

IL DIFFICILE RAPPORTO TRA TUTELA SPECIFICA E PER EQUIVALENTE ALLA PROVA DEL CASO CIR-FININVEST

SOMMARIO: 1. Principio di effettività e regole del processo. – 2. La natura dell'azione di CIR e il «diritto a stipulare una transazione priva del condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta». – 3. L'equilibrio tra tutela specifica e tutela per equivalente, in generale... – 4. (Segue) ... e nel caso di specie.

1. – La sentenza della Cassazione sul caso CIR-Fininvest (1) sottopone alla riflessione degli interpreti temi centrali del rapporto tra diritto sostanziale e processo,

(1) Su cui i commenti sono già numerosissimi, tanto da rendere pressoché impossibile menzionarli tutti. Si vedano, senza pretesa di completezza, G. Costantino, A. Palmieri, R. Pardolesi, in *Foro it.* 2013, I, 3161 ss.; B. Tassone, *L'arresto finale sul caso Cir-Fininvest: questioni generali e nesso eziologico*, in *Giur. it.* 2014, 60 ss.; V. Colesanti, *La revocazione è diventata un istituto inutile?*, in questa *Rivista* 2014, 26 ss.; A. Tedoldi, *Revocazione straordinaria per dolo del giudice e azioni di risarcimento dei danni*, *ibidem*, 671 ss.; B. Sassani, *C'era una volta lo Stato di diritto. Spigolature d'istinto sul «diritto processuale» della Corte Suprema*, in www.judicium.it 2013; M. Bona, *Tortious interference with business relationships, rimedio effettivo, «nuova»* (ulteriormente affinata) *causalità civile e danni punitivi*, in *Corriere giur.* 2014, 505 ss.; C. Scognamiglio, *Ancora sul caso Cir c. Fininvest: brevissime note sull'interpretazione del contratto di transazione e sulla delimitazione del suo oggetto*, *ibidem*, 519 ss.; Id., *Effettività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente: la Cassazione sul caso Fininvest c. Cir*, in *Resp.* 2014, 4255; S. Boccagna, *Corruzione di un componente del collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno: riflessioni in margine alla sentenza della Cassazione sul «lodo Mondadori»*, in *Corriere giur.* 2014, 522 ss.; P. Santoro, *Un po' di storia*, in *Danno e resp.* 2014, 139 ss.; G. Ponzanelli, *Il danno per la corruzione del giudice*, *ibidem*, 144 ss.; G. Impagnatiello, *Chiovena, lo studente medio e la revocazione per dolo del giudice*, *ibidem*, 146 ss.; G. Vettori, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, *ibidem*, 150 ss.; A. Palmieri, R. Pardolesi e A. Romano, 191, o giù di lì, *ibidem*, 164 ss.; G. Lener, *La «retta via» per il risarcimento del danno?*, *ibidem*, 168 ss.; B. Tassone, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*, *ibidem*, 174 ss.; R. Simone, *Lodo Mondadori e risarcimento del danno: di contaminazioni e (possibili) duplicazioni*, *ibidem*, 186 ss.; P.G. Monateri, *Revocazione ex art. 396 c.p.c. e azione risarcitoria: a government of the judges, by the judges and for the judges*, *ibidem*, 189 ss.; S. Pagliantini, *Il danno (da reato) ed il concetto di differenza patrimoniale nel caso CIR-Fininvest: una prima lettura di Cass. 21255/2013*, in *Contratti* 2014, 11355; A. Di Majo, *La «via di fuga» nel torto aquiliano*, in *Europa dir. priv.* 2013, 1098 ss.; F. Piraino, *Intorno alla responsabilità precontrattuale al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, *ibidem*, 1118 ss.

e il cultore del diritto processuale è chiamato in causa dal richiamo, che la pronuncia fa per sciogliere i due principali nodi posti dalla vicenda, al diritto ad un rimedio effettivo ed adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela.

Un richiamo che non è soltanto di stile: nella fattispecie in esame quel principio è evocato addirittura per stabilire la necessità o meno che un'azione risarcitoria, motivata col comportamento corrotto di un giudice che ha prodotto una sentenza corrotta, alterando così le posizioni delle parti di una transazione che ha chiuso «tutte le vicende formanti oggetto delle varie procedure contenziose e arbitrali in atto», nonché «tutti i contratti, accordi e impegni» stipulati tra le parti, relativi alla rispettive partecipazioni nelle società del gruppo Mondadori, venga preceduta dall'impugnazione per revocazione della sentenza e dall'impugnativa negoziale della transazione in questione.

Tanto che ci si interroga se non si sia, in nome del principio di effettività, finito per abrogare regole esplicite dell'ordinamento (2), quando la *res demonstranda* era proprio che con tale principio confliggevano le regole del giudicato formatosi per mancata impugnazione. «Se il vizio è bello grosso, che non sia stato fatto valere non lo cancella affatto», è come se avessero affermato, si dice (3), i giudici della Corte, quando invece – osserva ancora la dottrina processualistica che critica la pronuncia della Cassazione – non si ha più una fattispecie dell'illecito civile da cui far discendere la condanna al risarcimento: né con la sentenza, che, «per quanto la si voglia considerare odiosa, è diventata buona per il codice di procedura», né col reato, che «non può nemmeno essere concepito quale fattispecie autonoma di danno», dato che «tra esso e il danno c'è lo schermo della sentenza» (4), il che fa ritornare la riflessione al punto di partenza.

