

CLAUDIO CONSOLO

## La Cassazione e il suo nuovo volto. Elogio dell'oralità

### ENGLISH TITLE

The *Corte di Cassazione* and its New Face. A Defence of Verbal Tradition

### ABSTRACT

The article discusses the consequences of the 2012 reform of the trial before the Italian Corte di Cassazione. The Legislative decree n. 83/2012 modified the article 360 of the Italian code of civil procedure, which in the new version no longer permits to challenge the judgment by the Court of Appeal for its «insufficient» or «contradictory» motivation, but only for its «absence». The plenary session («Sezioni Unite») of the Cassazione issued an interpretative decision (n. 8053, 7.04.2014) on the requisite of the «absence» of the motivation, which (in the opinion of the Cassazione) occurs only when a crucial fact is not taken into account, this way determining a different issue of the case. The author critically discusses the issues stemming from the disappearing of the control on the adequacy of the motivation by the Corte di Cassazione and the new rules of the trial before the Court.

### KEYWORDS

Corte di Cassazione – Trial Reform – Code of Civil Procedure – Absence of the Motivation.

### 1. IL SENSO RAZIONALE DI UN PROGETTO SOTTESO A VARIE NORME PROCEDURISTICHE (UN PO' AMAROGNOLE)

Vi è un disegno abbastanza illuministico, e lo dico con grande ammirazione per l'illuminismo anche giuridico – che pur non tutti i più autorevoli nostri interlocutori storico-giuridici ammirano o almeno lodano oggi – nella presentazione del rationale di fondo della riforma del 2016, lucidamente pensata dalla stessa Corte di Cassazione ed enunciata dal primo Presidente Canzio, con ricchezza evidente di punti di riferimento.

Vi è una acuta sensibilità pragmatica pre-illuminista e post-illuminista, ossia all'insegna della continuità storica, negli interventi sul tema di Romano

Vaccarella e di Aniello Nappi<sup>1</sup>, di cui si può constatare la differente metodologia rispetto alla «proposta». Intrisi di vissuto senso pratico, sebbene non di minor scetticismo.

Vi è poi qualcosa che è superiore anche all'illuminismo e, in ultima analisi, è la alta e lata poesia. E quella la abbiamo ascoltata in modo impareggiabile da Natalino Irti<sup>2</sup>, al punto che in certi momenti io mi dicevo: «Non ho mai avuto la fortuna di ascoltare Cornelutti, di cui tanto cerco di frequentare l'opera... Se egli oggi fosse qui come imposterebbe il suo discorso?». Ecco probabilmente in termini paragonabili a quelli che ha adottato Irti, traendo un confine fra giurisprudenza retrospettiva in chiave di controllo (nel modulo cosiddetto cartolare con risposte per precedenti) e giurisprudenza in chiave di guida coerenziatrice dell'esperienza giuridica (nel modulo di cui la vera udienza diviene solo una stigmate). Ebbene sì, direi che Irti mi ha ricordato Francesco Cornelutti per come mi è stato descritto dalle persone che con lui avevano lavorato. Ed Egli è stato anche un difensore, così come è tipico appunto dell'intera vita di Cornelutti, un difensore acutissimo, che per come spesso accade fa sì che il difeso per certi aspetti non si identifichi appieno nelle prospettazioni del suo difensore, di talché in ultima analisi, se ho ben capito, Irti ha anche difeso il fatto che non può ritirarsi mai la Corte di Cassazione – come accennava anche Romano Vaccarella<sup>3</sup> – dal compito di scrutinare la congruenza e quindi, in ultima analisi, la *bastante* sufficienza, non la *mera* sufficienza grafico-verbale, intesa questa come presenza di una risposta qualsivoglia punto per punto, della motivazione appunto in fatto. Divenuta così variabile indipendente dalla funzionalità effettiva del giudizio di finale legittimità, votato alla controllabilità non solo estrinseca anche (ed anzi soprattutto) nel suo modulo retrospettivo.

Ed io sono dello stesso avviso. Ma non è questo il modo con cui è stata interpretata quella delle tre riforme che è stata chiamata «la più importante» degli ultimi anni, cioè non quella del 2016, e neppure quelle del 2006-2009, ma la riforma del 2012. E non è questo il modo in cui la stessa Corte pare intendere il «filtro», come dimostrato dalle recenti rimessioni alle Sezioni Unite, che già prima che la riforma del 2016 divenisse legge e proprio attraverso interventi interpretativi sul rito camerale, auspicavano una incisiva funzione «filtrante», e così in ultima analisi deflattiva, della sesta sezione civile.

Ma torniamo alla riforma del 2012. Essa ha in realtà adottato totalmente l'altra attitudine: l'omesso esame di cui all'art. 360 n. 5 – «amputato» a bella posta, con fredda chirurgia, e riportando *in auge* il vecchio testo del codice del '40 – si intende ormai davvero come puro «omesso esame», all'insegna di un

1. R. Vaccarella, 2017; A. Nappi, 2017.

2. N. Irti, 2017.

3. R. Vaccarella, 2017.

sindacato di legittimità sul vizio di motivazione «ridotto al minimo costituzionale», secondo la linea dettata dalle Sezioni Unite nn. 8053 e 8054 del 2014. E i numeri 3 e 4 dell'art. 360 non saranno ospitali nei confronti dei profughi risultanti dalle guerre di ruoli e dalle «resecazioni» (la ruvida parola non è mia: l'ho trovata usata in un recente precedente) che si sono proprio *ad finem* svolte sul n. 5. Il n. 3 e il n. 4, almeno nel diritto giurisprudenziale vivente, almeno per ora quindi, non usciranno dai loro tradizionali confini degli *errores iuris in iudicando* e degli *errores in procedendo*, non muteranno accrescitivamente il loro lineamento classico e quindi ospiteranno praticamente... proprio nessuno dei vizi motivazionali, stando alle Sezioni Unite e senza, parrebbe, aneliti di ribellione più esigenti e introspettivi da parte delle Sezioni Semplici.

