

Luigi Rovelli

## **LA NOMOFILACHIA È LA FUNZIONE ISTITUZIONALE DELLA CASSAZIONE**

Abbiamo già sentito una impostazione abbastanza approfondita del tema della nomofilachia e debbo dire che - riconosciuto al mito della certezza del diritto il carattere solo tendenziale - bisogna interrogarsi se la ricerca della certezza è qualche cosa di utile oppure è qualche cosa che può essere posposto a tanti altri interessi, a tante altre valutazioni.

È abbastanza facile rispondere che non solo è utile, ma è essenziale per una comunità perseguire nella misura massima possibile l'obiettivo della certezza del diritto, perché questo vuol dire prevedibilità delle situazioni giuridiche; questo vale anche a prevenire le liti che originano spesso proprio dalla incertezza; perché consente quella "calcolabilità" che Max Weber metteva come fondamentale elemento per il progresso economico.

L'impresa vive necessariamente nel rischio, ma deve essere un rischio calcolato e calcolabile ed il rischio giuridico è un rischio che un buon Ordinamento deve rendere il più calcolabile possibile; quindi la calcolabilità del rischio giuridico è uno degli elementi fondamentali di un sistema economico - mi pare che l'odierno richiamo della Presidenza della Repubblica andasse proprio in questo senso - ma nello stesso tempo realizza anche il bene, per noi ancora più fondamentale, che è quello dell'uguaglianza: se non c'è certezza, se le soluzioni sono differenti quel bene prezioso che è il fondamento dell'art. 3 Cost. non viene raggiunto.

Sulla utilità, direi, della certezza del diritto e quindi sulla preferibilità di un sistema processuale, ordinamentale che quel bene cerca di raggiungere, cerca di perseguire ci dovrebbe essere un sostanziale accordo.

Questo bene, è stato detto già oggi da chi ci ha preceduto, nel nostro Ordinamento è prevalentemente attribuito al funzionamento della Corte di Cassazione. Abbiamo sentito dal Procuratore

Generale Ciani il richiamo all'art. 65 ord. giud.; mi pare che sia apparso chiaro come nel passaggio dal regolamento del 1865, ancora legato all'idea del giudice «*bouche de la loi*», che introduceva come funzione della Cassazione garantire "l'esatta osservanza" dell'Ordinamento, già l'Ordinamento giudiziario del 1941, l'art. 65, tuttora vigente (anche se è una norma non processuale, programmatica), aggiunge all'esatta osservanza "l'uniforme interpretazione", il che - come è stato notato - è una specie di smentita dell'esatta osservanza, perché ciò che è esatto non ha bisogno di avere anche l'uniforme interpretazione: le regole della matematica che sono considerate pura logica sono di per sé esatte e non ne va garantita l'uniforme interpretazione.

Questo dimostra che ci troviamo di fronte ad un sistema che di per sé consente una pluralità di interpretazioni di testi normativi; e che questo, se rimane in uno stadio fisiologico, non è di per sé una negazione delle qualità del sistema, ma occorre un momento monistico.

È emerso sia dalla relazione del Procuratore Generale, sia anche da quanto efficacemente detto dal Professor Coppi che in questo momento i problemi che la Corte di Cassazione deve affrontare per realizzare nel maggior grado possibile questo bene della certezza, questo bene della nomofilachia sono fortemente condizionati dal carico di lavoro che è di per sé incompatibile, diciamo pure, con le funzioni che negli altri Paesi, sono attribuite alla Corte Suprema.

Non esiste nessuna Corte Suprema negli Ordinamenti europei che abbia una sopravvenienza annuale di 53 mila processi penali ed oltre 30 mila processi civili; il che significa che è possibile costruire un Ordinamento processuale che garantisca un controllo di legittimità anche molto approfondito, ma meno esteso, di quello che assicura oggi la Corte di Cassazione Italiana.

Questo fa sì che, in questo momento, la situazione della Corte ponga per essa un vero e proprio problema di "identità" che potrebbe esaurirsi in una mera funzione di garanzia soggettiva per le parti o, invece, continuare ad aspirare ad una posizione istituzionale più significativa e rispondente alla sua funzione originaria di organo di nomofilachia.

