

ANNOTAZIONI SULLA *CERTEZZA* COME *VERITÀ* DEL GIUDICATO A PARTIRE  
DALLE TESI DI CALOGERO E CALAMANDREI\*

1. Introduzione - 2. Il giudice e lo storico - 3. La *quaestio facti* - 4. La *quaestio iuris* - 5. La sentenza come fonte del diritto - 6. Osservazioni conclusive

1. Introduzione

Il presente contributo intende declinare il tema della verità nella dimensione del processo civile e ricostruire, sia pure in estrema sintesi, i passaggi più significativi dell'ampio e articolato dibattito relativo all'accertamento della veridicità dei fatti controversi dedotti in giudizio. In particolare, si intende illustrare le tesi prospettate in Italia, nel corso della prima metà del Novecento, da Guido Calogero<sup>1</sup> e da Piero Calamandrei<sup>2</sup>, che hanno delineato un confronto tra l'attività del giudice e quella dello storico con riferimento alla ricostruzione dei fatti avvenuti nel passato<sup>3</sup>.

Prendendo le mosse dalle riflessioni di Calogero e di Calamandrei<sup>4</sup>, è possibile far luce su alcuni profili relativi alla *res iudicata* e verificare come la *relatività* dell'accertamento giudiziario possa conciliarsi con la *certezza* del giudicato<sup>5</sup>. Infine, posto che la sentenza formula la *lex specialis*

---

\* Il presente articolo trae spunto, con integrazione di note, dall'intervento tenuto al Convegno *VIII Festival della Dottrina Sociale della Chiesa. La bellezza splendore della verità: vivere la libertà, vincendo il silenzio degli innocenti*, che si è svolto presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale il 25 e 26 marzo 2019.

<sup>1</sup> G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, in particolare pp. 111-149.

<sup>2</sup> P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1939, I, pp. 105-128, ora in ID., *Opere giuridiche* (a cura di M. Cappelletti), vol. I, Napoli, 1965, pp. 393-414; ID., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1955, I, pp. 164-192, ora in ID., *Opere giuridiche* (a cura di M. Cappelletti), vol. V, Napoli, 1972, pp. 615-640.

<sup>3</sup> Il confronto tra l'attività del giudice e quella dello storico avviato da Calogero e Calamandrei è stato poi ripreso da M. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in «Rivista di diritto processuale», 1967, pp. 438-465 e, più di recente, da G. UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, pp. 323-339.

<sup>4</sup> Il dialogo tra Calogero e Calamandrei è testimoniato anche dal fitto rapporto epistolare, per cui si rinvia a S. CALAMANDREI (a cura di), *Piero Calamandrei. Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2008, pp. 131-141.

<sup>5</sup> Nella prima metà del Novecento italiano, la riflessione sulla certezza del diritto è stata alimentata da F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, favorevolmente recensito da P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», 1942, I, pp. 341-358, ora in appendice al volume, curato da Guido Astuti, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, pp. 169-190, insieme ai contributi di F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, pp. 193-206; G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, pp. 241-283; M. CORSALE, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, pp. 287-308.

per il caso singolo oggetto del giudizio, si intende proporre alcuni spunti di riflessione in merito al preteso carattere “creativo” dell’attività del giudice, al fine di comprendere se la giurisprudenza possa essere annoverata tra le fonti del diritto, come ritiene la dottrina oggi prevalente.

## 2. Il giudice e lo storico

Il processo è generalmente volto all’accertamento di fatti controversi che si inscrivono nella dimensione temporale del passato; l’esigenza di ricostruire tali fatti ha indotto Calogero prima e Calamandrei poi a delineare un confronto tra l’istruzione probatoria condotta dal giudice e la ricostruzione storiografica dei fatti compiuta dallo storico. La ricostruzione dei fatti ormai dissolti nel passato, infatti, consente di accostare la valutazione del materiale probatorio eseguita dal giudice all’euristica o critica delle fonti compiuta dallo storico, al fine di chiarire quali sono i punti di convergenza e di divergenza tra l’attività del primo e quella del secondo.

Ciò premesso, occorre rilevare fin da subito che la ricerca della verità si confronta costantemente con il pericolo dell’errore. A ben vedere, nel giudizio civile, tale pericolo è non solo possibile, ma persino probabile se si considera che il processo è strutturato in modo tale da esporre il giudice a una serie di difficoltà oggettive che consistono, almeno in prima battuta, nel ricostruire fatti che appartengono al passato e nell’affidare questo compito così delicato a un soggetto «assente»<sup>6</sup>, ossia al giudice, che, nella dinamica processuale, è non solo terzo e imparziale, ma appunto anche “assente” rispetto ai fatti oggetto del giudizio che pende dinanzi a lui. È così che, nelle pieghe fasciose del processo, si realizza quella «doppia magia»<sup>7</sup> che secondo Giuseppe Capograssi consiste nel «far rivivere quello che non vive più, che è ormai spento, e [nel] farlo rivivere nella coscienza e nel giudizio di uno che è perfettamente assente ed estraneo all’esperienza che deve risorgere»<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1950, I, p. 5, su cui si veda G. MARINO, *Il diritto verità dell’azione. Variazioni su d’un tema capograssiano*, Napoli, 2011, in particolare pp. 83-128.

