

PREMESSA

L'ampiezza e la complessità del tema che, entro i limiti che si diranno, si è indagato e che è anticipato dal titolo del libro, rendono opportuna una premessa che espliciti l'oggetto, il metodo, il lessico e gli scopi del contributo che segue.

Oggetto. – Poiché il tema del precedente, infatti, è per sua natura interdisciplinare ed eclettico – ragion per cui sovente appare ingovernabile – e attinge necessariamente una molteplicità di discipline, tra le quali praticamente tutte quelle del sapere giuridico, è opportuno anzitutto dire *in limine* con una certa precisione quale sia l'oggetto e quali siano i limiti di questo lavoro. Esso consiste in quella particolare funzione, affidata alla Corte suprema di cassazione, di guida nell'interpretazione delle disposizioni di diritto sostanziale e di diritto processuale. Questa funzione, così sommariamente descritta, che nel nostro ordinamento prende il nome di nomofilachia e che si esprime attraverso la «giurisprudenza» e i «precedenti» – termini sui quali si tornerà tra un momento –, viene qui indagata nella prospettiva che si offre a chi scelga come punto di osservazione il diritto processuale civile, inteso, in questo senso, come sistema (v. cap. V, par. 6.4). Riteniamo, infatti, che il diritto processuale civile costituisca un punto di vista doppiamente privilegiato per studiare il c.d. formante giurisprudenziale: da un lato, come si vedrà, le regole del processo – ad assetto istituzionale invariato – hanno plasmato, fino a trasfigurarne in parte i tratti, la funzione di guida svolta dalla Cassazione nell'interpretazione e uniformazione del diritto; dall'altro lato le stesse norme processuali sono interpretate dalla Cassazione, la quale, in questo frangente, assume su di sé il gravoso compito di amministrare le regole del processo – attraverso la loro interpretazione e re-interpretazione –, fino a toccare il vertice più alto (e più critico) della nomofilachia nel punto in cui la Corte arriva a governare se stessa.

Metodo. – La seconda premessa concerne il metodo. Chi scrive, a fronte dell'impressionante mole di materiale bibliografico e giurisprudenziale che si offre allo studioso di questo tema, ha dovuto anzitutto compie-

re un'attività di selezione delle fonti. I criteri a cui questa selezione si è ispirata hanno inteso privilegiare, coerentemente con la prospettiva appena illustrata, il punto di vista della dottrina processualciviltistica, generosissima di contributi, nell'ambito della quale si è cercato di attingere al numero più elevato possibile di fonti, privilegiando, tra queste, quelle che per autorevolezza, qualità, livello di approfondimento e originalità di approccio sono apparse più utili agli scopi del presente lavoro. Si è creduto, tuttavia, di non poter trascurare gli apporti più significativi che al tema sono stati offerti anche dalla teoria generale, dal diritto comparato e qualche volta – ma con misura – perfino dalla teoria dei sistemi sociali (cap. III par. 4); in questo caso, tuttavia, si è imposta, per forza di cose, una scrematura più intensa, che ha lasciato spazio solo alle opere appartenenti a quella che si potrebbe definire una bibliografia (forse solo un poco più che) essenziale.

Una particolare attenzione, poi, è stata dedicata alla giurisprudenza, soprattutto a quella della Corte di cassazione, che fornisce un'enorme quantità di provvedimenti, la quale per imponenza probabilmente supera l'insieme di tutti i contributi di dottrina. A maggior ragione, in questo caso, si è resa necessaria una severa opera di selezione, che ha inteso includere nell'indagine soprattutto le pronunce che, per l'autorevolezza dell'organo giudicante o per la rilevanza del *dictum* in esse contenuto, sono apparse indispensabili o almeno utili alla trattazione del tema nella prospettiva qui prescelta.

Infine, ancora sotto il profilo metodologico, si è cercato di prediligere, pur prestando la massima cura nel predisporre un'indagine il più possibile documentata, ancorché certamente non esaustiva, un approccio originale, nel tentativo di mettere in discussione quelli che vengono considerati comunemente – per varie ragioni, tra le quali forse anche un senso di fedeltà a inveterate abitudini culturali – dati acquisiti (ad es.: l'equivalenza tra precedente e massima), certezze assolute (ad es.: la negazione alla giurisprudenza dello *status* di fonte), mali necessari (ad es.: il *prospective overruling*), istituzioni "sacre" (ad es.: il Massimario), al fine di verificare se molti dei discorsi che si svolgono intorno al precedente non siano, in realtà, ipotecati da qualche (potenzialmente letale) equivoco di fondo. Questa scelta metodologica implica certamente l'assunzione di qualche rischio, ivi incluso quello del fallimento o dell'errore; tuttavia, se i contributi scientifici hanno il compito non di esibire – o, peggio, di cercare di imporre – verità assolute, ma di far progredire la conoscenza, quest'ultimo non può che essere conseguito correndo il pericolo – che per lo scienziato è un auspicio – di essere smentiti.

Lessico. – Qualche avvertenza dev'essere svolta anche intorno al lessico

impiegato. Alcuni termini – si pensi, ad es., a «nomofilachia» e «massima» – non pongono particolari problemi, in quanto hanno un significato tendenzialmente univoco nella comunità culturale e scientifica a cui questo libro si rivolge, sicché non richiedono spiegazioni aggiuntive o chiarimenti.

Altri termini, pur essendo talvolta utilizzati in maniera equivoca, hanno, nell'ambito di alcune discipline, un significato unico e piuttosto preciso, al quale riteniamo opportuno prestare un certo grado di fedeltà. Tra questi vanno senz'altro annoverati i termini «disposizione» e «norma»: mentre essi si trovano frequentemente utilizzati come sinonimi, senza che ciò comporti conseguenze negative di rilievo, nel contesto di uno studio – come questo – che tocca da vicino il problema dell'interpretazione, si dovrà favorire un uso più preciso di questi termini. Si impiegherà, allora, – secondo un'impostazione riconducibile a Crisafulli, poi generalmente accettata e divenuta patrimonio comune – il termine «disposizione» per indicare l'enunciato normativo contenuto in una legge o in un atto avente forza di legge che costituisce l'oggetto dell'interpretazione e il termine «norma» per indicare il risultato dell'attività interpretativa. La fedeltà a questo utilizzo dei due termini «disposizione» e «norma» sarà, tuttavia, come si è detto, tendenziale e non assoluta, posto che in alcuni casi potrà ricorrere «norma» come sinonimo di «disposizione»; il che, tuttavia, accadrà soltanto quando, essendo apparso opportuno a fini, per così dire, “estetici” del discorso, ciò non rechi pregiudizio alla chiarezza espositiva, potendosi ricavare dal contesto il significato univoco del termine usato.

Si impiegheranno, infine, alcuni termini che – a dispetto di un uso disinvolto che di essi, forse anche inavvertitamente, talvolta si fa – sono affetti da un elevato tasso di plurivocità, tale da renderli equivoci o ambigui e da pregiudicare la chiarezza espositiva o addirittura, nei casi più gravi, lo stesso rigore e la stessa bontà dell'indagine. Ciò accade, in particolare, per due termini altamente problematici – «giurisprudenza» e «precedente» – che soffrono di (ormai croniche) incertezze definitorie e concettuali, per dissipare le quali sarebbe stato probabilmente necessario scrivere un altro libro o forse due. Di questi termini, tuttavia, non si può fare a meno, e, poiché qualsiasi tentativo di darne una definizione “esatta” si risolverebbe in un'impresa disperata, ci si dovrà accontentare di attribuire loro convenzionalmente un certo significato, senza, però, che ciò nemmeno assurga a proposta di definizioni stipulative, le quali, avendo per loro natura carattere prescrittivo, esibirebbero pretese “deontologiche”, di cui a tali fini questo lavoro non intende farsi promotore. Una prima sintetica e sommaria indicazione sul significato da dare a questi due termini è offerta da Gorla, nella sua voce sulla Treccani giuridica sul precedente

(G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma, 1990, pp. 1-14, spec. p. 2), il quale dava atto che in Italia la parola «giurisprudenza» viene usata per indicare il complesso di precedenti su una data questione, senza citarli uno per uno. Gorla, però, di fatto non risolveva il problema terminologico, ammettendo Egli stesso di fare uso ora del termine «precedente giudiziale», ora del termine «giurisprudenza», a seconda «delle occasioni e dei contesti, lasciando al lettore di giudicare se l'aver adoperato l'uno o l'altro termine sia stato opportuno in quelle occasioni o in quei contesti» (*ibidem*). Sicché appare preferibile utilizzare nel corso dell'indagine (salvo dove diversamente indicato) i due termini «giurisprudenza» e «precedente» secondo il significato – più preciso, ancorché non distillato in una secca definizione – che è stato ben chiarito da Taruffo in un contributo più recente (M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss.), al quale si deve di necessità rinviare, stante l'inopportunità – pena una semplificazione che aggraverebbe, anziché risolvere, il problema terminologico – di condensarne qui il precipitato.