E questo accade financo nel campo del giudizio di cassazione in materia tributaria, a cui mi sembra necessario fare subito un cenno, posto che come dirò tra un attimo la nuova V sezione è la chiave di volta della nostra situazione problematica che data, non a caso, dagli anni Novanta, con la sutura fra giudici laici decentrati e Suprema Corte, senza più il generoso cuscinetto della Commissione centrale. Perché lo stesso problema della «finalità totale» del giudizio sui fatti si pone anche e soprattutto nel giudizio di cassazione in materia tributaria, proprio con riguardo al giudizio di fatto che in materia tributaria è importantissimo anzitutto per realizzare l'art. 53 della Costituzione, ossia il principio della capacità contributiva (certo, vi è un qualche spazio ivi anche per la nomofilachia, ma è molto mobile la legislazione tributaria, per cui la nomofilachia quale guida coerenziatrice delle interpretazioni di fatto arriva sempre un po' in ritardo). Ebbene, anche nel campo della giustizia tributaria la Corte di Cassazione, con quella pronuncia delle Sezioni Unite<sup>4</sup>, estesa tra l'altro proprio da un componente che proviene dal tributario, si è ritratta dal compito di intervenire a scrutinare la bastante sufficienza della motivazione di fatto anche dei giudici laici e non solo di quelli civili di carriera.

## 2. I DUE «REGISTRI» CUI PUÒ INTONARSI IL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ

Quindi la bipartizione, il grande *partage* che ci è stato proposto – forse addirittura la tripartizione, potendo il procedimento in camera di consiglio svolgersi sia dinanzi alla sezione filtro che alla sezione semplice, come segnalato dai nuovi articoli 380 *bis* e 380 *bis.1* –, finisce con l'essere pur sempre sulla tipologia di questioni di diritto, ricercandone la valenza di indirizzo futuro per colmare lacune, anziché di scontata soluzione a rime obbligate. Appunto il doppio binario, manifesto anche all'esterno. Ma il costo sarà quello di tralasciare l'altro versante di ogni giudizio processuale. Prezzo sensibile, perché le

4. Cass., sez. un., sentenza 7 aprile 2014, n. 8053, Pres. Rovelli, Rel. Botta (in *Corr. Giur.*, 2014, 1241 ss.), su cui si vedano le note di C. Glendi, 2014 e di F. Porcelli, 2014.

questioni di fatto e, soprattutto, il controllo sull'operato delle stesse Corti d'Appello – in funzione almeno di deterrente – con riguardo al giudizio di fatto, è una garanzia secondo molti importante, che andrebbe sicuramente riacquistata e che dovrà sicuramente essere riscoperta almeno in una auspicabile e importante riforma del processo tributario; è una garanzia che, allo stato, per ragioni pratiche – credo io – non perché si reputi che non sia importante, si tollera di vedere tralasciata. Auspicabilmente non in via perpetua.

Si potrebbe dire: nel giudizio di terzo grado non si deve più parlare della motivazione in fatto, nemmeno con riguardo alla sua – scusate, ancora una volta – bastante sufficienza, che sovente latita. Questo potrebbe essere in astratto predicato, ma con una forzatura: il disegno costituzionale del '46/'48, e non solo i lavori preparatori, ma vari altri indizi, puntano verso una accezione ampia della garanzia del terzo grado di legittimità sostanziale. Lo dimostra anche il modo in cui è stato interpretato dalla stessa Corte di Cassazione l'art. 111 settimo comma. L'attinenza del giudizio di legittimità allo *jus litigatoris* è allora scontata, anche se questo deve essere sempre contemporaneo con – la formula è ambigua – lo *jus constitutionis*, e così l'art. 111 con l'ordinamento giudiziario, di qualche anno prima e ben comprensibilmente di differente impostazione. In quest'ultimo, tra l'altro, nell'art. 65 tanto famoso, i sostantivi e gli aggettivi sono messi a chiasmo rispetto a quello che un positivista tradizionale e garantista immaginerebbe; ci si aspetterebbe di leggere «l'esatta *interpretazione* e l'uniforme *osservanza*». Forse non credevano più, già negli anni Quaranta, all'idea di una *esatta interpretazione*. Ci sono interpretazioni certamente inesatte, ma non c'è un'unica interpretazione esatta, o almeno non c'è a prescindere da tutta una serie di fattori che la specifichino nel momento presente. Compito, questo, a cui pare comunque ben confacente la struttura interna della Corte, con un ruolo decisivo delle Sezioni Unite, di un diverso loro *stylus* motivatorio, oltre che con un accordo lavoro del Massimario. Ma alle sezioni semplici, le solite cinque o la nuova sesta, spetta di adempiere il ruolo tradizionale di garanzia a monte dello stabilizzarsi del ferreo giudicato. Senza, sia chiaro, che sol per questo il giudizio di cassazione si tramuti da giudizio sulla sentenza – tipicamente rescindente e semmai preparatorio del rescissorio – a giudizio sulla causa<sup>5</sup>.

