



**COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA**

Luca Passanante

IL PRECEDENTE IMPOSSIBILE

**Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale
nel processo civile**



G. Giappichelli Editore – Torino



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Luca Passanante

IL PRECEDENTE IMPOSSIBILE

Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale
nel processo civile



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-7705-5 (formato ebook)

ISBN/EAN 978-88-921-1573-6 (formato cartaceo)

La pubblicazione di questo volume è stata subordinata alla valutazione positiva espressa su di esso da due docenti esterni anonimi, scelti dal Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia (nella sua qualità di Coordinatore pro-tempore della Collana) secondo il modello della "revisione fra pari in doppio cieco".

Publicato nel mese di marzo 2018
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	IX

CAPITOLO I RIFORME PROCESSUALI E NOMOFILACHIA

1. Premessa	1
2. Il diritto che non c'è	7
3. Il nuovo «principio di diritto» e la «nomofilachia consultiva»	12
4. La soppressione del sindacato sulla motivazione: riflessi (più o meno) occulti sulla nomofilachia	20
5. La «giurisprudenza» della Corte <i>ex art. 360-bis</i> c.p.c. e la nomofilachia della nomofilachia	30
6. Il «precedente»	38
7. La nomofilachia anticipata: l'accertamento pregiudiziale <i>ex art. 420-bis</i> c.p.c.	40
8. Due Cassazioni (... anzi, tre!) in una	51
9. Conclusioni	57

CAPITOLO II GIURISPRUDENZA CONSULTIVA

1. Premessa	61
2. Tra libertà e vincoli: interpretare vs. decidere	64
3. Nomofilachia e teorie del ragionamento giuridico	72
3.1. Teoria del sillogismo	73
3.2. Teorie ermeneutiche del ragionamento giuridico	76
3.3. Nuova retorica	81
3.4. Teorie analitiche del ragionamento giuridico	85
3.5. Rilievi di sintesi	88
4. Interpretare senza decidere: i «pareri» della Cassazione	91
5. Esempi moderati di «giurisprudenza consultiva»: Francia e Spagna	94

	<i>pag.</i>
6. Esempi estremi di «giurisprudenza consultiva»: la «giurisprudenza paranormativa»	99
6.1. La « <i>sùmula vinculante</i> » brasiliana	100
6.2. I «chiarimenti direttivi» del <i>Plenum</i> della Corte suprema dell'URSS e i «chiarimenti» del <i>Plenum</i> della Corte suprema e della Corte superiore d'arbitrato della Federazione Russa	104
6.3. Le sentenze e i decreti interpretativi dell'assemblea generale della Corte di cassazione e della Corte suprema amministrativa della Bulgaria	107
6.4. Le «istruzioni» del Consiglio del Governo del Tribunale Supremo Popolare di Cuba	109
7. Considerazioni conclusive	110

CAPITOLO III LA MASSIMA

1. Premessa	117
2. Profilo istituzionale: l'Ufficio del Massimario	119
3. Struttura e funzione: la massima come enunciato normativo	125
4. Massima e potere	132
4.1. La massima come mezzo di comunicazione	133
4.2. Massima e riduzione della complessità: la funzione catalitica della massimazione delle sentenze	135
4.3. La rivincita silente delle «massime consolidate»: <i>certalex</i> , <i>certanet</i> e la «super-giurisprudenza»	138
5. Massima e tempo	144
6. Massima e precedente	146
7. Massima e interpretazione	153
7.1. Massima e principio di diritto	155
7.2. Massima, <i>ratio decidendi</i> e <i>abiter dictum</i>	159
7.3. Massima, <i>obiter dicta</i> e giurisprudenza consultiva occulta	174
8. Massime mentitorie	174
9. Conclusioni	181

CAPITOLO IV IL PRECEDENTE

1. Premessa	185
2. Il precedente in Inghilterra e la regola dello <i>stare decisis</i>	191

	<i>pag.</i>
3. Dimensione (intrinsecamente) comparatistica del precedente	195
3.1 Il precedente negli ordinamenti di <i>common law</i>	197
3.2 Il precedente negli ordinamenti di <i>civil law</i>	201
3.2.1. Francia	201
3.2.2. Germania	204
3.2.3. Italia	206
3.2.3.1. Un caso di «precedente vincolante» nel diritto coloniale	207
3.2.3.2. L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione?	208
3.2.4. Spagna	212
3.2.5. Ungheria e Bulgaria	214
3.2.6. Messico e Brasile	215
3.2.7. Cuba, ex URSS e Federazione Russa	217
3.3. Il «precedente comunitario»	218
4. Inattendibilità (e inutilità) della distinzione tra «precedente vincolante» e «precedente persuasivo»	230
5. «Culture del precedente»: differenze più attendibili (e più utili) tra precedente in <i>civil law</i> e in <i>common law</i>	242
5.1. L'estensione del precedente: <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	243
5.2. La direzione del precedente: chi «fa» il precedente?	254
5.3. La posizione del precedente: tra fatto e diritto	261
6. Conclusioni	266

CAPITOLO V

MUTAMENTI DI GIURISPRUDENZA E DIRITTO PROCESSUALE: IL «*PROSPECTIVE OVERRULING*»

1. Posizione del problema	273
2. Origini ed evoluzione dell'istituto del <i>prospective overruling</i> negli Stati Uniti	280
3. Eccentricità dell'istituto e sua diffusione in <i>civil law</i> e in <i>common law</i>	283
4. Il <i>prospective overruling</i> in Italia	289
4.1. Genesi: bisogno di <i>prospective overruling</i>	289
4.2. Tecniche di attuazione del <i>prospective overruling</i>	292
4.3. Un <i>prospective overruling</i> all'italiana?	304
5. Cautele a «doppio taglio» per gli <i>overruling</i> processuali	307
5.1. Resistenza della giurisprudenza e forza del precedente	311
5.2. <i>Prospective overruling</i> , precedente vincolante e diritto processuale civile	312

	<i>pag.</i>
6. Un male da curare o da prevenire?	315
6.1. Processo civile e principio di legalità	320
6.2. Etica del cambiamento e direttive interpretative	326
6.3. Diritto processuale civile e interpretazione: un problema (anche) istituzionale	330
6.4. Modelli prescrittivi dell'interpretazione e formanti nel sistema del diritto processuale civile	340
 <i>Postilla</i>	 343
 <i>Riferimenti bibliografici</i>	 347

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 compiere un'attività di selezione delle fonti. I criteri a cui questa selezione si è ispirata hanno inteso privilegiare, coerentemente con la prospettiva ap-

pena illustrata, il punto di vista della dottrina processualcivilistica, 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; 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 mole di provvedimenti, la quale per imponenza probabilmente supera l'insieme di tutti i contributi di dottrina. A maggior ragione in questo caso, pertanto, 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 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 proposta dalla filosofia analitica, 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 dare loro 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 non sono stati avviati o incoraggiati da un solo autorevole studioso, ma hanno, di regola e salve 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, più 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* – 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 tema, 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 punto più problematico, come si è detto, della nomofilachia, perché qui la Corte “governa sé 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. Ciò nonostante – si ripete qui ciò che si è già detto poco sopra – questo lavoro non annovera tra le proprie aspirazioni quella di offrire certezze assolute, ma, semmai, quella – più modesta, ma forse più utile – di mettere 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 formal-

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. I, 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». Sulle origini 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.*

mente 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 giurisdizione ².

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 giudiziarie ³, si è mosso, però, incessante il flusso delle riforme delle norme processuali, che, in modo particolare nell'ultimo decennio, 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 nomofilattica ⁴. 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'evoluzione ⁵. 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 giu-

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*.

diziario ad oggi. La Cassazione, com'è noto, venne unificata nel 1923, ma solo nel 1941 le venne assegnata la funzione della nomofilachia ⁶: la Corte suprema in quel tempo decideva un numero esiguo di ricorsi ⁷, sicché *ius constitutionis* e *ius litigatoris* potevano coesistere per così dire pacificamente, senza ostacolarsi l'un l'altro ⁸. Così è stato per qualche decennio ⁹, 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 merito ¹² – in cui la prepotenza (almeno) quantitativa dello *ius litigatoris* rischiava di compromettere lo *ius con-*

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 anche in tempi molto 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, *Letica fascista nella nuova legislazione civile e la disciplina ammonaria. 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, 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, parr. 2.1-2.8 e Tomo II, cap. VI.

stitutionis 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 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 un forte controllo selettivo, 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 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 disponibili-

¹³V. le *opp. locc. citt.* alla nt. precedente. Sui rapporti tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis* 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 intorbidì 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».

¹⁴Così, 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.

tà 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 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 giudiziario¹⁷.

Denti criticò aspramente questa nuova visione della nomofilachia, 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. Tut-

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

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 e registra 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).

tavia, come abbiamo accennato, nell'ultimo decennio un'ampia serie di riforme processuali nel complesso sono andate 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 da quella voluta da Calamandrei di quanto non avesse fatto il codice di procedura e la legge sull'ordinamento giudiziario.

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 più e meno recenti riforme processuali che, a 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, 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 esco-

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

gitati 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 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” (*sigh!*) 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 intraprendere 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

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

²⁴ M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in P. COMANDUCCI – 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.

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, 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 inopportunamente, 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"

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.

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*, V ed., Giapichelli, Torino, 2014, 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., sez. I, 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 interpreta-

smentendo almeno in parte nei fatti questo dogma tralatizio³⁵: essa inizia a discorrere di “irretroattività” degli *overruling* imprevedibili³⁶, così 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.

zione della legge, ma non un vincolo – estraneo al nostro ordinamento – a conformarsi ai precedenti giurisprudenziali»; Cass., sez V, 1 aprile 2004, n. 6448; Cass., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11096; Cass., sez. I, 12 gennaio 2007, n. 565; Cass., sez. lav., 13 novembre 2007, n. 23569; Cass. sez. VI, 30 dicembre 2011, n. 30111; Cass., sez. II, 16 aprile 2012, n. 5972; nonché, da ultimo, Cass., sez. II, 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 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 accurato 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.

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 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:

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».

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

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

⁴⁰R. 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., ma sulla quale ha poi elaborato una teoria dell'interpretazione G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 135 ss.

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.

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 importante 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 si trova 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.

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.).

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

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 stessa, 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 controllata, almeno ridotta 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 panorama 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

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 questa espressione 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, proprio nell’anno 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 nomofilachia*, 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.

– 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 e, per altro verso, “irrobustendo” 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

⁵⁰ Cfr. M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., p. 759 ss.; contra F.P. LUISSO, *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.

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.

ha ampliato significativamente le ipotesi in cui esso deve (o può) essere pronunciato.

Da un lato, infatti, la lezione attuale dell'art. 384 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 – 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

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 Procu-

⁵⁴In 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.COMOGLIO – 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. 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 *Corriere giur.*, 2006, p. 449 ss.

⁵⁵La 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.COMOGLIO – 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.

ratore 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 di 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.

⁵⁶ Sulla distinzione tra *applicazione* e *interpretazione* della legge si vedano: G. TARELLO, *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 *applicazione* della norma nel caso concreto, piuttosto che sull'*interpretazione* della norma in termini generali.

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 maggior 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* in aderenza a 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

⁵⁷ In 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 del 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.

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. M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., p. 759 ss.; Id., *Le novità nel giudizio di cassazione*, cit.

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 fattuali 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, lo farà

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. 50.

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 processuali* – 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 riconoscibili per cassazione, in quanto privi di natura recensoria, 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)*.

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 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. Quest'ultima 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.

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

⁶⁴Cfr. F. TOMMASEO, *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia*, in *Giur. it.*, 2003, p. 827 ss.

⁶⁵Art. 363, c. 2, c.p.c.

⁶⁶Tanto "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.

⁶⁷Si 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.

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, 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 uno spunto polemico 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 divisione delle competenze delle diverse sezioni semplici per materie di diritto sostanziale⁷¹.

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*. 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 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 F. TOMMASEO, *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia*, cit., p. 827 ss.

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 al-

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 sindacato 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 – indugiare ulteriormente su un tema già tanto dibattuto, preme

cuni 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 diritto. 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».

⁷²Una 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.

⁷³L'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».

⁷⁴B. 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.

⁷⁵Del 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. BORSSELLINO, *La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale*, in B. BISCOTTI – P. BORSSELLINO – V. POCAR – D. PULITANO, *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della facoltà di giuri-*

qui rilevare la relazione nevralgica – non sempre di immediata evidenza – che lega (il sindacato su) la motivazione della sentenza e la funzione nomofilattica demandata alla Corte suprema. Sulle orme di un recente ed approfondito saggio, che ha sapientemente messo in luce le strette correlazioni tra motivazione e giudicato⁷⁶, viene fatto di valorizzare, sotto altro angolo visuale, l'indubbio – forse troppo spesso trascurato – nesso tra motivazione e nomofilachia.

In una visione semplicistica e isterilita della nomofilachia, il sindacato sulla motivazione è vissuto come un intralcio, che si frappone – quasi indebitamente, inquinandone l'attività esegetica – fra l'organo supremo della giustizia e la disposizione da interpretare. Una simile visione – che certamente si nutre di un approccio ottuso al fenomeno dell'interpretazione, ancora legato agli stereotipi del sillogismo giudiziale⁷⁷ e della

sprudenza. 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.

⁷⁶ M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, in Riv. dir. proc., 2017, pp. 41-87, che sottolinea l'importanza della motivazione per la delimitazione sia del giudicato interno, sia del c.d. giudicato cautelare, nonché – in certa misura – per la ricostruzione del perimetro del giudicato nei rapporti contrattuali, specie sinallagmatici e al ricorrere di un accertamento incidentale.

⁷⁷ Contro questo stereotipo si è più volte espresso Taruffo, in vari tempi e luoghi, ma specialmente in M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, p. 145 ss.; Id., *Il fatto e l'interpretazione*, in B. BISCOTTI – P. BORSSELLINO – V. POCAR – D. PULITANÒ, *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della facoltà di giurisprudenza*, cit., p. 123 ss.

sussunzione del caso concreto nella norma generale ed astratta, tuttora largamente diffusi tra i giuristi – legittima la scelta di cancellare il controllo sulla motivazione, iscrivendola – in una prospettiva che, però, non si ritiene condivisibile – tra quegli interventi che, insieme ad altri, andrebbero nella duplice direzione di ridurre il contenzioso di Cassazione e di rafforzare la funzione nomofilattica⁷⁸. Ed infatti, non solo la riduzione del contenzioso non si è avuta, né si profila all’orizzonte⁷⁹, ma, per le ragioni che tra breve si diranno, il rafforzamento della funzione nomofilattica, se correttamente intesa, non può coniugarsi con la soppressione del sindacato sulla motivazione.