Scopi. – È opportuno, infine, aggiungere un'avvertenza che attiene agli scopi del presente lavoro. Stante l'impegnativo oggetto d'indagine bisognerebbe forse, a mo' di *disclaimer*, anzitutto dire quali *non* sono gli scopi del contributo che segue: sotto questo profilo va detto apertamente che esso non ambisce a una trattazione completa e sistematica del tema del precedente giudiziale. Una simile aspirazione richiederebbe ben altro spazio rispetto a quello occupato da questo lavoro monografico e un bagaglio culturale di conoscenze, di capacità e anche di energie, di cui chi scrive – suo malgrado – non dispone, ma che forse sarebbe anche eccessivo esigere da un singolo autore. Ne è probabilmente la riprova il fatto che gli studi più noti e approfonditi sul tema, benché siano stati avviati o incoraggiati da un solo autorevole studioso, hanno, poi, di regola e salvo rare e lodevoli eccezioni, coinvolto una pluralità di soggetti: si pensi, ad es., agli studi a cui diede avvio Gino Gorla sulle colonne del *Foro italiano* negli anni Sessanta o a quelli, meno remoti, promossi da Francesco Galgano sulle pagine di *Contratto e impresa* negli anni Ottanta.

Ciò chiarito, va ora precisato, in positivo, che il proposito dell'indagine consiste nell'offrire un contributo critico allo studio del precedente giudiziale, nel tentativo di dimostrare che un "certo" modo di intendere quest'ultimo, radicato soprattutto nella giurisprudenza, ma che fa proseliti anche in dottrina, poggia malauguratamente su basi molto instabili, talvolta perfino culturalmente errate. L'impressione che si è maturata è che la letteratura processualciviltistica, in realtà, sia, tra tutte, forse quella che di ciò ha la consapevolezza maggiore, avendola manifestata in una

pluralità qualitativamente e quantitativamente significativa di contributi, i quali, tuttavia, non sono mai stati ricondotti ad un contesto organico. Anche quest'ultimo scopo può apparire, in verità, eccessivamente ambizioso e, tuttavia, pur con l'assunzione di qualche rischio, l'impresa tentata è consistita proprio in ciò: ossia nel riprendere molte delle critiche che gli studiosi del processo civile hanno mosso fin dalla fine degli anni Quaranta – si pensi, a titolo d'esempio, soltanto alle tre autorevolissime voci, nella sostanza univoche, di V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, p. 249 ss.; E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 120 ss. e F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 41 ss. – ed hanno continuato a muovere, nell'arco di oltre mezzo secolo, a un modo distorto di intendere, di generare e di utilizzare i cc.dd. precedenti, che ha avuto – e tuttora ha – conseguenze deleterie sull'approccio alla funzione di nomofilachia della Corte di vertice. Si è, quindi, cercato di tessere queste critiche in un lavoro unitario, con l'auspicio di valorizzarle, attingendo – nei limiti del possibile e dell'utile –, da un lato, alle esperienze di diritto straniero più significative e, dall'altro lato, ai saperi offerti da discipline “di confine”, quali la teoria generale e il diritto comparato.

Su un punto, invece, chi scrive ha ritenuto di sposare un approccio critico rispetto al dibattito fiorito nella dottrina processualciviltistica: si tratta del fenomeno, discusso e controverso, del c.d. *prospective overruling* – il momento più problematico, come si è detto, della nomofilachia, perché qui la Corte “governa se stessa” – riguardo al quale si è scelto di percorrere una strada meno battuta e di formulare una proposta, che risulta disallineata rispetto alle premesse sottese alla maggior parte dei contributi di dottrina. Si tratta di una proposta di lettura critica, che auspica di offrire uno strumento utile a tracciare confini più nitidi (e più severi) al ruolo svolto dalla Corte suprema nella interpretazione delle norme processuali, senza, tuttavia, che ciò implichi l'ambizione di offrire certezze assolute, ma, semmai, quella – più modesta, ma forse più proficua – di metterne alla prova qualcuna.

CAPITOLO I

RIFORME PROCESSUALI E NOMOFILACHIA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto che non c'è. – 3. Il nuovo «principio di diritto» e la «nomofilachia consultiva». – 4. La soppressione del sindacato sulla motivazione: riflessi (più o meno) occulti sulla nomofilachia. – 5. La «giurisprudenza» della Corte *ex art. 360-bis c.p.c.* e la nomofilachia della nomofilachia. – 6. Il «precedente». – 7. La nomofilachia anticipata: l'accertamento pregiudiziale *ex art. 420-bis c.p.c.* – 8. Due Cassazioni (... anzi, tre!) in una. – 9. Conclusioni.

1. Premessa

La funzione di c.d. “nomofilachia”, assegnata per la prima volta alla Cassazione dall'art. 65 della l. 30 gennaio 1941, n. 12¹, è rimasta formalmente

¹ M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Id.*, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 59 ss., il quale registra la generale mancanza, nella legislazione preunitaria, di un modello di Cassazione come quello fatto proprio dall'art. 65, cit., con la sola eccezione delle leggi napoletane del 1808 e del 1817 sull'ordinamento giudiziario, ove alla gran Corte Civile di Napoli veniva assegnata la funzione di «mantenere l'esatta osservanza delle leggi»: si veda in argomento anche P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma, 1920, vol. II, p. 720, ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, vol. VII, Morano, Napoli, 1965, p. 657. La ragione di ciò – secondo Taruffo – sta nel fatto che «quando le legislazioni preunitarie recepiscono in tutto o in parte il sistema francese della cassazione [...], ne derivano anche la formulazione dei compiti [...], fondandola in vario modo sull'annullamento per violazione di legge, ma senza prevedere “in positivo” la funzione generale dell'organo. Cfr. in particolare le leggi piemontesi sull'ordinamento giudiziario, in, *L'ordinamento giudiziario. I. Documentazione storica*, Maggioli, Rimini, 1985, pp. 620, 635». Sull'uso del termine nomofilachia e sui suoi limiti v. già P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I, cit., p. 92 ss., che precisava come esso letteralmente dovesse riferirsi solo all'esatta osservanza della legge.

Anteriormente alla l. sull'ordinamento giudiziario del 1941, in effetti, la Corte di cassazione era quanto di più lontano si potesse immaginare da una «corte del precedente», essendo le sue funzioni prevalentemente orientate a decidere questioni di particolare importanza, quali, in specie, quelle di giurisdizione: in questo senso si vedano le documentate e convincenti osservazioni di A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle sezioni unite civili*, in *Riv. dir.*

invariata fino ai giorni nostri: ora come allora, con il suo esercizio la Corte di vertice assolve al suo ruolo di organo di controllo, posto a difesa del diritto obiettivo, tessendo il raccordo tra legislazione e giurisdizione².

Sotto il velo di questa identità di funzioni, di cui è custode l'immutata lettera dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, e sottotraccia rispetto alla storia e all'evoluzione delle istituzioni giudiziarie³, si è mosso, però, incessante il flusso delle riforme delle norme processuali, che, in modo particolare negli ultimi dodici anni, ha indirettamente ma indubitabilmente prodotto un cambiamento – forse sarebbe più corretto parlare di una vera e propria “mutazione” – del modo in cui la Cassazione esercita la sua funzione nomofilattica⁴. Se, infatti, identica è la funzione, diverse sono le *tecniche* con cui questa viene in concreto esercitata. Come in una spirale, però, queste finiscono inevitabilmente con il retroagire su quella, in un gioco di reciproci influssi che non possono lasciare indenne le stesse funzioni essenziali, che la Corte suprema di cassazione è chiamata ad assolvere.

Non può certo essere questa la sede per ripercorrere integralmente un dibattito pluridecennale sulla nomofilachia, per i cui esiti non resta, pertanto, che affidarsi ai contributi che ne hanno già ben ricostruito l'evoluzione⁵. Tuttavia, è necessario almeno dar conto – pur in termini estremamente semplificati – della parabola che la Cassazione ha vissuto, dopo la sua unificazione, dall'entrata in vigore della legge sull'ordinamento giudiziario ad oggi. La Cassazione, com'è noto, venne unificata nel 1923,

proc., 2015, p.16 ss. e spec. pp. 19-20. In quell'epoca, insomma, la funzione di uniformazione della giurisprudenza, anche in presenza delle cassazioni regionali, restava funzione secondaria tanto con riferimento alla Cassazione intesa nel suo complesso, quanto con riferimento alle sezioni unite.

²P. CALAMANDREI, voce *Cassazione civile*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. II, Utet, Torino, 1937, p. 981 ss.; P. CALAMANDREI-C. FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. II, Utet, Torino, 1958, p. 1055 ss. Com'è noto, nonostante i limiti segnalati dallo stesso Calamandrei (v. nt. 1), la nomofilachia nell'uso corrente identifica le funzioni di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, nonché l'unità del diritto oggettivo nazionale, attribuitele dall'art. 65 ord. giud.

³In una prospettiva per certi versi analoga v. A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2005, p. IX, secondo cui la Cassazione muta incessantemente, pur esibendo sempre i medesimi tratti distintivi.

⁴Per un efficace esempio di distorsione dell'esercizio della funzione giudiziaria, ancorché spesso giustificata in chiave nomofilattica, v. la recente denuncia di B. SASSANI-R. PARDOLESI, *Motivazione, autorevolezza interpretativa e «trattato giudiziario»*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 299 ss.