Certamente i discorsi ed anche alcune scelte politiche che sono state fatte intorno alla funzione di nomofilachia della Cassazione sono andate un po' assomigliando ai «*liebe Schmerzen und Klagen*», dolori e lamenti di cui non si capisce se ci si duole più del progressivo deteriorarsi del principio, ovvero ci si lamenti, in fon-

do, del non sufficiente scadimento onde poterlo bandire definitivamente dal quadro istituzionale.

La Cassazione oggi si trova drammaticamente davanti ad un bivio: se essere o aspirare ad essere Corte Suprema o essere giudice di terza istanza. Le spinte che vengono dalla pratica - le ha espresse molto bene l'Avvocato Coppi - sono tutte in questa direzione ed assai meno in quello della direzione di organo di tutela della nomofilachia e della certezza del diritto.

Tuttavia, al di là di ogni con siderazione astratta sul bene della certezza, debbo dire che se è vero che sono venuti meno i presupposti della teorica giacobina del diritto del giudice «*bouche de la loi*», «evirato esegeta del giacobinismo giuridico» come dice Paolo Grossi che erano così strumentali ad un organo che garantisce la «esatta osservanza», che avesse quella violenza istituzionale che si manifesta nella parola *casser*, (da cui Cassazione), e che tutto ciò è largamente venuto meno, - espressione di un'epoca che non c'è più, - tuttavia è pur vero che la giurisdizione - pena negare sé stessa - deve tendere ad una interna decifrabilità che la faccia essere in qualche modo sistema.

È la coerenza sistematica che la giurisdizione deve ricercare dentro di sé e che nella Cassazione ed in particolare poi nelle Sezioni Unite penali e nelle Sezioni Unite civili come l'organo che compone i contrasti, che ricerca le soluzioni più persuasive e che ha anche taluni mezzi perché queste siano osservate, perché se è vero e coerente con l'art. 101 Cost. che il giudice di merito può sempre interpretare la norma diversamente da come lo ha fatto la Corte Suprema, e tutto questo innesca un positivo rimescolamento dei problemi, fa emergere problemi nuovi, tuttavia egli sa che se l'argomentazione con cui si "ribella" alla Cassazione, non ha in sé la forza per poter determinare un cambiamento di giurisprudenza, quella sua decisione sarà poi destinata ad essere annullata, cassata nei gradi successivi, e tutto ciò provocherà la ricerca di un apparato argomentativo più adeguato al nuovo che emerge.

Poco fa il Professor Alpa ricordava la storia del danno biologico che è partita "in nuce" al Tribunale di Genova e che ha avuto una immediata reazione negativa. La Corte di Appello di Genova ha subito annullato la sentenza. In questo caso bisogna dire che è stata la insistenza e la forza di quei giudici di merito, ma soprattutto l'appoggio di una parte della dottrina, di cui il Professor Alpa è stata espressione, che ha garantito un mutamento nella giurisprudenza che ha rappresentato - ed oggi è riconosciuto da tutti -

un progresso, un progresso che poi definitivamente ha avuto il timbro della Cassazione.

In questo senso debbo dire che oggi, secondo me, c'è bisogno, forse più di prima, di Corte Suprema. Le ragioni le elenco soltanto perché ciascuna di queste merita un Convegno: la pluralità dei legislatori, gli inediti problemi di gerarchia delle fonti del diritto, l'*autopoiesis of Law* che si verifica: pensiamo che una gran parte anche del diritto contrattuale ha origine totalmente negoziale (*leasing*, e tutti i contratti che finiscono in "ing" sono frutto di *boutiques* legali americane, direbbe Claudio Consolo, di studi legali americani e sono oggi parte del diritto), oltretutto in una situazione, in un contesto civile segnato da divaricazioni corporative, ma anche dall'emergere di nuovi diritti.

La nomofilachia, quindi, risponde non solo ad una esigenza primaria per i cittadini, per gli operatori economici di certezza del diritto, ma si riassume anche non solo nella certezza, ma nella capacità di produrre le innovazioni mature e dare loro solido fondamento e stabilità.

La nomofilachia soltanto arricchisce il significato dei cambiamenti dando ad essi un valore di svolta e quindi una portata culturale che finirebbe per disperdersi se essi si producessero in una situazione di disordinata anomia.

In questo quadro che vuole un po' ristabilire in un certo senso l'importanza della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e della funzione unificante della giurisprudenza non posso non fare qualche cenno (che può introdurre anche qualche elemento non di dico di polemica, ma di contrasto possibile) ad alcune delle innovazioni normative che sono state fatte per rendere più possibile la nomofilachia. Tra queste penso che agli Avvocati presenti interessi soprattutto la riforma dell'art. 360, n. 5, c.p.c.; interverranno tra pochi giorni alcune sentenze proprio delle Sezioni Unite alle quali sono state portate le prime cause proprio perché si abbia fin dall'inizio un quadro di certezza interpretativa.

