenziale volto a ritenere sindacabile ex art. 360 n. 3 c.p.c. la concreta applicazione di detti concetti e di dette norme per l'assenza - nell'interpretazione datane dal giudice d'appello - di coerenza degli stessi con gli standard conformi ai valori esistenti nella realtà sociale (65).

E sempre in una ottica di estensione dei compiti della Cassazione comportanti giudizi non scevri da valutazioni in merito si è evidenziato come nella realtà processuale si sia pervenuta già da tempo a tale estensione attraverso l'indirizzo giurisprudenziale volto alla declaratoria di inammissibilità del ricorso in ragione della intervenuta cessazione della materia del contendere, sottolineandosi al riguardo come tale declaratoria comporti aperture a nuove allegazioni di fatti ed alla relativa documentazione (66).

Al di là di tali considerazioni è certo, però, su di un piano più generale, che particolare rilevanza assume, al fine di una rivisitazione del ruolo della cassazione, il nuovo testo dell'art. 384 c.p.c., che facendo venire meno ogni preesistente dubbio circa la possibilità di sentenze sostitutive con conseguenti decisioni nel merito in caso di denuncia di un *error in procedendo*, finisce per accreditare la tesi secondo cui la funzione della suddetta norma è quella di evitare rinvii inutili o meglio non necessari, per non richiedere una attività di trattazione o di istruzione della controversia (67). Opinione questa che trova avallo nel principio ormai costituzionalizzato della "ragionevole durata del processo" (art. 111, comma 2, c.p.c.), di cui la Corte di cassazione ha sottolineato più volte la forza espansiva unitamente alla capacità di contribuire, anche attraverso l'accelerazione dei tempi della giustizia, a deflazionare il contenzioso (68).

Corollario delle argomentazioni sinora svolte è, dunque, l'ampliamento delle fattispecie in cui il giudice di legittimità è chiamato ad operare quale giudice di terza

istanza e, conseguentemente, il moltiplicarsi di decisioni nel merito allorquando dall'enunciato principio di diritto consegue l'ineluttabilità della pronunzia; o allorquando non ricorra la necessità "di ulteriori accertamenti" per essere ogni attività istruttoria impedita dal verificarsi di preclusioni e decadenze atteso che il rinvio ad altro giudice - solo ai fini di far accertare dette preclusioni e decadenze - si tradurrebbe in un allungamento dei tempi del processo del tutto ingiustificato rientrando la valutazione sulla ritualità e tempestività degli atti processuali nei compiti istituzionali del giudice di legittimità (69); o allorquando il materiale probatorio da valutarsi a seguito della cassazione della sentenza del giudice si presenti stabile ed immodificabile stante le risultanze di una prova legale, come avviene nel caso in cui il giudice d'appello abbia respinto la domanda dell'attore, ritenendo non provato il fatto posto a base della domanda stessa ancorché oggetto di una confessione spontanea giudiziale (70); ed, ancora, allorquando la Corte di cassazione si trovi a fronte di una richiesta sulla quale il giudice di secondo grado non si sia pronunziato perché rimasta assorbita in conseguenza dell'accoglimento della domanda di riforma integrale della sentenza di primo grado, sempre che nella fattispecie ricorrano tutti gli elementi per decidere immediatamente nel merito (71).

In tale contesto normativo, caratterizzato da una riscrittura dell'art. 384 c.p.c., non appare così di certo azzardato patrocinare la tesi, già avanzata in dottrina, secondo la quale non è più giustificato legare il giudizio di merito al solo ricorso dell'art. 360 n. 3 c.p.c. e non estenderlo

Note:

(64) Per penetranti considerazioni sulle funzioni della Cassazione, sulla delimitazione dei compiti di nomofilachia e di terza istanza ad essa attribuiti, e sull'esigenza di un approdo, non solo nella prassi ma nel quadro normativo ad un sistema razionale, vedi: Taruffo, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1990, 349 ss.