⁵Si veda, sul tema specifico, da ultimo la monografia di S. RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Giappichelli, Torino, 2013, *passim*.

ma solo nel 1941 le venne assegnata la funzione della nomofilachia⁶: la Corte suprema in quel tempo decideva un numero esiguo di ricorsi⁷, sicché *ius constitutionis* e *ius litigatoris* potevano coesistere, per così dire, pacificamente, senza ostacolarsi l'un l'altro⁸. Così è stato per qualche decennio⁹, finché tra gli anni '70 e gli anni '80 il vertiginoso incremento del contenzioso – un fenomeno comune a tutto il mondo occidentale, al quale la sociologia statunitense ha dato il nome di *litigation explosion*¹⁰ – e la progressiva tendenza dei giudici di legittimità a trasformarsi surrettiziamente in giudici del fatto, specialmente sulla base delle doglianze veicolate dalle parti tramite il n. 5 dell'art. 360 c.p.c.¹¹, ha spinto la corte di vertice sempre più verso un modello – *de facto* quello della terza istanza, in qualche modo suggellato dall'introduzione nel 1990 della possibilità per la Cassazione di decidere nel merito¹² – in cui la prepotenza (almeno) quantitativa dello *ius litigatoris* rischiava di compromettere lo *ius constitutionis* e, con esso, la stessa attuazione della nomofilachia, così, in fondo, tradendo il disegno originario immaginato e fortemente voluto da Calamandrei¹³. Che il rischio non fosse affatto teorico lo dimostra una

⁶ Entrambi questi passaggi – l'unificazione e l'attribuzione della funzione nomofilattica – avvennero, com'è noto, sulla spinta di Calamandrei: v., per tutti, i saggi di M. TARUFFO, *Calamandrei e l'unificazione della Cassazione*, in *Id.*, *Il vertice ambiguo*, cit., p. 51 ss. e *Id.*, *La Corte di cassazione e la legge*, *ivi*, p. 59 ss. Ciò, come si vedrà meglio oltre, non è privo di rilievo, in quanto la concezione che Calamandrei aveva della Cassazione – e che ne ha ispirato la forgiatura – a nostro avviso è tuttora alla base della sua evoluzione e probabilmente anche di alcuni degli eccessi a cui il suo funzionamento ha dato luogo in tempi recenti.

⁷ Dalla relazione del Procuratore generale del re presso la Corte suprema di cassazione del 1942 risultano sopravvenuti, nel 1941, 3.461 ricorsi civili: v. C. SALTELLI, *L'etica fascista nella nuova legislazione civile e la disciplina annonaria. Discorso pronunciato per l'inaugurazione dell'anno giudiziario – 30 ottobre XXI*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1942-XXI, p. 18.

⁸ Sugli equivoci di questa bipartizione artificiosa e potenzialmente fuorviante v. M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, *ivi*, p. 64 ss.

⁹ Le statistiche giudiziarie del 1960 registrano ancora un numero limitato di ricorsi presentati alla Corte di cassazione: risultano, infatti, in quell'anno 4.625 sopravvenienze civili (v. ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *Annuario di statistiche giudiziarie. Vol. X – 1960*, Roma, 1962, p. 45, tav. 38).

¹⁰ Sul fenomeno della *litigation explosion* negli Stati Uniti, cfr., per tutti, L.M. FRIEDMAN, *Total Justice*, Russel Sage Foundation, New York, 1985, *passim*, e spec. p. 6 ss.

¹¹ Ci si riferisce, ovviamente, all'art. 360, c. 1, n. 5 nella lezione risultante dalla modifica del testo originario a seguito della riforma del 1950 e rimasta in vigore fino al 2012.

¹² In argomento v., per tutti, A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Tomi I e II, Giappichelli, Torino, 2005, *passim* e spec. Tomo I, cap. I, part. 2.1-2.8 e Tomo II, cap. VI.

¹³ V. le *opp. locc. citt.* alla nt. precedente. Sui rapporti tra *ius litigatoris* e *ius constitutio-*

significativa polemica insorta a metà degli anni Ottanta tra Franceschelli, allora presidente della sezione lavoro della Cassazione, e Denti, che qui vale la pena di ricordare per cenni.

Franceschelli, prendendo atto della situazione in cui si trovava in quell'epoca la Cassazione – ormai ampiamente superata la fase in cui era un corpo relativamente ristretto di magistrati, costituito sulla base di una robusta selezione, che controllava le sentenze dei giudici sia nel momento processuale, nel quale esercitava il suo potere di annullamento, sia nel momento di cooptazione, esercitando il potere di ammettere o escludere un magistrato dal suo seno – tentava di legittimarne lo *status quo*, teorizzando una sorta di nuova dottrina della nomofilachia¹⁴. Quest'ultima – secondo Franceschelli – si sarebbe trasformata radicalmente, dato che, in un sistema sociale caratterizzato dal pluralismo e dalla rapida evoluzione, il bene supremo della giustizia non è più costituito da una giurisprudenza statica e uniforme, ma, al contrario, da una disponibilità ad intendere il nuovo e ad interpretare il pluralismo in un confronto continuo di posizioni¹⁵. In quest'ottica, la nomofilachia non avrebbe più dovuto essere intesa come una funzione esercitata dall'alto verso il basso, ed il giudice di merito avrebbe dovuto essere visto come «"liberato" da

nis v. da ultimo G. SCARSELLI, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della recente riforma del giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 355 ss. Sull'importanza di tenere il più possibile lontana dal fatto la Cassazione, perché essa svolga in modo adeguato la funzione nomofilattica v. P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, p. 317 ss., ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, vol. VIII, Morano, Napoli, 1965, p. 387, secondo il quale la Corte suprema «deve curarsi, più che di risolvere secondo giustizia il caso concreto, di suggerire per il futuro l'interpretazione teorica corrispondente in astratto alla volontà del legislatore» sì da dover essere lasciata «senza che il diretto contatto coi fatti ne intorbidi il lavoro, al suo puro ufficio di formulazione delle massime» (si tratta di una concezione pura ed estrema, che incarna un modello che poi non fu accolto dalle riforme legislative, ma che comunque era alla base del pensiero di Calamandrei). In senso non molto difforme si veda F. CARNELUTTI, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, p. 1 ss., ora anche in *Id.*, *Studi di diritto processuale*, vol. I, Cedam, Padova, 1930, p. 522: «se volete che il giudice custodisca fedelmente la legge, fategli vedere meno che sia possibile il volto di chi egli deve giudicare. Così, se la Corte di cassazione ha da interpretare più esattamente che sia possibile il diritto, bisogna che giudichi meno che sia possibile il fatto. La limitazione del suo ufficio è condizione della bontà dei suoi insegnamenti».

¹⁴ Così, quasi letteralmente, M. FRANCESCHELLI, *Nomofilachia e Corte di cassazione*, in *Giustizia e costituzione*, 1986, p. 39 ss. In questa presa di posizione Franceschelli fu poi seguito da altri magistrati di Cassazione: si vedano, in particolare, S. SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 256 ss.; A. VELA, *La Corte suprema di cassazione*, oggi, *ivi*, V, c. 215.

¹⁵ Così, ancora, M. FRANCESCHELLI, *op. ult. cit.*, p. 39 ss.

ogni soggezione e sensibile al pluralismo sociale», sì da costituire «una parte di elaborazione giurisprudenziale sempre più varia e feconda»¹⁶. Una moderna concezione di Cassazione, insomma, secondo la lettura di Franceschelli, avrebbe implicato un netto superamento del suo modello originario, nella direzione di un auspicabile abbandono della uniformità della giurisprudenza, intesa secondo i principi enunciati dal giudiziario.

Denti criticò aspramente questa nuova visione della nomofilachia¹⁷, in quanto essa – istituzionalizzando il dialogo tra Cassazione e giudici di merito, in un processo di interpretazione che va dal basso verso l'alto, e considerando la mobilità della giurisprudenza un fatto fisiologico e coerente col pluralismo del sistema sociale – finiva non già con il reinterpretare la funzione di nomofilachia, ma con il cancellarla¹⁸. La nuova dottrina della nomofilachia immaginata da Franceschelli, infatti, avrebbe ridotto «la Cassazione al livello di un qualsiasi giudice, cui i repertori di giurisprudenza somministrano i materiali per ricostruire quella che ritiene la più plausibile interpretazione della norma»¹⁹. Denti, invece, riteneva che il valore della uniformità di interpretazione della legge fosse da difendere e che la nuova idea di nomofilachia proposta da Franceschelli fosse tutto sommato da respingere.

Da allora, sotto il profilo strutturale, la situazione è gravemente peggiorata, se consideriamo che le sopravvenienze della Cassazione civile nel 1986 risultavano essere 10.344²⁰, mentre oggi sono circa il triplo²¹. Tuttavia, come abbiamo accennato, negli ultimi anni un'ampia serie di riforme processuali nel complesso è andata nella direzione di una restaurazione dell'originaria funzione nomofilattica della Cassazione, forse anche – più o meno volontariamente – spingendone l'evoluzione in una direzione più prossima a quella voluta da Calamandrei rispetto a quanto non avessero fatto il codice di procedura e la legge sull'ordinamento giudiziario.

¹⁶ M. FRANCESCHELLI, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁷ V. DENTI, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, c. 417 ss.; ora anche in *Id.*, *Sistemi e riforme. Studi sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 327 ss. e spec. 328, al quale un paio di anni dopo fece eco A. BONSIGNORI, *L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 510 ss.

¹⁸ V. DENTI, *op. ult. cit.*, pp. 329-331.

¹⁹ V. DENTI, *op. ult. cit.*, p. 331.