Devo dire che l'opinione prevalente tra i magistrati è che *voluntas legislatoris* e *ratio legis* sono convergenti ed esprimono l'intenzione del legislatore di evitare l'abuso dei ricorsi per Cassazione basati sul vizio di motivazione non strettamente necessitato dai precetti costituzionali; supportando la generale funzione nomofilattica propria della suprema corte quale giudice dello *ius constitutionis* e non, se non nei limiti della violazione di legge, dello *ius litigatoris*.

Lo specifico interesse, non corporativo ma quale istituzione, che la Corte di Cassazione incarna all'attuazione del programma indicato dal legislatore non deve farci velo, né favorire, anche inconsapevolmente il mantenimento di quello *stylus curiae* che, quando il codice del 1940 ha introdotto una norma sostanzialmente uguale a quella attuale, ha visto la Cassazione persistere nel controllo sulla sufficienza della motivazione, secondo un indirizzo che, valutando il vizio formale, ne ha sindacato la funzione sostanziale. Non scordiamoci però la funzione della motivazione che per Salvatore Satta è l'essenza della giurisdizione.

Sembra corretto il rilievo che mentre la novella del 1940 non incidere sulla base legislativa anteriormente individuata della giurisprudenza per effettuare il controllo di logicità, la novella del 2012 quella base legislativa sulla quale la Corte di Cassazione ormai da più di sessant'anni ha effettuato il controllo sulla motivazione ha tolto di mezzo. Quindi, volontà del legislatore e scopo della legge convergono senza equivoci nella esplicita scelta di ridurre al minimo costituzionale il sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità. Ritorna pienamente attuale la giurisprudenza delle sezioni unite sul vizio di motivazione dei provvedimenti per ricorrere per Cassazione in via straordinaria in base all'art. 111 Cost., come formatasi anteriormente alla riforma del D.Lgs. n. 40/2006: il vizio si converte in violazione di legge nei soli casi di omissione di motivazione, motivazione apparente, contraddittorietà, motivazione perplessa o incomprensibile sempre che il vizio fosse testuale. Il parallelo con l'art. 606 c.p.p. come novellato, vede censurata la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione (oggi anche quando il vizio pur non risultando dal testo della sentenza emerga dagli atti del processo specificamente indicati nel motivo di gravame). Analoga apertura limitatamente al vizio extra testuale è quella scandita dal novellato numero cinque dell'art. 360 in cui l'omesso esame del fatto decisivo (e discusso tra le parti, sussistendo, in difetto di tale elemento il vizio revocatorio di cui all'art. 395, n. 4) non è che omessa motivazione in ordine a detto decisivo elemento di fatto.

Personalmente avrei perplessità a circoscrivere la rilevanza del vizio di illogicità al suo essere "manifesta" giacché ogni vera illogicità, una volta disvelata come tale, diventa per ciò stesso manifesta; e ritengo più esatto richiedere che il vizio logico intacchi la motivazione nella sua interezza in ordine alla questione decisa. Probabilmente la stessa nozione di illogicità nella sua essenza si

applica solo a concetti puri (come quelli della matematica); ed è improprietà terminologica applicarla al momento della mera ricostruzione di un fatto storico controverso, sulla base dell'esame delle prove.

La circolarità della vicenda riformistica che va dal 1865 al 1940 fino all'epifania della "motivazione" con la riforma del 1950 e l'attuale ritorno al testo del 1940 (con intermezzo della riforma del numero 40 del 2006 che, con la sostituzione di "fatto decisivo" a "punto decisivo" chiarisce l'attinenza esclusiva del vizio di cui al numero cinque alla motivazione in fatto; ma che, con l'estensione anche al numero cinque della ricorribilità in via straordinaria verso provvedimenti decisori e definitivi diversi dalle sentenze ha ampliato gli spazi di ricorribilità e fornito materia a chi ne sostiene la natura di interpretazione autentica del significato del vizio di "violazione di legge") mostra la labilità degli interventi legislativi intervenuti.

Sintetizzando, sul nuovo testo si possono identificare tre tesi dottrinali a confronto.