La Corte, invece, supera queste osservazioni seguendo un ragionamento differente, rispetto al quale, vista la convinzione con la quale le critiche sono state

(2) È il timore espresso da V. Colesanti, *op. cit.* Osserva l'a. che il rischio della prospettiva aperta dalla Suprema Corte è che si attribuisca, al processo, «una valenza solo «ornamentale»», mentre il processo «ha le sue regole, che non si possono degradare a visione meramente predicatoria del processo stesso, senza con ciò scardinare *ab imis* tutto il tessuto dell'ordinamento». E la legge del processo è che «non vi è nulla di strano se il non accorto utilizzo degli strumenti processuali conduce ad un esito negativo, insoddisfacente per chi, pur aspirando a vedersi tutelato, ha perso la stessa possibilità di veder valutata nel merito la fondatezza o non delle sue pretese», mentre il fatto che non si possa conoscere e giudicare su quel che è già stato giudicato non può significare non tenere conto dell'effettività della tutela e del giusto processo.

Il rilievo è corretto, ma nella vicenda che ci occupa, come diremo, il principio di effettività è *solo uno degli elementi* che la Corte richiama, e se lo stesso, da solo, non avrebbe potuto fondare la soluzione accolta, meno certo è che esso non possa contribuire a sorreggere, insieme all'invocato effetto preclusivo della transazione, la tesi della proponibilità dell'azione risarcitoria. Sul punto torneremo *infra*.

(3) V. B. Sassani, *op. cit.*, spec. 3.

(4) Id., *op. cit.*, *loc. cit.*

esprese, corre obbligo comprendere (5) se sia vero che nella motivazione, alla fine, sarebbe scritto che «la sentenza revocabile entro un termine perentorio, ma non impugnata, passa in giudicato formale ma non in giudicato sostanziale, spingendosi poi addirittura a fondare su questa premessa la conclusione della inammissibilità della stessa impugnazione per carenza di interesse» (6).

2. – Prodromiche a qualsiasi valutazione di correttezza del ragionamento seguito dalla Corte nel respingere le eccezioni puntualmente sollevate dalla difesa Fi-

(5) Coi toni pacati che ogni questione giuridica richiede, al di là della rilevanza su un piano politico delle soluzioni accolte, e senza concessioni ad un'ironia che fa torto all'impegno ricostruttivo che i giudici chiamati ad affrontare una così complicata vicenda, a partire dal primo grado di giudizio, hanno dovuto impiegare nella stessa. Da questo punto di vista, appare un po' ingeneroso far dire alla sentenza qualcosa che la sentenza non dice, quasi che la Corte avesse immaginato un Chioventa per il quale sarebbe esistito «un diritto di aver ragione mediante il processo senza passare attraverso i rimedi previsti dal codice di rito» (così G. Impagnatiello, *op. cit.*, spec. 147), quando la pronuncia è ben attenta a non attribuire al principio di effettività una valenza eversiva di regole processuali, ma a utilizzarlo – in modo giusto o sbagliato, non vorrei dover essere io a dirlo, visto il richiamo che fa la pronuncia al mio *Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano 2005 – in un contesto più ampio, in cui il vero punto nodale è rappresentato, come afferma la sentenza, dagli effetti «dell'esistenza e della sopravvenienza, sul piano sostanziale, di una transazione tombale, riferibile a quei medesimi fatti oggetto del giudizio dinanzi alla corte d'appello romana». Sulle ragioni per cui neppure il componimento bonario cui le parti sono addivenute dopo la pronuncia revocabile sarebbe in grado di mutare il quadro complessivo della vicenda (e ciò a prescindere dal se la transazione avrebbe dovuto o meno essere impugnata), v. ancora V. Colesanti, *op. cit.*, spec. 31 ss., ad avviso del quale quel che rileva è che la transazione non impedisca alla sentenza di acquisire quell'autorità conferitale dalla legge, rispetto alla quale il regolamento interno dato dalle parti ai propri rapporti diventa allora ininfluenza. Diversamente la Cassazione, che esclude lo stesso formarsi del giudicato, sul presupposto che «prima del passaggio in giudicato (anche solo formale) della sentenza capitolina, si era consumato, rispetto ai diritti e agli obblighi come con essa regolati, un effetto preclusivo scaturente dalla convenzione negoziale di transazione», tale non solo da modificare l'assetto dei rapporti sostanziali (sul punto v. *infra*, nt. 15), ma anche – e il punto è centrale – da rendere irrilevante «tutto quanto accaduto sul piano processuale», e da impedire, perciò, il consolidarsi della pronuncia e il formarsi del giudicato, formale e sostanziale.