(65) Per una efficace epitome degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali in materia cfr.: Mandrioli, *Le ultime riforme cit.*, 39-46, spec. 44 e nota 15.

(66) Cfr. sul punto: Bove, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 951 ss.

(67) Per tale opinione, e cioè per la sottolineatura della funzione propriamente giurisdizionale della Corte di cassazione, accanto a quella nomofilattica, cfr. *amplius*: Bove, *Sul potere della Corte di cassazione di decidere nel merito la causa*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 713 ss.

(68) Sulla crescente influenza del disposto dell'art. 111, comma 2, Cost. nella recente giurisprudenza vedi: Vidiri, *L'art. 111, co. 2, Cost. cit.*, 172 ss.

(69) Non sembrano dunque condivisibili le critiche mosse a Cass. 19 febbraio 1997 n. 1526 cit. dagli autori indicati a nota 58.

(70) Vedi sul punto Bove, *Sul potere della Corte di cassazione cit.*, 721, che aggiunge anche come nulla impedisca alla Corte di cassazione, dopo avere ritenuto fondato il ricorso, di decidere la controversia allorquando la valutazione probatoria sia stata censurata perché compiuta in violazione di una massima di esperienza.

(71) In tali sensi vedi Caponi, *Le prime sentenze sulla cassazione cit.*, 3748.

anche al ricorso ex art. 360 n. 4 e 5 c.p.c., versandosi pure in tali casi in una violazione o falsa applicazione di una norma di diritto, per denunziarsi con il numero 4 la violazione di una norma di attività e con il n. 5 la violazione di una norma sul metodo del giudizio di fatto (72). E, sempre alla stregua della norma ora scrutinata, pienamente condivisibile si mostra l'assunto di chi ha affermato che «decisamente irritante è il rinvio per insufficiente motivazione, che potrebbe essere evitato imponendo alla cassazione di integrare la motivazione» (73). Ed è ancora una volta l'area giuslavoristica ad attestare la praticabilità di simili scelte rivolte ad assicurare - sempre in doveroso ossequio al *dictum* dell'art. 111, comma 2, Cost. - una applicazione estensiva dell'art. 384 c.p.c. sì da legittimare ad esempio una decisione della cassazione che - dopo avere cassato la pronuncia del giudice di appello in materia di interpretazione di un contratto collettivo di lavoro - decida la controversia attraverso una ricostruzione della volontà delle parti sociali sulla base di regole ermeneutiche più volte ribadite, con un indirizzo giurisprudenziale costante, in relazione a fattispecie identiche proprie di un contenzioso seriale; soluzione questa che trova ora un ulteriore sostegno nel disposto del già ricordato art. 420 *bis* c.p.c., funzionalizzato ad un rafforzamento dei compiti di nomofilachia in un settore del contenzioso di particolare rilevanza sociale per gli interessi coinvolti (74).

Le considerazioni sinora svolte finiscono per determinare, dunque, una drastica riduzione dei casi di cassazione con rinvio ed un correlato aumento delle sentenze sostitutive idonee ad acquisire la forza e gli effetti del giudicato materiale, il che ha reso necessario una estensione dei rimedi consentiti in via straordinaria, ovvero la revocazione o opposizione di terzo (artt. 391-*bis* e 391-*ter* c.p.c.) (75). Tutto ciò però non vale a giustificare preoccupazioni su possibili lesioni del principio del contraddittorio e del diritto di difesa - ragione risultata sinora assorbente per limitare le ipotesi di sentenze sostitutive - potendo ogni riserva al riguardo essere ora ammortizzata da un uso accorto del disposto dell'art. 384, comma 3, c.p.c. atteso che, la Corte qualora ritenga di dovere pronunciare un giudizio sostitutivo, può consentire alle parti di esporre le proprie ragioni, prendendo posizione sulle questioni attinenti a tale giudizio (76).

