

NUMERO 2 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

LUIGI LOMBARDO

Giudizio civile di cassazione e decisione della causa nel merito



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	210
ALESSANDRO PAJNO	
<i>Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione</i>	213
GIOVANNI D'AMICO	
<i>Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto</i>	247
LUCA NIVARRA	
<i>Confisca antimafia e diritti dei creditori privilegiati: una soluzione sistemica con qualche ombra</i>	275
GIANROBERTO VILLA	
<i>“Mera puntuazione” e “puntuazione vincolante”?</i>	297
GIUSEPPE WERTHER ROMAGNO	
<i>Dalla “filiazione naturale” alla “parentela naturale”. Alcune riflessioni sull’articolo 74 c.c.</i>	313
SERGIO MENCHINI	
<i>Il disegno di legge delega per l’efficienza del processo civile: osservazioni a prima lettura sulle proposte di riforma del giudizio ordinario di cognizione</i>	335
LUIGI LOMBARDO	
<i>Giudizio civile di cassazione e decisione della causa nel merito.</i>	393
FELICE MANNA	
<i>Sull’impugnabilità dell’ordinanza ex art. 348-ter c.p.c. (a proposito di Cass., sez. II, 12 gennaio 2015, n. 223)</i>	413

Giudizio civile di cassazione e decisione della causa nel merito

La conquista, da parte della Corte suprema italiana, del potere di decidere la causa nel merito costituisce senza dubbio una delle tappe più significative dell'evoluzione del giudizio civile di cassazione. Lo studio esamina l'attuale configurazione di tale potere decisorio e lo spazio in cui esso può attualmente operare, in un difficile equilibrio tra l'esigenza di assicurare la ragionevole durata del processo, evitando il suo prolungamento nelle ulteriori fasi che seguono una pronuncia di annullamento con rinvio, e la necessità di non tradire la funzione nomofilattica propria di una Corte di legittimità.

393

The conquest of the Italian Supreme Court, on the power to decide a case on the merits is undoubtedly one of the most significant stages in the evolution of the civil appeal before the Supreme Court. This study examines the current configuration of the decision making power and the space in which it can now operate, a difficult balance between the need to ensure reasonable duration of the process, avoiding its extension in further steps following its annulment on remand, and the need not to betray its nomophylactic function as a Court of legitimacy.

Sommario: 1. Il giudizio rescissorio in cassazione. – 2. I limiti del potere decisorio nel merito della Corte suprema: in termini generali. – 3. (*Segue*): il limite della non necessità di «ulteriori accertamenti di fatto».

1. - Il giudizio rescissorio in cassazione.

Uno dei profili più problematici del giudizio civile di cassazione è indubbiamente costituito dal potere della Corte di decidere la causa nel merito e, in particolare, dall'estensione di tale potere. È evidente come la previsione di un giudizio rescissorio dinanzi alla Corte di cassazione (c.d. cassazione sostitutiva) ponga in crisi il tradizionale assetto delle funzioni affidate alla Corte suprema. Nondimeno, tale previsione rappresenta una importante tappa nell'evoluzione del giudizio di cassazione, nella prospettiva di ridurre i tempi di definizione del processo civile: la decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione consente, infatti, di evitare le fasi processuali che necessariamente conseguono ad un annullamento con rinvio e chiude definitivamente l'*iter* processuale. Rimane, tuttavia, da definire l'ambito entro il quale la decisione della causa nel merito possa essere adottata.

Storicamente, fin dal *Tribunal de cassation* germinato dalla Rivoluzione ¹, alla Cassazione è stata affatto preclusa la possibilità di emettere il nuovo giudizio destinato a prendere il posto della sentenza cassata: ad essa sono state affidate funzioni esclusivamente rescindenti. È per questo che l'istituto del "rinvio" e, con esso, il giudizio che ne segue (c.d. "giudizio di rinvio") hanno storicamente assunto, fino alla codificazione italiana del 1940, un ruolo centrale nell'assetto tradizionale del controllo di legittimità svolto dalla Corte suprema ².

¹ Per questi profili storici, v. soprattutto la ormai classica e insuperata opera di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, Torino, 1920, 432 ss.; ma v. anche P. CALAMANDREI-C. FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Nss. D.I.*, II, Torino, 1958, rist. 1979, 1059 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1962, 175 ss.; *Id.*, voce *Corte di cassazione (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 797 ss.

² Com'è noto, il giudizio di rinvio c.d. proprio (o prosecutorio) è un giudizio "chiuso", legato al *thema decidendum* risultante dai precedenti gradi di merito e stretto tra i due limiti invalicabili costituiti da un lato dalle questioni oggetto dei motivi di appello (che delimitano l'effetto devolutivo del gravame e l'estensione del giudicato interno), dall'altro dal contenuto della sentenza rescindente della Corte di cassazione; nel giudizio di rinvio è, pertanto, preclusa alle parti la possibilità di proporre nuove domande ed eccezioni o dedurre nuovi mezzi di prova o formulare conclusioni diverse, essendo invece consentite loro solo quelle attività rese

Questa caratteristica del giudizio di cassazione è stata, però, oggetto di progressiva revisione da parte del legislatore, con una serie di riforme successive.

Innanzitutto, la legge 26 novembre 1990, n. 353 – nel riformare l’art. 384 c.p.c. – ebbe a riconoscere alla Corte di cassazione il potere di decidere la causa nel merito nei casi di accoglimento del ricorso per «violazione o falsa applicazione di norme di diritto» e «qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto»³.

Questo ampliamento dei poteri della Corte di cassazione venne a determinare una vera e propria “rottura” della tradizione storica, dando luogo alla possibilità – per la prima volta nel nostro ordinamento – che, nel giudizio di cassazione, si assommassero *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium*. Tuttavia, la reale portata di tale riforma fu alquanto limitata, giacché l’attribuzione alla Corte del potere di decidere la causa nel merito rimase circoscritta al solo caso di accoglimento del ricorso per «violazione o falsa applicazione di norme di diritto», inteso tale *error in iudicando* – nel quadro del vecchio assetto dei motivi di ricorso – come violazione della norma giuridica relativa alla sola *quaestio iuris* sostanziale⁴; per di più subordinata alla condizione che la decisione nel merito fosse adottata – secondo un’interpretazione rigorosa del sintagma «qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto» – sulla base della medesima rico-

necessarie dalle statuizioni della sentenza di cassazione. Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. II, 12 gennaio 2010, n. 327, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Rinvio civile (giudizio di)*, n. 9; Cass., sez. I, 21 febbraio 2007, n. 4096, in *Giust. civ.*, 2007, I, 831 ss., in motiv.; Cass., sez. III, 23 febbraio 2006, n. 4018, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Rinvio civile (giudizio di)*, n. 5; Cass., sez. lav., 27 luglio 2004, n. 14134, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Rinvio civile (giudizio di)*, n. 23. In dottrina, sui caratteri del giudizio di rinvio v., tra i tanti, E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967; E. FAZZALARI, voce *Rinvio (giudizio di) nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, 4^a ed., Torino, 1998, 669 ss.; B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusioni di questioni*, Milano, 2008; M. LA TERZA, *Il giudizio di rinvio (Ammissibilità e limiti)*, in G. IANNIRUBERTO-U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, 2^a ed., Milano, 2010, 650; S. DEL CORE, *Osservazioni in tema di rapporti tra giudizio di cassazione e giudizio di rinvio*, in *Giust. civ.*, 2013, 621 ss.