E poi, concludendo su questo, a voler eliminare il controllo sulla motivazione in fatto e bipartire radicalmente il sindacato *in iure*, bisognerebbe allora avere alle spalle un sistema di giudizio di appello, e anche poi di giudizio di primo grado, un po' diverso da quello che noi abbiamo, e che noi abbiamo accentuato oltretutto negli ultimi anni quanto a minore affidabilità di un tempo.

5. Come ricordato, da ultimo, nei contributi di C. Mastracchio, 2017a, 2017b.

In Inghilterra, che ho sempre frequentato anche dal punto di vista giuridico, già la *Court of Appeal* – al di là delle omologie solo verbali – è un organo altissimamente nomofilattico con riguardo ad una infinità di questioni, e soprattutto alle questioni di diritto processuale e di *litigation* internazionale, di cui ha l'appannaggio. Il diritto processuale, la *House of Lords*, non lo sfiorava praticamente mai. La *Supreme Court*, che ha preso il posto della *House of Lords* negli ultimi anni, ancor meno e quindi mai e poi mai penserebbe di intervenire sulle decisioni della *Court of Appeal* in materia di *rules of procedure* e di *litigation* dell'economia globale (arbitrato, tributi, contratti bancari, shipping, finanza, trusts, bancarotta ecc.). E anzi, la *Supreme Court* sempre più si avvia a diventare una sorta di Corte costituzionale; lo si è visto nei quattro giorni interessantissimi del dibattito sulla Brexit. Od almeno una Corte dei diritti sociali fondamentali. Quindi i paragoni sono difficili, perché poi financo la *High Court*, che in Inghilterra è un giudice di primo grado, in realtà, su molte questioni processuali è non di rado pressoché insindacabile. E del pari sulla più parte delle questioni di fatto.

La verità è quella che diceva come al solito il nostro caro Calamandrei in età avanzata, perché Calamandrei va sempre storicizzato (ha avuto tutta una serie di periodi nella sua vita: il *mood* del dopoguerra per me, in ultima analisi, è visibile – e proseguito – nell'opera di Cappelletti<sup>6</sup>, il quale come tutti i bravi allievi non assomiglia in tutto e per tutto al maestro ma un pochino assomiglia al maestro dell'ultimo periodo e quindi sviluppa delle cose che la forza fisica e la non longevità del maestro non hanno potuto perseguire). Ebbene, il Calamandrei del dopoguerra ci diceva: «ma gli inglesi non hanno un amore per il diritto processuale civile e le sue infinite concrezioni e, quasi quasi, dai risultati, comincio a pensare che non abbiano tutti i torti».

Non vorrei seguire modelli troppo ambiziosi, ma io credo di condividere questo assunto. L'assunto è che sostanzialmente il diritto processuale civile come è stato per secoli dovunque, lì è ancora artigianato, non ha mai preteso di diventare sistema e scienza, ma non è mai nemmeno disceso sul piano della mera minuta *procedure civile*, del culto ansiogeno – che ci opprime – delle istanze, dei termini e peggio ancora delle forme, delle formalità e delle financo piccole tecniche composite degli atti, peggio se incrociate con la «ontologia» dei vizi di giudizio. È rimasto sul piano dell'artigianato, ma nobile e austero, e siccome il giudice è un signore di esperienza ed elevata capacità discreziva, che ha fatto per trenta anni il *barrister* con successo, con probità, con capacità dialogica, con spirito di intatta colleganza ma anche con raggiunto spirito di maggiore maturità rispetto ai colleghi avvocati, egli già in primo grado può essere completamente arbitro pacato della più parte delle questioni di procedura. Quelle che, da noi, son più numerose delle stel-

6. Cfr. ad esempio M. Cappelletti, 1979; 1982.

le in cielo e giungono regolarmente in Cassazione (ad onta dell'art. 360 *bis*, n. 2).