<sup>7</sup> G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 5. Si veda anche S. SATTA, *Il mistero del processo*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, pp. 39-50.

<sup>8</sup> G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 5.

Alle difficoltà relative alla ricostruzione dei fatti controversi avvenuti nel passato segue il problema della loro qualificazione giuridica attraverso il processo logico di sussunzione del caso particolare e concreto nella previsione normativa generale e astratta. Nonostante la cosiddetta «crisi della fattispecie»<sup>9</sup>, in questa attività risiede il *proprium* della funzione giurisdizionale, giacché tale processo logico è compiuto soltanto dal giudice ed è invece sconosciuto allo storico. Nel delineare il confronto tra l'istruzione probatoria condotta dal giudice e la ricostruzione storiografica dei fatti compiuta dallo storico, Calogero e Calamandrei prendono le mosse dalla *summa divisio* tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* per giungere a rilevare che sia l'accertamento giudiziario, sia il giudizio formulato dallo storico sono contrassegnati dal carattere della relatività, che discende dalla possibilità – *rectius*, dalla probabilità, come rilevava Capograssi – dell'errore<sup>10</sup>.

### 3. La *quaestio facti*

Nella *quaestio facti* confluiscono sia la ricostruzione dei fatti controversi oggetto del giudizio, sia l'individuazione del dato normativo che ad essi deve trovare applicazione.

Secondo Calamandrei, l'attività del giudice è equiparabile a quella dello storico soltanto con riferimento alla ricostruzione del diritto oggettivo vigente, rispetto alla quale opera il principio compendiato nel brocardo *iura novit curia*, che garantisce al giudice una libertà di ricerca e di approfondimento del dato normativo che ben può essere equiparata a quella con cui lo storico svolge le proprie indagini. Il principio *iura novit curia*, infatti, non significa soltanto che il giudice, come organo dello Stato, ha il dovere di conoscere la legge anche se le parti la ignorano o la fraintendono, ma significa altresì che egli ha, al pari di qualsiasi privato, il potere di mettere in opera a questo fine, anche al di fuori del processo, tutti i mezzi di ricerca di cui ogni studioso può servirsi per procurarsi la conoscenza del diritto vigente<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 19-32.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 03.05.2019, n. 11747, ove si riconosce che «l'errore del giudice è in certo qual modo fisiologico allo stesso svolgimento dell'attività giurisdizionale in quanto anche il giudicare è attività umana, come tale fallibile», sicché l'ordinamento è tenuto a porre rimedio agli errori del giudice «prioritariamente con lo strumento delle impugnazioni» e poi attraverso la disciplina della responsabilità civile dei magistrati.

<sup>11</sup> Cfr. in particolare Cass. civ., Sez. I, 09.07.2005, n. 14470, ove si afferma che il principio *iura novit curia* «eleva a dovere d'ufficio la ricerca del diritto». Più in generale, occorre richiamare il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui «l'applicazione del principio *iura novit curia* [...] importa la possibilità per il

L'attività del giudice, invece, non è equiparabile a quella dello storico con riferimento alla ricostruzione dei fatti, rispetto alla quale l'istruzione probatoria condotta dal magistrato incontra una serie di limitazioni, talvolta anche particolarmente stringenti, che lo storico non conosce e che possono essere così sinteticamente delineate. In primo luogo, mentre lo storico sceglie da sé l'oggetto della propria indagine, il giudice è posto dinanzi a una domanda formulata da altri – le parti del giudizio – e nei termini di questa deve pronunciare la sua risposta in ragione del divieto di giudicare *extra* o *ultra petita*.

Inoltre, il principio dispositivo cui è informato il processo civile fa sì che il giudice, a differenza dello storico, non possa esplorare liberamente la realtà per ricostruire i fatti controversi, ma debba concentrare la propria indagine soltanto sui fatti che le parti hanno indicato come rilevanti, secondo il principio *iudex secundum alligata (et probata) partium decidere debet*. È pertanto chiaro che, per il giudice, la ricostruzione dei fatti controversi non può non risentire della *fiction iuris* in virtù della quale *quod non est in actis non est in mundo*. Ne consegue che l'accertamento giudiziario vale solo nei limiti delle premesse poste dalle parti in un determinato giudizio, sicché Calogero rileva che l'attività accertativa del giudice è «del tutto annullata dalla potestà dispositiva del litigante, il quale nel regno della realtà di fatto è così assoluto signore quanto il giudice in quello delle volontà di legge»<sup>12</sup>.

Una volta individuati i fatti controversi su cui il giudice è chiamato a indagare, la verità degli stessi non può essere accertata se non tramite i procedimenti logici corrispondenti a quelli prefissati dalla legge, ossia attraverso le prove. Ne consegue che la verità conosciuta dal giudice con mezzi non corrispondenti a questi schemi normativamente prestabiliti non può valere in giudizio. Questa limitazione, così come tutte le altre che caratterizzano l'istruzione probatoria condotta dal giudice, assolve alla funzione di contenere le probabilità dell'errore. Secondo Calamandrei, infatti, attraverso

---

giudice di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti ed ai rapporti dedotti in lite, nonché all'azione esercitata in causa, ricercando le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame, potendo porre a fondamento della sua decisione principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti. Tale principio deve essere posto in immediata correlazione con il divieto di *ultra* o *extra-petizione*, di cui all'art. 112 c.p.c., in applicazione del quale è invece precluso al giudice pronunciare oltre i limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti, mutando i fatti costitutivi o quelli estintivi della pretesa, ovvero decidendo su questioni che non hanno formato oggetto del giudizio e non sono rilevabili d'ufficio, attribuendo un bene non richiesto o diverso da quello domandato» (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., Sez. lav., 05.03.2019, n. 6341).