³ Su tale riforma dell’art. 384 c.p.c. e sulle ragioni di economia processuale che l’hanno dettata, v. V. DENTI, *La Cassazione giudice del merito*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 1 ss.

⁴ Non mancarono tuttavia pronunce con le quali la Corte estese, di fatto, il proprio potere di decidere la causa nel merito a casi di annullamento per violazione di norma processuale. In questo senso, tra le tante, Cass., sez. III, 27 agosto 1999, n. 8999, in *Giust. civ.*, 2000, 1083 ss., con nota di F. CAPPELLA, *Decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione*; ma, in senso contrario, Cass., sez. III, 26 febbraio 1998, n. 2123, in *Giur. it.*, 1999, 16. Per una ricostruzione della giurisprudenza anteriore alla riforma del 2006, v. A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, II, Torino, 2005, 715.

struzione del fatto contenuta nella sentenza cassata⁵. Si trattò, dunque, di un potere decisorio che ebbe uno spazio meramente *residuale* e il suo effettivo esercizio costituì un'ipotesi alquanto eccezionale.

Il potere di decidere la causa nel merito è stato però successivamente ampliato in modo considerevole col decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, che ha ulteriormente modificato l'art. 384 c.p.c.

Il nuovo testo della disposizione, oggi vigente, attribuisce alla Corte di cassazione (art. 384, comma 2) il potere di decidere la causa nel merito ogni volta che accoglie il ricorso (letteralmente: «quando accoglie il ricorso»); ma ha mantenuto ferma la condizione che la decisione nel merito non implichi la necessità di ulteriori accertamenti di fatto («qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto»).

L'estensione del potere di decidere la causa nel merito recepisce le istanze da tempo avanzate da una parte della dottrina, preoccupata di ridurre al minimo le ipotesi di rinvio della causa ad altro giudice, onde evitare un inutile allungamento dei tempi processuali⁶; e si pone in linea col princi-

⁵ In questi termini la dottrina maggioritaria: cfr., tra i tanti, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 269 s.; C. BESSO, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 519 s.; G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 472 ss.; E. FAZZALARI, voce *Ricorso per cassazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 599; R. CAPONI, *La decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione italiana e del Bundesgerichtshof tedesco*, in *Dir. e giur.*, 1996, 272 ss.; M. DE CRISTOFARO, *La Cassazione sostitutiva nel merito. Prospettive applicative*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 279 ss.; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, II, cit., 838 ss.; F. TERRUSI, *Il ricorso per cassazione nel processo civile*, Torino, 2004, 199 ss. Nel medesimo senso, la giurisprudenza: cfr. per tutte Cass., sez. lav., 25 marzo 1996, n. 2629, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3742 ss., con nota di R. CAPONI, *Le prime sentenze sulla cassazione sostitutiva per motivi di merito*. In senso contrario, però, M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 947 ss.; Id., *Sul potere della Corte di cassazione di decidere nel merito la causa*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 719, il quale – facendo perno sul principio della «ragionevole durata del processo» (introdotto nel testo dell'art. 111, comma 2, Cost. ad opera della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2) – ha ritenuto che alla Corte di cassazione spettasse il potere di decidere la causa nel merito in ogni caso di annullamento della sentenza impugnata (anche ove pronunciato ai sensi dei nn. 4 e 5 dell'art. 360 c.p.c.) e che non le fosse precluso di formulare autonomamente il giudizio di fatto sulla base degli elementi acquisiti nelle precedenti fasi di merito (con il solo limite della necessità di un'ulteriore trattazione della causa o dell'assunzione di ulteriori mezzi di prova).

⁶ Va ricordato che, già negli anni '60, S. SATTA, voce *Corte di cassazione (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 821, rilevava come, stante il vincolo al principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, il giudizio di rinvio, in assenza di provvedimenti ulteriori e consequenziali da adottare, fosse «un inutile lusso» (v. anche Id., *Passato e avvenire della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 946 ss. e spec. 955 s.). Nello stesso senso, più tardi, L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982, 82 ss., ritenendo il «rinvio

pio costituzionale della «ragionevole durata del processo», introdotto nell'art. 111 Cost. dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2⁷.

Ma il nuovo testo dell'art. 384 c.p.c., nell'ampiezza della sua previsione, pone problemi interpretativi di non poco conto; e la dottrina si è divisa, pervenendo a conclusioni molto diverse quanto all'estensione dei poteri decisorio nel merito che possono essere riconosciuti alla Corte di cassazione. L'orientamento maggioritario, fedele al principio per cui la Corte suprema può essere giudice del "fatto processuale", mai del "fatto extraprocessuale", ritiene che l'estensione del potere della Corte di decidere la causa nel merito sia limitata ai soli casi di accoglimento del ricorso per *errores in procedendo* (art. 360, n. 4 c.p.c.), da aggiungersi ai casi – già in precedenza consentiti – di accoglimento del ricorso per *errores in iudicando* relativi alla *quaestio iuris* sostanziale (art. 360, n. 3 c.p.c.)⁸. Secondo questa opinione, la Corte, nel decidere la causa nel merito, avrebbe il potere di provvedere a ricostruire autonomamente il fatto solo ove vi sia stato annullamento della sentenza impugnata per *error in procedendo*, solo cioè ove il fatto da accertare *ex novo* abbia natura processuale; nel caso di annullamento per *error in iudicando*, invece, la decisione della causa nel merito potrebbe avvenire solo sulla base della medesima ricostruzione dei fatti contenuta nella sentenza cassata, non essendo comunque consentito al giudice di legittimità accertare autonomamente i fatti da sussumere nella fattispecie giuridica sostanziale⁹.

anti-economico e inutilmente oneroso», auspicava il conferimento alla Corte di cassazione di un potere rescissorio. Più di recente, già all'indomani della riforma del 1990, F. CIPRIANI, *Contro la cassazione con rinvio*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2522 ss. e ora in *Il processo civile nello stato democratico*, Napoli, 2006, 151 ss., ha ritenuto il carattere "incostituzionale" dei giudizi di rinvio inutili, osservando tra l'altro icasticamente che l'istituto della cassazione con rinvio «nella misura in cui perpetua *sine die* le liti, sembra con tutta evidenza un'assurdità, se non proprio uno scandalo».