Il controllo sulla motivazione, in sintesi, si configurava tradizionalmente come un controllo di logicità del ragionamento compiuto dal giudice (*rectius*: esternato dal giudice in sentenza⁸⁰) nella costruzione e nell’accertamento dei fatti giuridicamente rilevanti⁸¹. Dato per certo questo assunto, che non è necessario giustificare per essere fin troppo noto, ciò che, però, troppo spesso si rivela trascurata è la stretta correlazione che vi è tra la costruzione e l’accertamento del fatto da un lato e l’interpretazione della norma dall’altro.

Nei discorsi che si fanno sulla nomofilachia, sul precedente e sulla capacità della giurisprudenza della Cassazione di orientare le decisioni

⁷⁸ Quello che – per le ragioni che si vedranno meglio nel testo – ad avviso di chi scrive è un vero e proprio equivoco si trova espresso apertamente nella relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 83/2012, cit., che ha riformulato il n. 5) dell’art. 360 c.p.c., con lo scopo di «evitare l’abuso dei ricorsi per cassazione basati sul vizio di motivazione non strettamente necessitati dai precetti costituzionali, supportando la generale funzione nomofilattica propria della Suprema corte quale giudice dello “ius constitutionis” e non, salvo nei limiti della violazione di legge, dello “ius litigatoris”». Per ulteriori approfondimenti in argomento v., da ultimo, C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, BUP, Bologna, 2016, p. 276 ss.

⁷⁹ Da ultimo in tal senso v. B. SASSANI, *Giudizio sommario di cassazione e illusione nomofilattica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 35 ss.

⁸⁰ Per questa prospettiva v., *in primis*, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., *passim*, ma spec. p. 107 ss.

⁸¹ Nonostante nella versione della norma risultante dalla novella del 1950 (l. 14 luglio 1950, n. 581, art. 422) si trovasse utilizzato il termine «punto» – e non «fatto», come nella lezione derivante dalla modifica introdotta dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 – controverso, in base alla giurisprudenza consolidata il vizio di motivazione si configurava come strumento diretto a sindacare in via indiretta la *quaestio facti*, ma non la *quaestio iuris*, sicché non poteva essere speso per elevare doglianze aventi direttamente ad oggetto l’interpretazione e l’applicazione di norme di diritto fatta dal giudice del merito. In argomento si vedano: Cass., 30 marzo 2012, n. 5123; Cass., 22 maggio 2009, n. 11910; Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28054; Cass., 24 ottobre 2007, n. 22348; Cass., sez. un., 17 novembre 2004, n. 21712.

degli altri giudici, resta usualmente nell'ombra *il fatto*, che – a onor del vero – anche i più grandi Maestri in passato hanno svalutato nel momento dell'interpretazione normativa⁸². Tuttavia *il fatto*, lungi dall'essere intralcio all'interpretazione, ne costituisce un elemento portante, tanto che in una delle teorie oggi più accreditate dell'interpretazione⁸³ esso è non solo oggetto passivo di un'applicazione meccanicistica della norma operata dal giudice, ma – in una prospettiva che meglio coglie la complessità del fenomeno ermeneutico – si fa (normalmente, non eccezionalmente) elemento che *attiva* l'applicazione del diritto. Il giudice, infatti, – e non diversamente da ogni altro giudice anche la Cassazione (direttamente o a mezzo del rinvio) – non è chiamata (solo) ad interpretare la legge, ma (soprattutto) ad applicarla. Ebbene, tra queste due attività intellettuali – che talvolta si trovano confuse perfino nel testo della legge⁸⁴ – vi è una significativa e ineliminabile differenza⁸⁵: mentre *l'interpretazione* può co-

⁸² Si considerino in particolare le già riferite posizioni di Calamandrei e Carnelutti, i quali ritenevano che la Corte suprema andasse tenuta il più lontano possibile dal fatto: v. P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, cit., p. 317 ss., ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, vol. VIII, cit., p. 387 e F. CARNELUTTI, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, cit., p. 1 ss., ora anche in *Id.*, *Studi di diritto processuale*, vol. I, cit., p. 522. Si tratta, però, di posizioni che si giustificano alla luce del momento storico in cui furono assunte. Tant'è che, in seguito, il Carnelutti, morto peraltro (nel 1965) quasi un decennio dopo il Calamandrei (mancato nel 1956), ebbe modo di mutare radicalmente questa visione, attribuendo molta più importanza alla connessione tra fatto e diritto e alla loro reciproca interferenza: cfr. F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, pp. 81-106, ove può leggersi un prezioso passo che io definirei, senza troppe esitazioni, espressione di un'adesione di F.C. a quella che oggi è denominata "ermeneutica giuridica": «D'altra parte nel giudizio di diritto si suol comprendere non solo l'esistenza ma pure l'applicazione della norma giuridica; questa ampiezza del giudizio di diritto è riconosciuta, fra l'altro, *sub specie* dell'errore, nell'art. 360 n. 3, cod. proc. civ. Ma l'applicazione della norma giuridica, consistendo nel confronto tra il fatto e la fattispecie, esige così il giudizio sull'esistenza della norma come sull'esistenza del fatto; perciò il cosiddetto giudizio di diritto implica, in realtà, il giudizio di fatto. Il vero è che nella formazione processuale giudizio di fatto e giudizio di diritto procedono alternamente: un primo giudizio approssimativo sul fatto, richiamando all'esperto una fattispecie legale, provoca un giudizio altrettanto approssimativo sulla norma giuridica; a sua volta tale giudizio stimola un perfezionamento del giudizio sul fatto al fine di sapere con maggior precisione se nel fatto ricorrono i caratteri della fattispecie e così via fino a che, soddisfatta la esigenza di precisione, sia possibile accertare la coincidenza o la divergenza tra fatto fattispecie» (*ivi*, p. 93).

⁸³ Mi riferisco alle teorie ermeneutiche, sulle quali rimando al cap. II, par. 3.2.

⁸⁴ Si veda, emblematicamente, l'art. 12, c.1, prel., c.c., nella formulazione del quale il legislatore ha utilizzato la parola «interpretazione» nella rubrica e il verbo «applicare» nel testo.

⁸⁵ Oltre a quanto si è già detto *supra*, nt. 52 e a quanto si dirà *infra*, cap. II, par. 1, basterà

stituire anche mero esercizio teorico consistente nell'individuazione dei molteplici significati che trovano spazio nella cornice di matrice kelseniana della lettera della legge⁸⁶, sicché ad essa può dedicarsi chiunque ed è terreno d'elezione per gli esercizi della dottrina, l'*applicazione* della legge, demandata al giudicante, esige che tra questi possibili significati, tutti astrattamente legittimi, se ne scelga uno. Quest'ultima operazione non può essere condotta in astratto, ma esige un confronto con *i fatti di causa*: saranno, in ultima istanza, questi ultimi a far dire al giudice quale sia la norma – quella che per Kelsen è la «norma giuridica individuale»⁸⁷ – da applicare al caso concreto.

La stretta connessione tra accertamento del fatto e corretta applicazione delle norme di diritto, oltre a trovare eco in alcuni “testi sacri” del pensiero giuridico occidentale⁸⁸, è confermata da almeno due circostanze che è difficile revocare in dubbio: da un lato è noto a tutti come nella stra-

qui ricordare che la distinzione tra attività di interpretazione e attività di applicazione delle norme è ben nota alla teoria generale del diritto, fin da Kelsen (cfr., infatti, H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Verlag Franz Deuticke, Leipzig-Wien, 1934, trad. it. (di R. Treves), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1963, p. 92 ss.), ancorché talvolta si trovi richiamata sotto differenti etichette: Guastini, ad es., discerne tra interpretazione *cognitiva* ed interpretazione *decisoria* (cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p.79 ss.), mentre Ferrajoli contrappone l'interpretazione *dottrinale* alla interpretazione *operativa* (L. FARRAJOLI, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1966, pp. 290-304, una poi contrapposizione ripresa anche in *Ib.*, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 1989, pp. 29, 32 nt. 51; pp. 59-60; p. 139).

⁸⁶ La “teoria della cornice” o “dello schema” di Hans Kelsen è troppo nota perché su di essa si debba indugiare troppo: basti qui un rinvio all'opera fondamentale H. KELSEN, *op. ult. cit.*, p. 92 ss.

⁸⁷ Si veda ancora H. KELSEN, *op. ult. cit.*, p. 84.

⁸⁸ Si pensi, ad es., ad una pagina di VON SAVIGNY F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Veit und Comp., Berlin, 1840 (trad. it. di V. Scialoja), *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Unione Tipografica Torinese, Torino, 1886, p. 10 ss., che parrebbe scritta proprio per mettere in guardia dal tenere artificiosamente distinta l'interpretazione del diritto dalla sua applicazione ai casi concreti: «L'attività intellettuale di ciascuno, relativamente al diritto, può seguire due diversi indirizzi: o comprendere e svolgere la scienza giuridica in generale con la dottrina, l'insegnamento, l'esposizione, può applicare le regole ai casi della vita reale. Questo duplice elemento del diritto, il teorico ed il pratico, è dunque fondato sulla generale natura del diritto stesso, ma l'evoluzione di questi ultimi due secoli, ha fatto sì che questi due indirizzi si siano separati in due diversi stati e professioni sicché i giurisperiti, fatte alcune rare eccezioni, sono per loro vocazione esclusiva o principale dediti o soltanto alla teoria o soltanto alla pratica. Se dunque il vizio capitale delle nostre attuali condizioni giuridiche consiste in una più sempre marcata separazione della teoria e della pratica, non vi si può trovare rimedio che nel ristabilimento della loro naturale unità».

grande maggioranza dei casi il vizio di motivazione, nella sua configurazione anteriore alla Novella del 2012, venisse denunciato unitamente al vizio di violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, c. 1, n. 3); dall'altro lato, appartiene parimenti a un dato di comune esperienza il fatto che la storia di alcuni rivolgimenti epocali nell'interpretazione di norme di legge, spiegatisi nella immobilità dei testi normativi, fa capo – appunto – non a mutamenti nel diritto, ma a sollecitazioni veicolate nel processo dai (talvolta tragici) fatti della vita. L'esempio più evidente, ma non certo unico, è probabilmente dato dall'art. 2043 c.c., il quale, pur essendo rimasto dal 1942 ad oggi sempre uguale a se stesso, ha esteso la sua area di protezione ai danni derivanti da diritti obbligatori con la epocale sentenza Meroni⁸⁹ o anche all'integrità del patrimonio con la storica sentenza de Chirico⁹⁰, nonché a varie altre posizioni giuridiche soggettive che prima se ne ritenevano escluse⁹¹. In questi casi è evidente che l'evoluzione nell'interpretazione delle norme di diritto riceve una spinta decisiva dai fatti di causa.

D'altro canto, le reciproche interazioni tra fatto e norma risultano difficilmente confutabili ed anzi emergono con chiarezza nello stesso processo di costruzione giudiziale del «fatto», inteso come complesso dei fatti giuridicamente rilevanti: da un lato questi ultimi trovano un criterio di selezione nella norma giuridica che il giudice ipotizza debba essere applicata nel caso concreto; dall'altro lato, e per converso, la scelta della norma giuridica applicabile dipenderà a sua volta dai fatti di causa. In questa spirale – che non può non richiamare alla memoria il circolo ermeneutico di Gadamer⁹² o perfino la *φρόνησις* aristotelica⁹³ – in cui generalità

⁸⁹ Cass., sez. un., 25 gennaio 1971, n. 174.

⁹⁰ Cass., 4 maggio 1982, n. 2765.

⁹¹ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 sulla risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo.

⁹² H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, V Auf., Mohr, Tübingen, 1986, p. 270 ss. e in ID., *Verità e metodo*, (trad. it. di G. Vattimo) IV ed., Bompiani, Milano, 2016, p. 551 ss.

⁹³ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, Laterza, Roma-Bari, I, 3, 1094 b-1095 a; I, 7, 1098 a 22-29. Di *phronesis* a questo proposito parla B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 32 ss., il quale sottolinea come sia «soprattutto in ambito giudiziale che la conoscenza diventa funzionale alla determinazione della decisione giusta, richiedendo la capacità di deliberare bene, ossia l'esercizio» – appunto – «della *phronesis*». Quest'ultima «esige la conoscenza dei casi particolari e include anche la conoscenza dell'universale, nel senso che applica, al fine di valutare e dirigere l'azione, la regola generale al caso individuale. Il ragionamento giuridico, in quanto ragio-

delle norme e particolarità dei fatti si richiamano a vicenda, sono per così dire in realtà i fatti ad “avere la meglio”: con non poca sorpresa – si deve supporre – dei “fanatici” della nomofilachia, si scopre infatti che – come ha messo in luce la dottrina più accorta – una «possibile via d’uscita da questo circolo consiste nel pensare che la rilevanza del fatto da narrare non derivi primariamente dal riferimento alla norma (interpretata) che si userà come regola del caso, ma derivi soprattutto dall’attribuzione di autonoma importanza a particolari circostanze, che quindi si definiscono come “rilevanti” di per sé, ossia in riferimento a giudizi di valore di carattere sociale, morale, politico o economico»⁹⁴. Sicché, per un verso, i problemi interpretativi più ardui da risolvere, che maggiormente richiederebbero l’autorevolezza dell’intervento nomofilattico della Corte suprema, – quelli che, secondo una terminologia coniata da Dworkin e divenuta poi di moda, si sogliono definire *hard cases* – non originano da rompicapo normativi, ma dalla tragicità dei particolari fatti concreti della vita e, per altro verso, sono proprio questi fatti a consentire alla Cassazione di dire quale, fra le molte possibili, sia la corretta interpretazione della legge.

Si dirà che la Cassazione, pur non potendo più sindacare la motivazione, quindi non potendo ingerirsi nei passaggi logici che sorreggono la motivazione in fatto, potrà comunque giovare della ricostruzione del fatto così come operata dal giudice del merito e così costruire su questo l’interpretazione corretta della norma di diritto. Questa obiezione, in parte fondata, risolve tuttavia solo in parte i problemi che – con riferimento alla funzione nomofilattica – il nuovo n. 5) dell’art. 360, c. 1, c.p.c. solleva, poiché non è solo la costruzione del fatto ad influire sulla interpretazione della norma, ma anche il contrario. In questo senso alcuni importanti studi di teoria generale hanno messo in luce l’importanza della norma e della sua interpretazione nella costruzione (o costituzione) e nell’accertamento del fatto. Afferma testualmente Hruschka⁹⁵ nel suo (ormai ben noto an-

namento pratico, potrebbe essere definito come “il segmento discorsivo della *phronesis*”. La *phronesis* media l’universalità dei criteri di azione con la varietà dei casi nelle mutevoli situazioni».