(6) Come abbiamo rilevato (v. la nota che precede, in fine), le cose non stanno esattamente così, anche se in un passaggio la Corte sembra effettivamente dissociare l'efficacia di giudicato formale da quella di giudicato sostanziale: in realtà, la pronuncia è attenta a sottolineare che la convenzione negoziale (che ha, «sul piano morfologico, la chiara struttura del *factum superveniens*», stipulato nell'esercizio di una libertà contrattuale «legittimamente dispositiva degli stessi contenuti e degli stessi assetti di interessi scaturenti dalla sentenza della Corte d'appello di Roma») ha poi, sul piano funzionale, «un altrettanto evidente carattere di fatto preclusivo rispetto ai diritti ed ai rapporti oggetto dei precedenti accertamenti (arbitrali e) giudiziari, in quanto sopravvenuto ad essi e tale da escluderne *tout court* l'idoneità ad acquistare autorità di cosa giudicata (non soltanto) sostanziale».

ninvest sui due aspetti appena ricordati, sono l'esatta determinazione dell'azione proposta da CIR, e, correlativamente, l'individuazione della situazione soggettiva dalla cui lesione è stato fatto discendere il diritto al risarcimento del danno richiesto in giudizio. Tant'è vero che la società convenuta, per superare l'affermazione contenuta nella sentenza impugnata (che, cioè, ricorresse una diversità di oggetto e di effetti tra la transazione e l'azione risarcitoria) aveva lamentato che quest'ultima nascondesse un'azione contrattuale di ormai inammissibile impugnazione della prima, con finalità correttive del negozio in questione.

Secondo la Cassazione, invece, la domanda giudiziale proposta dalla difesa CIR si era caratterizzata, sin dal suo esordio in primo grado, come autentica azione *extracontrattuale* di danno da fatto illecito, incidente sulla volontà dell'attrice di transigere, e non come azione che celava, in realtà, una diversa sostanza, di natura contrattuale, risolvendosi «nel tentativo di aggirare l'accordo transattivo del 1991», come ritenuto dalla difesa Fininvest, «per cercare di ottenere di più di quanto conseguito con l'intesa transattiva». La Corte ha ritenuto, infatti, che la generalissima previsione dettata in tema di responsabilità aquiliana, ai sensi dell'art. 2043 c.c., potesse considerarsi sufficientemente specificata, «oltre che nella stipula di una transazione frutto di corruzione, nella intenzionale violazione dei cd. *Guten Sitten* (oggetto di testuale e significativa previsione in seno al p. 826 del *BGB*), come pure disciplinati e sanzionati, nel diritto anglosassone, in termini di *torts of intentional interference*» (7).

In questo contesto, la posizione soggettiva lesa è ravvisata, dalla Corte, nel diritto a stipulare una transazione priva del condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta: un diritto speculare all'indebolimento della posizione contrattuale in corso di trattative e di stipula della convenzione, la cui lesione era stata posta a base dell'azione *ex art.* 2043 c.c. dalla difesa CIR. E, come detto, è una lesione, questa, che viene ritenuta dalla Cassazione sufficiente a precisare quel requisito dell'ingiustizia del danno che la Corte d'appello, nella pronuncia impugnata, aveva ricostruito «con riferimento ad un generico interesse a non vedere annullato il lodo, ovvero con riferimento all'ingiustizia sostanziale della sentenza» (attirando con ciò le critiche di chi aveva osservato come mancassero «la misura, la soglia di rilevanza, la natura, il carattere dell'indebolimento che consentirebbero di qualificare come 'ingiusto' il danno, cioè meritevole in se stesso di essere risarcito in via aquiliana in quanto costituente lesione di una situazione soggettiva qualificata» (8)), e che il Supremo Collegio ravvisa invece, accogliendo un suggerimento di impostazione

(7) V. P.G. Monateri, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*, in *Danno e resp.* 2011, 1094 ss., spec. 1096.

(8) V. G. Iudica, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento di posizione negoziale*, in *Resp.* 2011, 1819 ss., spec. 1826. Per una critica anche all'idea che possa predicarsi l'esistenza di un diritto a stipulare una transazione priva di condizionamenti, v. F. Piraino, *op. cit.*, spec. 1130.

anglosassone, in quel particolare illecito che ricorre nell'interferenza economica intenzionale recata *contra bonos mores*.

Non so dire se in un caso del genere vi fossero rimedi per far valere l'invalidità della transazione, e se fosse corretto richiamare la teorica dei vizi incompleti del contratto: non sono meno convincenti, sotto il primo profilo, rispetto agli argomenti impiegati da chi nega l'annullabilità del negozio, quelli utilizzati da coloro che affermano invece che un vizio spendibile vi fosse, *sub specie* di dolo (e non solo del giudice, come afferma la sentenza per escludere il rimedio, ma anche del contraente che aveva creato la situazione di cui poi si era avvalso per addivenire a quella particolare transazione), o di errore di diritto, o per la consapevolezza della temerarietà della pretesa (9); e, certo, a seconda del tipo di vizio invocato, e particolarmente se si ragiona di errore, diventa importante poter stabilire se la corruzione o la sentenza corrotta rientrassero nell'ambito coperto dalla transazione.