²⁰ I dati sono tratti da ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *L'Italia in 150 anni. Sommario di statistiche storiche 1861-2010*, Roma, 2011, p. 286.

²¹ L'ultimo dato disponibile è relativo all'anno giudiziario 2016 nel quale si è registrata l'iscrizione a ruolo di 29.693 nuovi procedimenti civili (v. *La Cassazione civile. Annuario statistico 2016*, par. 2.1, tabella 2.1, reperibile al sito internet www.cortedicassazione.it).

In ogni caso, è ancor oggi essenziale fare capo a questa funzione della Corte suprema per tornare a discutere delle forme e delle tecniche di produzione del “diritto giurisprudenziale”, così profondamente incise dalle riforme processuali più e meno recenti che, passo a passo, hanno progressivamente mutato il volto della Cassazione civile, estremizzandone i caratteri e facendone un vero e proprio organo di “governo della legge”, forse anche oltre i limiti del desiderabile e – ci si accinge ad ipotizzare – del consentito. È vero: si tratta di problemi che la dottrina ha già puntualmente, volta per volta, messo in luce, sicché su alcuni aspetti non sarà necessario insistere ulteriormente. Pare, però, talvolta difettare una visione complessiva che, oltre a prendere atto di ciò che è accaduto sotto gli occhi di tutti, articoli una critica che non sia rivolta (solo) alle varie singole riforme – che pure spesso non soddisfano – ma che, andando, per così dire, “qualitativamente oltre”, dica “qualcosa in più” e prenda posizione su un nuovo assetto istituzionale, che sembra aver sconvolto antichi equilibri, fino ad incidere sui rapporti tra gli stessi poteri dello Stato e a lambire – nonché forse, in qualche caso, a oltrepassare – i limiti dettati dalla Costituzione repubblicana²².

Talvolta la ricerca urgente di rimedi di fronte ad alcuni “colpi di testa” giurisprudenziali, nei quali la funzione nomofilattica ha preteso di spiegarsi, ha comprensibilmente distolto da qualche riflessione più meditata che provi a mettere in discussione un disegno che, come un mosaico, va lentamente – ma inesorabilmente – componendosi da oltre un decennio, tessera dopo tessera, e il cui esito nell’insieme risulta ben visibile solo a debita distanza. Anticipandosi qui alcune riflessioni che saranno approfondite *infra* (v. cap. V), si può osservare che questo disegno va riconfigurando l’«organo supremo della giustizia» secondo canoni che, ad avviso di chi scrive, sono solo formalmente rispondenti all’assetto istituzionale, nel contesto del quale teorici e pratici sono stati fino a ieri abituati ad operare, determinandone piuttosto una deriva autoritaria di cui non pare potersi registrare piena consapevolezza. Tant’è che alcuni dei rimedi, escogitati dagli interpreti per evitare che repentine inversioni di rotta nella giurisprudenza finiscano con il frustrare indebitamente le aspettative dei consociati, si pongono, in realtà, come falsi antidoti, che si prestano – ancora una volta indirettamente – a rafforzare il ruolo già fin troppo apicale della Cassazione civile²³.

Infine, la stessa esistenza del fenomeno che si intende fare oggetto di studio – in un’epoca in cui sono unanimemente denunciati i fallimenti

²² Si tratta di profili che saranno sviluppati più compiutamente nel cap. V al quale si rinvia.

²³ V. *funditus*, su questo aspetto, cap. V, par. 5.

della legge processuale, molto spesso giudicata a ragione incapace di produrre i risultati sperati – dimostra, per converso, quanto le norme processuali siano potenti. Per comprenderne le reali ricadute è, tuttavia, sovente necessario leggere queste ultime da un punto di vista differente da quello utilizzato per scriverle: da decenni il legislatore propone riforme per l’accelerazione del processo, per lo smaltimento dell’arretrato, per la riduzione del numero delle impugnazioni e in generale per promuovere l’efficienza e – ultimamente – la “competitività” della giustizia civile. Molte delle misure reclamizzate come strumenti di promozione dell’intero “sistema paese” (*sic!*) non sono servite quasi a nulla o, meglio, non hanno prodotto risultati significativi in rapporto agli scopi dichiarati. Esse, tuttavia, spesso hanno prodotto *altri* risultati, che è compito dello studioso portare alla luce, anche a mo’ di denuncia, se necessario.

2. Il diritto che non c’è

L’indagine che si vuole condurre non può che prendere le mosse da quella che è stata a ragione chiamata, nel contesto della teoria dell’interpretazione, la *contraddizione fondamentale* degli ultimi due secoli²⁴: da un lato bisogna dare atto che la dottrina tradizionalmente nega alla giurisprudenza lo *status* di fonte del diritto²⁵. A conforto di questa inveterata opinione si usa ripetere che nel diritto italiano non vige il principio dello *stare decisis*²⁶; che gli artt. 2908 e 2909 c.c. non consentono alle sentenze di operare *erga omnes* o comunque *ultra partes*²⁷; che non vi sono nel nostro ordinamento, a differenza che in altri, ipotesi in cui il giudice è chiamato a fare le veci del legislatore²⁸; che il giudice per Costituzione è soggetto soltanto alla legge e la sua attività di *ius dicere* non può mai risolversi nella creazione di norme, ma è sempre (e solo) interpretazione di norme già scritte²⁹. Dall’altro lato,

²⁴ M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in P. COMANUCCI-R. GUASTINI, *Analisi e diritto 2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 1.

²⁵ L’opinione è così radicata da rendere inopportune indicazioni bibliografiche *ad hoc*.

²⁶ In giurisprudenza v., per tutte, Cass., 26 marzo 1953, n. 772; Cass., 22 gennaio 1987, n. 586.

²⁷ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 98.

²⁸ Mi riferisco, emblematicamente, all’art. 1, c. 2, del codice civile svizzero, a mente del quale «Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore.»

²⁹ E.T. LIEBMAN, «Giudici legislatori»? , in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 756 ss. e spec. p. 760.

però, anche il più sprovveduto giurista sa che gli atti degli avvocati e le sentenze dei giudici sono costellati di riferimenti giurisprudenziali; che non è possibile iniziare una causa o redigere un parere di qualche attendibilità senza prima aver verificato quali siano gli orientamenti giurisprudenziali rilevanti e “vigenti”³⁰ e che il riferimento ai “precedenti” è così diffuso (probabilmente anche troppo!), che non è difficile imbattersi in atti processuali nei quali, talora inopportuno, anziché essere citata la norma, è richiamata la sentenza³¹, un po’ come accade – ma qui inavvertitamente – nel mondo anglosassone, trascorso qualche tempo dalla entrata in vigore di uno *statute*³². La stessa stampa comune tende ormai a trattare i *revirement* della Cassazione come vere e proprie novità normative³³.

Oggi, inoltre, questa contraddizione fondamentale ha raggiunto livelli prima sconosciuti, poiché la stessa giurisprudenza, che è sempre stata ferma nel negare a se stessa lo *status* di fonte del diritto³⁴, si “comporta” smentendo almeno in parte nei fatti questo dogma tralatizio³⁵: essa inizia a discorrere di “irretroattività” degli *overruling* imprevedibili³⁶, così

³⁰ Utilissime in argomento sono le considerazioni di G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un’evoluzione storica e teorica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 15.

³¹ F. GALGANO, *L’interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 701 ss.

³² V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, VI ed., Giapichelli, Torino, 2018, p. 328; U. MATTEI, *Common Law: il diritto anglo americano*, Utet, Torino, 1992, p. 249.

³³ Il Corriere della Sera del 10 maggio 2017 (versione *on-line*) titolava così l’articolo che illustrava la “svolta giurisprudenziale” operata da Cass., sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504: «Divorzio, è rivoluzione: per l’assegno non conta più il tenore di vita matrimoniale ma l’autosufficienza».

³⁴ Si vedano, tra le molte, Cass., 11 giugno 2003, n. 9363, secondo la quale «il contrasto della pronuncia di un giudice con principi di diritto affermati in altre precedenti pronunce dallo stesso giudice non comporta violazione del principio costituzionale di uguaglianza, il quale costituisce un vincolo per il legislatore ed un criterio di interpretazione della legge, ma non un vincolo – estraneo al nostro ordinamento – a conformarsi ai precedenti giurisprudenziali»; Cass., 1 aprile 2004, n. 6448; Cass., 11 giugno 2004, n. 11096; Cass., 12 gennaio 2007, n. 565; Cass., 13 novembre 2007, n. 23569; Cass., 30 dicembre 2011, n. 30111; Cass., 16 aprile 2012, n. 5972; nonché, da ultimo, Cass., 26 giugno 2017, n. 15846.

³⁵ Qui, in fondo, si ripeterebbe un fenomeno già noto per cui la Cassazione talvolta fa il contrario di ciò che dice di voler fare: così, sul controllo di motivazione, cfr. G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 31; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003, p. 689 ss.

³⁶ Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144. Emblematica in questo senso Cass., sez. II, 7 febbraio 2011, n. 3030, che, nell’affermare che «non sussiste affidamento incolpevole in orientamenti giurisprudenziali consolidati, se l’atto colpito da decadenza è stato compiuto

per un verso riconoscendone implicitamente la vincolatività e, per altro verso, affidandosi ad un rimedio intrinsecamente contraddittorio, che, certamente indotto dalle pressioni della ragion pratica, le fa però dimenticare che in questo modo finisce con l'attribuire a se stessa, *de facto*, una funzione autenticamente normativa³⁷.