- La prima ne sancisce la irrilevanza sostanziale perché vizio logico equivale a violazione di legge (così come il canone di completezza del giudizio di fatto argomentandosi dagli artt. 115 e 116 c.p.c.) Si apre dunque la problematica sulla giuridicità delle norme metodologiche anche in relazione al giudizio di fatto.

- La seconda passa attraverso il n. 4 (Carratta, Vittoria); e identifica il requisito formale con quello della "idoneità" (a che cosa?) della motivazione creando un antistorico ritorno all'esperienza del periodo che va dal 1865 al 1940. Ma l'indefettibilità, in base alla Costituzione, della motivazione ci spinge comunque verso una ragionevole interpretazione costituzionalmente orientata nel senso della rilevanza del vizio di incoerenza o contraddittorietà, ma non di quello di insufficienza (pena la denuncia di irragionevolezza della scelta legislativa). Ritengo che sia da condividere la valutazione di fragilità dell'interpretazione che valorizza l'avverbio "circa" come bene stato spiegato da Didone (solecismo).

- La terza tesi è quella c.d. apocalittica, quella per cui la riforma incide radicalmente sul *quantum* di tutela e la riduce drasticamente tradendo la stessa strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale; maggior artefice di questa impostazione è il Prof. Bruno Sassani e la risposta meriterà un discorso approfondito; il suo parallelo e speculare è quello che si risolve nella mera incidenza della riforma sul *quomodo* e ne è fautore Frasca con il correttivo (di Comastri) per cui il prezzo per la parte litigante della

traslazione dal numero cinque al numero tre è quello della necessità di individuazione caso per caso della specifica norma sul metodo o dello specifico vizio di sussunzione che si manifesta.

Quindi, fondamentale la distinzione fra *quaestio facti* e *quaestio iuris*; distinzione astrattamente semplice, base del sillogismo giudiziale fondato sulla sussunzione della fattispecie concreta entro la fattispecie astratta. L'erronea ricognizione della fattispecie concreta è questione di fatto. In realtà anche dove la distinzione sarebbe agevole occorre fare i conti con i dati concreti. Certo è che nella realtà pratica non sempre la sentenza dei giudici di merito contiene l'enunciazione della fattispecie concreta accertata né l'analisi delle fonti di prova su ciascun punto controverso. Il che spiega, a sua volta, la tendenza delle parti ricorrenti a tenere agglunate le questioni di diritto con i fatti di causa e questi ultimi con le fonti di prova e con i loro possibili significati. Di qui l'immagine di Gianni Verde per cui «separare il fatto dal diritto nella motivazione è come separare in modo indolore la carne dal sangue in un organismo vivente».

In prima approssimazione si può ritenere che, se dalla sentenza non è enucleabile la fattispecie concreta destinata a fungere da premessa minore del sillogismo giudiziale, in tal caso la motivazione manca della sua funzione essenziale e non fungibile: è un vizio formale assimilabile a "*défaut de base légale*"; questa esige la chiara enunciazione del fatto; enunciazione che, nel giudizio di legittimità, è la preconditione perché si possa riuscire a *juger le jugement*. Occorre tenere conto che nell'ottica del giudizio di Cassazione, la sola funzione infungibile della motivazione del giudice di merito è quella che risolve, attraverso l'analisi delle fonti di prova, le questioni controverse relativamente all'accertamento dei fatti rilevanti. Se non è identificabile la ricostruzione della fattispecie concreta allora la sentenza andrà cassata non perché sbagliata, se mai perché i vizi ricostruttivi non possono essere colmati in sede di legittimità.

Diverso e più delicato è il caso in cui è denunziato il vizio di sussunzione che cade esattamente nel punto di sutura fra fattispecie concreta e fattispecie astratta. Torneremo sull'argomento a proposito dei c.d. concetti indeterminati. Ma, ancora in via di prima approssimazione, ed ancorché in alcuni casi sia semplicistico ritenere che il dato storico arrivi ancora grezzo all'appuntamento con la sua definizione è agevole precisare che, fermi restando gli accertamenti di fatto come contenuti nella decisione di merito, resterà aperta la questione dell'attribuzione del *nomen iuris* o della quali-

ficazione giuridica come tipica questione di diritto (esempio: vendita o appalto; prevalenza del dare o del *facere*).