<sup>12</sup> G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 112.

i limiti che segnano il sentiero dell'istruzione probatoria, lo Stato «si propone (anche se non sempre ci riesce) di liberare i suoi giudici da tutti quei pericoli di errore ai quali gli storici sono soggetti, per la troppa elasticità dei loro metodi»<sup>13</sup>.

Un'ulteriore differenza tra l'attività dello storico e quella del giudice è segnata dal principio del *non liquet*<sup>14</sup>. Mentre lo storico cauto e coscienzioso si astiene dal ricostruire i fatti rispetto ai quali non ha potuto raccogliere sufficienti elementi di giudizio, il giudice non può fare altrettanto, giacché è sempre tenuto a pronunciarsi, anche quando i risultati delle prove assunte non consentano di rimuovere le perplessità che sussistono rispetto ai fatti oggetto della controversia<sup>15</sup>. Ciò è possibile in quanto, là dove la logica comune è costretta ad arrestarsi dinanzi all'ostacolo insuperabile del dubbio, lo Stato, al fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici, «crea, a forza di ingegnosi meccanismi processuali [quali ad esempio le presunzioni e le regole sulla ripartizione dell'onere della prova], una specie di logica "artificiale" o "ufficiale", che serve a risolvere tutte le questioni nel giudicato»<sup>16</sup>.

#### 4. La *quaestio iuris*

Delineate, sia pure in estrema sintesi, le principali limitazioni che incontra l'istruzione probatoria condotta dal giudice con riferimento alla *quaestio facti*, occorre soffermarsi sulla *quaestio iuris*, attraverso la quale il giudice formula per il caso singolo quella *lex specialis* che è destinata a perpetuarsi nel giudicato.

---

<sup>13</sup> P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 115.

<sup>14</sup> Si veda già L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza* (a cura di G. Barni), Milano, 1958, in particolare pp. 149-150, su cui si veda in particolare U. PETRONIO, *Una critica arcadica di Ludovico Antonio Muratori ai difetti della giurisprudenza*, in AA.VV., *I difetti della giurisprudenza ieri e oggi. Giornata di studi L.A. Muratori*, Milano, 2002, pp. 3-81.

<sup>15</sup> N. IRTI, *Dubbio e decisione*, in «Rivista di diritto processuale», 2001, I, pp. 64-72, ora in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 117-126.

<sup>16</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia. Lezioni tenute alla Facoltà di diritto dell'Università Nazionale del Messico*, Padova, 1954, p. 25, su cui si vedano N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, 1990, pp. 101-128 ed E. CHELI, *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. GROSSI, E. CHELI, G. ALPA (a cura di), *Piero Calamandrei. Garanzie e limiti del potere giudiziario. Relazioni e interventi all'Assemblea costituente*, Genova, 2016, pp. 23-26.

Calogero ritiene che il giudice, attraverso il processo di sussunzione del caso particolare e concreto nella previsione normativa generale e astratta, fuoriesca dal perimetro dell'attività conoscitiva volta alla ricostruzione del vero ed entri nella dimensione pratica della determinazione del verosimile, nel senso che il giudice è chiamato alla «determinazione di ciò che il legislatore avrebbe verosimilmente voluto quando fosse stato invitato a chiarire se dalle parole della sua norma doveva ritenersi potenzialmente significato anche un caso da esse non chiaramente previsto, o che esse non avrebbero, comunque, potuto prevedere»<sup>17</sup>. È pertanto chiaro che la determinazione della presumibile volontà del legislatore «non è l'accertamento di un reale ma la posizione di un verosimile, che è poi più propriamente un opportuno, perché la sua verosimiglianza non è se non quell'opportunità etico-politica-giuridica, nel cui riconoscimento la saggezza del giudice presuppone di convenire con la saggezza del legislatore»<sup>18</sup>.

Secondo Calogero, dunque, l'attività cui è chiamato il giudice quando risolve la *quaestio iuris* va oltre la storiografia, ossia la ricostruzione del vero, e diviene «ultrastoriografia»<sup>19</sup>, cioè determinazione del verosimile. Benedetto Croce – pur criticando apertamente l'idea di una “storiografia del verosimile e del conveniente”, giacché la storiografia «non può essere se non dell'accaduto»<sup>20</sup> – conviene sulla questione di fondo che «il proprio della sentenza del giudice sta in quella cosiddetta “sussunzione”, [...] che non è un atto teorico ma pratico, un atto volitivo, un *imperium*, che individualizza, ossia crea la legge, e pronuncia un comando»<sup>21</sup>. Nel rilevare che il *proprium* della funzione giurisdizionale risiede in tale processo di sussunzione, anche Capograssi perviene alla medesima conclusione laddove rileva che l'attività del giudice non può essere equiparata a quella dello storico, giacché il giudice, proprio attraverso la qualificazione giuridica del fatto, diviene «il giustiziere dell'evento: l'opposto dello storico»<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 147. Si veda anche N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 89-102.