Per gli Stati Uniti vale un discorso diverso, ma non meno sfumato e pragmatico. Ma questo relativismo perché poi lo sto introducendo? Meritava farne cenno evidentemente non solo per il gusto del diverso, in un contesto che ha parlato in larga misura di tutt'altre questioni alla ricerca di una sistemologia infine disambiguante per il vertice della giustizia civile. Perché io non credo che noi possiamo in questo momento rivendicare a questo *grosso* progetto culturale, sotteso a *piccole* norme, quello imperniato sulle questioni di diritto affidate ad uno *switch* qualitativo precoce e della ritrazione sempre dal controllo intrinseco della affidabile motivazione in fatto, la caratteristica di avere davvero ascendenzi comparativi realmente conferenti. Anche Panzarola – che è allievo di quel grande processualista ma soprattutto storico del processo e quindi anche fatalmente comparatista, perché storia e comparazione si chiamano a vicenda, che è Nicola Picardi – ha mostrato più nel dettaglio la situazione dei vari ordinamenti sul tema dei riti e dello spazio ivi riservato alla oralità nelle principali corti di vertice<sup>7</sup>. Certo non mancano del tutto esempi di circuiti semplificati e/o senza discussione orale e/o con decisioni assertive nei riguardi dei casi manifesti, ma si collocano in contesti nei quali al legislatore ordinario è dato limitare o negare l'accesso ad un compiuto giudizio presso la Corte di vertice, profilo sistemologico non inessenziale che coinvolge anche le caratteristiche del giudizio da noi invece appieno «garantito». Che non può venire «stilizzato». La stessa sua storia non lo permette. Inoltre anche quando ci sembra di cogliere delle assonanze bisogna fare attenzione: se si guarda un pochino di più nel profondo, l'assonanza immediatamente si scioglie, e talora del tutto scompare, perché (vedremo che) l'assenza di una pubblicità della discussione processuale è contemplata sì abbastanza spesso, ma nella fase pregiudiziale, che è esattamente quella fase di filtro a monte del giudizio che noi da quaranta anni si invoca inutilmente, da quando Denti sostanzialmente cominciò a dire: «cambiamo direttamente il 111 Cost., non facciamo *bricolage*»<sup>8</sup>. Fase di vero filtro che non possiamo, a quanto pare, permetterci, se non nelle forme, che sono forme indirette e come tutte le forme indirette, passibili di mille rischi e ambiguità, proprie dei vari esperimenti che si sono succeduti con ciclica ineffettività. Fra i quali il presente è tuttavia certo il più lucido e «illuminato», ma ogni prognosi è riservata (non solo e non tanto sul successo quanto sull'arretrato: non è questa l'unica ambizione) con riguardo alle concrete modalità dei due flussi, profilo vitale per la credibilità del nuovo sistema.

7. A. Panzarola, 2017, 85-99.

8. V. Denti, 1987.

### 3. LA MARGINALIZZAZIONE – QUASI SIMBOLICA – DELL’ASCOLTO ORALE DEI DIFENSORI: GIOVA POI DAVVERO O COSTITUISCE UNA SORTA DI STIGMATE?

Ancora non vorrei però mancare di dire una cosa che mi sembra debba tornare ad essere pur difesa non appena ci si collochi nuovamente fuori dalla ennesima emergenza, perché nessuno la ha qui condivisa finora, e non è di nuovo l’amore per il diverso ma è semplicemente il gusto anglofilo e sempre garbato del *truthtelling*: sinceramente reputo che dovrebbe esservi sempre necessariamente un’udienza pubblica (anche le udienze di trattazione, in tribunale, dovrebbero essere pubbliche, ed è curioso retaggio ante-Cedu che di fatto, salva la quasi solo «teorica» richiesta di finale discussione orale, nella realtà esistano solo udienze non pubbliche). Ed in effetti la Corte costituzionale, con tre celeberrime pronunce<sup>9</sup>, ha detto che davanti alle commissioni tributarie ci vuole l’udienza pubblica. Noi invece abbiamo tutte le udienze in tribunale e in appello (perché ormai non c’è più l’udienza di discussione), non aperte al pubblico. E oggi poiché *omne trinum est perfectum* il normale (non nomofilattico) processo civile non uscirà mai, neppur *in cauda*, dalla sua invisibilità. Non solo Antoine Garapon<sup>10</sup> ne sarebbe insoddisfatto.

Con il 2006 – e in parte, lo videro i lungimiranti perplessi già nel ’90/’95 (Fazzalari<sup>11</sup> e Tarzia<sup>12</sup>) con la repentina ascesa dell’art. 384 del codice di procedura civile con tutt’altro che eccezionali decisioni definitive di merito generate in unico momento decisorio, sia pur logicamente complesso – il sistema già puntava verso un modello sincopato e a partecipazione impersonale (quello camerale, non importa se finora minoritario) retto da una relazione-bozza di ordinanza, chiaramente monopersonale; un modello chiuso al pubblico, con memorie scritte, e *two-minutes talks*, in rapida carrellata di difensori (senza toga) e senza agio alcuno. Per questo canale, divenuto vieppiù canone ordinario, si pensava e si pensa ancor più oggi ad una motivazione principalmente assertiva e per citazioni. Ne è un esempio il modello evocato dal decreto del Primo Presidente del 16 settembre 2016 sulla motivazione dei provvedimenti civili, in cui emerge, anche sotto il profilo motivatorio, la radicale bipartizione del sindacato *in iure* cui sopra accennavamo, tra ricorsi che potremmo dire (idonei a dare luogo ad un provvedimento) a «potenziale nomofilattico» (caratteristica che si vuole indicata anche nel dispositivo, e nell’oggetto della intestazione, oltre che «documentata»), e ricorsi che invece «non attingono

9. Corte Cost., 16 febbraio 1989, n. 50; Corte Cost., 23 aprile 1998, n. 141; Corte Cost., 23 aprile 1998, n. 260, tutte commentate con distinte note apparse in tre diverse riviste e poi raccolte in C. Consolo, 1992.