⁹⁴ M. TARUFFO, *Il fatto e l’interpretazione*, in B. BISCOTTI – P. BORSELLINO – V. POCAR – D. PULITANO, *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., p. 123 ss. e spec. p. 133.

⁹⁵ Joachim Hruschka – allievo del giurista tedesco, civilista e filosofo del diritto, Karl Larenz – è stato professore di filosofia del diritto di diritto penale all’Università di Amburgo ed emerito della cattedra di diritto penale filosofia del diritto nell’Università Friedrich-Alexander di Erlangen-Nürnberg. Hruschka ha sia insistito, nella prospettiva più frequentemente emergente dalle teorie ermeneutiche, sull’incidenza che sulle norme ha la ricostruzione del fatto nel libro J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten: zur hermeneutischen Transposi-*

che alla dottrina italiana) *Die Konstitution des Rechtsfalles*: «la rilevanza immediata di un fatto che può essere richiesto per la sua significatività giuridica emerge ogniqualvolta, in una situazione bisognosa di disciplina, l'idea del diritto si presenta come l'idea-guida, come l'orizzonte della disciplina da adottare. In tal modo, le possibilità regolative esistenti in linea di principio vengono, sì, delimitate, dato che ormai viene in rilievo un *unico* modo di disciplina; ma non per questo viene anticipata la disciplina definitiva, giacché restano pur sempre aperte diverse possibilità. Nell'ambito della formazione della fattispecie concreta, l'idea del diritto conferisce direzione e senso a tutte le domande relative a dati di fatto. Il richiesto, da cui deriva il senso di una domanda, è determinato così, in definitiva, dalla prospettiva sorta dall'orientamento all'idea del diritto. Se un fatto viene sottoposto a domanda nell'ambito di un accertamento fattuale, esso non solo è richiesto, ma è anche ritenuto rilevante, e ciò significa che, unitamente agli altri fatti richiesti dalla domanda fondamentale, può fornire una ragione per un'eventuale disciplina di matrice giuridica della situazione»⁹⁶. Le parole di Hruschka vanno collocate nell'ambito della sua teorizzazione della costruzione giuridica del fatto come *risposta* alla *domanda puntuale* – mutuata da Gadamer⁹⁷ – quale presupposto decisivo di ogni indagine⁹⁸. La puntualità della domanda deriva dalla necessità di stabilire – per chiunque intraprenda un processo di conoscenza – ciò che è «rimarchevole», «considerevole» e ciò che non lo è⁹⁹. Il giudice, in questo processo di conoscenza dei fatti, «non lascerà parlare liberamente il materiale di cui dispone; piuttosto, tenterà di ricavarne ciò che gli in-

tivität des positiven Rechts, Vol. 22 di Volume 22 di *Münchener Universitätschriften: Reihe der Juristischen Fakultät, Universität München*, Beck, München, 1972; Id., *La comprensione dei testi giuridici*, (trad. it. di R. De Giorgi), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, *passim*, (di cui v. anche la introduzione di P. Perlingeri), ma ha anche approfondito, in senso inverso, la prospettiva, meno frequentata, della importante incidenza che ha l'interpretazione della legge da applicare sulla ricostruzione del fatto. Quest'ultimo aspetto, anzi, nell'indagine di Hruschka occupa un posto cronologicamente anteriore, essendo stato trattato in un breve ma denso lavoro monografico del 1965: J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles: Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, Id., *La costituzione del caso giuridico*, (trad. it. di G. Carlizzi), Il Mulino, Bologna, 2009, *passim*.

⁹⁶ J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico*, (trad. it. di G. Carlizzi), cit., pp. 73-74.

⁹⁷ Si veda il paragrafo *Der hermeneutische Vorrang der Frage*, in H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, cit., p. 368 ss. e in Id., *Verità e metodo*, cit., p. 747 ss.

⁹⁸ J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico*, cit., p. 41 ss.

⁹⁹ J. HRUSCHKA, *op. cit.*, p. 41.

teressa specificamente. Il “mezzo” che utilizzerà a tal fine è la domanda puntuale» la formulazione della quale viene fatta proprio alla luce del dato normativo, così come esso viene interpretato dal giudice. Insomma, in altri termini: «bisogna sapere che cosa si vuole cercare, solo allora si troverà qualcosa»¹⁰⁰!

Hruschka mette inoltre in luce – utilmente nella prospettiva qui indagata – l'esistenza di una importante correlazione tra interpretazione del dato normativo, selezione dei fatti rilevanti e motivazione, laddove afferma che «giuridicamente rilevanti non sono soltanto i fatti sulla cui valutazione finale poggia la decisione ma anche qui i dati di fatto che, se fossero utilizzati nella decisione da un altro punto di vista giuridico, condurrebbero a una disciplina diversa. Quando dati del genere ricorrono, il rifiuto della possibilità regolative inattuata deve essere motivato nella decisione favorevole all'una e contraria all'altra disciplina»¹⁰¹.

Un altro decisivo contributo in tal senso proviene dal teorico generale e comparatista ungherese Csaba Varga, il quale in un noto contributo¹⁰² ha messo in luce come i fatti, per divenire un “caso giuridico”, richiedano un processo mentale che necessariamente passa attraverso l'interpretazione delle norme. Csaba Varga si spinge oltre, affermando la rilevanza di elementi storici, sociali, culturali ed economici nella selezione dei fatti; ma ciò che qui interessa è – per certi versi più modestamente – prendere atto che il processo mentale di cui l'a. discorre funziona mediante la ricerca di un'equivalenza tra i fatti della fattispecie concreta e quelli della norma generale ed estratta. Ebbene, tale equivalenza può essere accertata solo per mezzo di un processo di astrazione, mediato da definizioni concettuali che il giudice non può che ricavare dalla norma di legge, intesa – a là Tarello – come risultato della sua interpretazione¹⁰³.

Detto ciò in linea generale, più nello specifico, poi, vi sono casi nei

¹⁰⁰ Così, ancora J. HRUSCHKA, *op. cit.*, p. 43, citando J.G. DROYSEN, *Istorica. Lezioni sulla Enciclopedia e Metodologia della Storia*, (1937), Milano-Napoli, 1966, p. 37. Riemerge qui la problematica dei rapporti tra il giudice e lo storico, sulla quale è tuttora utile consultare P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, pp. 105-128; M. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 438 ss.

¹⁰¹ J. HRUSCHKA, *op. cit.*, p. 73. Nella dottrina italiana v. M. TARUFFO, *Il fatto e l'interpretazione*, cit., p. 123 ss. e spec. p. 132 ss.; Id., *La semplice verità*, cit., p. 196 ss.

¹⁰² Mi riferisco a C. VARGA, *The Mental Transformation of Facts into a Case*, in 77 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1991, pp. 59-68; la cui tesi è poi stata ulteriormente sviluppata in Id., *Theory of the Judicial Process. The Establishment of Facts*, Akadémiai Kiadó, Budapest 1995, *passim* e spec. p. 56 ss. e 67 ss.

¹⁰³ C. VARGA, *The Mental Transformation of Facts into a Case*, cit., pp. 67-68.

quali non sempre è dato comprendere *a priori* quali siano i fatti costitutivi della posizione soggettiva azionata in giudizio. Quando la legge rimanda a fattispecie complesse o indeterminate¹⁰⁴, infatti, o quando le posizioni soggettive *sub iudice* non sono definite con precisione nella loro componente fattuale, poiché fanno capo a clausole generali o a concetti giuridici indeterminati¹⁰⁵, l'interpretazione della disposizione da applicare al caso concreto non può non incidere anche sulla costruzione del fatto, la quale dovrà aver luogo tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti, ivi incluse quelle che non costituiscono un fatto autonomo o che sono dette implicite, in quanto non emergono sempre in maniera espressa. Ciò accade più spesso di quanto possa apparire: se la complessità del caso è tipica delle posizioni giuridiche soggettive contrapposte a poteri – quelle che tipicamente vengono in rilievo nel diritto societario, nel diritto del lavoro ecc. – vi sono fattispecie molto più “classiche” nelle quali l'interpretazione della norma incide direttamente sulla costruzione del fatto. A titolo d'esempio si può ricordare che, secondo una interpretazione, la mora del creditore non può applicarsi alle obbligazioni assunte nell'esclusivo interesse del creditore¹⁰⁶: ebbene, in questo caso, è chiaro che una siffatta interpretazione dell'art. 1206 c.c. non può non avere ricadute sull'accertamento del fatto e sulla correttezza della motivazione che lo sorregge. Parimenti si è recentemente rimarcato che nel contratto hanno rilevanza non soltanto l'oggetto e il titolo, ma anche gli interessi che le parti con quel contratto hanno voluto perseguire¹⁰⁷. Tra questi interessi assumono rilevanza sia

¹⁰⁴ F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione sull'uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983, *passim*; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003, *passim*; di recente v. le considerazioni di Salvatore Patti nella recente raccolta di saggi P. RESCIGNO – S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 63 ss. nonché F. PEDRINI, *Contro “le clausole generali” (sans phrase). Precauzioni per l'uso d'una categoria dottrinale ancora troppo vaga*, in *Rivista AIC*, 3/2017, pp. 1-37.

¹⁰⁵ Si vedano, a tal proposito, le osservazioni svolte da C. GAMBA, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Cedam, Padova, 2008, capp. III e IV e, ancora, in Id., TARUFFO M. (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU A. – MESSINEO F. – MENGONI L., Giuffrè, Milano, 2012, p. 413 ss. Sul punto proprio la matrice professionale del giudice degli ordinamenti di *civil law* può rendere questo profilo ancor più evidente: v. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 179 ss. In senso non dissimile cfr. anche L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 26, ora anche in Id., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 40.

¹⁰⁶ P. STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, p. 143.

¹⁰⁷ P. PERLINGERI, *Obbligazioni e contratti*, in A. D'ANGELO – V. ROPPO, *Annuario del contratto 2016*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 212-213.

quelli patrimoniali, sia – e sempre più – quelli non patrimoniali (cfr. art. 1174 c.c.): questi ultimi possono emergere da una serie di circostanze per così dire “di contorno” di cui il giudice del merito può non aver tenuto adeguato conto nell’accertamento del fatto così come esso emerge dalla motivazione della sentenza. Deve, quindi, ritenersi che l’interpretazione della norma, cui è chiamata la Cassazione, in un numero non irrilevante di casi, possa retroagire sull’accertamento del fatto e con la sua ricostruzione.

In definitiva, l’aver mutilato il sindacato che spetta alla Corte suprema del controllo sulla motivazione del giudice di merito è una scelta che implica un ulteriore passo nella direzione dell’allontanamento del giudice di legittimità dal fatto e dell’esclusione dal suo scrutinio di un’area che, viceversa, potrebbe risultare essenziale per saggiare non solo la tenuta della giustificazione della decisione in fatto, ma della decisione nel suo complesso, intesa come inclusiva della costruzione e dell’accertamento dei fatti di causa e della corretta applicazione a questi ultimi delle norme di diritto.

5. *La «giurisprudenza» della Corte ex art. 360-bis c.p.c. e la nomofilachia della nomofilachia*

Un altro aspetto merita di essere valorizzato nell’esame delle recenti riforme che hanno inciso sulla nomofilachia: si tratta, com’è facile immaginare, della indiretta, ma indubbia, influenza che in questo campo ha prodotto l’introduzione del c.d. “filtro”. Il legislatore, col dichiarato intento di ridurre il numero dei ricorsi, ricredendosi sul neonato “quesito” di diritto, lo sopprimeva prematuramente – ritenendolo forse strumento di selezione eccessivamente formalistico, specie alla luce di alcune vituperate applicazioni giurisprudenziali – per *sostituirlo* con il filtro collocato nel nuovo art.360-*bis* c.p.c.¹⁰⁸.

Superando la logica di una selezione dei ricorsi basata sulla «inettitudine o [sul]l’errore dei patrocinanti [che] non riuscivano a corredar[lo]

¹⁰⁸ La lettura di un *baratto* del “quesito” col “filtro” è diffusa in letteratura: v., per tutti, A. BRIGUGLIO, *Commento all’art. 360-bis*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, vol. III, tomo I, cit., p. 50 ss. e spec. p. 53 ss.; R. TISCINI, *Commento all’art. 360-bis*, in L.P.COMOGLIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, cit., p. 612 ss.; EAD., *Il giudizio di cassazione*, in F.P. LUIO – R. VACCARELLA, *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 365 ss.

della semplice sintesi finale espressa in forma di interpello»¹⁰⁹, il legislatore affidava la riduzione del carico di lavoro della Corte suprema ad un filtro di inammissibilità, che in realtà, finisce con l'essere tale solo nella forma, distinguendosi per grado e non per qualità dalla manifesta infondatezza¹¹⁰.

La Cassazione, in sostanza, per mezzo del filtro può astrattamente “liberarsi” di tutti quei ricorsi che, dolendosi del fatto che il giudice di merito abbia risolto una questione di diritto in modo conforme all'orientamento della Cassazione, senza, però, articolare ragioni sufficienti per mutare un orientamento consolidato – che va sotto il nome di «giurisprudenza della Corte» – non meritano di essere esaminati e decisi.

Il problema in questo caso, per quanto interessa nel presente studio, è di comprendere che cosa significhi nel linguaggio del legislatore «giurisprudenza della Corte». La Cassazione ha fin da subito manifestato una evidente aspirazione a chiarire il significato della disposizione di cui all'art. 360-bis, n. 1), facendo anche ricorso al potere riconosciutole ex art. 363, c. 3, c.p.c. di cui già si è detto nel precedente paragrafo¹¹¹. Questa

¹⁰⁹ Sono parole di un giudice della Cassazione, che esprime un giudizio tutto sommato positivo sul “quesito di diritto”: v. L. MACIOCE, *Il «filtro» per l'accesso al giudizio di legittimità*, in M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, cit, p. 385.

¹¹⁰ Su questo punto, com'è noto, è intervenuta la stessa Cassazione a fare chiarezza: v. *infra*. In dottrina, si rimanda, da ultimo, a M. GIORGETTI, *L'inammissibilità del ricorso per cassazione e il filtro ex art. 360-bis c.p.c.*, in AA. VV., *Il controllo di legittimità avanti la Suprema Corte di Cassazione*, Pacini, Pisa, 2017, p. 121 ss.e spec. p. 122 ss.