Conclusioni

All'esito dell'effettuato *excursus* sul "nuovo" giudizio di rinvio può conclusivamente osservarsi che la scelta tra cassazione con o senza rinvio si sottrae ad una individuazione di una regola generale capace di fissarne in maniera certa e definitiva il discrimine. Deve tuttavia escludersi l'ammissibilità di pronunzie sostitutive da parte del giudice di legittimità allorché si debba procedere ad una ulteriore trattazione o istruttoria della controversia ed allorché, pur non essendo necessarie (o non più ammissibili per decadenza o per altre ragioni preclusive) ulteriori prove, la valutazione di quelle acquisite siano state

già oggetto di contestazione nel corso del giudizio e siano poi censurate attraverso specifici motivi diretti - per il combinato disposto degli artt. 366-*bis*, comma e, e 360, comma 2, n. 5 c.p.c. - ad indicare su quale fatto controverso la motivazione valutativa risulti omessa o contraddittoria o, nel caso di denunziata insufficienza, risulti "inidonea a giustificare la decisione".

Tutto ciò porta a ritenere che il legislatore, con le recenti modifiche sul giudizio di legittimità - su cui non mancano posizioni severamente critiche in ragione delle ricadute sull'intera organizzazione giudiziaria (77) - ha da un lato voluto rafforzare i compiti nomofilattici della Corte di cassazione, come passaggio obbligato per meglio garantire la certezza del diritto, e nello stesso tempo ha inteso - nella piena consapevolezza che i tempi del processo hanno costi umani ed economici non più tollerabili - incentivare le sentenze sostitutive al di là dei limiti sinora ritenuti invalicabili, venendosi così a delineare un concreto rafforzamento del ruolo della cassazione di tutela dello *ius litigatoris* funzionalizzato al controllo della corretta applicazione della legge al caso concreto. Nello stesso tempo non si riscontra nel nuovo assetto normativo un portata limitativa della tutela, devoluta al giudice di legittimità, dello *ius constitutionis* diretto ad assicurare, come enuncia l'art. 65 del vigente ordinamento giudiziario - «l'esatta osservanza e l'uniforma interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni» (78).

Note:

(72) Cfr. per tale tesi: Bove, *Sul potere della Corte di cassazione* cit., 718 ss.; Id., *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano 1993, 219 ss.

(73) In questi testuali termini vedi: Cipriani, *Contro la cassazione con rinvio* cit., 2525.

(74) Va al riguardo sottolineato come non si sia mancato di affermare da Cass. 13 maggio 2003 n. 7355 che quando i giudici di legittimità devono pronunciarsi sul medesimo iter motivazionale e sulle medesime censure di cui ad una precedente decisione, i suddetti giudici non possono discostarsi «dalla precedente valutazione in conformità ai canoni legali e logico-formali senza gravi e stringenti ragioni, considerata anche la funzione normativa del contratto collettivo».

(75) Così Cecchella, *Il nuovo giudizio* cit., 54-55.

(76) Sul punto vedi ancora Cecchella, *Il nuovo giudizio* cit. 52-53.

(77) Cfr. al riguardo: Santorelli, *Il c.d. diritto vivente tra giudizio di costituzionalità e nomofilachia*, in AA. VV., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, ESI 2006, 536-544, che osserva tra l'altro come attraverso il disposto del comma 3 dell'art. 374, il legislatore abbia prodotto l'effetto di ridurre le Suddetti semplici della Cassazione ad "organi di bassa cucina" sottraendo alle stesse i compiti di nomofilachia, finendo così per burocratizzare e verticizzare l'ordine giudiziario ed, infine, per provocare «una più intensa compromissione della libertà ermeneutica del giudice delle leggi costretto - almeno sotto i postulati teorici della dottrina ufficiale del diritto vivente - a conoscere della disposizione impugnata esclusivamente nella interpretazione accreditata dagli orientamenti giurisprudenziali dominanti» (p. 544).