<sup>18</sup> G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 147.

<sup>19</sup> ID., *ibid.*, p. 149.

<sup>20</sup> B. CROCE, *Recensione a G. Calogero, La logica del giudizio e il suo controllo in Cassazione*, in «La Critica», 1937, pp. 375-378.

<sup>21</sup> ID., *ibid.*, p. 376, ove si aggiunge, sempre con riferimento alla sussunzione operata dal giudice, che «tanto si ha qui una creazione pratica, che, dove la parola della norma appare troppo lacunosa o addirittura manca, si escogita un supplemento, cioè espressamente si pone una nuova norma, non potendosi non presenziare, ossia non provvedere e comandare».

<sup>22</sup> G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 10.

Ed è così che anche Calamandrei, nel conferire rilievo al momento volitivo della giurisdizione, conclude che, «se con una certa approssimazione il giudice si può paragonare allo storico fino a che si limita ad accertare i fatti, nel formulare il precetto giuridico appropriato a questi fatti accertati egli cessa di essere uno storico e diventa un politico»<sup>23</sup>. Preso atto dell'illusorietà del mito illuministico della completezza dell'ordinamento giuridico, Calamandrei constata che la realtà è sempre più ricca della più fervida fantasia del legislatore, sicché «ogni legge lascia al giudice un certo margine di discrezionalità, entro il quale egli, attraverso l'interpretazione e l'applicazione, diventa, anche senza accorgersene, purché rimanga entro quei margini, creatore di diritto»<sup>24</sup>.

Dunque, se il confronto tra l'attività del giudice e quella dello storico è possibile, sia pure entro i limiti sopra rilevati, con riferimento alla *quaestio facti*, la soluzione della *quaestio iuris* mette in luce i punti di divergenza tra l'istruzione probatoria condotta dal giudice e la ricostruzione storiografica dei fatti compiuta dallo storico. In particolare, le considerazioni che precedono inducono a ritenere che l'accertamento giudiziario sia contrassegnato dal carattere della relatività non solo in ragione delle rilevate limitazioni che segnano il sentiero dell'istruzione probatoria condotta dal giudice, ma anche in virtù delle difficoltà poste dalla qualificazione giuridica dei fatti avvenuti nel passato, così come sono stati ricostruiti<sup>25</sup>. Ne consegue che la soluzione della *quaestio iuris* da parte del giudice si risolve fatalmente in un «giudizio di probabilità e di verosimiglianza, non di verità assoluta»<sup>26</sup>.

A ben vedere, il carattere della relatività non contrassegna solo l'accertamento giudiziario, ma anche la ricostruzione storiografica dei fatti compiuta dallo storico. Quest'ultimo, infatti, pur a fronte della maggiore libertà di cui godono le sue ricerche, non può certamente vantarsi di pervenire a risultati meno relativi di quelli del giudice, giacché «anche il giudizio dello storico, com'è noto,

---

<sup>23</sup> P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 119.

<sup>24</sup> ID., *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1955, pp. 252-272, ora in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, cit., pp. 598-617.

<sup>25</sup> ID., *La genesi logica della sentenza civile*, in «Rivista critica di scienze sociali», 1914, n. 5, pp. 209-260, ora in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, cit., pp. 11-54.

<sup>26</sup> ID., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 165. Sui rapporti tra diritto, verità e processo si vedano in particolare E. OPOCHER, *Il diritto senza verità*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. I, Padova, 1950, pp. 179-191; W. CESARINI SFORZA, *Verità e diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1953, fasc. 1, pp. 91-93; A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Torino, 1997; P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, in particolare pp. 5-12; R. SACCO, *La scienza, la verità, il diritto*, in AA.VV., *Convegno Giurisprudenza e scienza (Roma, 9-10 marzo 2016)*, in *Atti dei convegni lincei*, n. 310, Roma, 2017, pp. 81-85.

non è mai senza appello»<sup>27</sup>. Lo rilevava chiaramente anche Benedetto Croce nella recensione del saggio di Calamandrei *Il giudice e lo storico*, nella quale accoglieva con favore l'analisi e le conclusioni cui l'Autore era pervenuto, ma aggiungeva significativamente che «lo storico, quando ricostruisce un fatto con la critica delle attestazioni, non solo ammette gli appelli perché si raggiunga una maggiore esattezza in quel lavoro, ma, diversamente dal giudice, ammette appelli senza alcun limite»<sup>28</sup>.

Tuttavia, v'è una differenza fondamentale tra l'accertamento giudiziario e la ricostruzione storiografica dei fatti: mentre il primo è destinato a sfociare nella certezza del giudicato<sup>29</sup>, la seconda conserva sempre il proprio carattere di relatività. Ciò è possibile in quanto la relatività dell'accertamento giudiziario non ha rilevanza giuridica, nel senso che non lascia traccia alcuna nel giudicato, che crea in ogni caso la certezza giuridica.