¹¹¹ Mi riferisco in particolare alla ben nota Cass., sez. un., 6 settembre 2010 n. 19051, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3333, con note di G. SCARSELLI e di G. COSTANTINO; in *Corr. giur.*, 2010, p. 1405 ss., con nota di C. CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato “stare decisis”: la prima ordinanza sull'art. 360-bis, ivi*; in *Giur. it.*, 2011, p. 885, con nota di A. CARRATTA; in *Giusto processo civ.*, 2010, p. 1131, con nota di F.P. LUISEO; in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 403, con nota di TERRUSI; in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 167, con nota di V. CARNEVALE; in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 38, p. 32, con nota di G. FINOCCHIARO, secondo la quale «Il ricorso scrutinato ai sensi dell'art. 360-bis n. 1 c.p.c. deve essere rigettato per manifesta infondatezza e non dichiarato inammissibile, se la sentenza impugnata si presenta conforme alla giurisprudenza di legittimità e non vengono prospettati argomenti per modificarla, posto che anche in mancanza, nel ricorso, di argomenti idonei a superare la ragione di diritto cui si è attenuto il giudice del merito, il ricorso potrebbe trovare accoglimento ove, al momento della decisione della Corte, con riguardo alla quale deve essere verificata la corrispondenza tra la decisione impugnata e la giurisprudenza di legittimità, la prima risultasse non più conforme alla seconda nel frattempo mutata», seguita poi da Cass., ord., 8 febbraio 2011, n. 3142, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 205 ed in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 490 ss. con nota di F. FERRARIS, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul c.d. «filtro» in Cassazione*. Su questa

aspirazione alla chiarezza, però, non ha tardato ad essere smentita dalla varietà di orientamenti che fatalmente la Cassazione ha finito col generare al suo interno, in una polifonia di cui non si può mai essere troppo entusiasti quando ad essere interpretate – come in questo caso – sono le norme processuali. In particolare, non solo la Suprema Corte fino a tempi recenti non ha detto chiaramente che cosa essa intenda – ai fini dell’applicazione del “filtro” – per «giurisprudenza», ma è andata in disaccordo anche su una tesi che sembrava in un primo tempo aver allineato dottrina e giurisprudenza, e cioè sulla sostanziale natura *di merito* del sindacato che la Cassazione conduce sotto l’egida dell’art. 360-bis, n. 1, c.p.c.¹¹².

Secondo un primo orientamento, infatti, a dispetto della lettera della legge, non di *inammissibilità* si tratterebbe, ma di vera e propria *infondatezza*, sicché il requisito prescritto non andrebbe valutato con riferimento al momento della pronuncia della sentenza impugnata, né con riferimento al momento della proposizione del ricorso, ma al momento della decisione, con la ulteriore conseguenza che esso dovrebbe applicarsi anche ai regolamenti di competenza e che il suo difetto non potrebbe determinare l’applicazione dell’art. 334, c. 2, c.p.c. in materia di impugnazioni incidentali tardive¹¹³.

vicenda, v. ora M. GIORGETTI, *L'inammissibilità del ricorso per cassazione e il filtro ex art. 360-bis c.p.c.*, cit., p. 122 ss.

¹¹²In argomento la dottrina di gran lunga prevalente condivide l’opinione che l’inammissibilità prescritta dalla norma in discorso sia affatto particolare, posto che implica non già – come accade nei “veri” casi di inammissibilità – un controllo sulla regolarità dei requisiti forma-contenuto del ricorso, ma una valutazione che attiene al merito dell’impugnazione (A. PROTO PISANI, *Principio d’eguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 65; CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato “stare decisis”: la prima ordinanza sull’art. 360-bis*, cit., p. 1505 ss.; G. SCARSELLI, *Il processo in cassazione riformato*, ivi, 2009, V, c. 310; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 791 ss.; E. SILVESTRI, *Le novità in tema di giudizio di cassazione*, in M. TARUFFO, *Il processo civile riformato*, cit., p. 409 ss. e spec. p. 415; A. CARRATTA, *Il “filtro” al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1563; B. SASSANI – R. TISCINI, *Commento all’art. 360-bis*, in A. SALETTI – B. SASSANI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Giappichelli, Torino, 2009, 155 ss.).

¹¹³In senso conforme v., da ultimo, Cass., 18 marzo 2016, n. 5442, che ha ribadito come «lo scrutinio, ai sensi della menzionata norma, impone, infatti, una declaratoria di rigetto del ricorso per manifesta infondatezza e non d’inammissibilità, anche in mancanza di argomenti idonei a superare la ragione di diritto cui si è attenuto il giudice del merito, tenuto conto che il ricorso potrebbe trovare accoglimento ove, al momento della decisione della Corte, con riguardo alla quale deve essere verificata la corrispondenza tra quella impugnata e la giurisprudenza di legittimità, la prima risultasse non più conforme alla seconda, nel frattempo, mutata» (cfr. anche Cass., sez. un., 6 settembre 2010, n. 19051).

Un secondo orientamento giurisprudenziale, invece, andava di contrario avviso, affermando il principio per cui il ricorso per cassazione che non offra elementi per modificare la giurisprudenza di legittimità, a cui la sentenza impugnata è conforme, deve essere *rigettato in rito e non nel merito* ai sensi dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., con il quale il legislatore, nell'evocare un presupposto processuale, avrebbe introdotto una griglia valutativa di ammissibilità, in luogo di quella anteriore costituita dal quesito di diritto, ponendo a carico del ricorrente un onere argomentativo, il cui parametro di valutazione è costituito al momento della proposizione del ricorso¹¹⁴. In sostanza, smentendo gli auspici del legislatore, la stessa Corte aveva quindi generato al suo interno un contrasto giurisprudenziale, paradossalmente proprio in seno ad uno degli istituti più investiti – forse, a questo punto, dovremmo dire: sopravvalutati – della missione di consolidamento della giurisprudenza della Cassazione.

L'emblematica vicenda giurisprudenziale che si è appena riferita si è poi, com'è noto, risolta con un intervento delle Sezioni unite¹¹⁵, nel quale la Cassazione ha saputo trovare la “quadratura del cerchio”, rispettando la lettera della legge laddove ricorre al concetto di “inammissibilità”, ma allo

¹¹⁴ Si vedano in questo senso prima Cass., 18 novembre 2015 n. 23586, la quale si mette espressamente in polemica con Cass., sez. un., 6 settembre 2010 n. 19051, affermando che «il collegio osserva che si tratta di vera e propria ragione di inammissibilità. Invero l'attuale disciplina dell'art. 360-*bis* c.p.c. si mantiene nel solco del filtro di accesso alla corte, come ribadito da Cass., sez. un. 19051/10 sebbene nell'ambito di una decisione – assunta ai sensi dell'art. 363 c.p.c. – di rigetto nel merito del ricorso ivi proposto; un consimile esito tuttavia non può seguirsi in quanto motivato con certo qual grado di contraddizione logica rispetto alla riferita premessa, dal momento che il rigetto suppone una valutazione di pieno merito, e dal momento che non può esistere, invece, un filtro di merito. Se la corte fosse pur sempre costretta a rigettare il ricorso per motivi di merito, vano sarebbe discorrere di filtro di accesso al giudizio di legittimità. 5. - Di contro, la norma dell'art. 360-*bis* c.p.c. ha innestato, sul meccanismo operativo della definizione camerale, una nuova griglia valutativa di ammissibilità, in luogo di quella selettiva anteriore costituita dalla enunciazione del quesito di diritto (art. 366-*bis* c.p.c.). Tale griglia è oggi correlata alla messa in relazione degli argomenti spesi nei motivi di ricorso con i precipitati degli orientamenti giurisprudenziali esistenti, tenuto conto della valutazione di conformità della decisione impugnata e della conseguente prevedibilità della statuizione che si richiede. La categoria generale richiamata nella rubrica dell'art. 360-*bis* evoca un presupposto processuale (l'inammissibilità), a petto della valutazione del quale interessa l'argomentazione del ricorrente rispetto alla situazione presa a parametro. Nella fisionomia che governa la disposizione assume rilevanza il parametro rinveniente al momento in cui il ricorso è presentato, quale unità di misura di quell'onere argomentativo alla cui inosservanza consegue, dunque, l'inammissibilità». In senso conforme v., più di recente, Cass., 4 maggio 2016 n. 8804.

¹¹⁵ Cass., sez. un., 21 marzo 2017, n. 7155, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1181 ss.

stesso tempo creando la figura salvifica (per i ricorsi divenuti ammissibili per mutamenti giurisprudenziali intervenuti tra la notifica del ricorso e la decisione) della «inammissibilità sopravvenuta di merito», al prezzo di qualche sagace ed ironica reazione della dottrina, che non ha mancato di sottolineare come, a prescindere dalle etichette, gli istituti debbano essere collocati nel sistema in base alla disciplina loro applicabile ¹¹⁶. La Cassazione ha così salvato l'inettitudine del legislatore – che ha chiamato una “cosa” con il nome di un'altra – facendo ricorso alla nuova figura intrinsecamente contraddittoria, giocata su un ossimoro, della «inammissibilità di merito», che un po' come una chimera – o un “sarchiapone” – fatica a trovare collocazione nelle categorie note. Sarebbe, però, a questo punto, un esercizio vano tentare di dare una risposta a questo problema, la cui genesi deriva proprio da un utilizzo anomalo dei concetti.

È, invece – a nostro avviso – assai più proficuo dedicare qualche indagine ulteriore a quello che appare il risvolto più significativo di questa pronuncia, almeno ai fini che qui interessano: la Cassazione, infatti, con essa veicola una serie di criteri utili – almeno in astratto – a comprendere che cosa essa intenda – *rectius*: che cosa debba intendere – per «giurisprudenza» ai sensi dell'art. 360-*bis* c.p.c. Nel corpo della sentenza, infatti, le Sezioni unite richiamano l'ordinanza di rimessione ¹¹⁷, nella parte in cui indica quando possa ritenersi esistente una *giurisprudenza della corte*. Quest'ultima, incorporando a sua volta le *Linee-guida per il funzionamento della sesta sezione civile*, diffuse con circolare del primo presidente del 22 aprile 2016 ¹¹⁸, afferma che vi è «giurisprudenza» ai sensi dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., quando sulla *quaestio iuris* decisa dalla sentenza impugnata:

- 1) vi è una decisione a sezioni unite;
- 2) vi è un orientamento consolidato delle sezioni semplici;
- 3) vi sono poche sentenze di una o più sezioni semplici, se convergenti;
- 4) vi è una sola sentenza, se ritenuta convincente.

Veicolate dall'ordinanza di rimessione, oggi le linee guida del primo presidente sono entrate in una sentenza delle Sezioni Unite. In altri termini, una circolare del primo presidente – che nella gerarchia delle fonti, an-

¹¹⁶ Rinvio a G. COSTANTINO, *Note sulla «inammissibilità sopravvenuta di merito»: dal ricorso «antipatico» al ricorso «sarchiapone»*, *ivi*.

¹¹⁷ Cass., ord., 26 luglio 2016, n. 15513, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3091 ss., con nota di G. COSTANTINO.

¹¹⁸ La circolare è pubblicata in *Foro it.*, 2016, V, c. 350, nonché sul sito www.csm.it.

che di quelle c.d. non-formali non trova collocazione alcuna – è *diventata* giurisprudenza. Di questo fenomeno, che attiene al profilo metodologico e quindi, pur avendo una certa importanza, non interferisce con il merito, si discuterà più approfonditamente nel prossimo capitolo. Qui, invece, appare interessante soffermarsi sui criteri che oggi le Sezioni Unite dettano per interpretare l'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. Dall'esame dei predetti criteri emerge un concetto di *giurisprudenza della Corte* assai ampio: leggendoli *a contrario*, infatti, si può ottenere l'interessante risultato di scoprire quando *non* sussiste una giurisprudenza della corte che legittimi una declaratoria di inammissibilità del ricorso. Al termine di questa operazione logica, si giunge alla conclusione che l'unico caso in cui certamente la Casazione non può dichiarare un ricorso inammissibile *ex art. 360-bis*, n. 1, c.p.c., per mancanza del presupposto dell'esistenza di una *giurisprudenza della Corte* è quello in cui vi è un contrasto giurisprudenziale costituito:

- a) da due sole sentenze (entrambe delle sezioni semplici o entrambe delle sezioni unite) contrastanti;
- b) da più sentenze (delle sezioni semplici o delle sezioni unite) contrastanti.

In ogni altro caso, sussiste una *giurisprudenza della Corte* e, se quest'ultima non intende mutare il proprio orientamento, il ricorso dovrà essere dichiarato inammissibile.

Preso atto di ciò, meritano di essere svolte almeno due considerazioni attinenti ai criteri recepiti dalle sezioni unite: la prima è che ritenere sussistente una *giurisprudenza della Corte* anche quando vi sia *una* sentenza delle Sezioni unite – *v. supra*, *sub* 1) – o *una sola* sentenza di una sezione semplice – *v. supra*, *sub* n. 4) – significa potenzialmente equiparare il concetto di *giurisprudenza* a quello di *precedente*, il che non è affatto scontato¹¹⁹. La seconda è che, con i predetti criteri, si introducono elementi idonei ad ampliare ulteriormente (ed enormemente) il tasso di discrezionalità della Corte: per un verso si fa riferimento – *v. supra*, *sub*. n. 3) – al concetto di «orientamento consolidato», che a sua volta è suscettibile di una pluralità di interpretazioni (non così quando si discorre di «una sentenza» o di «poche sentenze»¹²⁰), e, per altro verso, si dà il potere alla

¹¹⁹ Oltre a quanto si è detto in premessa al volume, si veda, infatti, per tutti: M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss., ove l'a. spiega chiaramente che “precedente” e “giurisprudenza” sono due concetti che vanno tenuti distinti, sia per ragioni quantitative, sia per ragioni qualitative.

¹²⁰ Anche il concetto di «poche sentenze» si presta naturalmente ad essere interpretato discrezionalmente: in questo caso, tuttavia, si tratta per così dire di una “discrezionali-

Sezione sesta di trasformare un'unica sentenza in giurisprudenza, ove la stessa venga ritenuta – sulla scorta di un giudizio del tutto discrezionale ed (è legittimo supporre) fortemente soggettivo – «convincente».