Ma il punto è che questa prospettiva non ci porta lontano. Infatti, per stabilire la correttezza o meno del ragionamento della Corte (anche, ma non solo, con riferimento alla questione della compatibilità tra l'aver mantenuto in vita un contratto forse invalido e l'aver proposto, in ogni caso, un'azione risarcitoria per l'indebolimento della posizione negoziale che aveva accompagnato la conclusione del contratto), occorre muovere dall'ulteriore angolo visuale dal quale la Cassazione ha motivato la soluzione accolta, osservando come, a ben vedere, non è tanto (o non è soltanto) con riferimento alla teorica della sopravvivenza del rimedio risarcitorio alla conclusione del contratto (e della non interferenza tra regole di validità e regole di responsabilità) che il Collegio è arrivato a respingere l'eccezione di *res litigiosa transacta*, quanto piuttosto con riferimento ad un argomento analogo a quello utilizzato per respingere l'eccezione di mancata proposizione del rimedio revocatorio: ovvero quello dell'impraticabilità (qui per l'impossibilità del risultato, lì per l' inutilità della revocazione) del rimedio in questione.

Non è semplice districarsi nell'argomentare della Corte, vista la complessità e la profondità degli assunti utilizzati, e il particolare stile utilizzato dall'estensore per illustrare il convincimento del Collegio (10). Certo è che il rigetto delle due eccezioni che stiamo esaminando è passato, in quel convincimento, attraverso una serie di motivi che si sono necessariamente intrecciati tra loro, ma che oggi, nel letto-

(9) Cfr. G. D'Amico, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?* (*L'isola che non c'è*), in *Giust. civ.* 2014, I, 197 ss., spec. 207.

(10) Uno stile che è stato fortemente criticato (così R. Pardolesi, *op. cit.*, spec. 3163) per aver dato vita ad una sentenza-trattato, a dispetto dell'art. 132 c.p.c. che richiede una concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, e giudicato alluvionale e compiaciuto, ma che a me appare necessitato dal numero dei motivi di impugnazione proposti e dalla complessità delle questioni giuridiche da affrontare, che difficilmente avrebbero consentito risposte sintetiche e stringate, senza suscitare sconcerto: così anche M. Bona, *op. cit.*, spec. 506, testo e nt. 2, commento cui si rinvia, più in generale, per le considerazioni «di merito» che danno il polso del modo (di uno dei modi) in cui viene letto, oggi, dagli studiosi del diritto sostanziale, il sistema dei rimedi in materia di responsabilità civile. Su questo tema, in particolare, v. G. Vettori, *op. cit.*

re, altrettanto necessariamente debbono essere tenuti distinti, per una migliore comprensione dell'*iter* logico seguito dalla Cassazione nell'accogliere la domanda risarcitoria.

3. – La considerazione dalla quale occorre ripartire è appunto quella di quale sia il punto di equilibrio che l'ordinamento, nel suo complesso, individua tra tutela specifica e tutela risarcitoria, e che, in linea generale, si coglie facendo un giro d'orizzonte nel diritto dei contratti, nel diritto del lavoro, nel diritto societario e nel diritto amministrativo. Senza ripercorrere temi analizzati altrove (11), è sufficiente ricordare – nella stessa linea muove del resto la sentenza, che sul punto è assolutamente consonante – che l'obbligo di attivare il rimedio specifico si impone, a preferenza del rimedio per equivalente (a meno che non sia la stessa legge a preferire quest'ultimo, come avviene in certe aree del diritto societario o nella disciplina del licenziamento, e qui nell'ipotesi dell'art. 2738 c.c. (12)), tutte le volte in cui il risultato avuto di mira con quello strumento sia possibile e utile per chi lo propone. Ma che, quando non vi sia né la possibilità né l'utilità del risultato, la via della tutela specifica non dev'essere percorsa ad ogni costo, non potendosi accollare alla parte l'onere di instaurare e proseguire un giudizio sostanzialmente inutile e defatigante.

Sicché, tanto nel caso della revocazione, quanto nel caso della transazione, non vi è dubbio che «la via ordinaria (sia) indicata, con priorità di percorrenza, dallo stesso legislatore, che impone al danneggiato di seguirla», ma ciò – osserva la Corte – non avviene fino al punto del «la sopravvenuta inutilità di tale rimedio e (del)la conseguente, sopravvenuta, carenza di effettività della tutela, in spregio alla stessa norma costituzionale di cui all'art. 24 della Carta costituzionale», dal momento che altro appare il caso in cui si dia la scelta tra rimedio risarcitorio e mezzi di tutela specifica, altro quello in cui la tutela finisca per essere obbligatoriamente l'una o l'altra, per legge, o anche soltanto per l'inutilità del risultato cui la tutela specifica condurrebbe.

Che è poi ragione non dissimile (13) da quella che ha portato il legislatore, con

(11) Si v. il mio *Tutela specifica e per equivalente*, cit.

(12) Nel senso che, nel caso che ci occupa, non sarebbe implausibile l'applicazione analogica dell'art. 2738 cod. civ., S. Boccagna, *op. cit.*, spec. 527-528; in senso contrario, per la natura eccezionale della norma, G. Impagnatiello, *op. cit.*, spec. 149. Critico anche A. Tedoldi, *op. cit.*, spec. 683-684, 690-691.