(78) Per una penetrante ricostruzione teorica diretta a definire la funzione reale che la Corte svolge nel rapporto dialettico fra la tutela dello *ius constitutionis* e l'attuazione dello *ius litigatoris* vedi: Taruffo, *La Corte di cassazione* cit., 349 ss., che evidenzia anche come l'enunciazione dell'art. (segue)

Gli intendimenti del legislatore sono destinati, però, a risultare in buona misura ridimensionati perché la funzione nomofilattica della Corte corre il rischio - in una realtà fattuale contrassegnata da un profluvio di leggi, da una estrema labilità e modificabilità del quadro normativo nonché da un progressivo aumento del contenzioso - di assumere effetti in buona misura evocativi (79). Ed invero, per il notevole scarto tra realtà e teoria, non può escludersi un processo di eterogenesi dei fini, che finisca per privilegiare il ruolo della Cassazione come giudice di terza istanza su quello tradizionale - e sinora reputato quasi esclusivo - di organo addetto ad assicurare l'uniformità del diritto e, con essa, il rispetto del principio dell'uguaglianza (80).

Note:

(segue nota 78)

65 dell'ordinamento giudiziario sia legata ad una nozione formalistica

dell'interpretazione che dà per scontata la possibilità di individuare come "esatta" una portata della norma obiettivamente valida, trascurando così gli approdi del pensiero dei classici del diritto (Kelsen, Bobbio) e della dottrina oggi largamente dominante anche in Italia, in base alla quale «l'attività decisoria non è dichiarativa ma creativa del diritto, in quanto "crea", e "sceglie" il significato che alla norma viene di volta in volta attribuito» (p. 363).

(79) Osserva Taruffo, *La Corte di cassazione e la legge* cit., 385 - riflettendo su una realtà analoga a quella riscontrabile nella presente epoca - che è fin troppo evidente che una Corte oberata da decine di migliaia di ricorsi, indotta a decidere più e più volte le stesse questioni e a pronunciare migliaia di sentenze l'anno, sia lontanissima dall'ideale della Cassazione che elabora la giusta interpretazione delle norme ed assicura una ragionevole uniformità della giurisprudenza.

(80) Per lo stretto legame tra uniformità della giurisprudenza e principio di uguaglianza di fronte alla legge vedi per tutti: Senese, *Funzione di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro it.* 1987, V, 264; Vela, *La Corte suprema di cassazione oggi*, ivi, 219; Gorla, *Les sections réunies de la Cour de cassation en droit italien: comparaison avec le droit français*, in *Foro it.* 1976, V, 117; Id., *Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»*, ivi, 129.

RIVISTE

Il Corriere del Merito

Mensile di giurisprudenza civile, penale e amministrativa commentata

Direzione scientifica Civile: Guido Alpa, Vincenzo Carbone, Claudio Consolo, Vincenzo Cuffaro, Vincenzo Mariconda, Pietro Rescigno

Direzione scientifica Penale: Stefano Corbetta, Emilio Dolcini, Angelo Giarda, Giorgio Marinucci

Direzione scientifica Amministrativa: Francesco Caringella, Rosanna De Nictolis, Fabio Francario, Marco Lipari

Periodicità: mensile



La rivista è divisa in tre parti: **Civile, Penale, Amministrativo**, ciascuna delle quali si struttura in:

- **Primo piano** – per una prima analisi sulle questioni di maggiore attualità;
- **Osservatori** – il panorama degli orientamenti giurisprudenziali dei Fori italiani tramite massime d'Autore e note puntuali;
- **In evidenza** – le sentenze più significative riportate per esteso con autorevoli commenti dal taglio operativo;
- **Contrasti risolti** – i contrasti rimessi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione e all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e le soluzioni adottate, il "punto fermo" alle tematiche controverse.

Il servizio online, riservato esclusivamente agli abbonati e consultabile all'indirizzo **www.ipsoa.it/ilcorrieredelmerito**, permette all'utente di accedere con tempestività a tutte le novità d'interesse.

Abbonamento annuale € 150,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)

- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)

- **www.ipsoa.it**