Infine, questa norma, così come intesa dalla Cassazione, introduce ciò che potremmo chiamare la nomofilachia della nomofilachia, attribuendo alla Corte il potere di interpretare se stessa e, per così dire, di *certificare* quali siano la *giurisprudenza*, gli *orientamenti consolidati*, i *precedenti* ai quali – mi pare evidente – i giudici di merito dovrebbero uniformarsi¹²¹. Si tratta di un potere che spetta normalmente a tutti i magistrati: fin dagli ormai risalenti studi di Gorla sull'interpretazione della sentenza¹²² – seguite dalle più recenti riflessioni di Galgano¹²³ – si è posto il problema dell'interpretazione di quello che è stato chiamato il diritto giurisprudenziale¹²⁴. Qui, però, la Cassazione fa qualcosa di qualitativamente diverso e ulteriore: essa non si limita, come farebbe un giudice di merito, a riconoscere l'efficacia di *giurisprudenza* rispettivamente ad una o più sentenze di un giudice superiore – come accade con il precedente nel mondo anglosassone, ove è il secondo giudice, ossia quello che decide secondo un

tà innocua". Pur essendo frutto di un'operazione puramente discrezionale dire quando le sentenze siano poche e dire quando esse siano tante, qui la distinzione non rileva, poiché è sufficiente che vi siano più di una sentenza delle sezioni semplici perché possa configurarsi una *giurisprudenza della Corte*.

¹²¹ Rivelatore di questa tendenza è il sistema CERTALEX, che la Cassazione già utilizza per mano del Massimario, e di cui si sono illustrati i caratteri *infra*, cap. III, par. 4.3 al quale si rimanda anche per riferimenti bibliografici.

¹²² G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, c. 87 ss.; *Id.*, *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni del Foro it.*, vol. LXXXIX, 1966, cc. 6-47. Sull'interpretazione della sentenza come atto si vedano V. DENTI, *L'interpretazione della sentenza civile. Studi nelle scienze giuridiche e sociali* – Università di Pavia – Istituto di esercitazioni nelle scienze giuridiche e sociali, Libreria internazionale A. Garzanti, Pavia, 1946, *passim* e, nella letteratura processualcivilistica meno risalente, F. SANTANGELI, *L'interpretazione della sentenza civile*, Giuffrè, Milano, 1996, *passim*. Cfr. anche G. SALVIOLI, *Interpretazione di sentenze nella giurisprudenza internazionale*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei. III. Diritto processuale*, Cedam, Padova, 1958, pp. 679-687.

¹²³ F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 701 ss.

¹²⁴ Più di recente in prospettiva comparatistica non può omettersi di richiamare almeno la più autorevole e interessante raccolta di saggi in materia: D.N. MACCORMICK – R.S. SUMMERS – A.L. GOODHART, *Interpreting precedents*, (1997), Routledge, Abingdon-NewYork, 2016, *passim*.

precedente, ritenendovisi vincolato, ad attribuirvi quella efficacia¹²⁵ – ma dice essa stessa quali dei propri orientamenti, se del caso costituiti anche da una sola decisione, debbano essere considerati *giurisprudenza*.

Ciò implica che la Corte suprema italiana non solo *produce* giurisprudenza, individuando – ai sensi dell’art. 65 ord. giud. – l’esatta interpretazione della legge e promuovendo la uniformità della giurisprudenza, ma è altresì indirettamente abilitata – per mezzo del c.d. “filtro” – a interpretare le proprie decisioni, indicando, fra le migliaia di sentenze pronunciate, quali debbano essere considerate *giurisprudenza* – potremmo dire – con la “G” maiuscola.

Questa concezione di una Corte suprema che dice a “senso unico” quale sia il diritto¹²⁶, sottraendosi – nel momento in cui si debba stabilire quale sia la *giurisprudenza* – al gioco dialettico che dovrebbe animare il dialogo con gli altri giudici, appare il frutto di una opzione ideologica che, all’ombra della nomofilachia, coltiva l’idea di un giudice supremo dai tratti fortemente autoritari. L’adesione della stessa (giurisprudenza della) Corte a una simile opzione, peraltro, non sorprende e traspare anche dal decreto n. 136/2016 del primo presidente¹²⁷, il quale, nel dettare alcune direttive per la redazione della motivazione delle sentenze civili, espressamente discorre di «valenza nomofilattica» delle sentenze civili, raccomandando che questa venga «individuata *in sede di deliberazione della decisione in camera di consiglio*, esplicitata in motivazione e documentata mediante indicazione specifica nello statino/dispositivo e nell’oggetto della intestazione»¹²⁸.

¹²⁵ Si rimanda ancora a M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., secondo cui «è dunque il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi – per così dire – che “crea” il precedente». Nello stesso senso anche G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma, 1990, pp. 1-14 e spec. p. 10 ss, ove si legge: «la costruzione del precedente [...] è opera di coloro che, interessati al precedente, o suoi utenti, vengono *dopo* la decisione assunta o discussa come “precedente” (la stessa parola indica un “precedente” rispetto a chi viene “dopo” chiusa parentesi. Tale opera implica anche una interpretazione di quella decisione». L

¹²⁶ Su questo profilo si tornerà più volte nel corso del lavoro: si vedano spec. il cap. III sulla massima e il cap. V sul *prospective overruling*.

¹²⁷ Decreto n. 136/2016, emanato dal primo presidente della Corte di cassazione, il 14 settembre 2016.

¹²⁸ Decreto n. 136/2016, cit., p. 2. Ma in questo senso v. già G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 305 ss. Corsivo aggiunto.

6. *Il «precedente»*

Le riforme del processo civile hanno anche introdotto un nuovo concetto, fino a poco tempo fa estraneo al lessico del legislatore: quello di «precedente». Il concetto di precedente compare nella legislazione recente in almeno tre luoghi: esso è introdotto nell'art. 1, c. 3, della l. 14 maggio 2005, n. 80, attributivo della delega al Governo all'adozione di un decreto legislativo per la riforma del codice di rito – il ben noto d.lgs. n. 40/2006 – con cui si prevedeva espressamente l'introduzione del «vincolo delle sezioni semplici al *precedente delle sezioni unite*, stabilendo che, ove la sezione semplice non intenda aderire al *precedente*, debba reinvestire le sezioni unite con ordinanza motivata». Il termine *precedente* – proprio in virtù delle osservazioni formulate dall'Assemblea generale della Corte di cassazione – restò, tuttavia, in quell'occasione estraneo al codice di rito, poiché il nuovo ultimo comma dell'art. 374 c.p.c., che introduce il vincolo formale delle sezioni semplici alle pronunce delle sezioni unite¹²⁹, reca un riferimento al «principio di diritto», ma non al «precedente». Questa scelta del legislatore delegato fu influenzata proprio dalla Corte di cassazione¹³⁰, la quale – al momento di rendere il proprio parere sullo schema del d.lgs. attuativo della delega – ritenne che fosse opportuno «eliminare la previsione espressa del vincolo giuridico (vincolo che pone anche dubbi di compatibilità con il principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge¹³¹)», prediligendo, invece, l'introduzione di un obbligo di rimessione per i «soli casi in cui il *principio di diritto* non condiviso sia stato formalmente enunciato alle sezioni unite».

Il termine «precedente» fece, invece, nel 2009 la sua comparsa nell'art. 118 disp. att. c.p.c., ove si prevede – a seguito della riforma introdotta dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 – che la motivazione della sentenza nella parte

¹²⁹ Secondo un'autorevole opinione, peraltro, il vincolo delle sezioni semplici alle sezioni unite preesisteva all'attuale formulazione dell'art. 374 c.p.c.: si veda in questo senso specialmente A. PROTO PISANI, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in *Foro It.*, 1988, V, cc. 28-29.

¹³⁰ Cfr. E. CALZOLAIO, *Riforma del processo di Cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione «civil law-common law»*, cit., p. 1003 ss. e spec. p. 1009.

¹³¹ *Contra* F.P. LUISO, *Sulla riforma del giudizio di cassazione - Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, cit., p. 817 ss., del cui pensiero vale la pena di riportare una battuta chiarificatrice: «se fosse vero che impedire alla Sezione semplice di emettere una sentenza contraria al precedente delle Sezioni unite significa violare l'art. 101 Cost., perché solo la legge può vincolare il giudice, allora anche il giudicato sarebbe incostituzionale!».

in cui dà atto delle ragioni giuridiche della decisione possa essere redatta anche «con riferimento a precedenti conformi»¹³². Successivamente, con l'inserimento nel tessuto del codice del nuovo art. 348-ter c.p.c., ad opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, viene introdotto il concetto di «precedenti conformi», il riferimento ai quali, unitamente agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa, consente al giudice d'appello di dichiarare il gravame inammissibile all'udienza di cui all'art. 350 c.p.c.

Nel linguaggio del legislatore si è, così, riprodotto quel dualismo terminologico tra *giurisprudenza* e *precedente*, su cui la dottrina più attenta si era già in passato soffermata nel tentativo di tenere i due concetti nettamente distinti¹³³. Secondo quanto si è osservato poco sopra¹³⁴, tuttavia, non pare che la Corte intenda rispettare questo rigore: essa, infatti, ha già posto le premesse perché di *giurisprudenza* si possa parlare anche in presenza di *una sola* sentenza, ossia in presenza di quello che – specie nel linguaggio anglosassone – integra tipicamente un *precedente*. Non solo: anche l'uso del termine «precedente» nella legge delega per la modifica dell'art. 374 c.p.c., nell'art. 118 disp. att. c.p.c. e nell'art. 348-ter c.p.c. appare dettato da (almeno parzialmente) differenti esigenze e quindi, in realtà, non esprimere un significato univoco: quello che poi è diventato il «principio di diritto» delle sezioni unite di cui all'art. 374, u.c., c.p.c. identifica probabilmente un *precedente* in senso proprio, inteso secondo l'accezione più rigorosa, secondo l'insegnamento della dottrina sviluppata nell'ambito dell'ordinamento che – così si ritiene – più di ogni altro rispetta il dogma del precedente vincolante, quello inglese. Seguendo una terminologia recentemente impiegata da Irti, potremmo parlare, in questi casi di «precedente preclusivo»¹³⁵. Là si dice, infatti, che una delle caratteristiche più importanti della dottrina del precedente vincolante consi-

¹³² Inoltre, nell'ambito della giustizia amministrativa, nel testo dell'art. 74 del codice del processo amministrativo ricorre espressamente il termine precedente proprio per la pronuncia della sentenza in forma semplificata. L'art. 74 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, sotto la rubrica «*Sentenze in forma semplificata*» prevede che «Nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme».

¹³³ Mi riferisco ancora a M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit.

¹³⁴ V. *supra*, par. 4.

¹³⁵ N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Cedam, 2017, p. 12.

sta proprio nel «*respect paid to a single decision of a superior court*»¹³⁶. L'utilizzo del «principio di diritto» in luogo del «precedente», in altri termini, restringe l'ambito di applicazione della norma, dovendosi per esso intendere quel principio che la Corte enuncia (*rectius*: dovrebbe enunciare) specificamente nella sentenza di accoglimento ex art. 143, disp. att., c.p.c.¹³⁷. Al contrario, complice l'utilizzo del plurale, nell'art. 118 disp. att., e nell'art. 348-ter, c. 1, c.p.c., la parola «precedente» sembra piuttosto riferirsi ad una pluralità di decisioni, la cui conformità determina l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale al quale il giudice intende aderire. Qui, dunque, ci troviamo in presenza, più che di un autentico precedente, di un orientamento giurisprudenziale, cioè di ciò che normalmente chiamiamo *giurisprudenza*.

Se ne deve concludere che, allo stato, imperversa una certa confusione terminologica, almeno nel lessico del legislatore. E non è un caso – anzi ce ne appare diretta conferma – che la dottrina più colta, nel tentativo di mettere un po' di ordine, abbia avvertito la necessità di distinguere tra *a*) precedenti preclusivi (quelli dell'art. 360-bis e – pare di poter affermare – quelli di cui all'art. 348-ter, c. 1, c.p.c.); *b*) precedenti decisori (non ancora previsti nel nostro ordinamento) e *c*) precedenti argomentativi (quelli di cui all'art. 118, c. 1, disp. att., c.p.c.)¹³⁸.

7. *La nomofilachia anticipata*¹³⁹: *l'accertamento pregiudiziale ex art. 420-bis c.p.c.*

Un ulteriore ampliamento e – almeno nelle intenzioni del legislatore – un rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione sarebbe dovuto derivare, da un lato, dalla modifica dell'art. 360, c. 1, n. 3, c.p.c., che ha incluso fra i motivi di ricorso per cassazione la violazione e falsa applicazione delle norme dei contratti e accordi collettivi nazionali

¹³⁶ R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, IV ed., Clarendon Press, Oxford, 1991, rist. 2004, p. 7.

¹³⁷ F. AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»*), in E. FAZZALARI (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 1 ss. e spec. p. 3.

¹³⁸ N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, cit., p. 12.

¹³⁹ C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile. II. Il processo ordinario di cognizione*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 553, a questo proposito si esprimono in termini di «esercizio anticipato della funzione nomofilattica della Cassazione»

di lavoro e, dall'altro lato, dall'estensione anche al settore dell'impiego privato – mediante l'introduzione dell'art. 420-*bis* c.p.c. e dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.c. – del meccanismo dell'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi, originariamente previsto per il solo pubblico impiego¹⁴⁰. Tale innovazione,

¹⁴⁰ Sull'istituto di cui all'art. 420-*bis* c.p.c., si vedano, pur senza pretesa di completezza: A. BRIGUGLIO, *Le funzioni della Corte di cassazione e l'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, in G.C. PERRONE e B. SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Cedam, Padova 1999, p. 19 ss.; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Giappichelli, Torino 2010, vol. II, tomo 2, p. 480 ss.; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, III ed., Giuffrè, Milano 2010, p. 442 ;G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. Cedam, Padova 2015, p. 719 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IX ed., vol IV, Giuffrè, Milano 2017, p. 66 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, III ed. Cedam, Padova 2012, p. 230 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Cacucci, Bari, 2015, pp. 419-282; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., p. 220; G. TRISORIO LIUZZI, *Le azioni seriali nel contenzioso del lavoro*, in *Le azioni seriali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2008, p. 230 ss.; ID., *Commento agli artt. 420-bis c.p.c. e 146-bis disp. att. c.p.c.*, in F. CIPRIANI, *Commentario*, Cedam, Padova, 2009, p. 462 ss.; D. DALFINO, *Contratto collettivo e ricorso per cassazione*, in ID. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Cacucci, Bari 2011, p. 319 ss.; M. FORNACIARI, *Il sindacato della Cassazione sui contratti e sugli accordi collettivi di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 625 ss.; F. ROTA, *Contratti collettivi in Cassazione tra nomofilachia e "autosufficienza del ricorso"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1373 ss.; F. ROSELLI, *La violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in G. IANNIRUBERTO – U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, cit., p. 243 ss.; U. MORCAVALLO, *L'interpretazione del contratto collettivo di diritto comune nella giurisprudenza di legittimità*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 327.