(13) Non è d'accordo S. Boccagna, *op. cit.*, spec. 526, il quale osserva che il principio secondo cui la mancata tempestiva richiesta di annullamento dell'atto amministrativo non fa sì che questo diventi valido o cessi di essere rilevante la contrarietà del comportamento della p.a. alla sua regola, non può essere applicato alla sentenza, che è l'atto al quale è affidata la determinazione della volontà concreta dell'ordinamento. Ma non dimentichiamo che nel caso di specie era intervenuta una transazione cui la Cassazione ha ritenuto di attribuire, oltre agli effetti sul piano sostanziale, anche un'efficacia preclusiva della rilevanza dei fatti processuali intervenuti in precedenza, impedendo così – a giudizio della Corte – che si potesse ragionare di passaggio in giudicato formale, prima ancora che sostanziale, della pronuncia della Corte d'appello di Roma.

riferimento alla questione del rapporto tra illegittimità dell'atto amministrativo e risarcibilità del danno a prescindere dall'impugnativa dello stesso, a risolvere definitivamente il problema che si era posto sul piano sistematico, chiudendo la partita sulla cd. pregiudizialità amministrativa nei termini previsti dall'art. 30 del codice del processo amministrativo, richiamato anche dalla sentenza della Cassazione nella pronuncia in esame.

4. – Se evitiamo riferimenti al difetto di interesse ad agire, che si prestano all'obiezione per cui nella revocazione l'interesse ad agire è *in re ipsa* (14), e guardiamo alla peculiarità del caso di specie, in cui la Corte ha fatto leva sulla circostanza che la transazione, grazie alla sua efficacia preclusiva (15), aveva impedito che legge del rapporto tra le parti divenisse la sentenza corrotta (che per questo non ha acquisito autorità di cosa giudicata sostanziale, oltre a non essere neppure passata in giudicato formale al momento dell'intervenuta transazione) (16), riesce, credo,

Nel senso che il richiamo all'art. 30 del codice del processo amministrativo ben esprima l'idea che, anche nei rapporti tra privati, dove la tutela non può essere da meno, «l'esistenza del contratto, anche se non demolito in via di impugnazione, ma con un prodotto "tossico" nel suo seno, non può fare da copertura, neanche in negativo, agli interessi in esso rappresentati e realizzati», A. Di Majo, *op. cit.*, spec. 1104-1105.

(14) Osserva V. Colesanti, *op. cit.*, spec. 31, che non ha senso, in linea teorica generale, negare l'interesse ad agire in revocazione quante volte – anche solo per l'inesorabile decorso del tempo che tutto modifica – all'effetto demolitorio non possa accompagnarsi quello restitutorio, con la restituzione della *eadem res* venuta meno o alterata dall'usura degli anni, dal momento che la prospettiva dell'impugnante è quella non tanto di ottenere le restituzioni, quanto di conseguire una pronuncia depurata dalle anomalie contrassegnanti quella anteriore (non tanto alle restituzioni, quanto piuttosto alla riapertura dell'esame del merito della vicenda – rileva Colesanti – è funzionale l'istituto: il rilievo è corretto, ma, nel caso di specie, quella riapertura dell'esame del merito era impedita, *inter partes*, dalla autoregolamentazione che le parti avevano sostituito al *dictum* giudiziale non ancora passato in giudicato, impedendone il formarsi).

(15) Parla invece di efficacia estintiva (e non preclusiva) del *factum superveniens* A. Proto Pisani, *Primo parere*, in *Corriere giur.* 2014, 536 ss., spec. 536-537, per il quale in ogni caso l'accordo-transazione del 29 aprile 1991, risolvendo consensualmente i contratti da cui traeva origine la controversia, privò di oggetto il processo arbitrale prima e giudiziale poi, e conseguentemente si pose come fatto estintivo «anche rispetto all'idoneità dell'accertamento contenuto nella sentenza della Corte d'appello di Roma del 24 gennaio 1991 ad acquistare autorità di cosa giudicata sostanziale». In proposito Proto Pisani precisa, nel *Secondo parere*, *ibidem*, 538-539, che, una volta intervenuta la rinuncia al ricorso in cassazione, e il passaggio in giudicato formale della sentenza di appello, la necessità di guardare, per stabilire il referente temporale del giudicato, al momento della precisazione delle conclusioni in appello, e non all'estinzione del giudizio di cassazione, fa sì che «il giudicato sostanziale [fosse] destinato ad essere – o, più esattamente, [fosse] già stato – travolto dal fatto sopravvenuto transazione, e, come tale, non sarà mai spendibile in un secondo processo fra le parti».

(16) Il che dovrebbe rendere meno delicato il passaggio in cui la Cassazione, in uno dei principi di diritto enunciati, afferma la possibilità di una cognizione *incidenter tantum* dell'ingiui-

meno difficile accettare l'idea che il richiamo al diritto ad un rimedio effettivo ed adeguato aiuti ad escludere la necessità del rimedio revocatorio. L'eccezionalità del caso di specie, e particolarmente la successione temporale che vi è stata tra pronuncia non ancora passata in giudicato formale, transazione, rinuncia al ricorso in cassazione (ma quale negozio di attuazione della transazione, e perciò privo della capacità, in sé, di determinare il passaggio in giudicato della sentenza che la transazione aveva reso inutile) sono gli elementi che hanno permesso alla Corte di raggiungere una conclusione che altrimenti non sarebbe stato in alcun modo possibile realizzare.