⁷ Sul punto, v. M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, cit., 975; A. PROTO PISANI, *Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 122 ss.

⁸ Tale orientamento fa perno, oltre che sulla funzione della Corte quale giudice della sola legittimità, anche sulla legge-delega (art. 1, comma 3, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80), che faceva obbligo al legislatore delegato di prevedeva semplicemente «l'estensione delle ipotesi di decisione nel merito (...) anche nel caso di violazione di norme processuali».

⁹ Per questo orientamento assolutamente maggioritario, che esclude la possibilità per la Corte di cassazione di procedere ad una autonoma ricostruzione del fatto, cfr. tra i tanti C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2^a ed., Padova, 2008, 233 ss.; Id., *Spiegazioni*

Secondo altro orientamento, che fa perno invece sulla lettera del vigente testo dell'art. 384, comma 2, c.p.c., il potere di decidere la causa nel merito spetterebbe alla Corte suprema ogni volta che essa accolga il ricorso per uno qualsiasi dei motivi previsti dall'art. 360 c.p.c. (compreso quello di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c.) e le consentirebbe di riformulare *ex novo*, tramite una diretta valutazione delle prove acquisite, il giudizio in ordine alla sussistenza dei fatti giuridici posti a fondamento delle domande e delle eccezioni; ciò perché la necessità di «ulteriori accertamenti di fatto» – quale fattispecie preclusiva della decisione nel merito – non si riferirebbe alla necessità di una nuova valutazione delle prove, ma solo all'ipotesi in cui sia necessario acquisire nuovi mezzi di prova¹⁰.

Quest'ultima opinione muove dal rilievo che, con la riforma del 2006, è venuta a cadere la limitazione – contenuta nel precedente testo dell'art. 384 – che ammetteva l'esercizio del potere decisorio nel merito, da parte della Corte di cassazione, nella sola ipotesi di annullamento della sentenza impugnata «per violazione o falsa applicazione di norme di diritto», in una ipotesi cioè in cui l'annullamento non invalida – di per sé – il giudizio di fatto contenuto nella pronuncia cassata. Sarebbe così venuto meno il principale argomento che aveva indotto la dottrina e la giurisprudenza a

di diritto processuale civile, III, 2^a ed., Torino, 2012, 418 s.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5^a ed., Napoli, 2006, 528 s.; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, 23^a ed., Torino, 2014, 617 s.; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, 2^a ed., Milano, 2010, 455 s.; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, II, 3^a ed., Bologna, 2012, 262; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, 2^a ed., Torino, 2010, 522 ss.; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano: tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizione, cautele*, 3^a ed., Milano, 2012, 560 s.; A. TEODOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.*, 2006, 2013; R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 23 ss.; A. PANZAROLA, *Il principio di diritto e la decisione della causa nel merito in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 430 ss.; F. CARTUSO, *Art. 384*, in F. CIPRIANI (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione. Commentario al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, capo I e alla L. 18 giugno 2009, n. 69, capo IV*, Padova, 2009, 335 s.; R. TROIANO, *Il nuovo giudizio di cassazione: osservazioni in tema di principio di diritto e cassazione sostitutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 357 ss.; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 557 ss.; R. TISCINI, *Il giudizio di cassazione*, in F.P. LUISO-R. VACCARELLA (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, 462.

¹⁰ In questo senso, M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, 4^a ed., Torino, 2012, 389 s.; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, 5^a ed., Padova, 2009, 686 ss.; G. VIDIRI, *Il "nuovo" giudizio di rinvio: la Cassazione giudice di terza istanza?*, in *Corr. giur.*, 2006, 1158 s.; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le modificazioni in materia di processo di cassazione tra nomofilachia e razionalizzazione dell'esistente*, in *Corr. giur.*, 2006, 450; G. IMPAGNATELLO, *La Cassazione civile dopo la riforma: una nuova nomofilachia?*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 1030 s.; M. LA TERZA, *Il giudizio di rinvio*, cit., 644 ss.

ritenere che la condizione legittimante l'esercizio del detto potere decisorio (la non-necessità di ulteriori «accertamenti di fatto») corrispondesse alla situazione nella quale la ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di merito rimaneva ferma. Ora, una volta ammesso il potere della Corte di decidere nel merito anche nell'ipotesi di accoglimento del ricorso per vizi relativi alla giustificazione del giudizio di fatto (art. 360, n. 5, c.p.c.) – ipotesi nella quale sorge la necessità di ricostruire nuovamente i fatti rilevanti per la decisione della causa – sarebbe conseguente riconoscere che la Corte suprema «possa autonomamente compiere una valutazione ricostruttiva della situazione di fatto rilevante in giudizio»¹¹ sulla base delle acquisizioni processuali effettuate dinanzi ai giudici di merito. Perciò, secondo questa opinione, la Corte di cassazione potrebbe, dopo l'annullamento della sentenza impugnata, riformulare *ex novo* il giudizio di fatto sulla base delle prove già acquisite, quali risultano dagli atti processuali e dai documenti specificamente indicati dal ricorrente¹²; mentre i soli accertamenti di fatto ostativi alla decisione nel merito si ridurrebbero agli atti processuali di raccolta e assunzione dei mezzi di prova, che implicano lo svolgimento di una attività (di istruzione della causa) strutturalmente incompatibile col giudizio di cassazione¹³.

¹¹ In tali termini, R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: la decisione nel merito*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 130.