Tra i contributi più recenti, si vedano G. TRISORIO LIUZZI, *La Corte di Cassazione e la violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, RomaTre-Press, Roma, 2016, pp. 619-633; ID., *Contenuto ed effetti delle decisioni nel processo del lavoro*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 13 ss e spec. p. 27 ss. P. CURZIO, *Nomofilachia e autonomia collettiva*, in M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari 2015, pp. 285 ss. ; F. SANTAGADA, *Il sindacato della Cassazione sui contratti collettivi*, in R. TISCINI (a cura di), *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, Jovene, Napoli, 2015, p. 26 ss.

L'art. 420-*bis* c.p.c., introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, estende, con alcune significative modifiche, a tutte le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. lo speciale procedimento per l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, la validità e l'interpretazione dei contratti collettivi, originariamente introdotto dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, per le controversie in materia di pubblico impiego privatizzato. L'introduzione dello speciale procedimento nel tessuto del codice di rito ai fini della sua applicabilità generalizzata a tutte le controversie di lavoro è avvenuto con una triplice modifica normativa, che, tuttavia, costituisce un *unicum* sotto il profilo sistematico: oltre all'importazione dell'istituto per mezzo dell'inserimento dell'art. 420-*bis* nel codice, si devono infatti segnalare la modifica dell'art. 360, n. 3, c.p.c. e l'introduzione dell'art. 146-*bis* nelle disp. att. del c.p.c., entrambe avvenute

per un verso, *amplia* la nomofilachia della Corte, in quanto la investe della funzione di dire quale sia l'esatta interpretazione anche delle norme della contrattazione collettiva, e, per altro verso, la *rafforza* mediante espedienti di natura processuale¹⁴¹, secondo un modello che, anticipato dall'introduzione di questo congegno previsto per la prima volta nel 1998¹⁴², si sarebbe poi generalizzato – *mutatis mutandis* – con l'introduzione, nel 2006, del “vincolo processuale” delle sezioni semplici al pronunciamento delle sezioni unite *ex art. 374, c. 3, c.p.c.*¹⁴³

Secondo la Corte costituzionale, l'istituto dell'accertamento pregiudiziale dovrebbe costituire «strumento per la soluzione di questioni ermeneutiche di interesse collettivo che reclamano decisioni immediate entro il primo grado di giudizio», nonché per l'attuazione di «economie di giudizio» spendibili in «altri processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione su cui la Corte di cassazione sia stata già chiamata a pronunciarsi»¹⁴⁴. L'efficacia “rafforzata” del “precedente” formatosi secondo il congegno – per la verità piuttosto farraginoso – disciplinato dall'art. 420-*bis* c.p.c., è derivata sia dalla possibilità che – nella pendenza del giudizio di cassazione sulla questione – siano sospesi *altri*

ad opera del d.lgs. n. 40 del 2006. Per mezzo della modifica dell'art. 360, n. 3, c.p.c. si è espressamente prevista la impugnabilità con ricorso per cassazione delle sentenze per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro. Per mezzo dell'introduzione dell'art. 146-*bis*, disp. att., c.p.c. il legislatore ha inteso estendere – attraverso un richiamo selettivo alle norme di cui all'art. 64 del d.lgs. n. 165 del 2001, e ferma la clausola della compatibilità – anche alle pronunce di legittimità sulla validità, efficacia ed interpretazione della contrattazione collettiva di matrice privatistica, quella peculiare “efficacia espansiva esterna” in grado di dare senso compiuto al sistema dell'accertamento pregiudiziale. V. *infra* nel testo.

¹⁴¹ In giurisprudenza Cass. 23 settembre 2010, n. 20075, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 9, p. 1249, si è testualmente espressa in termini di «vincolo procedurale» per i giudici di merito diversi da quello che ha pronunciato *ex art. 420-bis* c.p.c., la sentenza impugnata in Cassazione.

¹⁴² Sulla genesi dell'istituto e la sua estensione al processo del lavoro per le controversie privatistiche v., per tutti, la ricostruzione di G. TRISORIO LIUZZI, *La Corte di Cassazione e la violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro*, cit., p. 620 ss. e p. 625 ss.

¹⁴³ Sulla natura processuale del vincolo delle sezioni semplici alle sezioni unite, la dottrina è tendenzialmente concorde: v. *infra*, par. 8.

¹⁴⁴ C. cost. 17 luglio 2007, n. 298, pubblicata in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, p. 936 ss., con nota di VALLEBONA; in *Lavoro giur.*, 2008, p. 376 ss., con nota di GRAZIANI, in *Giur. costit.*, 2007, p. 2912 ss.

processi di merito¹⁴⁵ in cui detta questione rivesta carattere pregiudiziale¹⁴⁶, sia dalla necessità per il giudice di merito di utilizzare la forma della sentenza non definitiva per pronunciare in senso difforme sulla questione già decisa dalla Suprema Corte¹⁴⁷.

¹⁴⁵L'art. 64, c. 6, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 dispone infatti che: «In pendenza del giudizio davanti alla Corte di cassazione, possono essere sospesi i processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi. Intervenuta la decisione della Corte di cassazione, il giudice fissa, anche d'ufficio, l'udienza per la prosecuzione del processo».

¹⁴⁶Pur esprimendosi le norme in termini di pregiudizialità, si è ritenuto non possa trattarsi di questione pregiudiziale in senso tecnico (cfr. F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., p. 72; L. DE ANGELIS, *L'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, in F. CARINCI – L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci. V. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, pp. 1283-1284; M. MARAZZA, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi nazionali*, cit., p. 1102 ss.). La questione che può essere decisa ex art. 420-bis c.p.c. dev'essere "pregiudiziale" nel senso che essa deve costituire un antecedente logico necessario della decisione sulla domanda: trattandosi peraltro di questione relativa a norme – ancorché pattizie – sarebbe forse più esatto parlare di "rilevanza", piuttosto che di "pregiudizialità" (così, tra gli altri, D. RIZZARDO, *Accertamento pregiudiziale ai sensi dell'art. 420 bis c.p.c.: la Suprema Corte detta le istruzioni per l'uso*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 1258 ss.) o, quantomeno, sarebbe opportuno prendere atto che il giudizio di pregiudizialità presuppone un giudizio di "rilevanza" della norma controversa. D'altra parte, sia in dottrina (v. ad es. L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, p. 1277), sia in giurisprudenza (v. ad es. Cass., Sez. lav., 26 marzo 2007, n. 7306) è significativamente frequente l'utilizzo in tale contesto del termine "rilevanza"). Per opportuni chiarimenti sul punto v. G. TRISORIO LIUZZI, *Contenuto ed effetti delle decisioni nel processo del lavoro*, cit., p. 29.

A questo proposito, in giurisprudenza si è precisato che la pregiudizialità della clausola interpretanda va misurata con riferimento al *petitum* e alla *causa petendi* della causa nell'ambito della quale la relativa questione viene posta (così Cass., 8 febbraio 2008, n. 3098). Ne segue che ai fini dell'art. 420-bis c.p.c. la questione non potrà riguardare in via esclusiva una clausola invocata da una parte in via d'eccezione, senza che allo stesso tempo venga fatta oggetto di interpretazione la clausola o le clausole su cui si fondano la *causa petendi* ed il *petitum* della domanda (. In altri termini la Cassazione ritiene che il concetto di pregiudizialità vada necessariamente inteso in senso così ampio che – almeno così par di capire – il giudice che deve fare applicazione di più clausole del contratto collettivo per decidere la controversia non possa fare oggetto di interpretazione ex art. 420-bis c.p.c. solo alcune di esse, ma debba – anche andando al di là delle domande delle parti (principio espresso *in obiter* in entrambe le sentenze citt.) – interpretare tutte le diverse clausole rilevanti ai fini della decisione.

¹⁴⁷L'art. 64, c. 7 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 prevede che: «Quando per la definizione di altri processi è necessario risolvere una questione di cui al comma 1 sulla quale è già intervenuta una pronuncia della Corte di cassazione e il giudice non ritiene di uniformarsi alla pronuncia della Corte, si applica il disposto del comma 3». Il quale prevede, a sua volta, che in tali casi «[...] il giudice decide con sentenza sulla sola questione di cui al

Di ciò hanno dato atto, oltre che autorevole dottrina¹⁴⁸, varie sentenze. In particolare, Cass. n. 19710 del 2007 ha affermato che la pronuncia del giudice *ex art. 420-bis c.p.c.* è in grado di «rimuovere una situazione di incertezza (sorta nel corso di una controversia individuale di lavoro) attraverso uno strumento meramente processuale (sentenza non definitiva ricorribile in cassazione), volto a provocare una pronuncia capace di vincolare tendenzialmente tutti i giudizi investiti contestualmente o in futuro della medesima questione»¹⁴⁹. La pronuncia della Cassazione sulla questione è, dunque, dotata di una sorta di “autorità rafforzata”, dato che essa è in grado di «vincolare gli altri giudici» in misura maggiore rispetto a tutte le restanti decisioni della Corte di cassazione. Questo assunto è, peraltro, corroborato dall’affermazione secondo cui la preesistenza di altri “precedenti” della Cassazione – privi di un’“autorità rafforzata” – sulla medesima clausola non impedisce affatto il ricorso al procedimento di cui all’art. 420-*bis* c.p.c.¹⁵⁰.

Com’è noto, in presenza di una *Grundnorm* qual è quella di cui all’art. 101 Cost., che sottopone il giudice solo al vincolo della legge, le decisioni della Corte suprema non possono essere dotate di una vincolatività assoluta per gli altri giudici¹⁵¹. È, infatti, affermazione ricorrente che il nostro

comma 1, impartendo distinti provvedimenti per l’ulteriore istruzione o, comunque, per la prosecuzione della causa. La sentenza è impugnabile soltanto con ricorso immediato per Cassazione, proposto nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione dell’avviso di deposito della sentenza. Il deposito nella cancelleria del giudice davanti a cui pende la causa di una copia del ricorso per cassazione, dopo la notificazione alle altre parti, determina la sospensione del processo».

¹⁴⁸In questo senso v. spec. G. TRISORIO LIUZZI, *La Corte di Cassazione e la violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro*, cit., p. 631, il quale, con molta chiarezza, ha affermato: «tali disposizioni mostrano con tutta evidenza l’intenzione del legislatore di favorire un’efficacia della sentenza della Cassazione sulla questione pregiudiziale anche in altri processi, nei quali è in discussione la stessa questione, senza però arrivare a prevedere una efficacia *erga omnes* della sentenza. E ciò al fine di evitare controversie di serie attinenti all’interpretazione ed applicazione delle norme collettive, oltre che al fine di potere pervenire ad una uniformità di soluzioni in tema di contrattazione collettiva».

¹⁴⁹Conforme, da ultimo, v. Cass., 25 giugno 2014, n. 14356, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1735 ss., con nota di D. GIRARDI, *Accertamento pregiudiziale ex art. 420-bis c.p.c. e deliberazione di questioni «preliminari»*).

¹⁵⁰Si è pronunciata in questo senso espressamente v. Cass., 25 settembre 2007, n. 19710.

¹⁵¹Nel senso che la forza di queste pronunce non può certo tradursi in una loro efficacia *erga omnes* v. M. VINCIGUERRA, *Questioni sul procedimento di nomofilachia accelerata ex art. 420-bis c.p.c.*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, p. 96.

sistema sia inidoneo ad accogliere meccanismi in grado di trasformare una sentenza, quantunque proveniente da un organo giurisdizionale di vertice, in un vero precedente vincolante¹⁵². Il legislatore ha, allora, fatto ricorso all'introduzione di alcuni "ostacoli" per dare maggiore forza al *dictum* che la Cassazione emette a conclusione del procedimento *ex art. 420-bis* e *146-bis* disp. att. c.p.c.: secondo queste disposizioni, infatti, una volta che sia stata pronunciata la sentenza del giudice di merito sulla questione pregiudiziale, questa può essere impugnata direttamente innanzi la Corte di cassazione. Nella pendenza del giudizio di cassazione, il processo nell'ambito del quale è stata pronunciata la sentenza impugnata rimane sospeso *ipso jure*, mentre gli altri processi, la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi, *possono* essere sospesi¹⁵³. Terminato il procedimento, la decisione della Corte sarà vincolante per il giudice del merito (ma non per gli altri giudici di merito che hanno sospeso volontariamente i processi pendenti)¹⁵⁴. Ove, tuttavia, la identica questione in seguito si ripresenti e debba quindi essere decisa in altri processi, il giudice non sarà tenuto a risolverla uniformandosi al *dictum* della Cassazione, ma potrà pur sempre deciderla diversamente con sentenza non definitiva ancora impugnabile con ricorso immediato avanti la stessa Corte.

Alla luce di ciò è chiaro che, pur essendovi una direttiva univoca del legislatore nel senso di rendere "più oneroso" per i giudici del merito decidere diversamente da come ha già deciso la Cassazione, tale possibilità non è comunque destinata a venir meno. Se ciò vale per il giudizio di merito, considerazioni non molto diverse possono ripetersi per l'esito del giudizio di legittimità. Poiché la maggiore stabilità e "vincolatività" della decisione *de qua*, in assenza della conformazione del giudice di merito, dipende pur sempre da una riaffermazione del precedente orientamento da parte della Corte suprema, non è affatto detto che il procedimento in esame sia effettivamente in grado di produrre gli effetti di stabilizzazione auspicati. Va, infatti, osservato che l'organizzazione della Corte di cassazione è tale per cui i collegi giudicanti mutano di frequente composizione, sicché potranno certamente darsi variazioni – anche ravvicinate – di rotta nella formazione degli orientamenti giurisprudenziali¹⁵⁵.

¹⁵² Di ciò si è già detto *supra*, par. 2, al quale si rimanda.

¹⁵³ V. *supra*, testo e nt. 139.

¹⁵⁴ Così esattamente L. DE ANGELIS, *L'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, cit., p. 1375.