«Lungi dal volere l'accertamento i soggetti, con la transazione, intendono evitare l'accertamento, attraverso una soluzione pratica che, operando unicamente sul piano delle pretese, prescinde dalla effettiva portata della realtà giuridica su cui muove la contestazione». La transazione – scriveva la dottrina (17) cui si è ispirato il Supremo Collegio nei passaggi focali della motivazione – «non esclude nessuna delle due opposte eventualità, della convergenza del regolamento transattivo con la realtà giuridica anteriore – nel qual caso di fatto spiega efficacia dichiarativa – o della divergenza – nel qual caso di fatto spiega efficacia costitutiva; operando essa sul piano formale delle pretese, anziché sul piano sostanziale della realtà giuridica, questa doppia possibilità resta sempre aperta. Ma la validità della transazione non è compromessa né dall'ipotesi della convergenza né dall'ipotesi della divergenza e, per converso, non è condizionata né all'una né all'altra ipotesi. E pertanto la sua efficacia è tipica-

stizia della sentenza corrotta (più avanti, peraltro, la Corte ricostruisce in modo parzialmente diverso gli elementi della *causa petendi* dell'azione risarcitoria: così l'atto doloso è il comportamento corrotto del giudice Metta (questo ormai definitivamente accertato dal giudicato penale), che ha cagionato un evento di danno (la sentenza corrotta: e che la sentenza sia frutto di corruzione è un dato altrettanto accertato dal giudicato penale, mentre il giudice della revocazione ne avrebbe dovuto accertare piuttosto l'ingiustizia) ingiusto (perché conseguente alla ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali), da cui scaturisce una conseguenza dannosa risarcibile (la transazione stipulata a diverse e pregiudizievoli condizioni).

Sul punto della ammissibilità di una cognizione *incidenter tantum* dell'ingiustizia di una sentenza che, non impugnata nel suo processo, sia pervenuta al consolidamento del giudicato (ma abbiamo visto come, per la Corte, il giudicato non si sarebbe formato), a fronte della necessità (ribadita da V. Colesanti, *op. cit.*, spec. 27) del rimedio della revocazione, A. Proto Pisani, *Primo parere*, cit., spec. 538, sostiene il contrario, sul presupposto che «la sentenza della Corte d'appello di Roma e l'accertamento in essa contenuto appaiono come mero fatto storico, non come un fatto giuridico», e afferma che ciò legittimi un accertamento *incidenter tantum* della sentenza, analogamente a quanto avviene, rispetto alla pronuncia resa in un primo processo, «nel secondo giudizio che abbia ad oggetto il diritto al risarcimento del danno della parte nei confronti del suo difensore che abbia ad es. colpevolmente omesso di proporre impugnazione nei termini». In proposito v. quanto osserva B. Cavallone, *Il primo caso di revocazione di una sentenza per dolo del giudice*, in questa *Rivista* 2014, 394 (*infra*, alla nota 22).

(17) V. A. Falzea, voce *Accertamento*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano 1958, 205 ss., spec. 217.

mente una efficacia preclusiva» che rende ininfluenza tutto quanto accada dopo di essa, sul piano sostanziale e su quello del processo.

Sicché, nonostante la pronuncia frutto della corruzione, ad avviso della Corte, non potesse considerarsi inesistente (18), come aveva erroneamente ritenuto la Corte d'appello nella sentenza impugnata (non essendo invocabile la categoria dei provvedimenti *tamquam non essent*, anche ammettendo che quella categoria sia configurabile, tutte le volte in cui l'ordinamento appronti un rimedio quale, nella specie, la revocazione straordinaria per dolo del giudice) (19), l'effetto preclusivo della transazione ha reso irrilevante *tutto quanto accaduto sul piano processuale* in epoca antecedente al realizzarsi della fattispecie generatrice dell'effetto in questione. E se le cose stanno così, in conseguenza della transazione, è meno illogico di quanto non sembri in prima battuta far pesare, sull'esclusione della necessità del rimedio demolitorio, anche il fatto che solo la possibilità di ripristinare la legittima conformazione dei rapporti giuridici scaturenti dalla sentenza assoggettabile all'impugnazione *ex art. 395, n. 6, c.p.c.* avrebbe comportato l'obbligo di attivare la revocazione, con le conseguenti restituzioni *ex art. 402 c.p.c.*: dovendosi al contrario escludere quell'obbligo, quante volte il fisiologico dipanarsi nella vicenda sostanziale abbia impedito, come nella specie, qualsiasi eventualità di ripristino dello *status quo ante* (nella vicenda in esame, rileva la Corte, il ripristino delle posizioni delle parti secondo quanto disposto dal lodo Pratis era divenuto oggettivamente impossibile, non esistendo più i titoli azionari che avevano costituito il motivo del contendere).

Con riferimento alla revocazione, alla fine, l'effetto combinato dell'intervenuta transazione e della praticabilità del rimedio risarcitorio in luogo di quello specifico quando quest'ultimo «non potrebbe che arrestarsi sulle soglie di un ineseguibile *iudicium rescindens*», appare in grado, mi sembra, di sorreggere adeguatamente le conclusioni raggiunte dalla Corte.