10. A. Garapon, 2007.

11. Da ultimo in E. Fazzalari, 1999.

12. La cui posizione insieme a quella di altri autori è discussa sub art. 384, in C. Consolo, F.P. Luiso, B. Sassani, 1996.

alla valenza dello *ius constitutionis*» (tra cui vengono ricondotti pure, e parrebbe senza distinzioni saceveratrici, i ricorsi che «richiedono una pronuncia sul vizio di motivazione»). Per i primi – ferma comunque l'esclusione di *obiter* ed enunciazioni non strettamente «indispensabili» – pare trovare ancora un ambito di (doverosa) «tolleranza» sia l'esposizione dei fatti, purché comunque «coincisa e funzionale solo a rendere comprensibili le ragioni della decisione»; sia l'esposizione dei motivi di ricorso. Per i secondi, ossia i ricorsi che non richiedono un intervento nomofilattico, questi elementi sembrano essere relegati ad evenienza eccezionale. Per entrambe le ipotesi, poi, ed ecco qui che ritorna appunto l'idea di motivazione per «citazioni», i Presidenti di Sezione vengono invitati a «curare la predisposizione e la diffusione di provvedimento-tipo idonei a fungere da esempio di motivazione semplificata», relativi a questioni processuali o di merito che potrebbero porsi con una certa frequenza e su cui risulta già esservi giurisprudenza consolidata. Moduli decisori che potrebbero, nei casi a basso tasso di nomofilachia, esaurire quasi per intero la motivazione; e comunque divenire parte integrante di sentenze più complesse o di valenza nomofilattica. Il tutto con il richiamo ad un profilo non banale: quello per cui la redazione sintetica dei provvedimenti giudiziari è indice di valutazione del magistrato, di cui i Presidenti di sezione dovranno tenere conto, oltre che comunicare, per ciascun magistrato e con cadenze trimestrali, il numero delle sentenze redatte in forma semplificata.

Ma l'udienza, che quindi è l'udienza pubblica per antonomasia, secondo me – ed invero secondo molti (anche magistrati della Corte) – non era dopo tutto ciò che rendeva più arduo o gravoso il compito, troppo pesante per tutt'altre ragioni, della Corte di Cassazione. Lo fa in parte, semmai, la nuova riforma, che – al pari delle ultime in materia processuale – sin d'ora fa non poco discutere sulla procedura, tanto che già è sorto un problema angoscioso: se la sezione semplice che nel corso dell'adunanza in camera di consiglio si avveda della necessità della pubblica udienza debba ugualmente decidere in questa (allora riconosciuta «asfittica» sede); oppure possa invece mandare a pubblica udienza. Dubbio non univocamente sinora risolto all'interno delle diverse sezioni, con una prevalenza, pare (e per fortuna), per la soluzione anche per noi preferibile, ancorché un poco dilatoria quanto ai suoi duplicati snodi, della fissazione della pubblica udienza.

Il canale, che acquista allora un valore distintivo quasi emblematico, della pubblica udienza, inteso come sede per eccellenza della genesi della «guida coerenziatrice della giurisprudenza» (propria oltre che meritale) speriamo valga almeno a di nuovo accentuare i genuini e corroboranti profili del modello «classico» che si erano venuti molto attenuando: ragionata ampiezza della tempistica, importanza della relazione orale, conclusioni sì solo orali ma antic peace e quindi fatalmente più omogeneamente strutturate (senza gli «alti e bassi» che la prassi evidenziava), repliche dialogiche dei difensori, soprattutto

costante pienezza e capillarità della collegialità deliberativa preparata e resa visibile dal momento coinvolgente e di accordatura del vero dibattito.

Certo, era spiacevole vedere, e lo si vedeva tanti anni fa, ma lo si vedeva vieppiù poi nell'ultimo periodo, tanti colleghi avvocati – essendo i cassazionisti tra i cinquanta ed i sessantamila – che vestivano la toga per dire che si rimettevano agli atti e quindi sostanzialmente per figurare in sentenza. Chissà perché le sentenze dicevano lo stesso «hanno discussso Tizio e Caio»: no, si sono presentati ma non hanno discussso! (avrei detto io in sentenza, ma sappiamo che questo avrebbe avuto un suo riverbero: ... eppure, vengano pure vieppiù retribuiti purché tacciano se non sentono di poter dire qualcosa di congruo rispetto a quello stadio). Ebbene era spiacevole vedere tutto questo teatrino perché in questi casi nessuno si sarebbe offeso se quegli avvocati nemmeno fossero venuti. Se avessero taciuto (e reso omaggio alla Corte)... da studio.

Ma non credo fosse per il pubblico – che non è vero che non esiste, esiste un pubblico, tra l'altro anche molto spesso gli studenti, gli specializzandi, le parti stesse, i precedenti difensori di merito – senza senso e valore simbolico – quale contributo alla psico-sociologica *Legitimation durch Verfahren*, direbbe Luhmann<sup>13</sup> – sentire la relazione e sentire le conclusioni del pubblico ministero, e una sobria ma seria discussione, magari con domande dal banco del giudice (tipiche di alcuni non dimenticati Presidenti).

Né questo portava via molto tempo e trovo arduo negare che avesse un profondo significato: quello di evidenza esterna della ultima fase della nascita della *sentenza* finale dello intero processo, oltre alla preziosa possibilità di aggiornamenti e messe a punto in modo diretto e personale, anziché per le vie telematiche che son costrette ad additare i nuovi protocolli di intesa. E poi per parificare la *chances* di contraddittorio del resistente, che oggi – a regime – si giova, ovviamente, più della discussione che della memoria; salvo che rientri tra quei (tanti o pochi, difficile stimarli) resistenti contumaci, «baciati» dal fortunato accidente d'esser stati destinatari inerti (senza controricorso, dunque) di un ricorso notificato prima dell'entrata in vigore della riforma, che pure troverà ugualmente applicazione. A tali resistenti contumaci che si siano visti *ex post* sottrarre la facoltà di partecipare all'udienza (pubblica o camerale che fosse) il Protocollo (art. 1) consente di depositare comunque memoria simil-378/380-bis o 380-bis.1, munita di procura speciale. Con buona pace del diritto di difesa del ricorrente, che non avrà più occasione per parlare sulle nuove difese svolte dal resistente (*ex contumace*) nella memoria contestuale per ambo le parti, salvo che il collegio assegni un termine per ulteriore memoria con osservazioni *ex art. 384, comma 3*. Il che potrà avvenire se il contumace redento in memoria «sollev[i] questioni nuove rilevabili d'ufficio», o se «comunque [il collegio] ne ravvisi l'opportunità». Condizioni