¹⁵⁵ Di ciò dà atto la stessa Corte, ove afferma che «risultati maggiormente soddisfacenti

Vi è, però, un aspetto ulteriore che emerge dall'indagine su questo istituto e sul quale vale la pena di soffermare l'attenzione, sia alla luce delle considerazioni che si sono svolte finora, sia nella prospettiva che sarà sviluppata nei successivi capitoli di questo lavoro. In un contesto, come quello che il legislatore ha consegnato agli interpreti, in cui la rarefazione della componente fattuale del giudizio pare costituire un elemento essenziale della "nuova" nomofilachia, balzano agli occhi alcune affermazioni rese dalla Corte, proprio in occasione di pronunce sollecitate *ex art. 420-bis c.p.c.* Nello specifico, è significativo che la Cassazione abbia in più occasioni ¹⁵⁶ stabilito che l'accertamento pregiudiziale demandato al giudice di legittimità non possa aver luogo senza l'espletamento di un'adeguata e completa istruttoria ad opera del giudice del merito, pena, in difetto, l'annullamento della sentenza non definitiva di prime cure (per ragioni di rito).

La Corte si è preoccupata di sottolineare che «la sentenza di Cassazione, per spiegare i suoi primi effetti nell'ambito del giudizio di merito nel quale è stata decisa la pregiudiziale e per condizionarne in modo determinante l'esito, non [può] basarsi su di un materiale istruttorio del tutto nuovo e su dati fattuali che non siano stati allegati né accertati in quella sede» ¹⁵⁷. Non solo: «se la decisione della Corte di cassazione è destinata ad assumere [...] una efficacia maggiormente vincolante rispetto a tutte le altre pronunzie rese pur esse dai giudici di legittimità in analoghe fattispecie, risulta poi incontestabile sul piano logico-istituzionale che tale maggiore rilevanza del *dictum* giurisprudenziale poggi su dati fattuali e su risultanze istruttorie, che non possono che essere acquisiti in modo completo dal giudice di merito» ¹⁵⁸. Queste affermazioni mettono in luce come la Cassazione, chiamata a dire quale sia l'esatta interpretazione di una clausola negoziale afferente alla contrattazione collettiva, si trovi in

si sarebbero potuti perseguire se le controversie aventi ad oggetto questioni attinenti alla contrattazione collettiva fossero state incluse – per l'oggettivo rilievo da esse assunte – tra quelle comportanti una questione "di massima" di particolare importanza", e, quindi, devolute alle Sezioni Unite quale organo istituzionalmente deputato anche a prevenire i contrasti, suscettibili di sorgere, pure nella materia in esame, all'interno della stessa Sezione lavoro» (Cass., 24 gennaio 2008, n. 1578).

¹⁵⁶ Si vedano, in particolare, Cass., 11 marzo 2008, n. 6429, in *Guida al dir.*, 2008, 20, p. 53 e, più di recente, Cass., 2 marzo 2012, n. 3304, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3, p. 265 ed in *Lav. nella p.a.*, 2012, 2, p. 417.

¹⁵⁷ Così, testualmente, Cass., 11 marzo 2008, n. 6429, la più significativa ai nostri fini tra le due pronunce citt. nella nt. precedente.

¹⁵⁸ Così, ancora, Cass., 11 marzo 2008, n. 6429, punto 4.2.

serie difficoltà a prendere una decisione in assenza di un'istruttoria completa e approfondita: la Corte di vertice qui – nel rivolgersi con il proprio *dictum* non solo al giudice del rinvio, ma anche agli altri giudici dell'ordinamento – rivendica con forza il suo ruolo di giudice e ammette – dicendo qui ciò che altrove, più o meno esplicitamente, nega – di non poter offrire nessun utile insegnamento senza conoscere le circostanze del caso concreto, nell'ambito del quale viene invocato il suo intervento.

La Cassazione insiste, dunque, sulla necessità che la pronuncia della sentenza non definitiva di cui all'art. 420-*bis* c.p.c. sia preceduta dall'espletamento di un'adeguata istruttoria anche perché – rimarca la Corte – «non può negarsi che l'esigenza di superare tutte le difficoltà interpretative scaturenti dall'esame di una clausola della contrattazione collettiva (susceptibili di presentarsi pure in controversie future inquadrabili nello stesso tipo di contenzioso) comporti la necessità che la risposta del giudice di merito (e poi di quello di legittimità) alla pregiudiziale risulti completa ed esaustiva, capace cioè di far cessare ogni residuo dubbio sulla intera portata della clausola pattizia, consentendo così nel proseguimento della controversia di potenziare l'attività decisoria del giudice di merito con effetti sollecitatori»¹⁵⁹. Questa esigenza non emerge soltanto per la necessità di svolgere quegli accertamenti di fatto che consentano alla Corte di applicare i canoni ermeneutici imposti dall'art. 1362 c.c., che obbliga l'interprete a non «limitarsi al senso letterale delle parole», ma anche al fine di non lasciare dubbi circa le dirette conseguenze degli effetti che scaturiscono dall'interpretazione accolta. In altri termini la lettura "autentica" che la Cassazione è chiamata a dare alla clausola contenuta nel contratto collettivo deve consentire al giudice «di pervenire in base alle acquisite risultanze processuali ad una decisione che dia una lettura del dato pattizio esaustiva ed univoca, capace cioè di definire in termini chiari e conclusivi anche le problematiche consequenziali alla interpretazione accolta»¹⁶⁰.

Peraltro vi è da osservare che la Suprema Corte italiana, chiamata, su istanza della parte ricorrente, a dire quale sia l'esatta interpretazione (o comunque a pronunciarsi sulla validità o sull'efficacia) della clausola del contratto collettivo, sembra richiedere al giudice del merito – che, mediante la pronuncia (potenzialmente) "sollecitatoria" della sentenza non definitiva *ex art. 420-bis* c.p.c., ne rende possibile l'investitura in funzione di nomofilachia anticipata – qualcosa che, *mutatis mutandis*, appare

¹⁵⁹ Cass., 11 marzo 2008, n. 6429, punto 5.5.

¹⁶⁰ Cass., 11 marzo 2008, n. 6429, punto 7.

molto simile a ciò che al giudice nazionale chiede la Corte di giustizia di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale *ex art. 267* del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. La questione pregiudiziale *ex art. 420-bis c.p.c.* – se si esclude il fatto che viene portata all'attenzione della S.C. su l'iniziativa di parte – risulta strutturalmente molto simile, in effetti, alla *Rechtsfrage* che il giudice nazionale può (se di merito) o deve (se di ultima istanza) proporre alla Corte di giustizia in caso di dubbio sulla interpretazione della normativa comunitaria¹⁶¹. La *Rechtsfrage*, infatti, com'è stato messo in luce in un recente studio¹⁶² – che ha indagato, sviluppandole, precedenti intuizioni, di cui ha confermato la fondatezza¹⁶³ –, pur rappresentando una “questione di diritto”, non può mai – pena la sua irricevibilità – essere una questione meramente astratta: infatti, «se il quesito interpretativo non è concreto, la Corte di giustizia non ha competenza a risolverlo ai sensi dell'art. 267 Trattato FUE»¹⁶⁴. Tuttavia, la Cassazione, ancorché non lo dica espressamente, sembra pretendere qualcosa di più dal giudice del merito: mentre la Corte di giustizia ritiene sufficiente che il giudice rimettente indichi in maniera precisa gli

¹⁶¹ La *Rechtsfrage* costituisce, come ha dimostrato un recente studio, l'oggetto – avente natura processuale – del procedimento (*rectius*, secondo alcuni, processo: cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Cedam, Padova, 1996, p. 92 ss.) di rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia da parte del giudice nazionale (così, specialmente, E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim* e spec. cap. I). Si tratta di una tesi di derivazione tedesca, già sostenuta in precedenza da autorevole dottrina (A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 39 ss.; E.T. LIEBMAN, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Cedam, Padova, 1958, p. 422), che si era però soprattutto intrattenuta sulle relazioni intercorrenti tra l'oggetto del procedimento interpretativo avanti la Corte di giustizia e quello pendente avanti il giudice nazionale. Su questi (parzialmente diversi) profili si vedano: G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Cacucci, Bari, 1987, p. 191 ss.; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 74 ss.; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 418 ss.; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 173, spec. n. 1. Il tema dell'oggetto del rinvio pregiudiziale risulta, infine, del tutto negletto nella giurisprudenza interna, le cui preoccupazioni si sono concentrate soprattutto sull'esame dei presupposti del rinvio *ex art. 267* Trattato FUE. Di questo tema si tratterà, più ampiamente, *infra* nel cap. IV, par. 3.3. al quale si rinvia per maggiori approfondimenti.

¹⁶² Si tratta, appunto, del contributo monografico di E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia*, cit., p. 15 ss.

¹⁶³ V. *supra*, nt. 160.

¹⁶⁴ E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale*, cit., p. 53.

elementi di fatto così come essi vengono allegati nel processo pendente avanti il giudice nazionale ¹⁶⁵, la Corte suprema italiana raccomanda – ma sarebbe forse più corretto dire: *impone* – al giudice di prime cure di svolgere un’istruttoria il più possibile completa prima di decidere la questione interpretativa con sentenza non definitiva, ricorribile per cassazione. In questo caso – per certi versi in contrasto con la recentemente sempre più marcata tendenza ad allontanare il giudice di legittimità dal fatto – la Cassazione rifiuta il ruolo di mero esegeta e invoca i concreti fatti di causa (così come essi si presentano non solo in virtù delle allegazioni delle parti, ma addirittura a valle di un’attività istruttoria e cioè: non solo allegati, ma provati) al fine di poter essere il “vero” giudice di quella causa. Ed infatti, solo disponendo del fatto così come ricostruito all’esito di un’istruttoria, la Corte potrà orientare il proprio intervento nomofilattico vedendo in prospettiva, sullo sfondo, quali siano le conseguenze concrete preconizzate dall’interpretazione prescelta, destinate a confluire nella sentenza definitiva del giudice di prime cure.

Le affermazioni della Cassazione nel contesto di questo istituto risultano particolarmente illuminanti sotto due profili, ma al contempo – a ben vedere – foriere di una contraddizione difficilmente sanabile: per un verso esse rivelano il carattere velleitario di interventi esegetici, con aspirazione “nomofilattica”, di disposizioni generali ed astratte svincolati dai fatti del caso concreto, di cui – infatti – viene invocato l’accertamento mediante adeguata istruttoria da espletarsi in prime cure. Per altro verso, tuttavia, proprio l’attività istruttoria viene ritenuta necessaria per finalità che, a loro volta, appaiono velleitarie: dandosi atto, infatti, dell’impossibilità di procedere ad un’esatta interpretazione della contrattazione collettiva in assenza di quegli elementi di fatto che solo un’adeguata attività istruttoria può fornire al giudice di legittimità e riconosciuta, in tal modo, l’importanza fondamentale che rivestono *i fatti* nell’interpretazione delle *norme*, proprio secondo l’insegnamento dell’ermeneutica giuridica ¹⁶⁶, come può realisticamente affermarsi che «la controversia individuale costituisca lo strumento per pervenire ad una *definitiva e completa* soluzione della pregiudiziale, nel senso che *tutti i dubbi interpretativi sulle diverse questioni scaturenti dall’interpretazione*

¹⁶⁵ Si vedano, ad es., Corte di giustizia, 3 febbraio 1983, causa C-149/82, *Robards*; Corte di giustizia, 12 marzo 1998, causa C-314/96, *Djabali*; Corte di giustizia, 20 gennaio 2005, causa C-225/02, *García Blanco c. INSS, TGSS*. Rimando, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, a E. D’ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale*, cit., p. 37 ss. e spec. Nt. 62.

¹⁶⁶ Rimando a quanto già detto *supra*, par. 4 e a quanto si dirà nel cap. II, par. 3.2.

della clausola contrattuale [...] debbano trovare una definitiva ed esaustiva composizione nella decisione del giudice»¹⁶⁷?

Bisognerebbe, forse, allora ammettere che, se per interpretare le clausole del contratto collettivo in maniera corretta è necessario avere adeguata contezza del contesto fattuale nel quale quelle norme, così interpretate, dovranno anche essere applicate, l'efficacia di quel "precedente" non potrà che restare in qualche modo legata al caso concreto, sì da rendere illusoria l'idoneità della pronuncia della Cassazione a risolvere *una volta per tutte* i dubbi interpretativi scaturenti dalla necessità di applicare quella determinata norma ad un dato caso.

Questo modo di ragionare sembra porci di fronte ad una contraddizione difficile da sciogliere – che più volte tornerà nel corso di questo lavoro – alla base della quale mi pare alligni un pericoloso e venefico equivoco, molto diffuso e radicato nella nostra cultura giuridica, che equipara la forza del "precedente" alla sua "efficacia normativa", quindi ad una forza che, in questa prospettiva, non può che avere carattere generale ed astratto. Questa equiparazione, certamente figlia del cognitivismo positivista – un'ideologia (cheché se ne dica) tuttora robustamente innervata nella nostra cultura giuridica¹⁶⁸ –, trova, poi, ulteriore nutrimento dal fenomeno dell'estrazione e dell'utilizzo intensivo delle massime giurisprudenziali¹⁶⁹. La tendenza ad avvicinare (pericolosamente) la forza del precedente ad una forza normativa – nel senso che si è appena chiarito – trova conferma in alcune affermazioni che si rinvergono in letteratura: si è detto, infatti, con riferimento all'istituto disciplinato dall'art. 420-bis c.p.c., che «l'esportabilità del *precedente* è infatti relativa, e a seconda dei casi scarsa e anche nulla, laddove esso sia stato *espresso in ragione di un individualizzato quadro di riferimento istruttorio avanti il giudice di merito*»¹⁷⁰. E si è aggiunto: «Un'istruttoria altrove assente, magari per diversità di impostazione difensiva, per decadenza o per qualsiasi altra ragione, ben può aver portato, e può quindi, portare ad esiti interpretativi diversi. Il che indebolisce la forza del precedente, ivi compreso, conseguentemente quello di

¹⁶⁷ Cass., 11 marzo 2008, n. 6429, punto 3.3, corsivi nostri.

¹⁶⁸ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 508.

¹⁶⁹ La produzione e l'uso della giurisprudenza per massime è un tema cruciale, che, richiedendo una digressione troppo ampia, non può essere trattato in questa sede. Per tale ragione qui ci si limita ad un cenno, mentre a quello che potremmo chiamare "il problema della massima" sarà dedicato un intero capitolo: v. *infra*, cap. III.