Più delicato è il discorso con riferimento alla transazione (20), dove, al di là delle opzioni dell'interprete circa l'assetto che oggi deve riconoscersi alle azioni di validità e di responsabilità (a seconda che si convenga o meno con l'affermazione che ogni sistemazione privata di interessi dev'essere esaminata come atto, e come

(18) Categoria, quella dell'inesistenza, oggetto di critiche in dottrina: in argomento, v. C. Besso, *La sentenza civile inesistente*, Torino 1997; F. Auletta, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova 1999.

(19) Come rilevato da V. Colesanti, *Variazioni (in «re minore») in tema di revocazione e sentenza giuridicamente inesistente*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 275 ss.

(20) Contrari alla superabilità dell'eccezione di transazione, G. Iudica, *op. cit.*, spec. 1820 ss. e F. Di Ciommo, *Transazione non impugnata e risarcimento dei danni per illecito incidente sulla formazione della volontà negoziale: brevi note sulla sentenza d'appello CIR/Fininvest*, in *Danno e resp.* 2011, 1083 ss., con riferimento alla sentenza della Corte d'appello; favorevole, G. Scognamiglio, *Ancora sul caso Cir-Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia del danno ed alternatività delle tutele di diritto civile*, in *Resp.* 2012, 704 ss.

insieme dei contegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronuncia di responsabilità: sicché, come la disciplina dell'atto e dei contegni è diversa, così autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità (21)), la portata del principio per cui, in assenza di un rimedio specifico adeguato ed effettivo, si deve consentire la strada della tutela per equivalente, viene estesa fino al punto di concludere che, in base a quel principio, non fosse corretto imporre la strada dell'impugnativa negoziale quando l'eventuale impugnativa avrebbe condotto, se accolta, non solo ad un risultato oggettivamente impossibile («stante la sopravvenuta inesistenza dei titoli azionari scambiati, 13 anni prima dell'introduzione della domanda, tra le parti in lite»), ma anche radicalmente contrario all'interesse della CIR di vedere riconosciuti i propri diritti, così come originariamente consacrati dal lodo Pratis («poiché l'annullamento, dagli inevitabili effetti retroattivi, della convenzione di transazione avrebbe conferito alla sentenza dignità di cosa giudicata, con conseguente, definitiva, stabilizzazione del rapporto *inter partes* in una non più redimibile dimensione di illecito conseguente alla pronuncia 'corrotta' di (irretrattabile) annullamento del lodo Pratis»).

È, questo, infatti, il punto focale del ragionamento seguito dalla Corte: più che non *l'esperibilità* o meno dei rimedi contrattuali funzionali alla caducazione degli effetti della transazione, *l'inutilità* dei rimedi in questione ad ottenere il risultato cui l'attore avrebbe avuto diritto di aspirare.

Se si conviene con questa considerazione, le altre appaiono più facilmente condivisibili: sia che il riconoscimento, nel caso di specie, di un'azione risarcitoria in luogo di quella demolitoria non vale a privare di causa il contratto di transazione, il cui contenuto non verrebbe riscritto da un indebito ricorso alla responsabilità civile; sia che quella peculiare pretesa risarcitoria fatta valere dall'attrice per le ragioni che si sono dette potesse considerarsi legittimamente estranea all'ambito delle pretese oggetto di transazione tra le parti, non potendosi richiedere che CIR rinunciasse ad un titolo di pretesa del quale non aveva, né avrebbe potuto avere, alcuna conoscenza, e al quale non poteva in alcun modo immaginare di stare rinunciando.

Con queste osservazioni mi sembra che il discorso possa chiudersi.

A dispetto di quanto mi era parso nel concludere anni fa l'indagine sui rapporti tra tutela specifica e per equivalente, la realtà, offerta dal caso CIR-Fininvest, ha mostrato un quadro ancora più variegato e controverso di quanto non ci si potesse attendere ragionando in astratto sul principio di effettività della tutela e sulle prime vicende che attiravano l'attenzione dell'interprete.

Allora si era concluso che, anche per l'accidentalità dei modi in cui il legislatore può arrivare ad intendere il rapporto tra tutela specifica e risarcitoria (guardiamo alla contrapposizione tra il campo societario e il campo amministrativo, dove la tutela per equivalente in un caso si è *sostituita* e nell'altro, per lungo tempo, è stata *subordinata* al previo esercizio di quella sorta di rimedio specifico rappresentato dall'annullamento), l'utilità della riflessione dovesse cogliersi soprattutto nel tenta-

(21) V. G. Vettori, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano 2009, spec. 275.

tivo di individuare un possibile punto di equilibrio e di sintesi tra istanze e spinte diverse, interrogandosi sugli effetti che produce l'interdipendenza tra il contenuto delle situazioni sostanziali di vantaggio, da una parte, e la diversa tecnica di tutela processuale, reale od obbligatoria, dall'altra. Arrivando a concludere che, stante la relazione di reciproca dipendenza che i due sintagmi mostrano, e ferma la priorità della tutela specifica fin dove essa sia possibile, tuttavia – dato che talora l'attribuzione dell'equivalente monetario, al posto dell'utilità inizialmente avuta di mira, può essere persino ritenuta il rimedio preferibile – non si deve smettere di cercare il modo di integrare l'assetto di rimedi che si mostri lacunoso e incompleto e perciò in contrasto con l'art. 24 Cost., nel senso che si è finora precisato.