È pertanto possibile ritenere che la *certezza* sia la *verità* del giudicato, a condizione di chiarire che il passaggio in giudicato della sentenza non trasforma il giudizio di verosimiglianza in giudizio di verità, in quanto gli effetti della cosa giudicata cadono solo sui rapporti giuridici e non anche sui fatti. Benché a prima vista possa apparire il contrario, queste considerazioni trovano conferma nel principio compendiato nel brocardo che – coltivando il paradosso insito nella *fictio iuris* e facendo leva proprio sulla distinzione tra fatti e rapporti giuridici – afferma che la *res iudicata facit de albo nigrum*. È chiaro che tale principio riguarda solo i rapporti giuridici, giacché di fatto – anche dopo il giudicato – il bianco resta bianco e non v'è possibilità alcuna che diventi nero<sup>30</sup>.

Peraltro, la distinzione tra fatti e rapporti giuridici è sottesa anche al ricordato principio dispositivo che impone al giudice di decidere *secundum alligata et probata partium*. Ne consegue che la decisione suppone due momenti logicamente e cronologicamente distinti, giacché le parti devono

---

<sup>27</sup> P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 116.

<sup>28</sup> B. CROCE, *Recensione a P. Calamandrei, Il giudice e lo storico e a La relatività del concetto di azione*, in «La Critica», 1939, p. 446, nella quale Croce esprimeva queste parole di vivo apprezzamento per Calamandrei: «Vero è che il Calamandrei tiene a dichiarare di essere un semplice specialista e non un filosofo; ma, poiché egli ragiona bene, andando al fondo delle cose, ragiona da filosofo. Uno dei fini che io ho perseguito, nella ormai lunga mia vita di studioso, è stato appunto di trarre i filosofi a diventare specialisti e gli specialisti a diventare filosofi. Coi primi non ho avuto in ciò troppa fortuna, perché essi sono molto pigri e anche di solito molto ignoranti e indifferenti circa le cose tra le quali gli uomini si muovono e che agli uomini premono e li appassionano; ma qualche fortuna ho avuto coi secondi, ricchi di conoscenze particolari e desiderosi di sistamarle e intenderne le relazioni e i limiti».

<sup>29</sup> N. IRTI, *Senso del giudicato*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 101-105.

<sup>30</sup> P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 167.



prima *allegare* i fatti, cioè affermarli come storicamente già avvenuti, descrivendoli nelle loro circostanze, e poi, in un secondo momento, *provarli*, cioè dimostrare al giudice che l'allegazione corrisponde alla verità<sup>31</sup>. È pertanto chiaro che il giudizio di verosimiglianza ha ad oggetto non i fatti, ma la loro allegazione, mentre il giudizio di "verità" verte sui risultati delle prove e interviene solo a chiusura del procedimento probatorio, anche se – avverte Calamandrei – «il giudizio di verità, psicologicamente e sociologicamente, si riduce in ultima analisi a un giudizio di verosimiglianza»<sup>32</sup>.

## 5. La sentenza come fonte del diritto

Si è detto che il giudice, attraverso il processo di sussunzione del caso particolare e concreto nella previsione normativa generale e astratta, "crea" per il caso singolo quella *lex specialis* che è destinata a perpetuarsi nel giudicato. Come è noto, la "creazione" del diritto da parte del giudice trova puntuale riscontro nella ricostruzione kelseniana della nomopoiesi, nella quale legislazione e giurisdizione si distinguono soltanto perché la prima è attività di posizione della norma giuridica generale e astratta, mentre la seconda è attività di posizione della norma giuridica particolare e concreta, sicché è possibile concludere che anche il giudice "crea" diritto<sup>33</sup>.

Tuttavia, ciò non significa che ogni atto o fatto idoneo a produrre diritto debba anche essere annoverato tra le fonti del diritto<sup>34</sup>. Ciò nonostante, la dottrina oggi prevalente mette in luce che

---

<sup>31</sup> Tutto ciò richiede conoscenze teoriche e abilità pratiche, ed è questa la ragione per cui Calamandrei ritiene che l'avvocatura sia «un'arte, nella quale la conoscenza scolastica delle leggi serve a ben poco, se non è accompagnata dall'intuito psicologico che serve a conoscere gli uomini, e i molteplici espedienti e manovre coi quali essi cercano di piegare le leggi ai loro scopi paratici» (cfr. P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in «Rivista di diritto processuale», 1950, I, p. 30, in risposta al quale si veda F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1951, I, pp. 101-111).

<sup>32</sup> P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 172. Calamandrei chiarisce poi che il giudizio di verosimiglianza «prende posto nel corso dell'istruzione, e più propriamente nella fase iniziale di essa, quando il giudice è chiamato a decidere preliminarmente sulla ammissione delle prove proposte dalle parti: la decisione definitiva della causa non deriva direttamente da questo giudizio di verosimiglianza, ma dall'esito delle prove ammesse sulla base di esso. Il giudizio di verosimiglianza ha quindi una funzione non solo strumentale, ma, diciamo così, *selettiva* ed *eliminatória*, limitata al campo probatorio: lasciando passare, come un vaglio, solo quei mezzi di prova che, per la verosimiglianza del *thema probandum*, si presentino *prima facie* con una certa garanzia di credibilità e quindi con una certa probabilità di esito positivo» (p. 182).

<sup>33</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, pp. 381-390; ID., *Sulla teoria dell'interpretazione*, in ID., *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, pp. 159-170.