13. N. Luhmann, 1983.

per noi troppo asfittiche: una tanto vistosa deviazione dal dato positivo (che la disciplina transitoria non contempla) è senz'altro benvenuta, ma avrebbe dovuto essere portata a compimento riconoscendo sempre in questi casi la doverosità della concessione di termini per memorie, salva solo l'espressa rinuncia del ricorrente.

Inoltre quel contatto uditivo e anche visivo che la udienza consentiva, cominciava ad innestare in tutti i componenti del collegio, l'attenzione per il caso, per il caso che sapeva meritarsi più attenzione collegiale, perché vi era una relazione e vi era una conclusione orale da parte del pubblico ministero e un dialogo ad uso di tutti. Se poi vi era anche una messa a giorno orale da parte dei patroni, volta a dire qualcosa in più di quanto solo due componenti su cinque ricavano leggendo gli atti introduttivi e le memorie, che sono dopotutto soltanto il secondo momento del contraddittorio (non è che ve ne siano poi tanti); ebbene, non mi sembra fosse veramente troppo o dispersivo. Dopo tutto la discussione era anche importante per cercare di coinvolgere l'attenzione di quei tre componenti del collegio che al contraddittorio cartolare – come alcuni adesso amano chiamarlo, con un linguaggio che fa pensare ai titoli di credito, e quindi, in ultima analisi, ai debiti avallati – non hanno potuto accedere.

E proprio in relazione alla collegialità, sarebbe opportuno che questa fosse piena, cosa che con il processo telematico, il quale consentirà di fare avere tutti gli atti a tutti, potrebbe certamente essere più agevole.

Inoltre, sempre nella direzione della piena collegialità, almeno quanto al nuovo canale riservato alle questioni importanti, in effetti anche la coincidenza tra relatore ed estensore (ignota alla legge), non deve essere affatto scontata. Anzi! L'estensore dovrebbe forse essere scelto dopo la deliberazione, senza alcun *favor preconcetto* per il relatore, ancorché assenziente. Ciò reclamerebbe però un dialogo seduti attorno ad un grande tavolo, con buona acustica, con interesse reciproco e costruttivo e – *last but not least* – un ruolo importante della Procura Generale, sul modello francese (e poi della Corte UE), fino ad oggi incrinato però dal suo parlare soltanto e parlare per ultimo (ed in relazione a cui era sì preziosa, ma temporalmente asfittica, la *chance* delle note dopo l'udienza).

Quindi, dal punto di vista delle modalità di svolgimento del giudizio a me pare che si stava veramente meglio – e con più semplicità di forme e di modi della essenziale partecipazione – prima della riforma del 2006: non vi erano quelle sovrapposizioni seriali e diseconomiche, quegli *overlaps* tra scrutatore, primo relatore, relatore della camera di consiglio, relatore poi della eventuale pubblica udienza cui si manda perché si sarà talora pensato la causa sia più adatta a quel canale (di cui non è ancora ben precisato il presupposto). C'era un solo relatore, ma c'era anche un presidente e c'erano tre che potevano essere debitamente coinvolti dalla relazione orale del relatore, dalle conclusio-

ni del procuratore generale – che giustamente ora vanno all'inizio, non più alla fine – e dalla stessa discussione degli avvocati, né turistica né parcellare però. Senza tacere che il contatto parti-collegio consentiva di meglio chiarire e subito risolvere (o porre le basi per risolvere) problemi pratici *in procedendo* (ad es. relativi alla notifica del ricorso), cui il nuovo modello «claustrale», di adunanza senza parti, poco o nulla si addice. Così come non si addice al rilievo officioso di questioni specie di merito (con tutto ciò che ne consegue in termini di attivazione del contraddittorio ex art. 384, comma 3), che molto spesso origina proprio dal contatto diretto, con il rischio quindi di decisioni «sorde alle esigenze di un buon giudizio di merito» (così Sassani).

**4. CHANCES E NUOVE ATTITUDINI, ANCHE NEI CARATTERI  
DEL CONTRADDITTORIO ORALE E DIPOI NELLO STILE MOTIVATORIO,  
DEL MODULO DECISORIO «ALTO»**