¹² Com'è noto, il ricorso deve contenere – a pena di inammissibilità – la specifica indicazione degli atti processuali e dei documenti sui quali esso si fonda (art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c., nel testo introdotto dalla citata riforma del 2006), atti e documenti che devono essere successivamente depositati – a pena di improcedibilità del ricorso – nella cancelleria della Corte (art. 369, comma 2, n. 4, c.p.c., come novellato dalla medesima riforma): ciò sembra configurare, a carico del ricorrente, un onere di “localizzazione” dell'atto processuale al quale intende riferirsi nella deduzione della censura. Sul punto, M. LA TERZA, *Il giudizio di rinvio*, cit., 646 s. Ma l'onere di indicazione e di deposito degli atti va coordinato col principio di “autosufficienza del ricorso”. In ordine a tale ultimo principio, di origine giurisprudenziale, v. tra i tanti F. SANTANGELI, *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 607 ss.; S. RUSCIANO, *Il contenuto del ricorso per cassazione dopo il d.lgs. 40/2006. La formulazione dei motivi: il principio di autosufficienza*, in *Corr. giur.*, 2007, 281 ss.; Id., *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, cit., 121 ss.; S. CAPORUSSO, *Art. 366*, in F. CIPRIANI (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione. Commentario al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, capo I e alla l. 18 giugno 2009, n. 69, capo IV*, Padova, 2009, 200 s. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass., sez. II, 17 febbraio 2004, n. 3004, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Cassazione civile*, n. 149; sez. III, 25 agosto 2006, n. 18506, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Cassazione civile*, n. 294.

¹³ Così M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, cit., 384, che sottolinea come la necessità del rinvio ad altro giudice scaturisca esclusivamente dalla peculiarità strutturale del giudizio di cassazione, che non consente di compiere alcuna attività di assunzione probatoria; v. anche R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: la decisione nel merito*, cit., c. 130 s.

Appare chiaro che, ove si potesse aderire a quest'ultima opinione, ben poco oggi sarebbe rimasto della configurazione classica del giudizio di cassazione, come giudizio essenzialmente rescindente (volto ad annullare le pronunce impugnate, ma non a sostituirle): il "rinvio" costituirebbe ormai un istituto di carattere eccezionale (analogo a quello della rimessione prevista dall'art. 354 c.p.c. per il giudizio di appello); la pronuncia sostitutiva nel merito sarebbe l'«esito normale del giudizio di cassazione in caso di accoglimento del ricorso»¹⁴ e il giudizio di rinvio assumerebbe una funzione meramente residuale¹⁵. Per di più, dovrebbe riconoscersi che oggi, nel giudizio di cassazione, fase rescindente e fase rescissoria di regola convivono, come nel giudizio di appello; che la Corte di cassazione non è più soltanto giudice del diritto, ma è divenuta – sia pure nel solo giudizio rescissorio – anche giudice del fatto¹⁶; e che, con la proposizione del ricorso per cassazione, in presenza delle condizioni che consentono alla Corte di decidere la causa nel merito, si verifica – come nel giudizio di appello – un vero e proprio effetto devolutivo dell'impugnazione, tale da trasferire alla Corte suprema la cognizione sulla domanda originariamente dedotta in giudizio¹⁷. In definitiva, dovrebbe ritenersi giunto a compimento il percorso di avvicinamento della Corte di cassazione italiana alla Corte di revisione tedesca, alla quale, nel caso di accoglimento del ricorso per *errores in iudicando*, è riconosciuto un ampio potere di decidere la causa nel merito quando essa sia "matura" per la decisione¹⁸.

¹⁴ Così M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, cit., 966 ss., già prima della riforma del 2006; mentre è noto come la dottrina tradizionale affermi che il rinvio è la "regola" e la decisione nel merito la "eccezione" (così, ad es., E. FAZZALARI, voce *Rinvio*, cit., 670).

¹⁵ In questo senso, F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le modificazioni in materia di processo di cassazione*, cit., 450.

¹⁶ Così M. LA TERZA, *Il giudizio di rinvio*, cit., p. 648.

¹⁷ In questo senso, G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 954 s.; v. anche F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le modificazioni in materia di processo di Cassazione*, cit., 450, che constata il definitivo superamento del «tabù della netta separazione tra il giudizio (rescindente) sulla legittimità del provvedimento impugnato ed il conseguente nuovo giudizio sul merito della controversia». Nello stesso senso, M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, cit., 383, il quale, superando definitivamente la visione tradizionale del giudizio di cassazione, afferma che «l'oggetto del giudizio di cassazione non sta nei motivi fatti valere dal ricorrente e nella sentenza come atto da eliminare, ma si identifica con l'oggetto, processuale e sostanziale, che il processo ha avuto nei gradi precedenti».

¹⁸ Per il raffronto tra i caratteri della Corte di cassazione italiana e quelli della Corte di revisione tedesca, v. soprattutto R. CAPONI, *La decisione della causa nel merito*, cit., 262 ss.; ID., *Il nuovo giudizio di cassazione civile: la decisione nel merito*, cit., c. 131 ss. L'avvicinamento della

Ora, è certamente possibile configurare la Corte di cassazione italiana – sul modello di altre Corti supreme europee – come giudice della mera legittimità nella sola fase rescindente e come giudice anche del fatto (ossia come vero e proprio giudice di merito) nella successiva fase rescissoria¹⁹. E tuttavia, una tale configurazione del giudizio di cassazione – proposta dalla dottrina appena richiamata – deve essere attentamente verificata, allo scopo di vagliare la sua compatibilità, non solo col modello costituzionale italiano, ma anche con la disciplina processuale del giudizio di legittimità, a salvaguardia dei principi irrinunciabili che reggono il processo civile.

2. - I limiti del potere decisorio nel merito della Corte suprema: in termini generali.

L'interpretazione del vigente testo dell'art. 384, comma 2, c.p.c., introdotto dalla novella del 2006, non può che muovere dalla constatazione che la detta disposizione non limita il potere della Corte di cassazione di decidere la causa nel merito a particolari ipotesi di annullamento della sentenza impugnata. Dalla lettera della disposizione («La Corte, quando accoglie il ricorso, (...) decide la causa nel merito») risulta chiara la volontà del legislatore di consentire alla Corte di decidere la causa nel merito ogni volta che, a seguito dell'annullamento della sentenza impugnata, ve ne sia necessità in relazione alle ragioni poste a fondamento della pronuncia cassatoria.

Nonostante l'ampiezza della formula normativa, è ovvio però che non tutti gli *errores in iure* posti a fondamento della pronuncia di accoglimento del ricorso consentono alla Corte suprema di decidere la causa nel merito.

Corte di cassazione italiana alla Corte di revisione tedesca è sottolineato anche da M. CANTILLO, *Violazione o falsa applicazione della legge*, in F. AMIRANTE-S. BENINI-M. CANTILLO-F. CURCURUTO-F. MIANI CANEVARI-M. PUTAURO DONATI-A. SENSALÉ-P. VITTORIA, *La Cassazione civile*, II, Torino, 1998, 1409.