<sup>34</sup> R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, in particolare pp. 11-12, ove l'Autore rileva che tra le fonti del diritto devono essere annoverati gli atti e i fatti cui l'ordinamento riconosce efficacia *erga omnes*, mentre – in generale e salvo il caso delle sentenze di

la qualificazione giuridica del fatto da parte del giudice non si risolve in un processo meramente conoscitivo, ma consiste in un'attività idonea a "creare" diritto. In particolare, l'indirizzo oggi dominante ritiene che il "vero" diritto – *rectius*, il "diritto vivente"<sup>35</sup> – sia soltanto quello che si è consolidato nell'interpretazione datane dai giudici e che pertanto la giurisprudenza debba essere annoverata tra le fonti del diritto<sup>36</sup>.

Paolo Grossi, invitando il "giurista di oggi" a rivedere il sistema delle fonti, ha messo in luce che il diritto si è nuovamente adagiato «sulla carnalità dell'esperienza e ha trovato [...] nella interpretazione/applicazione lo strumento dinamico che può adeguatamente ordinare la sua storicità»<sup>37</sup>. In particolare, Grossi ritiene che sia in corso, sul terreno dell'effettività, il «passaggio da un rigidissimo monismo giuridico [...] a un ampio pluralismo; e si moltiplicano i soggetti produttori di diritto»<sup>38</sup>, come dimostra anche il processo di integrazione sovranazionale, che ha rappresentato un terreno di armonizzazione tra gli ordinamenti di *common law* e di *civil law*, tradizionalmente separati dallo statalismo post-illuministico.

Il precedente giurisprudenziale ha così assunto un rilievo sempre più marcato anche negli ordinamenti di *civil law*<sup>39</sup>, non solo in ragione dei richiamati orientamenti dottrinali che conferiscono particolare rilievo al "diritto vivente", ma anche in virtù della tendenza del legislatore a prevedere il dovere di conformazione degli atti normativi – anche primari (in genere, decreti legislativi)

---

accoglimento della Corte costituzionale che richiedono un discorso a sé – l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto soltanto «tra le parti, i loro eredi o aventi causa» ex art. 2909 cod. civ.

<sup>35</sup> Benché «la "vivenza" di una norma [sia] una vicenda per definizione aperta» (Corte cost., sent. n. 122 del 2017), la giurisprudenza costituzionale ha affermato che, in caso di orientamenti «stabilmente consolidati nella giurisprudenza – al punto da acquisire i connotati del "diritto vivente" – [...] la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o di questa Corte» (Corte cost., sent. n. 350 del 1997).

<sup>36</sup> Si vedano in particolare G. ALPA (a cura di), *I precedenti. La formazione giudiziale del diritto civile*, Torino, 2000; ID., *La creatività della giurisprudenza*, in N. PICARDI, B. SASSANI, F. TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, vol. I, Napoli, 2001, pp. 3-20; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007; E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari, 2008, pp. 153-177; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, II ed., in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Disposizioni sulla legge in generale*, Roma-Bologna, 2011, pp. 723-726; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 15-56. In senso contrario, si veda da ultimo M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, IX, Milano, 2016, pp. 391-476.

<sup>37</sup> P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, 2009, ora in G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma-Bari, 2011, p. 36.

<sup>38</sup> ID., *ibid.*, p. 33.

<sup>39</sup> G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, cit., pp. 21-29; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, pp. 20-25.

– agli indirizzi giurisprudenziali<sup>40</sup>, quando non addirittura a singole sentenze<sup>41</sup>. A ciò si aggiunga che il legislatore, con l'art. 360-*bis* cod. proc. civ. introdotto dalla legge 16 giugno 2009, n. 69, ha operato un irrigidimento degli indirizzi giurisprudenziali dominanti facendo leva sulla funzione nomofilattica della Corte di cassazione.

Tuttavia, neanche la novella da ultimo segnalata consente di elevare il precedente a fonte del diritto, giacché la condivisibile aspirazione del legislatore a consolidare gli indirizzi giurisprudenziali, lungi dall'essere sintomo di un'apertura alla "creazione" giudiziale, mira piuttosto a garantire una maggiore certezza del diritto. Ne dà conferma lo stesso art. 360-*bis* cod. proc. civ., che, se da un lato commina l'inammissibilità al ricorso per cassazione avente ad oggetto un provvedimento che «ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte», dall'altro lato prevede che tale conseguenza si produca soltanto «se l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa».

Non sembra pertanto possibile elevare la giurisprudenza al rango di fonte del diritto, come emerge anche dall'art. 374, comma 3, cod. proc. civ., che prevede l'obbligo, per le Sezioni semplici della Cassazione, di rimettere la questione alle Sezioni Unite quando non condividano il principio di diritto da queste enunciato, con ciò solo dimostrando che non v'è alcuna equiparazione del precedente alla legge o ad altra fonte. Nel nostro ordinamento, dunque, la "creazione" del diritto spetta soltanto al legislatore, al quale sono rimesse valutazioni di opportunità politica, che sono invece precluse ai giudici. Ciò vale anche per la Corte costituzionale, che è tenuta a dichiarare inammissibili le questioni che sollecitino una sentenza additiva o sostitutiva quando questa non sia "a rime obbligate", giacché in tal caso la decisione richiederebbe scelte riservate alla discrezionalità politica del legislatore<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 44, comma 3, lett. *a*), legge 7 luglio 2009, n. 88, che impone ai decreti legislativi in materia di appalti di normare «anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale» e l'art. 44, comma 1, legge 18 giugno 2009, n. 69, che impone ai decreti legislativi di riforma del processo amministrativo di «adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori».