D'altro canto, la difficoltà di inquadrare la giurisprudenza tra le fonti del diritto è stata anche registrata da chi – volendo tracciare un confine tra diritto scritto e non scritto, tra legge e consuetudine, tra diritto muto e verbalizzato – ha dovuto dare atto che «in questo quadro, può porre problemi di classificazione il precedente giurisprudenziale, che tutti consideriamo fonte nell'ambito di taluni sistemi, e che alcuni considerano come fonte anche nei riguardi dei sistemi romanisti»³⁸. Una ingegnosa risposta

dopo la pubblicazione della decisione delle sezioni unite, che ha mutato orientamento, nel sito web della corte», ha sostanzialmente fissato un *dies a quo* per la vigenza del nuovo orientamento giurisprudenziale. Queste vicende giurisprudenziali saranno fatte oggetto di maggiore approfondimento *infra* nel cap. V.

³⁷ Si tratta dell'obiezione mossa tradizionalmente da tempo al *prospective overruling* dagli inglesi: cfr. Lord DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, in 39 *Mod. L. Rev.*, 1976, p. 1 ss., nonché, più di recente, in giurisprudenza *National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others and others (Appellants)* [2005] UKHL 41. La dottrina e la giurisprudenza inglesi, infatti, com'è noto – nonostante i tentativi di superamento, soprattutto riconducibili a Jeremy Bentham (critico sulla *judge-made law*, che chiama spregiativamente *dog-law*: J. BENTHAM, *Truth versus Ashhurst*, in J. BOWRING, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. V, Tait, Edinburgh, 1843, p. 235) e a John Austin (J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Widenfeld & Nicolson, London, 1954 [da me consultato nella ristampa di Hackett, Indianapolis, 1998], p. 191; nonché nella trad. it. di G. Gjylapian, a cura di M. Barberis, J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 235) – tuttora restano legati alla *declaratory theory of adjudication* elaborata da William Blackstone nella seconda metà del Settecento: v. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Oxford, 1765, p. 69, secondo il quale le sentenze sono la prova principale e più evidente di un diritto che esiste prima e indipendentemente dalla pronuncia del giudice. Per un accorato manifesto della teoria dichiarativa nell'ordinamento italiano, sarebbe ingiusto non citare, in parziale polemica con il Cappelletti, E.T. LIEBMAN, «*Giudici legislatori?*», cit., p. 756 ss. e spec. p. 760: «La legge è legge, il giudice è soggetto alla legge (art. 101, secondo comma, della Costituzione) e perciò non può completarla, e integrarla, ma soltanto applicarla, che vuol dire rendere esplicito e concreto ciò che è già contenuto nella sua astratta formulazione. L'efficacia puramente dichiarativa della sentenza non è una finzione, bensì la conseguenza naturale del fatto che la legge è efficace ed obbligatoria indipendentemente dalle sentenze che le danno attuazione. Perciò il debitore è debitore fin dal momento in cui ha contratto l'obbligazione e ciò anche nei casi in cui solo con la sentenza diventa certa l'esistenza dell'obbligazione; e il ladro è un ladro fin dal momento in cui ha commesso il furto, anche se tutti sono presunti innocenti finché non vengono condannati».

³⁸ R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 17.

alle difficoltà di inquadramento della giurisprudenza era stata, peraltro, già data efficacemente dallo stesso Sacco, attraverso la creazione del concetto di “formante”, che, ponendo fine al mito della “unità della norma”, ha però, consentito di collocare sotto un concetto unitario – quello di *formante*, appunto – legge, dottrina, giurisprudenza e altri formanti “minori”³⁹. E, ancora, vi è chi ha giustamente osservato come il problema in questi termini sia mal posto: mentre le fonti di produzione normativa immettono nell’ordinamento *disposizioni*, i giudici immettono nell’ordinamento *norme*, che di quelle disposizioni sono l’esito mediato dall’interpretazione⁴⁰. Sicché non ha molto senso insistere nel chiedersi se la giurisprudenza sia o meno una fonte del diritto, o almeno non ha senso chiederselo, se ci si aspetta che a tale domanda si possa rispondere con un “sì” o con un “no”.

Insomma, oggi non è più certamente possibile, né sufficiente, arrendersi alle ragioni del formalismo e negare, così, alla giurisprudenza lo *status* di fonte formale del diritto, per disconoscerne l’importanza cruciale che essa, invece, detiene nella costruzione dell’ordinamento giuridico: la giurisprudenza è senz’altro formante⁴¹, fonte di produzione di norme (ancorché non di disposizioni)⁴², fonte non formale del diritto⁴³. Essa – comunque la si voglia inquadrare – svolge un innegabile ruolo fondamentale che, come da molto tempo è stato magistralmente detto, – e poi ennesime volte ripetuto – non è limitato ad interpretare un diritto già interamente formato, ma contribuisce alla sua stessa formazione, sicché il diritto è sempre anche diritto giurisprudenziale⁴⁴.

³⁹ R. SACCO, voce *Formante*, in *Dig. disc. priv.*, IV ed., vol. VIII, Utet, Torino, 1992, p. 428 ss.

⁴⁰ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 97 ss.; *Id.*, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 391 ss. e spec. p. 401 ss. Così, sulla scorta della contrapposizione tra *disposizioni* e *norme*, una terminologia riconducibile a V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 195 ss., oggi comunemente accettata, sulla quale ha poi elaborato una teoria dell’interpretazione G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 135 ss.

⁴¹ R. SACCO, *op. loc. ultt. citt.*

⁴² R. GUASTINI, *opp. locc. ultt. citt.*

⁴³ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 152 ss.; *Id.*, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1 ss.

⁴⁴ L. LOMBARDI (VALLAURI), *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 371 ss., il quale, in questa ampia e – a dispetto del modesto titolo – approfondita indagine storico-comparatistica (uscita una seconda volta in ristampa inalterata nel 1975), utilizza in realtà la locuzione «diritto giurisprudenziale» prevalentemente per il diritto romano e il *common law*, mentre per gli ordinamenti europeo-continentali, legati alla tradizione positivista e legalista del c.d. “diritto scritto”, utilizza più prudentemente la locuzione «momento giurisprudenziale del diritto» (cfr. sull’impiego di questa terminologia *op. cit.*, spec. p. 371 ss.).

Mentre il peso della giurisprudenza nel plasmare l'ordinamento, ancorché descritto variamente, non è più revocabile in dubbio, il ruolo sempre più forte riconosciuto alla Cassazione civile pone un problema che, pur non essendo del tutto nuovo, sembra oggi divenuto grave e ineludibile, un problema che non ha più a che vedere con il riconoscimento alla giurisprudenza di una posizione cruciale nella interpretazione e nella creazione di norme, ma piuttosto con la necessità di governarla. Alcune vicende giurisprudenziali, infatti, dimostrano, ad avviso di chi scrive, l'importanza di (almeno contribuire a) creare i presupposti culturali affinché del c.d. diritto giurisprudenziale si faccia un uso assai più sorvegliato di quanto non accada nella realtà. In mancanza di una teoria del precedente giudiziario e in presenza di un difetto cronico di chiarezza su come si debbano trattare gli orientamenti giurisprudenziali, infatti, la stessa dottrina viene travolta da un'alluvione – in crescita, anche grazie al nuovo “feticcio” del principio di diritto⁴⁵ – di decisioni provenienti dalla Corte di vertice, accolta per lo più dai commentatori – ma talvolta dalle stesse istituzioni – con uno sconcerto e una difficoltà di sistemazione, tali da rivelare una preoccupante mancanza di strumenti teorici che consentano, al contrario, un più meditato governo del formante giurisprudenziale.

Oggi, dunque, proprio quel “diritto che non c'è”, secondo la concezione tradizionale, mostra nei fatti tutta la potenza della sua vocazione – per molto tempo negata – a introdurre nell'ordinamento nuove regole, tanto sostanziali, quanto processuali, giungendo perfino a disciplinare se stesso, delimitando la propria efficacia nel tempo, e invoca – forse inconsapevolmente, per il solo fatto di esistere – qualche forma di autorità per essere, se non addirittura controllato, almeno ridotto a sistema.

3. *Il nuovo «principio di diritto» e la «nomofilachia consultiva»*⁴⁶

Il legislatore, dopo anni di inarrestabile incremento nel numero dei ricorsi⁴⁷, che ha trasformato la Cassazione in un *unicum* bulimico nel pano-

⁴⁵ Così lo definisce testualmente M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 759 ss.

⁴⁶ La «nomofilachia consultiva» non esiste: è una locuzione inventata, come pure è inventata quella di «giurisprudenza consultiva» che darà il titolo al capito che segue. Sulle origini di queste espressioni e sulle ragioni che hanno indotto a farne un adattamento ai fini della presente indagine rinvio a quanto si dirà *infra*, cap. II, nt. 1.