Per Bruno Sassani, venuto meno il controllo sulla motivazione relativamente agli elementi di fatto, quanto alla prova presuntiva, non si capisce come una presunzione "balordamente attinta" possa trovare censura in sede di legittimità se la scorrettezza cade sulla massima di esperienza, che si lascia apprezzare esclusivamente sotto il profilo logico.

Inoltre portare alla emigrazione di questi come di altri vizi logici dal giudizio del numero cinque al numero tre apre una contraddizione di cui tenere conto, come vedremo meglio parlando di molte c.d. clausole generali (giusta causa; diligenza; la stessa buona fede) o dei concetti indeterminati (la ragionevolezza).

La Suprema Corte ha valutato spesso le argomentazioni cassando o non cassando in base alla ritenuta o meno plausibilità delle stesse anche se in realtà mascherando un vero e proprio giudizio di diritto dietro la apparenza di una questione relativa alla motivazione. L'esplicitazione del passaggio al numero tre dovrebbe obbligare la corte ad enunciare in ogni caso il principio di diritto ex art. 384, comma 1.

Con tutti i rischi di generalizzazione insiti nella massimazione quando applicata a questioni definite come tipicamente "plurisolubili".

Alcuni esempi portati da Bruno Sassani prima di passare all'esame delle clausole generali: lo stabilire quando un mandato è *in rem propriam*; se un'operazione economica fra due parti contraenti può qualificarsi come "affare" ai fini del diritto del mediatore alla provvigione; l'imputabilità dell'impossibilità della prestazione.

Ricordo che Natalino Irti in anni ormai lontani si esprimeva dicendo che il legislatore, nella nostra tradizione di *civil law* ha il compito di governare politicamente l'intensa ed assidua dialettica che si svolge nella società civile offrendo alla pratica attraverso un processo legislativo che è legittimato dal consenso, modelli di istituti nei quali le scelte di interesse sono precise e le conseguenze definite; e ciò avviene mediante la legiferazione per fattispecie astratte.

La "fuga nelle clausole generali" sarebbe invece da attribuire a difetto di intelligenza del legislatore a incomprendimento dei fenomeni da regolare. È probabile che questa sia stata a suo tempo la reazione di un giurista ancora legato alla tradizione alla celebre prolusione di Macerata del 1966 con cui Stefano Rodotà sosteneva che l'ideale modo di legiferare fosse "per principi" e attraverso



l'enunciazione di clausole generali fortemente direttive destinate ad essere riempite in sede di interpretazione e applicazione. Nella realtà del nostro ordinamento e più ancora degli ordinamenti stranieri la dinamicità dei fatti da regolare, la complessità del post moderno induce un ampliamento del modo di legiferare mediante enunciazione di clausole generali. Non rientrano fra queste (ma bisogna tener conto di queste forme di legiferare) le ipotesi in cui il legislatore non fornisce all'interprete la descrizione concreta della disciplina, ma indica lo scopo, il programma economico-sociale tracciato. Gli esempi di tale tecnica sono i più vari; coprono i diversi campi di intervento e si pongono con assoluta evidenza quando il contenuto precettivo della norma non è dato da una fattispecie astratta ma della mera indicazione dello scopo. Terreno di elezione è il diritto di famiglia dove "l'interesse del minore" costituisce la *regula iuris* nelle discipline di numerose fattispecie: lo ritroviamo all'art. 155, all'art. 158, all'art. 250 per disciplinare il rifiuto del consenso del minore o del suo genitore al riconoscimento di paternità; all'art. 251 (di autorizzazione al riconoscimento dei figli incestuosi) all'art. 207 in ordine alla rispondenza all'interesse del minore della azione giudiziale di paternità promossa dall'altro genitore. Ma lo ritroviamo anche nelle materie disciplinate dal diritto commerciale. Per esempio l'art. 125 del testo unico sulla finanza riduce dal 20 al 10% la percentuale di capitale che nelle società quotate potrà richiedere la convocazione dell'assemblea con possibilità di rifiuto degli amministratori e conseguente decisione del presidente del tribunale sulla base del criterio della rispondenza o meno a l'interesse della società; e questo comporta una profonda trasformazione della struttura logica della decisione che è rimessa all'interprete e in ultima analisi al giudice stesso. Sintetizzo dicendo che mentre le regole giuridiche sono per loro natura regole prescrittive che rispondono bensì ad uno scopo ma questo rimane esterno al contenuto della norma, qui ci troviamo di fronte a regole che in base a nozioni di teoria generale del diritto possono essere chiamate regole tecniche. Regole che non prescrivono ma descrivono il nesso tra una causa e un effetto o e quindi tra un comportamento ed uno scopo. Tali sono tutte le regole naturalistiche che proprio per questo possono essere considerate apofantiche perché sono predicabili in termini di verità o falsità secondo che dalla loro applicazione convenga o no il risultato avuto di mira. La diretta applicazione del fine nella norma giuridica imprime dunque alla norma prescrittiva la natura descrittiva propria della regola tecnica.