¹⁹ Secondo M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, cit., 953 ss., una tale configurazione del giudizio di cassazione sarebbe in astratto compatibile con la funzione nomofilattica della Corte, che è legata alla natura del suo sindacato nella fase rescindente, limitato all'esame delle sole questioni di diritto, dimodoché «un sostanziale allontanamento dal modello della Cassazione vi sarebbe solo ove si concedesse al soccombente la possibilità di tentare un ribaltamento dell'esito del processo anche lamentando l'ingiusta soluzione della questione di fatto» (ivi, 959 s.), ciò che però è escluso; analogamente, ID., *Sul potere della Corte di cassazione di decidere nel merito la causa*, cit., 714; R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: la decisione nel merito*, cit., c. 131; M. LA TERZA, *Il giudizio di rinvio*, cit., 656.

Così, la Corte non è chiamata a rinnovare la decisione della causa nel merito nei casi di accoglimento del ricorso (richiamati nell'art. 382, commi 1 e 2, c.p.c.) per motivi attinenti alla giurisdizione (art. 360 n. 1) o per violazione delle norme sulla competenza (art. 360 n. 2), nei quali il processo deve necessariamente proseguire dinanzi al giudice (ordinario o speciale) all'uopo individuato; né, d'altra parte, la Corte è chiamata a decidere la causa nel merito nei casi di cassazione c.d. senza rinvio (art. 382, ultimo comma, c.p.c.), nei quali l'annullamento (per i motivi su cui si fonda e per l'estensione dei suoi effetti) non lascia materia per un ulteriore giudizio.

Il problema della rinnovazione della decisione nel merito si pone, in realtà, solo relativamente ai casi previsti dall'art. 383, comma 1, c.p.c. rispetto ai quali opera l'istituto del rinvio, vale a dire nei casi di accoglimento del ricorso per i motivi di cui ai nn. 3, 4 e 5 dell'art. 360 c.p.c. Ed è proprio rispetto a tali casi – nessuno escluso – che l'art. 384, comma 2, c.p.c. prevede il potere della Corte di cassazione di decidere la causa nel merito.

402

Questa conclusione, già valida nel quadro dei motivi di ricorso per cassazione come modificati dalla novella del 2006, va ribadita anche dopo la novella del 2012 (decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134), che è intervenuta sui motivi di ricorso, riscrivendo quello di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., così ridefinendo i confini del sindacato sulla *quaestio facti*, che risulta ora limitato alla sola ipotesi di «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti».

Dalla lettera della formula normativa [«La Corte, quando accoglie il ricorso, (...) decide la causa nel merito»], si evince anche che il potere della Corte di cassazione di decidere la causa nel merito ha carattere “officioso”, nel senso che il suo esercizio non è subordinato all'istanza delle parti, e che la pronuncia nel merito è “doverosa” quando ricorre la situazione prevista dalla legge ²⁰.

²⁰ In tal senso, già prima della riforma del 2006, Cass., sez. lav., 4 maggio 1996, n. 4140, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3741 ss., in motiv., secondo cui la decisione sostitutiva è espressione (non di una facoltà discrezionale della Corte, ma) di «un potere-dovere da esercitarsi d'ufficio», indipendentemente dall'impulso di parte, subordinato ad una preventiva valutazione di

Quel che occorre è *solo una condizione negativa*: che «non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto». Ricorrendo tale condizione, la Corte ha senz'altro il dovere di decidere la causa nel merito ogni volta che accolga il ricorso, non spettandole alcuna libertà apprezzamento circa l'opportunità di determinarsi sulla base dell'impegno richiesto per decidere la causa ²¹. Ora, essendo escluso che vi sia ragione di compiere ulteriori accertamenti di fatto nei casi in cui l'accoglimento del ricorso lascia intatta la ricostruzione fattuale contenuta nella sentenza cassata (come avviene nel caso in cui l'annullamento sia disposto per un *error in iudicando* afferente la *quaestio iuris* o per un *error in procedendo*) ²², la questione interpretativa circa la portata della formula normativa che esige che «non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto» si pone con riferimento ai seguenti casi: quello in cui l'accertamento contenuto nella sentenza cassata è rimasto travolto e deve essere sostituito da uno nuovo; quello in cui l'accertamento del fatto non è stato affatto compiuto dai giudici di merito, in quanto afferente a fatti posti a fondamento di questioni giuridiche rimaste assorbite (o co-

merito – avente ad oggetto gli accertamenti di fatto già compiuti nei precedenti gradi – che si concreta in un giudizio sulla loro completezza e sufficienza e, quindi, sulla superfluità o meno di accertamenti ulteriori; e dopo la riforma del 2006, Cass., sez. un., 24 marzo 2010, n. 6994, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Cassazione civile*, n. 221, secondo cui il giudice di legittimità provvede d'ufficio sulla cassazione della sentenza impugnata con o senza rinvio o decidendo nel merito, secondo che il vizio riscontrato rientri nelle ipotesi previste dagli artt. 382, 383 o 384, secondo comma, ult. parte, c.p.c., sicché è irrilevante l'eventuale erroneità delle richieste delle parti in un senso o nell'altro.

²¹ Nel senso che il nuovo testo dell'art. 384 esclude qualsiasi discrezionalità della Corte nella scelta tra cassazione con rinvio e cassazione sostitutiva e che – una volta rilevata la non necessità di ulteriori accertamenti di fatto – la pronuncia nel merito è dovuta, F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le modificazioni in materia di processo di Cassazione*, cit., 450; M. LA TERZA, *Il giudizio di rinvio*, cit., 645 s. In senso contrario, per l'opinione che la Corte di cassazione possa astenersi dal decidere la causa nel merito quando la questione da decidere non sia di agevole soluzione e comporti un impegno rilevante in termini di energie e di tempo, invece, R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: la decisione nel merito*, cit., c. 131; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, 6^a ed., Milano, 2011, 465 s.; M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, cit., 968; M.A. COMASTRI, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, Torino, 2012, 147.

²² È ovvio che, quando l'accoglimento del ricorso è dipendente da un *error in procedendo* (art. 360, n. 4, c.p.c.), la Corte potrà sempre decidere la causa nel merito: non solo nel caso in cui l'errore cada solo sulla *quaestio iuris* processuale, ma anche quando coinvolga la *quaestio facti* processuale. Infatti, la Corte suprema, nel sindacare gli *errores in procedendo*, ha cognizione piena, è insieme giudice del fatto e giudice del diritto; cosicché, anche ove si tratti di procedere ad un nuovo accertamento del "fatto processuale", essa potrà sempre rinnovare la decisione della causa.

munque impregiudicate) nella sentenza di appello, che – a seguito della pronuncia cassatoria – è divenuto necessario decidere²³.