Adesso molte cose cambieranno dove ci sarà ancora la pubblica udienza, ossia nel registro alto; cambieranno innanzitutto perché è la Corte stessa che chiama (poiché lo reputa congruo) gli avvocati a discutere e quindi non stupirebbe neppure che la durata della udienza si allungasse: meno casi, ma non più evocati a volo dell'albatros. E poi perché, parlando prima il procuratore generale, il contraddittorio diventerà sempre più contraddittorio della parte nel cui sfavore avrà concluso il procuratore generale in dialogo col procuratore generale stesso, più che con l'avversario; sì che la nuova esperienza comporterà anche delle doti di reattività nuove rispetto ad idee ancora inaudite, cui in tutta velocità dovrà adeguarsi il fronte (come Napoleone verso le 16 del 18 giugno 1815 a Plancenoit qualcuno non mancherà di temere pensando che non il vecchio ma il nuovo avversario decise la giornataccia di Waterloo). Mi farei anche forse ardito di suggerire – con almeno un piccolo spunto pratico – che si potrebbero chiamare tre cause alla volta per la relazione e appunto le conclusioni del Procuratore Generale, lasciando quindi più di qualche minuto, un quarto d'ora, mezz'ora di tempo per il difensore per metabolizzare quelle conclusioni e ricalibrare la sua discussione, tutte le volte in cui essa sarà in qualche modo in replica al procuratore generale, cioè per organizzare diversamente la oralità dove essa ancora vi è e rimane benvenuta e quasi invocata dalla Corte per i casi che guardano al futuro.

Essa merita di risorgere, stante la sua trascendente importanza, perché ormai *ope iudicis* invocata caso per caso.

Mi si dirà – e su questi temi mi avvio a concludere, salvo poi fare quell'accenno al processo tributario, la cui diga rotta ha inondato la valle del vecchio giudizio di cassazione –, va tutto bene, ma, in ultima analisi, non è questo il momento fondamentale e comunque non è una violazione costituzionale o convenzionale il nuovo modello di intonazione snellamente «claustrale». Ed

io son forse anche d'accordo: non (diremmo sia proprio un lusso eppure non) è fondamentalissimo e non sarà una violazione costituzionale, ma era razionalmente migliore la *simplicitas* rituale del codice del 1940, ossia la precedente regolarità consuetudinaria di (fra l'altro) pochi e concisi *steps*. Almeno, io reputo pacatamente che fosse migliore la soluzione precedente, opportunamente rivissuta. Quindi, solo chi ha da parlare, ed ha da parlare concisamente e succosamente, indossi questa toga, anche simbolica. Il tutto pur sempre in quel breve periodo di tempo che va dalle 10 alle 12.30/13 tendenzialmente, senza tutta quella meticolosa, un po' ripetitiva canalizzazione *multitracks* (utile invece, all'opposto, in primo grado). Cosa è importante più della canalizzazione rituale? La possibilità di capire in pochi mesi quali sono i ricorsi difficili e quali sono i ricorsi facili. *Early detection* mi consta che già venisse fatta, mi consta che si dia anche un punteggio, in ultima analisi, al caso. È quello il momento delicato e su quello ci si potrebbe fare aiutare dalle parti, le quali potrebbero già loro dare (*recte*: proporre) un punteggio al caso. Certo, se uno dice uno, l'altro dice cinque, bisogna guardarsi un po' dentro per capire che tipo di caso sia, non è detto che sia da tre, potrebbe anche essere da uno o da cinque; ma se entrambe dicono che il loro caso sia da uno o da cinque, è probabile che se non è uno, sarà due e che se non è cinque, sarà quattro, e una tale diagnosi si può fare quindi con relativa facilità. *Early detection*, con quanto segue per carichi di udienza, articolazione motivatoria ecc.

5. ... E IL *DIABOLUS IN CAUDA* DELLA V SEZIONE (TRIB.)  
CON I SUOI 50.000 RICORSI

Ed ecco infine il convitato di pietra venuto a cenare presso la Corte, che fa sì che tutti questi nostri discorsi possono anche essere – e lo sono stati certamente – importanti, molto suggestivi e per più versi promettenti, ma probabilmente non saranno neppure in questa occasione risolutivi, seppur non più certo minimalistici. Ad inondare la valle (o meglio i prati di castello ove da un secolo torreggia il palazzaccio dell'architetto Calderini) fu ed è la riforma del processo tributario del 1992, che nel silenzio pressoché generale ha sostanzialmente reso la Corte di Cassazione il giudice naturale delle controversie tributarie. Perché per vero del giudice naturale, semprebastamente professionale, la vera garanzia la abbiamo soltanto nel giudizio di cassazione. Devo dire, l'ha avuta soprattutto in certi periodi l'amministrazione finanziaria, con una numerosa serie di pronunce di cassazione senza rinvio, con un giudizio del tutto nuovo e nel merito a favore dell'Amministrazione finanziaria: una cosa abbastanza curiosa, perché il contraente vinceva in primo, vinceva in secondo, per poi veder pronunciare la Cassazione senza rinvio ex art. 384 del codice di procedura civile della sentenza di appello e quindi veder sancire dopo anni di confidenza (ed appostazioni

bilancistiche ottimiste) la inoppugnabilità dell'atto impositivo, dell'atto di accertamento *in toto* rimesso in auge. Questa è stata in moltissime e anche importanti occasioni la vicenda, la sequela. La Corte di Cassazione è assurta in certi momenti, soprattutto in ragione dell'abuso del diritto, ma non solo, a giudice naturale per definizione e anche di particolare attendibilità sotto tutti i punti di vista, che sono molti e delicati, che vengono in ballo in questa materia. Un giudice però anche poco prevedibile e che si innesta con eterogeneità sul corpo retrostante della giustizia tributaria. Ma questa non può essere la soluzione del futuro, perché – qui sì di nuovo la comparazione ci aiuta perché è conferente – ci possono essere delle Corti supreme tributarie (in cui potrebbero anche confluire molti magistrati di Cassazione non più in servizio che potrebbero dare la struttura fondante di una futura Corte Superiore tributaria).