⁴⁷ Il numero dei ricorsi in materia civile toccò la cifra record di 34.100 l'anno, proprio

rama mondiale⁴⁸, oscurandone la funzione di tutela dello *ius constitutionis* a tutto vantaggio dello *ius litigatoris* – peraltro coperto da garanzia costituzionale⁴⁹ – non decise di percorrere la strada maestra – da tempo indicata dalla dottrina per mezzo dell’introduzione di meccanismi razionali di selezione dei ricorsi⁵⁰ – ma preferì, per un verso affidarsi ad un formalismo potenzialmente esasperato e foriero di metodi di “filtro” – secondo una terminologia poi divenuta di moda – dei ricorsi ai limiti della ragionevolezza⁵¹

nel 2006 (ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, *L’Italia in 150 anni. Sommario di statistiche storiche 1861-2010*, cit., p. 288).

⁴⁸ Non vi è – salvo mio errore – in alcun paese al mondo una Corte suprema che introiti (e decida annualmente) numeri simili di procedimenti. Alcuni riferimenti potranno bastare a giustificare questa affermazione: in un recente articolo apparso su *Le monde* del 11 ottobre 2017 (p. 21), dal titolo *Changer de paradigme pour une justice moderne*, a firma di due noti avvocati francesi (Daniel Soulez Larivière e Pierre-Olivier Sur), gli aa. affermano significativamente: «*quand, lors de colloques internationaux des Français disent que leur Cour suprême rend plus de trente mille décisions par an, c’est la franche hilarité*» (quando la Cassazione italiana ne pronuncia complessivamente 85.000 circa, di cui 27.000 circa solo nel civile: dati 2016). In un recente saggio l’enormità strutturale della Corte di cassazione italiana ha indotto una colta dottrina a equipararla metaforicamente ad «un grande elefante, dalla memoria storica lunga, ma di enorme stazza – mentre, più o meno, tutte le altre Corti supreme sono animali di piccola taglia, molto più agili –, sì che solo la sua sensibile proboscide gli assicura movenze più strategiche» (C. CONSOLO, *La Cassazione multifunzionale nella compiuta globalizzazione socio-economica (diagnosi e prognosi progredienti, al di là del puro anelito di nomoflachia)*, in *Quest. giust.*, 2017, p. 22 ss. e spec. p. 25).

⁴⁹ In argomento è tuttora fondamentale V. DENTI, *Commento all’art. 111*, in V. DENTI-G. NEPPI MODONA-G. BERTI-P. CORSO, *La magistratura. Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Tomo IV, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1987, pp. 1-39.

⁵⁰ Cfr. M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., p. 759 ss.; contra F.P. LUISO, *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, p. 817 ss.

⁵¹ Mi riferisco, ovviamente, in particolare al – poi soppresso – «obbligo che il motivo di ricorso si chiuda, a pena di inammissibilità dello stesso, con la chiara enunciazione di un quesito di diritto» (l. 14 maggio 2005, n. 80, art. 2, c. 3, lett. a)), tradottosi, in sede di esercizio della delega, nell’introduzione dell’art. 366-bis c.p.c., poi abrogato dall’art. 47, c. 1, lett. d), della l. 18 giugno 2009, n. 69. In argomento v. in senso critico: G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 943 ss.; A. TEDOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.*, 2006, p. 2002; G. GILARDI, *Quale futuro per la Cassazione civile?*, in *Quest. Giust.*, 2005, p. 498; A. CARRATA, *La riforma del giudizio in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1118; M. DE CRISTOFARO, *Del quesito di diritto: ovvero di come formalismi incongrui possano soffocare la garanzia del giusto processo*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 2296 ss.; in termini meno severi, ritenendo che con le prime pronunce la Cassazione si fosse limitata a richiedere un livello di formalismo tutto sommato accettabile, v. A. BRIGUGLIO, *La Cassazione e i «quesiti»*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 2736 ss.; Id., *Precisazioni e disorientamenti (veri o presunti) sui «quesiti» ex art. 366 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2008, pp. 2537-2544.

e, per altro verso, “irrobustire” la funzione nomofilattica⁵².

Del primo profilo non ci occuperemo ora direttamente, anche perché esso è legato ad un requisito del ricorso – il “quesito di diritto” – ormai soppresso. L'irrobustimento della funzione nomofilattica, invece, non solo è tuttora attuale ed anzi risulta il *Leitmotiv* – più o meno espresso – di molte delle riforme recenti, ma incide direttamente sul modo in cui la Cassazione svolge la sua funzione di custode del diritto. In questa parabola evolutiva il principio di diritto gioca un ruolo da protagonista: previsto espressamente dal codice del 1940-42 agli artt. 384 c.p.c. e 146 disp. att. c.p.c.⁵³, per il caso in cui la Corte avesse accolto il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, il legislatore del 2006 ha ampliato significativamente le ipotesi in cui esso deve (o può) essere pronunciato.

Da un lato, infatti, la lezione attuale dell'art. 384 c.p.c. prevede che la Cassazione enunci il principio di diritto quando *decide* (e non solo quando *accoglie*, come la lettera originaria disponeva) il ricorso proposto ex art. 360, c. 1, n. 3, c.p.c., – ossia anche in caso di rigetto del ricorso – nonché quando, *decidendo* su altri motivi di ricorso – quindi sia che accolga, sia che rigetti – risolve una questione di diritto di particolare importanza, sollecitata a mezzo di un ricorso proposto anche per i nn. 1, 2, 4 e 5 dell'art. 360, c. 1, c.p.c.⁵⁴

⁵² Era la stessa legge delega (l. 14 maggio 2005, n. 80) a dare espressamente mandato al Governo con successivo decreto a «disciplinare il processo di cassazione in funzione nomofilattica» (art. 2, c. 3, lett. a)).

⁵³ Sulla frequente disapplicazione dell'art. 143 disp. att. c.p.c., nella parte in cui prevede che il principio di diritto debba essere enunciato «specificamente» nella sentenza della corte v., per tutti, G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, II ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 577; M. TARUFFO, *Le novità nel giudizio di cassazione*, in *Libro dell'anno 2013*, Treccani, Roma, par. 2.2.

⁵⁴ In argomento v. A. PANZAROLA, *Commento all'art. 384*, in A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, vol. III, tomo I, Cedam, Padova, 2009, p. 282 ss.; M. FARINA-A. PANZAROLA, *Commento all'art. 384*, in L.P. COMOGGIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, Utet, Torino, 2013, p. 1099 ss.; E. SILVESTRI-F. FERRARIS, *Commento all'art. 384*, in F. CARPI-M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII ed., 2015, Cedam, Padova, p. 1529 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 384*, in C. CONSOLO, *Codice di procedura civile*, Tomo II, V ed., Wolters Kluwer, Milano, 2013, p. 1126; in nonché, anche nel più ampio contesto della riforma del 2006, G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, cit., p. 943 ss.; A. TEDOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti*, cit., p. 2002 ss.; A. CARRATTA, *La riforma del giudizio in Cassazione*, cit., p. 1118; M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., p. 759 ss.; G. GILARDI, *Quale futuro per la Cassazione civile?*, cit., p. 498 ss.; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p.

Dall'altro lato, la modifica dell'art. 363 c.p.c.⁵⁵ – ora rubricato «principio di diritto nell'interesse della legge», anziché, secondo la lezione originaria, «ricorso nell'interesse della legge» – ha comportato che il Procuratore generale, non solo quando le parti non abbiano proposto ricorso nei termini o vi abbiano rinunciato, ma anche in ogni altro caso in cui il provvedimento non è ricorribile per cassazione o altrimenti impugnabile, possa chiedere che la Cassazione enunci il principio di diritto nell'interesse della legge. Infine, il principio di diritto, a seguito della riforma del 2006, può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, ove la Corte ritenga che la questione decisa sia di particolare importanza.

Le novità che hanno interessato il principio di diritto, di cui si è appena dato conto in sintesi, non ne hanno solo quantitativamente ampliato le occasioni di pronuncia, ma ne hanno intaccato, modificandola, la stessa natura. Mentre, infatti, originariamente l'enunciazione del principio di diritto risultava strumentale al giudizio di rinvio, sicché quest'ultimo appariva geneticamente connesso al vincolo operante nei confronti del giudice *ad quem*, oggi la sua funzione è qualitativamente *altra*, rivolgendosi potenzialmente a tutti i magistrati dell'ordine giudiziario. L'enunciazione del principio di diritto diviene, così, da veicolo dell'*esatta osservanza* della legge – nel senso di *applicazione* – a cui il giudice di rinvio deve uniformarsi, a manifesto dell'*esatta osservanza* della legge – nel senso di *interpretazione* – indirizzato potenzialmente a tutti i giudici⁵⁶.

238; A. PROTO PISANI, *Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, in *Foro it.*, V, c. 122 ss.; R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 9 ss.; I. LOMBARDINI, *La riforma del giudizio di cassazione alla luce del d.legisl. n. 40 del 2006*, in *Studium iuris*, 2006, p. 1236 ss.; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le modificazioni in materia di processo di cassazione tra nomofilachia e razionalizzazione dell'esistente*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 449 ss.

⁵⁵ La modifica dell'art. 363 c.p.c. è pure avvenuta ad opera dell'art. 4 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Su detta modifica la letteratura è piuttosto copiosa; oltre alle *opp. citt.* nella nt. precedente, che contribuiscono ad un inquadramento più generale, si vedano almeno: A. BRIGUGLIO, *Commento all'art. 363*, in A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, vol. III, tomo I, cit., p. 110 ss.; R. TISCINI, *Commento all'art. 363*, in L.P.COMOGGIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, cit., p. 710 ss.; M. FORNACIARI, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 32 ss.; E. SILVESTRI-F. FERRARIS, *Commento all'art. 363*, in F. CARPI-M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, cit., p. 1497 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 363*, in C. CONSOLO, *Codice di procedura civile*, Tomo II, cit., p. 914 ss.