Sono queste le situazioni cui si riferisce la disposizione dell'art. 384, comma 2, c.p.c., quando subordina la possibilità della cassazione sostitutiva alla condizione negativa che «non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto».

3. - (Segue): il limite della non necessità di «ulteriori accertamenti di fatto».

Dal punto di vista metodologico, sembra chiaro come il significato della formula «qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto» debba essere individuato non in termini astratti o ideologici, ma – anzitutto – guardando alla compatibilità degli «accertamenti di fatto», che è necessario compiere a seguito dell'annullamento della sentenza impugnata, con la struttura del giudizio di cassazione.

Da tale prospettiva, è agevole subito cogliere come risultino incompatibili con la struttura del giudizio di cassazione gli atti processuali di acquisizione delle prove, che sia eventualmente necessario porre in essere a seguito della pronuncia rescindente. Il giudizio di cassazione, infatti, si

²³ Com'è noto, secondo l'opinione tradizionale, le questioni rimaste assorbite in sede di merito (in quanto tali non decise e, dunque, non censurabili) non sono riproponibili dalle parti in sede di legittimità con ricorso incidentale condizionato (che è inammissibile per carenza di interesse), ma possono essere riproposte solo nel giudizio di rinvio a seguito dell'accoglimento del ricorso principale (in questo senso, *ex multis*, Cass., sez. I, 23 maggio 2006, n. 12153, in *Foro it.*, 2007, I, 1896). In dottrina, v. per tutti A. PANZAROLA, *Il principio di diritto e la decisione della causa nel merito in Cassazione*, cit., 441 s., che nota come le questioni assorbite fuoriescano dal *thema decidendum* della Corte suprema, che è misura e limite dei suoi poteri; dal che il divieto, per la Corte, di curare per la prima volta l'accertamento di questioni di fatto che non siano state già valutate dal giudice *a quo* e la necessità di rimetterne la decisione al giudice di rinvio.

Ma la soluzione non è sicura nella dottrina e nella giurisprudenza più recenti, che talora ammettono che le questioni ritenute assorbite nella sentenza di appello possano essere riproposte – e quindi decise – nel giudizio di cassazione. Si è affermato così, in giurisprudenza, il principio secondo cui «in tema di impugnazione per cassazione, la parte, interamente vittoriosa nel giudizio di merito, che intende risollevere questioni già prospettate in appello, e non esaminate o ritenute assorbite dal giudice, ha l'onere di proporre ricorso incidentale condizionato, salvo che dichiarare che le stesse siano sottoposte a scrutinio nel giudizio di rinvio, con conseguente sufficienza del mero controricorso al fine della rituale riproposizione delle questioni» (Cass., sez. lav., 21 febbraio 2014, n. 4130 in *C.E.D. Cass.*, n. 629997); in dottrina, v. per tutti, M.A. COMASTRI, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, cit., 177.

svolge in un'unica udienza e non presenta un *locus* ove le prove possano essere acquisite, cosicché deve del tutto escludersi che la Corte di cassazione possa provvedere all'attività di raccolta delle prove.

Ma la questione problematica non è questa, essendo pacifico – in dottrina e in giurisprudenza – che è esclusa la possibilità di acquisire nuovi mezzi di prova nel giudizio di cassazione. Il vero problema interpretativo è, invece, quello di stabilire se costituisca «accertamento di fatto», come tale ostativo alla decisione della causa nel merito da parte della Corte suprema, anche l'attività intellettuale, di giudizio, che serve a riformulare il giudizio di fatto sulla base delle prove già acquisite, quando ciò sia reso necessario dall'annullamento della sentenza impugnata.

La giurisprudenza è fermamente ancorata al principio secondo cui è inibito alla Corte di cassazione ricostruire autonomamente il fatto, potendo essa decidere la causa nel merito solo ove ciò sia possibile sulla base dei medesimi accertamenti ed apprezzamenti di fatto contenuti nella sentenza cassata²⁴. Nella prassi giurisprudenziale, la Corte rifiuta di decidere la causa nel merito ove vi sia necessità di provvedere ad un accertamento dei fatti che prenda il posto di quello contenuto nella sentenza annullata. Essa, invece, ammette la pronuncia sostitutiva solo quando questa possa essere adottata sulla base dei fatti così come ricostruiti nella sentenza di merito: o in quanto i fatti siano stati tutti accertati; o in quanto non siano stati contestati e non ve ne siano altri da accertare (o perché mancano o perché la facoltà di domandarne l'accertamento è impedita alle parti dalle preclusioni in cui siano incorse)²⁵; oppure in quanto si tratti di decidere

²⁴ Per il principio secondo cui la cassazione sostitutiva, con giudizio nel merito, è consentita nei soli casi in cui, dopo l'enunciazione del principio di diritto, la controversia debba esser decisa in base ai medesimi accertamenti ed apprezzamenti di fatto, che costituiscono i presupposti dell'errato – e perciò cassato – giudizio di diritto, cfr. *ex plurimis* Cass., sez. III, 22 maggio 2006, n. 11928, in *C.E.D. Cass.*, n. 589981; Cass., sez. lav., 27 febbraio 2004, n. 4063, *ivi* n. 570665. In senso adesivo all'interpretazione della giurisprudenza, preclusiva di nuove valutazioni delle prove, A. PANZAROLA, *Il principio di diritto*, cit., 433 ss.

²⁵ Così, Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13617, in *Riv. not.*, II, 96 ss., con riferimento alla possibilità di decisione della causa nel merito in presenza di fatto "incontroverso"; Cass., sez. III, 10 settembre 2010, n. 19301, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Cassazione civile*, n. 222, a proposito della possibilità per la Corte di emettere, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., una pronuncia di condanna generica in ordine all'*an debeat*, rimettendo al giudice del rinvio la sola determinazione del *quantum debeat*; Cass., sez. III, 23 marzo 2010, n. 6951, *ivi*, n. 220, che riconosce alla Corte il potere di decisione nel merito allorché sia necessario effettuare «un mero calcolo aritmetico» sulla base della determinazione quantitativa operata dal giudice di

solo una “questione di puro diritto” (tale, quindi, da non richiedere nuovi accertamenti di fatto), che sia rimasta assorbita nella pronuncia impugnata ovvero totalmente ignorata dai giudici di merito (dopo essere stata ritualmente prospettata dalle parti sia in primo che in secondo grado) e riproposta come motivo di ricorso (eventualmente incidentale), sempre che su di essa si sia svolto il contraddittorio ²⁶.

In realtà, sembra che i confini della c.d. cassazione sostitutiva possano essere più ampi di quelli che la giurisprudenza ha avuto concretamente occasione di riconoscere.