Michel Foucault esprime questo concetto dicendo che sempre meno saranno presenti nell'ordinamento regole prescrittive mentre crescerà lo spazio di regole che lui chiama regole "medicali" destinate cioè a costituire il parametro per il raggiungimento di uno scopo. In verità ciò costituisce da un punto di vista teorico la discriminazione tra giurisdizione e amministrazione che è, essa sola, sottoposta a una programmazione di fini. Io credo però che appartenga all'elemento della giuridicità il sindacare in sede di giudizio di legittimità la razionalità quanto meno della corrispondenza della decisione al fine avuto di mira e impresso come *regula iuris* dal legislatore, con una trasformazione della regola descrittiva in regola prescrittiva. Da non confondere questa ipotesi con quella in cui l'interesse di un soggetto viene in considerazione non come programma tracciato per la decisione, ma come elemento di valutazione circa la rispondenza a questo criterio di azione di fatti già avvenuti.

Per esempio la rispondenza all'interesse sociale della delibera di esclusione dal diritto di opzione; oppure in presenza di conflitto di interessi di un socio in assemblea e di delibera assunta col voto determinante del socio per il quale sussiste il conflitto di interessi, la c.d. prognosi postuma sulla rispondenza della delibera all'interesse della società domanda al giudice qualche cosa che è ben noto nell'ambito del giudizio amministrativo e corrisponde ad una ipotesi, eccezionale nel giudizio civile, in cui al giudice è rimesso un giudizio di merito sull'atto. Anche su questo punto occorrerà meditare sulla "cassazionabilità", per così dire, del sindacato sull'uso e sulla valutazione di merito nel senso che ho ora indicato.

Quando parliamo invece di clausole generali mi riferisco per una semplificazione, che è opportuna in questa fase del discorso, alle più note e più tipiche: la clausola di correttezza e buona fede, la clausola di diligenza, la giusta causa.

Credo che non esista definizione più compendiosa del concetto di clausola generale di quella fornitaci da Emilio Betti: le clausole generali presentano «una eccedenza di contenuto assiologico rispetto al dettato normativo di un sistema». Vedremo in seguito l'utilità di questa definizione; per il momento voglio analizzare la rilevanza nel giudizio di Cassazione della dedotta violazione di tale tipo di clausole dovendo ricordare che secondo quanto prima ho precisato si tratta di clausole la cui applicazione conduce normalmente a giudizi "plurosolubili" la cui soluzione cioè non si presterebbe ad assumere lo status di principio di diritto. Lo stesso Federico Roselli che nella sua monografia ha operato un'accurata rico-

gnizione degli interventi della Corte di Cassazione su tali clausole dà atto che la Suprema Corte ha esercitato un controllo efficace in tema di clausole generali proprio in forza del numero cinque vecchio testo dell'art. 360; dispensandosi così come ha notato Pietro Rescigno da una puntuale ricerca assiologica lungo i margini di indeterminatezza della norma.

Salvatore Patti sembra confermare questo quando dice che il limite del sindacato del giudice di legittimità è dato dalla "verifica di plausibilità" dell'argomentazione che sta alla base dell'uso fatto dal giudice di merito delle clausole generali; e la stessa giurisprudenza tedesca secondo quanto riportato da Esser sembra orientata a ritenere che può esservi errore non sulle circostanze di fatto ma sulla norma enucleata solo quando una regola tratta dal concetto è espressa in modo diverso e contrastante con i parametri riconosciuti altrimenti come quelli corretti.

Per quanto mi riguarda, avevo osservato che il rinvio alle clausole generali ad opera della stessa legge non coinvolge l'interprete nella identificazione della regola del caso con quella della fattispecie generale ed astratta, ma richiede al giudice la concretizzazione della clausola generale, ossia la determinazione del concetto indeterminato con riferimento al caso concreto. Il giudizio in questo caso non è e non può presentarsi come giudizio "analitico" vale a dire un giudizio in cui il predicato è interamente derivato dal soggetto ad è un "a priori"; né è un giudizio sintetico interamente dedotto dall'esperienza o "a posteriori".