⁵⁶ Sulla distinzione tra *applicazione* e *interpretazione* della legge si vedano: G. TARELLO,

Il mutamento qualitativo (oltre che quantitativo) del principio di diritto si percepisce non solo “a valle”, nella misura in cui esso si affranca dalla sua funzione di vincolo per il giudice del rinvio, ma anche “a monte”, divenendo strumento indipendente dall’iniziativa delle parti, consegnato nuovamente – con una formula più convincente di quella antica⁵⁷ – nelle mani del Procuratore generale e, per la prima volta, in quelle della stessa Cassazione, che ne è oggi padrona quasi assoluta, potendolo enunciare *sempre*: qualunque sia il motivo di ricorso, sia quando accoglie, sia quando rigetta, sia quando dichiara inammissibile il ricorso, purché ritenga che la questione decisa sia di particolare importanza.

Quale che sia il giudizio sulla riforma per il (super-)potenziamento del principio di diritto, non si può negare che essa tenda a restituire un mag-

Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica, in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto, e analisi del linguaggio*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 406 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 42 ss. Valorizzava all'inizio degli anni Novanta la contrapposizione tra *applicazione* e *interpretazione* della legge nel contesto della funzione nomofilattica della Corte di cassazione M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, cit., p. 65 ss., il quale, nell'interpretare la locuzione di cui all'art. 65 ord. giud. «esatta osservanza ... della legge», rilevava che i significati da attribuirle possono essere due: secondo una prima lettura assicurare l'esatta osservanza della legge può significare «controllare che le decisioni sui singoli casi concreti siano rese sulla base di valide ragioni giuridiche», sicché in questa accezione *osservanza* diventa sinonimo di *applicazione* più che di *interpretazione* della legge. In altri termini – secondo Taruffo – in «questa prospettiva la funzione della Cassazione consiste nel prendere in esame le singole decisioni delle corti inferiori e nel controllare se in tali decisioni la legge è stata esattamente applicata». In base ad una seconda lettura, l'esatta osservanza della legge può, invece, essere intesa «come individuazione dell'interpretazione corretta delle norme giuridiche in sé considerate». L'a. giustamente ritiene che si tratti di una distinzione che opera in termini di prevalenza piuttosto che di contrapposizione concettuale, sicché la Cassazione fa entrambe le cose, ma, secondo l'analisi di Taruffo, attribuisce nella realtà prevalenza alla prima tendendo a privilegiare una visione della propria funzione in termini di controllo di legalità sull'*applicazione* della norma nel caso concreto, piuttosto che sull'*interpretazione* della norma in termini generali.

⁵⁷In tempi molto recenti la Procura generale presso la Cassazione dimostra di aver preso molto sul serio l'istituto della «enunciazione del principio di diritto», di cui all'art. 363 c.p.c., facendone perfino occasione di una riorganizzazione interna dell'ufficio, orientata ad una maggiore valorizzazione del servizio dedicato all'istruttoria delle istanze di enunciazione del principio di diritto. Una nota del 31 gennaio 2017, a firma dell'allora P.G. Pasquale Ciccolo, è stata diramata alle più importanti riviste giuridiche e inviata all'Associazione fra gli studiosi del processo civile, auspicando che presso l'ufficio della procura generale si organizzino incontri, a carattere seminariali, con la partecipazione di rappresentanti di categorie istituzionali. La comunicazione del P.G. è stata pubblicata in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 483 ss. – a cui si rimanda per la lettura integrale – ed è stata seguita dall'intervento di G. COSTANTINO, *Note sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, ivi, p. 712 ss.

gior peso alla garanzia dello *ius constitutionis*, in più fedele aderenza alla lettera dell'art. 65 ord. giud., in parte tradita da una Cassazione, che nel tempo si è mostrata più incline a verificare la corretta applicazione della norma nel singolo caso, che ad individuarne il significato generale⁵⁸. Ciò è avvenuto al prezzo di emancipare l'enunciazione del principio di diritto dall'interesse delle parti e dal singolo caso concreto, ma non a scapito – almeno non apparentemente – del c.d. *ius litigatoris*, che ne è lasciato indenne (da questa riforma, ma non da altre: si veda, ad es., il c.d. “filtro”), secondo una traiettoria, per certi versi originale, che affranca il riscatto dello *ius constitutionis* dalla necessaria frustrazione dello *ius litigatoris*, smentendo una logica per molto tempo apparsa inevitabile⁵⁹. Ne risulta un organo di vertice potenzialmente più propenso a guardare al futuro e virtualmente proiettato – attraverso un sapiente (?) ricorso all'istituto del principio di diritto – verso un recupero della sua funzione di guida nella esatta osservanza – qui intesa come *interpretazione*, piuttosto che come *applicazione* – della legge.

L'emancipazione dell'enunciazione del principio di diritto dall'interesse delle parti si coglie agevolmente nell'attribuzione – oggi più convinta (e, si direbbe, anche nei fatti ben più convincente⁶⁰) che in passato – della funzione di impulso al P.G. e dei poteri officiosi alla stessa Corte suprema, mentre la sterilizzazione del principio di diritto dal caso concreto emerge dalla mutazione qualitativa del “vecchio” ricorso nell'interesse della legge in una *istanza*, che non è più volta alla cassazione della sentenza impugnata, ma alla pronuncia di un principio di diritto che, essendo improduttivo di effetti per il caso concreto – vuoi perché la sentenza non è più ricorribile, vuoi perché trattasi di provvedimento non ricorribile per cassazione o non impugnabile⁶¹ –, tende fisiologicamente a prescindere dalle peculiarità fat-

⁵⁸ M. TARUFFO, *op. loc. ultt. citt.*

⁵⁹ Per l'affermazione secondo cui un recupero dello *ius constitutionis* non può che aver luogo sulla base di una riduzione significativa del numero dei ricorsi v. ancora M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., p. 759 ss.; ID., *Le novità nel giudizio di cassazione*, cit.

⁶⁰ Cfr., infatti, P. CICCOLO, *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 486 ss. e quanto già detto al riguardo *supra*, nt. 57.

⁶¹ Si veda sul punto M.R. MORELLI, *L'enunciazione del principio di diritto*, in M. ACIERNO-P. CURZIO-A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, II ed., Cacucci, Bari, 2015, p. 415 ss. e spec. p. 432 ss., il quale correttamente ha osservato – richiamando la giurisprudenza di legittimità: cfr., in particolare, Cass., sez. un., 1 giugno 2010, n. 13332, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1862, con nota di G. IANNIRUBERTO, *La domanda del procuratore generale della Cassazione per l'enunciazione del principio di diritto: regole proces-*

tuali che lo connotano. È pur vero che in giurisprudenza si è sottolineato come, nonostante l'iniziativa del P.G. non sia in grado di incidere sulla fattispecie concreta del caso singolo, non possa tuttavia prescindere del tutto (e questa, in verità, è una osservazione perfino banale)⁶², ma pare difficile – se non coltivando una concezione ingenua dell'esercizio della funzione giudiziaria – mettere in discussione che la Corte, nel momento in cui dovrà enunciare il principio di diritto su istanza del P.G., lo farà ben diversamente da come lo farebbe sapendo che la propria decisione incide sui diritti delle parti. Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento al potere officioso della Corte, almeno quando esso si esercita in concomitanza a declaratorie di inammissibilità del ricorso. Anche in questo caso, infatti, «il principio così enunciato non può attingere la fattispecie cui si riferisce, per la conseguente consolidazione nel giudicato della decisione ad essa data dal giudice del merito»⁶³. La Cassazione, in altri termini, qui non avvertirà “il peso” del caso concreto ed enuncerà il principio di diritto inevitabilmente più come se stesse rendendo un parere, che decidendo una causa, ben consapevole che in questo contesto essa esercita una *nomofilachia* che si esplica in una forma *consultiva*, piuttosto che contenziosa⁶⁴.

Alla luce di quanto si è detto non può sfuggire che il procedimento previsto per la pronuncia del principio di diritto origina e si snoda attraverso iniziative e competenze che prediligono una verticalizzazione delle attribuzioni all'interno della stessa Cassazione: infatti, la richiesta

suali – che «la richiesta di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, rivolta alla Corte di cassazione dal P.G. ai sensi del novellato art. 363 c.p.c., si configura non già come mezzo di impugnazione, ma come procedimento autonomo, originato da un'iniziativa diretta a consentire il controllo sulla corretta osservanza ed uniforme applicazione della legge, con riferimento non solo all'ipotesi di mancata proposizione del ricorso per cassazione, ma anche a quelle di provvedimenti non impugnabili o non ricorribili per cassazione, in quanto privi di natura decisoria, con la conseguenza che l'iniziativa del P.G., che si concreta in una mera richiesta e non già in un ricorso, non deve essere notificata alle parti, prive di legittimazione a partecipare al procedimento».

⁶² Cass., sez. un., 11 gennaio 2011, n. 404, in *Giur. it.*, 2011, p. 2618 ss., con nota di A. RONCO, *Ricorso per cassazione nell'interesse della legge: tra il principio di diritto auspicato che il provvedimento censurato deve correre una relazione di pregiudizialità-dipendenza (e non basta un nesso di semplice occasionalità)*.