A tal fine, se si tiene conto della specificità del sindacato della Corte di cassazione, come sindacato consentito sulle sole questioni regolate da norme di diritto e precluso sulle questioni rimesse alla discrezionalità del giudice di merito, è possibile distinguere: da un lato, i casi in cui – a seguito dell’annullamento della sentenza impugnata – sia necessario formulare un nuovo giudizio di fatto sulla base di una valutazione discrezionale delle prove acquisite; dall’altro, i diversi casi in cui il fatto debba essere fissato dalla Corte sulla base di un’attività di giudizio vincolata all’osservanza di una norma giuridica la cui violazione sia stata posta a fondamento del motivo di ricorso accolto.

Questi ultimi sono i casi in cui l’annullamento della sentenza impugnata è dipeso dall’accoglimento di un motivo di ricorso col quale si è denunciata la violazione o l’erronea applicazione di una norma giuridica vincolante che avrebbe dovuto presiedere alla ricostruzione del fatto e che non è stata osservata dal giudice di merito. In questi casi, la Corte di cassazione si trova a dover fissare il fatto, non a mezzo della valutazione discrezionale delle prove, ma facendo applicazione della regola giuridica vincolante di cui ha accertato la violazione, la quale non le lascia scelta tra più soluzioni: o perché il fatto non è controverso, essendo pacifico o non contestato ²⁷,

merito; analogamente, Cass., sez. lav., 7 gennaio 2009, n. 55, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Cassazione civile*, n. 246, in tema di dichiarazione della intervenuta cessazione della materia del contendere.

²⁶ Cass., sez. lav., 3 marzo 2011, n. 5139, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Cassazione civile*, n. 205; Cass., sez. V, 25 novembre 2011, n. 24914, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Cassazione civile*, n. 202; Cass., sez. lav., 5 novembre 2012, n. 18915, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Cassazione civile*, n. 203; Cass., sez. V, 30 maggio 2012, n. 8622, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Cassazione civile*, n. 196.

²⁷ Cfr. G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 559 s. In senso analogo, S. DEL CORE, *Osservazioni in tema di rapporti tra giudizio di cassazione e giudizio di rinvio*, cit., 624 s., che –

rimanendo così fuori dal *thema probandum*; o perché deve essere fissato per effetto di una prova legale; o perché deve essere ricostruito sulla base di meri calcoli aritmetici; ovvero, infine, perché, in una situazione di totale vuoto probatorio, la causa deve essere decisa facendo ricorso alla regola di giudizio dell'onere della prova (art. 2697 c.c.)²⁸.

In questi casi, la nuova e diversa fissazione del fatto costituisce conseguenza diretta e unica – prevedibile e non discutibile – dell'accoglimento del ricorso; essa è stata pretesa dal ricorrente e ha costituito oggetto del contraddittorio tra le parti.

In situazioni come queste, nelle quali il fatto deve essere ricostruito sulla base di criteri di puro diritto, dimodoché la *quaestio facti* ammette una – e una sola – soluzione e quest'ultima è stata oggetto di contraddittorio tra le parti, non v'è ragione per negare alla Corte di cassazione la possibilità di procedere all'accertamento del fatto, da porre a base della decisione nel merito in luogo di quello contenuto nella sentenza cassata²⁹.

Ad opposta soluzione deve invece pervenirsi quando l'accertamento del fatto presenti più soluzioni possibili e l'adozione dell'una o dell'altra dipenda dalla valutazione discrezionale delle prove: in questi casi, la Corte deve astenersi dal decidere nel merito e deve rimettere la causa al giudice di rinvio.

Questa conclusione, non soltanto è l'unica coerente con la funzione istituzionale della Corte suprema (alla quale è precluso l'esercizio della discrezionalità che spetta ai giudici di merito), ma è imposta dalla struttura del giudizio di cassazione e dalla necessità di salvaguardare il contraddittorio tra le parti.

escludendo che la Corte di cassazione possa procedere ad una autonoma ricostruzione del fatto – ammette tuttavia la cassazione sostitutiva quando il giudizio della Corte verta su fatti incontestati.

²⁸ Si noti che il giudice deve far ricorso alla regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., non solo quando non sia stata acquisita alcuna prova (c.d. vuoto probatorio), ma anche quando le prove acquisite non siano in grado di determinare il suo convincimento sul fatto (o perché sono ritenute inattendibili o perché sono ritenute di pari valore rispetto alle prove contrarie). Solo nella prima ipotesi riteniamo che la Corte di cassazione possa decidere la causa nel merito, non essendo essa chiamata ad alcuna valutazione; non nella seconda ipotesi, che implica una valutazione discrezionale delle prove che le è preclusa.

²⁹ In questo senso, M. DE CRISTOFARO, *Sub art. 384*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2010, 1127, che parla di situazioni nelle quali vi è di «un panorama fattuale autosufficiente per la pronuncia di merito».

E invero, se alla Corte di cassazione fosse consentito valutare discrezionalmente le prove ai fini della ricostruzione del fatto, non potrebbe essere negata alle parti la possibilità di interloquire sul nuovo scenario della causa che si apre dopo l'annullamento della sentenza impugnata; in caso contrario, risulterebbero violati i principi del "giusto processo", dei quali è parte integrante il principio del contraddittorio di cui all'art. 101 c.p.c.³⁰, quale estrinsecazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.).

Tuttavia il giudizio di legittimità – per la sua struttura essenzialmente cassatoria – non è in grado di consentire alle parti di interloquire sulla nuova valutazione delle prove che si rende necessaria a seguito dell'annullamento della sentenza impugnata³¹. Essendo, infatti, il giudizio di cassazione organizzato in un'unica udienza e essendo consentito alla Corte di emettere una sola pronuncia (è esclusa in cassazione la possibilità di emettere una sentenza non definitiva), non vi è spazio per interpellare le parti e consentire loro di interloquire in ordine ai criteri con cui – a seguito dell'accoglimento del ricorso – rivalutare le prove e ricostruire il fatto.

D'altra parte, deve escludersi in questi casi che il contraddittorio possa essere salvaguardato facendo ricorso all'istituto della c.d. "riserva di decisione" previsto dal terzo comma dell'art. 384 c.p.c. (introdotto dal decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40), a tenore del quale la Corte di cassazione, «se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio», è tenuta a riservare la decisione e ad assegnare – con ordinanza – un termine alle parti per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione.