È davvero un giudizio "sintetico a priori": perché chi esprime il giudizio tiene conto sia del programma normativo sia dei dati della realtà; esprime in tal modo una regola, che è legittimato ad esprimere, ma che non deriva interamente dalla norma. E tuttavia in tal modo enuncia un giudizio "a priori", una regola. Che fonde insieme soggetto e predicato; universale e particolare. In senso, a me pare, sostanzialmente concorde si esprime Salvatore Patti quando spiega che, poiché parametri risultanti dall'uso della clausola generale si pongono nella "premessa maggiore" del sillogismo giudiziale, quando il giudice di merito sbaglia in questa fase, non commette un errore di fatto ma di diritto. Vediamone una prima applicazione con riferimento all'ipotesi prefigurata che Sassani del giudizio sulla imputabilità al debitore della impossibilità della prestazione, giudizio che implica l'uso del criterio della diligenza nell'adempimento delle obbligazioni.

Fino a che l'impossibilità come causa di esonero della imputabilità al debitore dell'inadempimento era considerata nel quadro della teoria patrimoniale dell'obbligazione (Osti), essa rilevava in quanto l'impossibilità fosse oggettiva ed assoluta. Si trattava di una costruzione che è in qualche modo recepita dallo stesso art. 1218 e costruita sulla sola obbligazione di dare. Nella attuale prevalenza delle teorie personali dell'obbligazione, fermarsi alla mera utilità per il creditore senza proporzionarvi i mezzi significherebbe dedurre "in obligatione" anche mezzi sproporzionati, eccessivi rispetto all'economia dell'affare come risultante dalla formazione, dal suo atto costitutivo. Esiste una relazione fra la stessa nozione di impossibilità della prestazione e la misura di diligenza quale dedotta nello specifico rapporto. Si tratta, di costruire sulla base della ricognizione dell'atto costitutivo (normalmente un contratto) quello che è chiamato il "programma dell'obbligazione" e su questo innestare il criterio della diligenza. Della diligenza si può dire quello che Saint-Exupéry diceva dell'equità: «si je connais bien des actes équitables, je ne connais rien sur l'équité». Torneremo su questa illuminante definizione dello scrittore francese. Secondo Cannata il "programma dell'obbligazione" rimanda a una indefinita varietà di situazioni di fatto, dall'origine del rapporto, alla natura della prestazione, alle circostanze sopravvenute che fa dire all'autore: «questo è il lavoro dei pratici: determinare giorno per giorno professione per professione, ambiente per ambiente quali siano i criteri per imputare al debitore l'inadempimento». Questo è sì lavoro dei pratici, ma ciò non significa che non si traduca in una questione di diritto da risolvere (sia chiaro) sulla base dei fatti come accertati nel giudizio di merito.

Assistiamo in questo modo al passaggio dalla c.d. "interpretazione teorica" di Calamandrei, limbo della pura legittimità, equivalente con l'interpretazione per concetti proprio della dottrina, ad una ampia nozione di nomofilachia che chiamerei "nomofilachia liquida". Questa non impegna la Cassazione ad esprimere "grands arrêts", ma richiede enunciazione della *regula iuris* per quella specifica fattispecie concreta, come enucleata dal giudice di merito. Così si realizza anche un avvicinamento, nei fatti, ai sistemi di *common Law* dove vige lo "stare decisis", ma il *decisum* non si esprime nella concettualizzazione del principio bensì nella descrizione della fattispecie concreta ed apre la via alla tecnica del *distinguishing*.

Un discorso a parte merita la clausola c.d. di ragionevolezza talora compresa tra le clausole generali. Vi è un significato molto ampio

dell'espressione che vale a connotare un modo di argomentare non dogmatico che riporta a soluzioni di per sé evidenti per la natura delle cose o comunque più accettabili di ogni diversa soluzione: è un concetto che vale soprattutto per la ricostruzione del fatto. Ricordo che Esser ravvisa la funzione stessa della motivazione nella riduzione ad evidenza della scelta operata tra due o più verità controverse; evidenza raggiungibile ritrovando la relazione di significato con la soluzione più accettabile secondo ragionevolezza.