⁶³ V., ancora, M.R. MORELLI, *L'enunciazione del principio di diritto*, cit. p. 434.

⁶⁴ Cfr. N. JAEGER, *Nozione, caratteri, autorità della giurisdizione consultiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 378 ss.; F. TOMMASEO, *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia*, in *Giur. it.*, 2003, p. 827 ss.; G. SCARSELLI, *Circa il (supposto) potere della Cassazione di enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3339 ss. V. anche *infra* cap. II.

del Procuratore generale, contenente una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza, è rivolta al primo presidente, il quale può disporre che la Corte si pronunci a sezioni unite se ritiene che la questione sia di particolare importanza⁶⁵. Si tratta, in definitiva, di una *nomofilachia consultiva*, il cui governo è rimesso alla stessa Corte suprema e ai suoi organi di vertice: il Procuratore generale e il Primo presidente. Detta nomofilachia potrà anche essere sollecitata dal privato, con un ricorso volutamente inammissibile, così come lo furono, subito dopo l'entrata in vigore della riforma, quelli da cui scaturì Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187⁶⁶. Ma l'ultima parola spetterà pur sempre alla Corte, che potrà *decidere se decidere*, rispondendo alla sollecitazione del ricorrente e pronunciando il principio di diritto, o *se non decidere*, semplicemente dichiarando il ricorso inammissibile⁶⁷.

Si tratta di una novità di non poco momento, sia perché in definitiva crea un nuovo strumento di ricorso all'autorità della Cassazione, che consente di invocarne l'intervento anche al cospetto di provvedimenti non impugnabili, né ricorribili per Cassazione, sia perché mette nelle mani di quest'ultima un (qualitativamente) "nuovo potere", consentendole di *scegliere* tra i ricorsi – più o meno scientemente inammissibili –, quelli che "le servono" per "fare" nomofilachia. Si tratta di qualcosa che, pur in un contesto incomparabilmente diverso, richiama alla memoria l'emblematico *writ of certiorari*, che fa della Corte suprema degli Stati Uniti un organo con marcata vocazione politica, che decide *se e quando decidere* i ricorsi che le vengono sottoposti⁶⁸. Non è possibile sviluppare qui questo spunto,

⁶⁵ Art. 363, c. 2, c.p.c.

⁶⁶ Tanto "privato", in realtà, non era il ricorrente per cassazione (contro l'ordinanza che aveva rigettato un reclamo cautelare esperito avverso un 700 c.p.c.), nel caso di specie, trattandosi della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

⁶⁷ Si tratta, peraltro, di una prerogativa esercitata prevalentemente dalle sezioni unite e, solo in misura più contenuta, dalle sezioni semplici: cfr. A. CRISCUOLO, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, in G. IANNIRUBERTO-U. MORCAVALLO, *Il nuovo giudizio di cassazione*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 64.

⁶⁸ Si veda, per tutti, nella letteratura italiana l'ormai classico studio di V. BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999, *passim*, nonché F. TIRIO, *Il writ of certiorari davanti alla Corte suprema. Principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milano, 2000, *passim*; F. FERRARIS, «Rationing justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*. Per un recente vasto e approfondito quadro comparatistico sul tema è indispensabile la consultazione di L. GIANNINI, *El Certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*, tomi I e II, Libreria Editora Platense, La Plata, 2016, *passim*. Non si comporta molto diversamente la corte suprema del Regno Unito (UKSC): cfr. per ampi riferimenti E. CALZOLAIO, *Riforma del*

né sarebbe opportuno sopravvalutarlo, ma altrettanto ingiusto sarebbe omettere di segnalare questa consonanza che, per quanto debba restare – per le troppe differenze che separano i due sistemi – poco più che una suggestione, può certo contribuire a mostrare il “nuovo volto”⁶⁹ di una Cassazione che – al di là delle apparenze – non è più uguale a se stessa.

Infine, da un esame della giurisprudenza che forma quella che abbiamo chiamato – un po’ provocatoriamente, cogliendo alcuni spunti polemici in dottrina⁷⁰ – la nomofilachia consultiva, si scopre – senza sorpresa, a onor del vero – che questo è il regno delle pronunce sul diritto processuale, un ambito normativo nel quale prolifera disgraziatamente una certa discordia giurisprudenziale, emergente da alcuni risalenti studi empirici che, già alla fine degli anni ’60, ne riconducevano l’emersione alla ripartizione delle “competenze” tra le diverse sezioni semplici per materie di diritto sostanziale⁷¹.

4. La soppressione del sindacato sulla motivazione: riflessi (più o meno) occulti sulla nomofilachia

La storia recente delle (apparentemente infinite) riforme processuali ha *de facto* consegnato (forse definitivamente?⁷²) al passato il sindaca-

processo di Cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione «civil law-common law», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1003 ss.

⁶⁹ L’espressione è di G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, cit., p. 943 ss.

⁷⁰ V. *supra*, nt. 64.

⁷¹ Si veda G. DI FEDERICO, *La Corte di Cassazione*, Laterza, Bari, 1969, p. 51, ove l’a. osservava: «Come tutte le possibili divisioni del lavoro attuabili in una qualsiasi organizzazione, anche quella prescelta in Corte di cassazione tende a far prevalere il raggiungimento di alcuni obiettivi rispetto a certi altri pur essi rilevanti per il perseguimento dei fini istituzionali. I magistrati da noi interpellati hanno, infatti, indicato che il tipo di divisione del lavoro tra le sezioni semplici, basato come esso è su classificazioni tratte dal diritto sostanziale, non crea alcun tipo di specializzazione relativa alla interpretazione delle norme di rito. Di conseguenza, sempre secondo i nostri intervistati, le difformi interpretazioni giurisprudenziali del diritto si verificano in Corte di cassazione prevalentemente in relazione a questioni giuridiche che implicano la interpretazione di norme procedurali».

⁷² Una parte della dottrina ritiene che la sostituzione della precedente versione del n. 5 dell’art. 360 c.p.c. non sia idonea a produrre mutamenti significativi, potendo, a rigore, il sindacato sulla motivazione essere sollecitato ai sensi dell’art. 360, c. 1, n. 4), c.p.c.: così M. TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 383 ss.; *contra* B. CAPPONI, *L’omesso esame del n. 5 dell’art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 925 ss. e spec. p. 935.

to della Cassazione sulla motivazione della sentenza civile, mediante la sostituzione del testo dell'art. 360, c. 1, n. 5), c.p.c.⁷³. I commenti più avveduti, infatti, hanno letto la nuova versione della disposizione come una vera e propria sostituzione del precedente vizio di motivazione con uno nuovo, quello, appunto, dell'omesso esame di un fatto decisivo, che è cosa affatto diversa dalla insufficienza, illogicità o contraddittorietà della motivazione, pur potendone essere una delle cause⁷⁴. Mentre sarebbe inopportuno – anche alla luce della copiosissima letteratura apparsa sul punto⁷⁵ – indulgiare ulteriormente su un tema già tanto dibattuto, preme

⁷³ L'art. 360, c. 1, n. 5, c.p.c., come sostituito dall'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, com'è noto, ora prevede tra i motivi di ricorso per cassazione l'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti».

⁷⁴ B. CAPPONI, *L'omesso esame del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, cit., p. 925 ss. e spec. p. 936.

⁷⁵ Del tutto inopportune sarebbero indicazioni bibliografiche con pretesa di completezza. Oltre alle *opp. citt.* nelle nt. precedenti, si vedano, tuttavia, almeno anche: F. SANTANGELI, *Commento agli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.*, in *N.l.c.c.*, 2010, p. 822 ss.; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, in Id. (a cura di), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 377 ss.; Id., *La riforma delle norme sulla motivazione della sentenza*, in *Giur. it.*, 2011, p. 243 ss.; M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 437 ss.; P. BORSELLINO, *La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale*, in B. BISCOTTI-P. BORSELLINO-V. POCAR-D. PULITANÒ, *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della facoltà di giurisprudenza. Università degli Studi di Milano-Bicocca, 19-20 novembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 141 ss.; M. BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul «nuovo» art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 677 ss.; Id., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, *ivi*, 2013, p. 431 ss.; C. DI IASI, *Il vizio di motivazione dopo la l. n. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1441 ss.; G. MONTELEONE, *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 1 ss.; A. PICCININNI, *I motivi di ricorso in cassazione dopo la modifica dell'art. 360, n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 407 ss.; B. SASSANI, *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss.; Id., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 849 ss.; E. SCODITTI, *Ontologia della motivazione semplificata*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 677 ss.; G. MONTELEONE, *Il controllo della Corte suprema sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 871 ss.; F. ROTA, voce *Motivazione [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line*, Treccani, 2015; L. PASSANANTE, *Le Sezioni Unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 199 ss.; F. SANTANGELI, *Il controllo del giudizio di fatto in Cassazione e le sentenze delle Sezioni Unite*, in www.judicium.it; E.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 204 ss.; C. DI IASI, *Il sindacato della Cassazione sulla motivazione*, in M. ACIERNO-P. CURZIO-A. GIUSTI, *La Cassazione civile*, cit., p. 331 ss.; L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 145 ss. Da ultimo, v. il lavoro monografico di C.