Tale istituto, infatti, anche a ritenerlo concepito in funzione dei casi in cui la Corte ritiene di dover decidere la causa nel merito (ai sensi del precedente comma 2 dell'art. 384)³², deve comunque intendersi riferito a situazioni diverse da quelle in cui è necessario procedere a rivalutare le prove. È noto che per "questioni rilevabili d'ufficio" si intendono quelle – "di carattere processuale" – relative alla inammissibilità o improcedibilità del ricorso per cassazione ovvero ai presupposti processuali e alle questioni

³⁰ Sul punto, *ex plurimis*, Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, in *Foro it.*, 2009, 806 ss.

³¹ M. DE CRISTOFARO, *Sub art. 384*, cit., 1126.

³² In questo senso, Cass., sez. III, 7 luglio 2009, n. 15901, in *C.E.D. Cass.* n. 609407.

pregiudiziali di rito³³; nonché talune questioni – “di diritto sostanziale” – nei limiti in cui sono ammesse dalla giurisprudenza³⁴. Si tratta comunque di fattispecie nelle quali non v’è ragione di formulare un giudizio in ordine alla sussistenza dei fatti giuridici sostanziali, perché il fatto posto a base della «questione rilevata d’ufficio» o è un fatto processuale – e come tale la Corte di cassazione ha libero accesso ad esso – ovvero è un fatto giuridico sostanziale che è stato già accertato dal giudice di merito (così, ad. es., in tema di rilievo della nullità del contratto).

D’altra parte, non par dubbio che lo stesso concetto di “rilievo d’ufficio” implica – *ex se* – una iniziativa del giudice che determini l’ampliamento del *thema decidendum*, mediante l’introduzione di una questione “nuova”, estranea alle iniziative delle parti. Non può parlarsi, pertanto, di “rilievo d’ufficio” con riferimento alla *quaestio facti*, ben nota alle parti per essere stata *ab initio* oggetto del *thema decidendum* dinanzi ai giudici di merito, tanto più quando la necessità di una nuova decisione su di essa sia dipesa dall’accoglimento del ricorso – e perciò dalla iniziativa – della parte.

La *quaestio facti* da decidersi a seguito della pronuncia cassatoria non è, dunque, una «questione rilevata d’ufficio» come preteso dall’art. 384, comma 3, c.p.c.; conseguentemente, quando – ai fini della decisione della causa nel merito – si renda necessario procedere ad una nuova ricostruzione del fatto, va esclusa la possibilità di avvalersi dell’istituto della “riserva di decisione”³⁵.

In tale situazione, mancando nel sistema normativo un diverso strumento che possa garantire il contraddittorio tra le parti, deve ritenersi che, allorquando – a seguito della caducazione della sentenza impugnata – si renda necessario un nuovo accertamento del fatto da compiersi sulla base della

³³ Per una rassegna pressoché completa della giurisprudenza sul tema, cfr. M.A. COMASTRI, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi*, cit., 211 ss.; v. anche U. MORCAVALLO, *Il rilievo officioso delle questioni in sede di legittimità. Giudicato interno ed esterno*, in M. ACIERNO-P. CURZIO-A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2011, 229 ss.

³⁴ V. ancora M.A. COMASTRI, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi*, cit., 217 s.

³⁵ In questo senso, anche G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 558 ss. Naturalmente, il ricorso all’istituto di cui al terzo comma dell’art. 384 c.p.c. deve ritenersi, invece, consentito quando la decisione della causa nel merito è legata alla soluzione di questioni rilevabili d’ufficio, come quelle richiamate nel testo, che non implicano la formulazione di un nuovo giudizio di fatto.

valutazione discrezionale delle prove acquisite, la Corte di cassazione sia tenuta a rinviare la causa al giudice di merito, laddove, in sede di giudizio di rinvio, la partecipazione delle parti alla fase rescissoria è garantita (art. 394 c.p.c.).

In definitiva, deve concludersi che la Corte di cassazione, a seguito della caducazione del giudizio di fatto contenuto nella sentenza cassata, può decidere la causa nel merito ogni volta che tale decisione implichi un nuovo accertamento del fatto che debba essere compiuto facendo applicazione di regole giuridiche vincolanti, la cui violazione abbia determinato l'annullamento della sentenza impugnata, dimodoché non vi sia scelta tra più soluzioni e la fissazione del fatto sia conseguenza automatica dell'accoglimento del ricorso. La Corte, invece, deve astenersi dal decidere e deve rinviare la causa al giudice di merito quando la nuova decisione implichi una valutazione discrezionale delle prove.

In questi termini, risulta alquanto ampio il potere di decisione della causa nel merito riconosciuto dall'art. 384 c.p.c.; ma si tratta, pur sempre, di un potere coerente col ruolo istituzionale della Corte suprema, quale giudice della sola legittimità, cui la Costituzione – nel prevedere il «ricorso in Cassazione per violazione di legge» (art. 111, comma 7, Cost.) – conferisce la funzione di controllo della legalità delle sentenze.

Sembra chiaro, peraltro, che la funzione costituzionale di controllo di legalità sconsigli al legislatore ordinario di estendere ulteriormente i poteri cognitivi della Corte di cassazione, fino al punto di riconoscere ad essa – pur con la previsione degli opportuni strumenti a tutela del contraddittorio – il potere di decidere nel merito quei profili del giudizio di fatto che hanno carattere discrezionale e che, per essere tali, le sono geneticamente estranei.

Se la Costituzione repubblicana affida alla Corte di cassazione il solo compito di reprimere le “violazione di legge” e se alla Corte è precluso sindacare – nel giudizio rescindente – quei profili della sentenza impugnata affidati alla discrezionalità del giudice di merito, coerenza di sistema impone di ritenere che la Corte suprema non possa tale discrezionalità conoscere neppure dopo l'annullamento della sentenza impugnata ed esercitarla nell'ambito del giudizio rescissorio. Diversamente opinando, la Corte di cassazione non svolgerebbe più quella funzione di controllo di

mera legalità affidatale dalla Carta costituzionale, ma finirebbe per assumere funzioni – corrispondenti a quelle della corte di terza istanza – estranee al modello costituzionale italiano³⁶; funzioni il cui adempimento, impegnando la Corte in complesse valutazioni *in facta*, finirebbe per ostacolare e porre in pericolo quella nomofilachia che le è affidata dalla Carta fondamentale.

In fondo, anche il ruolo della Corte di cassazione nel giudizio rescissorio deve essere coerente con la sua missione costituzionale.

³⁶ Tanto è vero – osserva G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 552 ss. – che gli autori che sostengono che la Corte suprema possa sempre decidere la causa nel merito, con l'unico limite costituito dalla necessità di assumere nuove prove, sono quelli che hanno «da sempre cercato di ravvedere nel giudizio di cassazione una terza istanza», sulla scia della *Revision* tedesca.