C'è quindi molto lavoro da svolgere, ma io non mi limiterei a dire che questa laboriosità debba svolgersi necessariamente nei paletti, nel recinto di questa ultima riforma così come non lo fu per quelle precedenti<sup>14</sup>, le cui ambizioni adesso non ho modo e tempo di illustrare, ma che non mi sono sembrate mai le giuste e importanti riforme da apportare, perché la vecchia disciplina del codice era tutt'altro che malvagia, in nulla colpevole della recente crescita dell'arretrato, che coinvolge solo fino ad un certo punto (circa per il 30% del flusso) le tre classiche sezioni *stricto sensu* civili.

Mi pare che il grande lavoro da svolgere sia un lavoro da un lato certo di prassi (fra cui spicca la proposta della Procura generale quanto all'art. 363 del codice di procedura civile, di cui all'accusato comunicato ufficiale) e dall'altro spiccatamente ordinamentale. Non riusciamo a fare le riforme costituzionali – direi, purtroppo – però dobbiamo comunque fare almeno le riforme della legislazione giudiziaria che rendano il nostro paese meno arretrato. Chi manca come interlocutore nei nostri dibattiti da decenni è un qualche straniero capace e profondo, che ci fotografi analiticamente, che ci faccia un ritratto papale (alla Velázquez) così come appunto Mauro Cappelletti aveva chiesto di fare a John Henry Merryman che descrisse l'*Italian style* di mezzo secolo fa<sup>15</sup>. Noi avremmo bisogno di qualcun altro (diverso da noi) che ci faccia comprendere (non già solo il grado della nostra febbre processuale ma) davvero come e perché realmente appaia inconfondibile lo *Italian style*. Perché noi siamo sempre nel nostro gioco di specchi (che non coinvolge solo la nomofilachia che, alla Sciascia, si diceva, rende la Corte la più bella del reame). Sempre vediamo fra di noi, ci capiamo anche al volo ed abbastanza, ma non ci vediamo da un punto di vista sufficientemente alto e disincantato per fare il punto nautico di questa nostra sussultoria navigazione fra atolli di scogli, con mari-

14. Cfr., dall'interno della Suprema Corte, R. Russo, 2017.

15. M. Cappelletti, J. H. Merryman, J. M. Perillo, 1967.

nai e passeggeri sballottati e terrorizzati da una crescente aleatorietà e (direi ricambiata) *inimicitia* del processo.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- CAPPELLETTI Mauro, 1979, «Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica». *Il Foro Italiano*, 102: 53-4.
- ID., 1982, «Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero». *Rivista di diritto processuale*, 2/00: 233-45.
- CAPPELLETTI Mauro, MERRYMAN John Henry, PERILLO Joseph M, 1967, *The Italian legal system*. Stanford University Press, Stanford.
- CONSOLO Claudio, 1992, *Dal contenzioso al processo tributario: studi e casi*. Giuffrè, Milano.
- CONSOLO Claudio, LUISO Francesco Paolo, SASSANI Bruno, 1996, *Commentario alla riforma del processo civile*. Giuffrè, Milano.
- DENTI Vittorio, 1987, «Art. 111-113: La magistratura». In *Commentario della costituzione*, a cura di G. Branca, vol. iv. Zanichelli, Bologna.
- FAZZALARI Elio, 1999, «La Cassazione civile: stato attuale e possibili misure». *Riv. dir. Proc.*, vol. 896.
- GARAPON Antoine, 2001, *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*. Odile Jacob, Paris (trad. it. *Del Giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*. Milano 2007).
- GLENDI Cesare, 2014, «*At ille murem peperit* (nuovamente a proposito di un altro “non grande arresto” delle Sezioni Unite)». *Corriere giuridico*, 10: 1248-61.
- IRTI Natalino, 2017, «Le due cassazioni civili (in difesa della motivazione)». In *La nuova Cassazione civile*, a cura di A. Di Porto, 9-21. CEDAM, Padova.
- LUHMANN Niklas, 1983, *Legitimation durch Verfahren*. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- MASTRACCHIO Chiara, 2017a, «Note in tema di oggetto del giudizio di cassazione (parte I)». *Corriere giuridico*, 4: 549-60.
- EAD., 2017b, «Note in tema di oggetto del giudizio di cassazione (parte II)». *Corriere giuridico*, 5: 689-95.
- NAPPI Aniello, 2017, «Per un approccio pragmatico anche nell’organizzazione della Corte». In A. Di Porto (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, 41-7. CEDAM, Padova,.
- PANZAROLA Andrea, 2017, «La riforma della Cassazione civile e i processi dinnanzi alle altre Corti supreme europee». In A. Di Porto (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, 85-101. CEDAM, Padova.
- PORCELLI Federica, 2014, «Sul vizio di “omesso esame circa un fatto decisivo”». *Rivista di diritto processuale*, 6: 1600-7.
- Russo Rosario, 2017, «L’ultimo “non-rito” della Cassazione civile. Ovvero “l’entente cordiale” con il legislatore». *Judicium*, online.
- VACCARELLA Romano, 2017, «Le ombre del recente passato sulla riforma della Cassazione». In A. Di Porto (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, 33-40. CEDAM, Padova.