<sup>41</sup> È il caso del Protocollo addizionale alla legge 28 marzo 1985, n. 121 (di modifica del Concordato lateranense), ove, al punto 6, in relazione all'art. 10, si stabilisce che «la Repubblica italiana [...] si atterrà alla sentenza 195/1972 della Corte costituzionale».

<sup>42</sup> Cfr. *ex plurimis* Corte cost., sent. n. 109 del 1986, secondo cui la decisione additiva è consentita «soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà procede ad un'estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando invece si

Lo spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dal legislatore al giudice non sembra pertanto giustificabile attraverso il rilievo che, nei periodi storici di transizione, «non può spettare alla fonte legislativa né il monopolio, né la preponderanza nella produzione del diritto»<sup>43</sup>. Né sembra che insistere sulla rilevata centralità della “creazione” del diritto ad opera del giudice consenta di sciogliere il nodo di fondo, che concerne la qualificazione della giurisprudenza come fonte del diritto. Come è noto, si tratta di un problema particolarmente complesso<sup>44</sup>, che qui può essere solo accennato, ma che meriterebbe un'analisi ben più approfondita. Tuttavia, se non è questa la sede per un'ampia ricognizione del problema, è comunque possibile delineare taluni profili dell'indagine e svolgere sinteticamente tre argomenti che consentono di mettere in luce alcune aporie della tesi che annovera la giurisprudenza tra le fonti del diritto. I primi due argomenti sono di ordine strettamente tecnico, mentre il terzo ha anche implicazioni politiche, giacché fa leva sulla nostra forma di governo.

## 6. Osservazioni conclusive

Il primo argomento è fondato su un dato di diritto positivo: l'art. 101, comma 2, Cost., ai cui sensi «i giudici sono soggetti soltanto alla legge». Per legge, qui, come è noto, si intende non solo la “legge ordinaria”, ma più in generale il principio di soggezione del giudice al diritto oggettivo. Ciò premesso, se si ammette che la giurisprudenza è fonte del diritto, allora si deve anche ammettere la soggezione del giudice alla sentenza. Muovendo da queste premesse non può che trarsi la conclusione che i giudici sarebbero gli unici soggetti dell'ordinamento ad essere autobbligati, in quanto soggetti alle pronunce che essi stessi hanno pronunciato. Tuttavia, tale conseguenza appare

---

profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore». Si veda, da ultimo, Corte cost., sent. n. 155 del 2015.

<sup>43</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 112.

<sup>44</sup> Si rinvia in particolare ad A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018. Si vedano anche i saggi dedicati al tema «La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza» nella «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 2013, n. 4, di G. ALPA, *Il dialogo sui principi generali tra legislazione, dottrina e giurisprudenza*, pp. 85-106; S. BARTOLE, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza: il caso del diritto costituzionale*, pp. 105-136; S. CASSESE, *Degli usi e abusi della giurisprudenza (e dei suoi limiti) nel diritto pubblico*, pp. 137-142; F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, pp. 143-173.

manifestamente irragionevole e contrasta apertamente con il principio del libero convincimento del giudice.

Peraltro, queste considerazioni di ordine sistematico trovano puntuale riscontro nel tenore letterale dell'art. 101, comma 2, Cost., ai cui sensi i giudici sono soggetti «soltanto» alla legge. Se vi sono ordinamenti in cui i giudici sono soggetti *anche* alla legge, da noi essi sono soggetti *sola-*  
*mente* ad essa. Ne consegue che anche la lettera della disposizione costituzionale esclude in radice la possibilità di estendere la soggezione dei giudici ad atti, quali le sentenze, non contemplati da tale previsione. Alla medesima conclusione è pervenuta anche la consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo cui «il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto»<sup>45</sup>.

Anche il secondo argomento ricorre a considerazioni di ordine sistematico e, in particolare, fa leva sull'applicazione dei criteri previsti dall'ordinamento per la soluzione delle antinomie. Dunque, se quanto il giudice “crea” è veramente una norma, allora quanto è stato “creato” deve anche essere un possibile oggetto di abrogazione. In altri termini, se si annovera la sentenza tra le fonti del diritto, allora ad essa devono necessariamente trovare applicazione i criteri previsti dall'ordinamento per la soluzione delle antinomie, tra i quali v'è il criterio cronologico<sup>46</sup>. Invero, tale criterio non può trovare applicazione alle sentenze, giacché quest'ultime non abrogano alcunché. Basti osservare che, quando si alternano orientamenti giurisprudenziali contrastanti, la pronuncia più recente non abroga quella più risalente che esprime un orientamento ad essa contrario, né impedisce ad alcun giudice di pronunciare una sentenza conforme all'orientamento precedentemente espresso<sup>47</sup>.