Nel caso CIR-Fininvest, le cose si sono complicate, perché la ricerca del punto di equilibrio tra tutela specifica e per equivalente è parsa comportare il rischio, paventato dagli interpreti più attenti, che, in nome di un'istanza pur condivisibile di necessaria strumentalità tra diritto sostanziale e processo, si potesse finire col sottovalutare la centralità delle regole di quest'ultimo.

In una vicenda come quella che ci occupa, la cautela è d'obbligo. Ma a me non pare che la Cassazione, nel caso CIR-Fininvest, abbia dimenticato la necessità di rispettare le regole processuali in nome di una effettività della tutela *bonne à tout faire*, perché la Corte ha cercato, piuttosto, di incentrare la soluzione del problema sul rapporto che ha ritenuto, in linea con una certa dottrina, di scorgere tra transazione, che è atto voluto dalle parti, e formazione del giudicato, che è conseguenza imposta dalla legge. Ed è stata solo l'assoluta eccezionalità della vicenda (22), e l'eccezionalità dell'intrecciarsi, in combinazione tra loro, delle fattispecie di corruzione del giudice, transazione tombale, negozio attuativo della transazione tramite rinuncia al ricorso in cassazione, conseguente irrilevanza, su un piano sostanziale e processuale, delle vicende successive al componimento bonario, inesistenza sopravvenuta dell'oggetto della convenzione negoziale, che hanno permesso alla Cassazione di superare il ricorso, altrimenti necessario, ai rimedi «ordinari», che diversamente, in ogni altra occasione, sarebbero rimasti intatti.

Il percorso è coerente, a patto che se ne condividano le premesse circa la rilevanza, su un piano anche processuale, della transazione: ed è anche condivisibile lo sforzo dell'interprete che, volendosi muovere (ovviamente, sarebbe grave se così non fosse) avendo come bussola, principalmente, il rispetto delle regole processuali (e non solo l'esigenza di una tutela rimediale effettiva, secondo il linguaggio, talora

(22) Di una vicenda analoga, conclusasi però questa volta con la revocazione della sentenza, e che ha visto coinvolto il medesimo magistrato che è stato relatore ed estensore nella causa di impugnazione del cd. lodo Mondadori, ci parla, dalle pagine di questa *Rivista* 2014, 393 ss., B. Cavallone, *Il primo caso di revocazione di una sentenza per dolo del giudice*, il quale ci ricorda, con riferimento al caso che ci occupa, che la sentenza penale della Corte di Cassazione sulla quale si è formato il giudicato di condanna del magistrato corrotto aveva risolto la questione della possibilità di agire in via risarcitoria *a prescindere dalla revocazione*, escludendo la necessità del rimedio demolitorio ai fini del risarcimento *ex art. 185 c.p.*, accogliendo, quanto all'*an debeatur*, la domanda della parte civile, e rimettendo al giudice civile solo la liquidazione del *quantum*.

troppo lasco, del diritto sostanziale), ha cercato di coniugare le prime con la seconda, attraverso l'affermazione dell'inutilità del rimedio demolitorio quante volte la riapertura dell'esame del merito, cui la revocazione è funzionale, sia impedita, *inter partes*, dalla autoregolamentazione che le parti abbiano sostituito al *dictum* giudiziale non ancora passato in giudicato, impedendone lo stesso formarsi. Questo è il punto, alla fine, su cui si regge il ragionamento della Corte, ed è su questo punto, del rapporto negozio/sentenza, che il lettore è chiamato a pronunciarsi.

Detto questo, il rilievo conclusivo, certamente banale al cospetto di una vicenda tanto delicata, è constatare che sempre più spesso, negli ultimi anni (i casi sono stati numerosi e tutti ampiamente dibattuti), la centralità della tematica dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria si è imposta all'attenzione degli interpreti e ha aperto nuovi spazi di riflessione. Qui, tuttavia, l'eccezionalità della vicenda impedisce di ricavarne conclusioni generali e suggerisce di arrestarci dinanzi alla constatazione della frequenza con cui sempre più spesso si presenta, all'attenzione del giurista, la dialettica tra le situazioni in cui è l'ordinamento che sceglie di riconoscere al titolare del diritto il costo della violazione anziché la possibilità di impedirla o eliminarla, e le situazioni in cui, al contrario, è l'interprete, dinanzi all'assetto «dato» degli strumenti di tutela, che avverte la necessità di proseguire nella ricerca di rimedi capaci di eliminare, sino ad un tendenziale grado zero, la lesione del bene protetto, quando questo non gli appaia tutelabile nelle forme della tutela specifica. In questi casi, se si vogliono evitare pericolose fughe in avanti, occorre fornire alla giurisprudenza gli strumenti per assolvere ad un compito tanto delicato senza forzature, ma – quando possibile – senza neppure eccessive ritrosie, nel rispetto dei principi del processo e con un bilanciamento prudente di tutti i possibili valori in gioco.

ILARIA PAGNI
*Professore ordinario
nell'Università di Firenze*