A questa stregua, la clausola non opera come mera clausola generale; ma vi è un uso del concetto di ragionevolezza, in parte tratto dalla giurisprudenza della corte costituzionale in tema di parità di trattamento (a situazioni uguali trattamento uguale; differenziato a situazioni disuguali) oppure come criterio per la prevalenza di determinati interessi su altri, come avviene per esempio nell'accertamento della determinazione di squilibri a carico del consumatore nell'ambito della disciplina tratta dalla direttiva 13/93 sulle clausole abusive, in cui, come è stato detto, il giudice è investito di un sindacato di (ragionevolezza) analogo a quello esercitato dalla corte costituzionale sulle norme di legge; con conseguente affidamento al giudice civile ordinario di un compito di bilanciamento di interessi (Mengoni).

Mi permetto una breve ricognizione delle ipotesi in cui il principio di ragionevolezza ha basi normative nel codice civile (senza considerare lo spazio che gli è dato nel c.d. codice Lando, negli artt. 41 e 47 della corte di Nizza): l'art. 1711 c.c. sulla possibilità per il mandatario di discostarsi dalle istruzioni del mandante, l'art. 1748, comma 3 sul diritto dell'agente alla provvigione per gli affari conclusi dopo lo scioglimento del rapporto entro un tempo ragionevole; l'art. 1683, comma 2 sulla responsabilità per custodia dell'albergatore per le cose portate in albergo per un tempo ragionevole prima e dopo la disposizione dell'alloggio da parte del cliente; ma soprattutto sono il nuovo art. 2467 c.c. sul regime del finanziamento dei soci a favore della società (soggetto a un regime di postergazione), per tale intendendosi quello che è stato concesso in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento oppure una situazione finanziaria della società nella quale "sarebbe stato ragionevole un conferimento".

Vorrei aggiungere che vi è anche l'uso del criterio della ragionevolezza in tema di responsabilità degli amministratori come criterio di valutazione per stabilire la violazione del dovere di diligenza

(*duty of care*) e la fuoriuscita dal normale rischio d'impresa che giustifica la *business judge rule*.

Occorre aggiungere che vi è stata una esplosione dell'uso della clausola generale di ragionevolezza nei progetti del codice civile europeo e nei principi *Unidroit*; il tutto alla ricerca di un tentativo di armonizzazione del diritto.

Ebbene, come è stato rilevato quella che passa attraverso l'estensione delle clausole generali non può considerarsi vera armonizzazione perché la regola non esiste prima della sua applicazione concreta: ergo, la concretizzazione del giudizio di valore non applica il precetto, lo crea traendolo da un punto di vista "esterno" all'ordinamento stesso. Quando il giudice è chiamato a un bilanciamento di valori o di interessi l'attività di giudizio non è applicazione di una regola ma è qualcosa di più; è essa stessa regola perché la mera enunciazione del principio di valore non esplica di per sé alcun precetto per la decisione del caso.

Come dice un grande teorico del positivismo giuridico come Hebert Hart, il centro di gravità dei sistemi giuridici non è il loro apice, non è neppure l'enunciazione della tavola dei valori o dei diritti fondamentali, ma sono le scale di priorità le concrete applicazioni che si fissano solo nella pratica giurisprudenziale. Non sembra davvero possibile espungere questo momento fondamentale della giuridicità dal controllo di legittimità in Cassazione.

Per concludere con alcuni aforismi, sono reduce da un incontro nel Cilento che ha avuto ad oggetto considerazioni anche giuridiche tratte dall'opera di Giambattista Vico, lo storicismo di Vico, l'apertura alla scienza nuova, e riporto qui un paio di espressioni che mi sono sembrate significative anche per noi.

La prima: "la scienza nuova deve portare ad un tempo il fatto e l'idea, le due parti che compiono questa giurisprudenza interamente compiuta che è la giurisprudenza del genere umano", «*verbum et factum convertuntur*».

Concludo, poi, ponendo in guardia soprattutto i miei colleghi dal rischio di enfattizzazione di una mitologia spiritualistica come avviene nelle forme estreme di idealismo il cui esito sono le conclusioni di Giovanni Gentile, tratto da "La teoria dello spirito come atto puro" del 1916.

"Il solo modo di concepire il conoscere è quello di non supporgli come logico antecedente il reale che ne è l'oggetto".

Ecco, vorrei assicurare che per la Cassazione il reale continuerà ad essere l'oggetto del giudizio e del conoscere.