Infine, il terzo argomento fa leva sulla nostra forma di governo, che affida la titolarità del potere legislativo al Parlamento, nel quale «ogni membro [...] rappresenta la Nazione» (art. 67 Cost.). Ciò significa che la nostra forma di governo colloca la legislazione nel circuito democratico della rappresentanza parlamentare, come conferma anche l'art. 101, comma 1, Cost., ai cui sensi la giustizia è «amministrata in nome del popolo», il quale esercita la propria sovranità nelle forme

---

<sup>45</sup> Cfr. in particolare Cass. civ., Sez. Un., 11.07.2011, n. 15144.

<sup>46</sup> Sui conflitti tra norme e sui criteri per la soluzione delle antinomie si rinvia in particolare a R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2010, pp. 355-370.

<sup>47</sup> Si veda da ultimo Cass. civ., Sez. Un., 03.05.2019, n. 11747.

stabilite dalla Costituzione (art. 1 Cost.), che sono appunto quelle della democrazia rappresentativa. Ciò premesso, è chiaro che la tesi secondo cui la giurisprudenza è fonte del diritto non solo mette in discussione il confine tra *legis-latio* e *iuris-dictio* tracciato dal nostro ordinamento<sup>48</sup>, ma tenta anche di sostituire surrettiziamente un processo nomopoietico democratico con uno aristocratico, considerato che i giudici sono organi dello Stato destituiti di ogni legittimazione democratica.

Invero, la tesi sostenuta dalla dottrina oggi prevalente pone problemi particolarmente complessi, sicché le osservazioni sopra svolte possono essere ampiamente sviluppate, ma i tre argomenti ora sinteticamente delineati già consentono di mettere in luce alcune aporie della tesi che annovera la giurisprudenza tra le fonti del diritto, nonché la torsione aristocratica cui il riconoscimento del protagonismo giudiziale espone la nostra forma di governo. Il progressivo ampliamento dei soggetti produttori di diritto, infatti, è fatalmente destinato a confinare il legislatore in un ruolo subalterno e gregario, senz'altro incompatibile con il disegno costituzionale. È pertanto auspicabile che il Parlamento, anziché accettare o assecondare il preteso carattere “creativo” dell'attività del giudice e la conseguente inclusione della giurisprudenza tra le fonti del diritto, recuperi la centralità riconosciuta dal nostro ordinamento, al fine di ricondurre la “creazione” del diritto nell'alveo della democrazia rappresentativa.

A conferma delle considerazioni che precedono, sembra particolarmente utile richiamare una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite, che ha il pregio di mettere in luce la differenza tra l'autorevolezza del precedente – che ne segna la persuasività, influenzando positivamente sulla prevedibilità delle pronunce successive e sulla riduzione del contenzioso – e la vincolatività del precedente. In particolare, le Sezioni Unite hanno evidenziato che, nel nostro ordinamento, la norma giuridica trova la propria «fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), negli atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del potere legislativo»<sup>49</sup>. Le Sezioni Unite hanno pertanto proseguito rilevando che, «nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio della divisione dei poteri), i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto [...] “soggetti soltanto alla legge”, il che, a sua volta, realizza la garanzia della indipendenza funzionale

---

<sup>48</sup> Per un'analisi critica della divisione dei poteri si rinvia in particolare a B. ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, Northampton, 2010, pp. 128-133.

<sup>49</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 03.05.2019, n. 11747.

del giudice, nel senso che, nel momento dell'applicazione, e della previa interpretazione, a lui demandata, della legge, è fatto divieto a qualsiasi altro soggetto od autorità di interferire, in alcun modo, nella decisione del caso concreto»<sup>50</sup>.

Alla luce di questa *actio finium regundorum* tra i poteri dello Stato e, in particolare, tra *legislatio* e *iuris-dictio*, le Sezioni Unite hanno concluso che il «precedente giurisprudenziale, pur autorevole, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni Unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto, e come tale non è direttamente vincolante per il giudice (salvo che, naturalmente, per il giudice di rinvio)»<sup>51</sup>.

GIULIO DONZELLI  
Università degli Studi di Cassino  
e del Lazio Meridionale

#### Abstract

L'Autore si concentra sul tema della verità nella dimensione del processo civile e ricostruisce alcuni passaggi del dibattito tra Guido Calogero e Piero Calamandrei, che hanno delineato un confronto tra l'attività del giudice e quella dello storico. Particolare attenzione è riservata alla certezza del giudicato con riferimento ai profili della *quaestio facti* e della *quaestio iuris*. Il contributo illustra l'orientamento prevalente che considera la giurisprudenza come fonte del diritto non solo negli ordinamenti di *common law*, ma anche in quelli di *civil law*. Infine, l'Autore delinea tre argomenti volti a confutare questa tesi.

The Author focuses on the issue of truth in civil trials and presents some excerpts from the debate between Guido Calogero and Piero Calamandrei, who compared the activity of the judge with that of the historian. Specific attention is given to the certainty of the *res judicata*, under the aspects of *quaestio facti* and *questio iuris*. The paper illustrates the mainstream thinking according to which the case law is considered as a source of law in the common law legal systems, as well as in the civil law ones. Finally, the Author outlines three critical assessments aimed at disproving this thesis.

---

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 03.05.2019, n. 11747, ove si afferma altresì che, «non essendo quello italiano un ordinamento di *common law*, [...] il discostarsi dal precedente, anche se di legittimità, anche se dotato dell'autorevolezza di una pronuncia a Sezioni Unite, non può essere – di per sé – fonte di responsabilità civile per il giudice».