¹⁷⁰ L. DE ANGELIS, *L'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, cit., p. 1288, corsivi nostri.

cassazione»¹⁷¹. Si tratta di considerazioni del tutto condivisibili (solo) a condizione che – come spesso accade – si equipari la “forza del precedente” ad una forza avente carattere propriamente “normativo”. Questa equiparazione, però, è altamente problematica, forse anche intrinsecamente contraddittoria e solleva importanti difficoltà, di cui si cercherà di dar conto nello sviluppo dell’indagine che si sta conducendo e che dovrebbe giustificare il titolo stesso di questo contributo.

8. Due Cassazioni (... anzi, tre!) in una

L'impossibilità di ridurre drasticamente il numero dei ricorsi in Cassazione¹⁷² ha indotto il legislatore a portare a compimento un disegno che va nella direzione di una sempre più accentuata suddivisione del lavoro all'interno dell'unica corte di Roma, al punto da farne – secondo una suggestiva immagine – un frattale o un «multividuo»¹⁷³. È stato anzitutto ad opera della riforma dell'art. 374, u.c., così come sostituito dal d.lgs. n. 40/2006, che si è rafforzata la distinzione tra sezioni semplici e sezioni unite, istituendosi un “vincolo” formale¹⁷⁴ – giuridico, ma non

¹⁷¹ L. DE ANGELIS, *ibidem*.

¹⁷² In dottrina (v. F.P. LUIO, *Sulla riforma del giudizio di cassazione - Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, cit.) si ritiene che, ad art. 111 Cost. invariato, non solo sia difficilmente realizzabile, ma anche indesiderabile, una drastica riduzione dei ricorsi.

¹⁷³ Sono entrambe espressioni di F. AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»*, cit., pp. 15-16.

¹⁷⁴ Sulla effettiva portata del vincolo delle sezioni semplici al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite la dottrina si è intrattenuta diffusamente. In argomento, oltre alle *opp. citt.*, si vedano: R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, in F.P. LUIO – R. VACCARELLA (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino 2013, p. 321 ss. e spec. p. 426 ss.; G. AMOROSO, *Commento all'art. 374*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, tomo I, Cedam, Padova, 2009, p. 195 ss.; G. PRESTIPINO, *Il nuovo ruolo delle Sezioni Unite*, in G. IANNIRUBERTO – U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 60; G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, cit., p. 943 ss.; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., p. 238; A. TEDOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di Cassazione: esegesi e spunti*, cit., p. 2011; C. CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1189 ss. e spec. p. 1193; M. DE CRISTOFARO, *L'edificazione della Corte suprema tra risolutezza e «timidezza» del legislatore delegato*, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 1760 ss.; F. TOMMASEO, *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia*, in *Giur. it.*, 2003, p. 827. Parte della dottrina ha ritenuto che la violazione del dovere di rimes-

normativo¹⁷⁵ – delle prime al *dictum* delle seconde, che è effettivamente tale, nonostante il pudore del legislatore nel tacere accuratamente questo termine. Tanto che le sezioni unite possono essere oggi intese come una sorta di super corte, all'interno dell'unica Cassazione¹⁷⁶.

All'origine della istituzione del vincolo formale delle sezioni semplici riposa l'idea che una cosa sia il lavoro di annullare le decisioni che non si conformano agli orientamenti consolidati della Corte e che altra cosa sia la funzione di uniformare la giurisprudenza in un'ottica propositiva¹⁷⁷. Non utilizzo a caso – anche se, certo, con un po' di arbitrio – le parole *lavoro* e *funzione*: la loro contrapposizione sottintende una diversità qualitativa che non sarebbe onesto lasciare nell'ombra. Secondo questa bipartizione, alle sezioni semplici spetterebbe la funzione negativa della nomofilachia: quella di garantire l'«esatta osservanza» della legge attraverso l'annullamento delle sentenze “disobbedienti”, che non si sono uniformate alla giurisprudenza della Corte suprema. Alle sezioni unite, invece, spetterebbe la funzione positiva dell'«uniforme interpretazione», «volta a dettare un criterio cui possano»¹⁷⁸ (forse *rectius*: debbano) «ispirarsi le future decisioni»¹⁷⁹.

Le sezioni unite sono oggi destinatarie del compito di comporre i contrasti di giurisprudenza insorti tra le sezioni semplici (art. 374, c. 2, c.p.c. e art. 618 c.p.p.), di pronunciarsi su questioni di massima di particolare importanza (ancora art. 374, c. 2, c.p.c.), oltre che sulle questioni di giurisdizione (ma con i limiti ora incorporati dall'art. 374, c. 1, c.p.c.). Benché l'efficacia dell'interpretazione delle norme provenienti dalle sezioni unite non differisca formalmente in nulla da quella delle sezioni semplici, tuttavia, i profili organizzativi non sono privi *in concreto* di ricadute sulla «maggior autorevolezza, per così dire, didattica delle interpretazioni giurisprudenziali formulate dalle sezioni unite rispetto a quelle formulate dalle sezioni semplici»¹⁸⁰.

sione determinerebbe conseguenze sul piano deontologico (A. CARRATTA in S. CHIARLONI (a cura di), *Le nuove riforme del processo civile*, Bologna, 2006, p. 422 ss.; F. AULETTA, *Profili del nuovo principio di diritto*, cit., p. 17 ss.; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 279).

¹⁷⁵ A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle sezioni unite civili*, cit., p.16 ss.

¹⁷⁶ A. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, p. 33 ss.

¹⁷⁷ Cfr., in particolare, F.P. LUIO, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁷⁸ F.P. LUIO, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ G. DI FEDERICO, *La Corte di Cassazione*, Laterza, Bari, 1969, p. 52; Id. (a cura di), *Ma-*

Le riforme, con l'introduzione di quello che secondo la dottrina prevalente sarebbe un vincolo solo processuale delle sezioni semplici alle sezioni unite¹⁸¹, non fanno che accentuare un dualismo preesistente, rafforzando il ruolo delle sezioni unite, così rimarcando l'esistenza una sorta di "doppio livello" all'interno della Cassazione, che in qualche modo può richiamare alla memoria alcune esperienze europee continentali¹⁸² come quella francese della *assemblée plénière* e della più minuta *chambre mixte*¹⁸³, o quella tedesca del *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*¹⁸⁴, in difetto, però, delle particolari cautele che circondano

nuale di ordinamento giudiziario, Cedam, Padova, p. 96. Secondo Di Federico la maggiore efficacia delle pronunzie delle sezioni unite, «nel promuovere il fine istituzionale della uniformità della giurisprudenza, è basata: a) su una più numerosa composizione del collegio giudicante [...]; b) su una particolare scelta dei membri del collegio giudicante [...]; c) su una più diffusa conoscenza dei ricorsi da decidere da parte dei membri del collegio giudicante».

¹⁸¹ *Contra* F. AULETTA, *op. cit.*, 17 ss., il quale ritiene che il vincolo non possa dirsi meramente *in procedendo*, come accade nel caso di cui all'art. 64, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 – ove il giudice che non ritenga di uniformarsi alla pronuncia della Corte sulla interpretazione di una clausola di un contratto o accordo c.n.l. deve pronunciare con sentenza non definitiva immediatamente ricorribile per cassazione – ma abbia maggior consistenza, risolvendosi nell'ablazione del potere decisorio in capo alla sezione semplice.

¹⁸² Si vedano i raffronti comparatistici di A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle sezioni unite civili*, cit., p. 21 ss.

¹⁸³ Sulle differenti competenze della *Chambre Mixte* e della *Assemblée Plénière* si vedano rispettivamente l'art. 431-5 (a mente del quale «*Le renvoi devant une chambre mixte peut être ordonné lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes ; il doit l'être en cas de partage égal des voix*») e l'art. 431-6 (in forza del quale «*Le renvoi devant l'assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ; il doit l'être lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens*») del COJ (*Code de l'organisation judiciaire*). Per una sintesi aggiornata v. L. CADIET, *El rol institucional y político de la Corte de Casación en Francia: tradición, transición, mutación?*, in M. TARUFFO – L.G. MARINONI – D. MITIDIERO (a cura di), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 179-180.

¹⁸⁴ Non può essere questo il luogo per una compiuta digressione sull'ordinamento giudiziario della Germania. Tuttavia, è appena il caso di ricordare che la coesistenza di una molteplicità di corti supreme – le cinque previste dall'art. 95, c. 1, della *Grundgesetz* (che giudicano in materia ordinaria, amministrativa, del lavoro, finanziaria e sociale), oltre a quella facoltativa in materia di proprietà intellettuale, prevista dall'art. 95, c. 1, della *Grundgesetz* – hanno reso necessaria la previsione di un organo giudiziario, il *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*, che si pronuncia, però, assai raramente.

la rimessione a quest'ultimo quando essa preluda ad un mutamento di giurisprudenza¹⁸⁵.

L'idea che stava alla base della più netta bipartizione tra sezioni semplici e sezioni unite ispira in qualche modo anche la più recente riforma delle forme del rito in Cassazione, la quale, ha, a sua volta, dato vita ad una sorta di ulteriore ideale partizione all'interno della Corte suprema, portandole, così, (su un piano ideale, perché una ha caratteri ordinamentale, l'altra procedimentale) complessivamente a tre¹⁸⁶. Mi riferisco alla introduzione generalizzata del rito camerale per le sezioni semplici, salvo «che la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla *particolare rilevanza* della questione di diritto, ovvero che il ricorso sia stato rimesso dall'apposita sezione di cui all'art. 376 in esito alla camera di consiglio che non ha definito il giudizio»¹⁸⁷. I primi autorevoli commenti hanno messo in luce come questo nuovo intervento si presti a creare un dualismo in virtù del quale, da un lato, vengono decisi in forma semplificata i ricorsi che non richiedono un intervento in chiave nomofilattica – quelli che, secondo la lettera della legge non richiedono la soluzione di questioni di diritto di *particolare rilevanza* – e, dall'altro lato, solo quando vengono in rilievo queste ulti-

¹⁸⁵ Quando all'interno delle Corti suprema federale vi è già un organo di vertice a cui è già demandata una funzione un'informatrice – come accade per il *Großer Senat für Zivilsachen* del *Bundesgerichtshof* o per il *Senate des Bundesarbeitsgericht* (cfr. O. JAUERNIG, *Zivilprozeßrechts*, XXVII ed., Velag C.H. Beck, München, 2002, p. 29) – l'intervento del *Gemeinsamer Senat* richiede l'impulso dell'organo apicale della Corte federale, che dovrà confermare l'intenzione di quella stessa Corte di mutare l'orientamento giurisprudenziale di altra corte federale o dello stesso *Gemeinsamer Senat*. Per ulteriori ragguagli v. ancora A. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, p. 28.

¹⁸⁶ Raccolgo qui, portandole ad ulteriori conseguenze sul piano nomofilattico, le osservazioni sulla “duplicazione” della Cassazione intervenuta a seguito delle recenti riforme sulla generalizzazione del rito camerale, di N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*», in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, cit., p. 10 ss. e di C. CONSOLO, *La Cassazione e il suo nuovo volto “gianuario” (doppio ma, infine “disambiguato”?)*, *ivi*, p. 49 ss. In realtà, vi sarebbe un quarto livello, dato dal rito super-semplificato (che non prevede l'intervento del P.G.) per i ricorsi inammissibili, manifestamente infondati o manifestamente fondati (v. meglio *infra*, nt. 149). In argomento si vedano anche le puntuali osservazioni di P. BIAVATI, *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1209 ss.

¹⁸⁷ Così l'attuale versione dell'art. 375, c. 2, c.p.c., aggiunto dall'art. 1-bis, c. 1, lett.a), n. 2) del d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. con modificazioni in l. 25 ottobre 2016, n. 197, applicabile ai ricorsi depositati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione, nonché a quelli già depositati alla medesima data per i quali non è stata fissata udienza o adunanza in camera di consiglio.

me, la trattazione avrà luogo in pubblica udienza e la decisione assumerà la forma della sentenza.

Non è chiaro quanto beneficio possano realmente trarre i ricorsi che presentano una questione di diritto di *particolare rilevanza* dalla trattazione in pubblica udienza: la scelta compiuta dal legislatore appare perlopiù simbolica, essendo la forma “aulica” del procedimento, seguita dalla pronuncia della decisione in forma di sentenza, rivelatrice – com’è stato autorevolmente osservato – della «tendenziale destinazione di quella decisione ad inserirsi nell’ambito dei precedenti»¹⁸⁸.

Le norme processuali, pertanto, prima quelle che hanno introdotto il vincolo formale delle sezioni semplici alle sezioni unite, poi quelle che hanno fatto del rito camerale la regola per la trattazione dei ricorsi avanti le sezioni semplici, hanno modellato idealmente una Cassazione “a tre livelli”, ai quali si può ragionevolmente ipotizzare corrisponda un differente grado di *forza* della pronuncia che ne scaturisce.

- a) Lasciando, infatti, a margine i ricorsi destinati ad una dichiarazione di inammissibilità, di improcedibilità o di manifesta fondatezza o infondatezza, decisi, senza la partecipazione del P.M., con ordinanza in camera di consiglio¹⁸⁹, il terzo livello – quello più “basso” (che dovrebbe costituire la regola) – è destinato alla decisione da parte delle sezioni semplici di quei ricorsi per i quali non è richiesto alcun intervento nomofilattico da parte della Corte: la decisio-

¹⁸⁸ N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, cit., p. 9 ss.; R. VACCARELLA, *Le ombre del recente passato sulla riforma della Cassazione*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, cit., p. 33 ss. e spec. p. 36.

¹⁸⁹ A rigore, infatti, i procedimenti in camera di consiglio, introdotti dal d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. con modificazioni in l. 25 ottobre 2016, n. 197, sono due: 1) un primo, senza intervento del P.G., destinato alla decisione dei ricorsi inammissibili, manifestamente infondati o manifestamente fondati (nonché, secondo parte della dottrina, nei casi in cui la corte debba provvedere sulla rinuncia o sulla estinzione, ai sensi dell’art. 391 c.p.c., ovvero sulla correzione degli errori materiali o debba dichiarare l’inammissibilità della revocazione, nonché nei procedimenti relativi regolamenti giurisdizione e di competenza), nel quale l’avviso dell’adunanza camerale deve essere inviato almeno 20 giorni prima e le parti possono presentare memorie nel termine di cinque giorni; 2) un secondo, destinato a tutti gli altri casi di trattazione avanti le sezioni semplici, nel quale la partecipazione del P.M. si svolge per iscritto, con deposito di una memoria almeno 20 giorni prima dell’adunanza e le parti, avvisate almeno 40 giorni prima, hanno facoltà di presentare memorie fino a 10 giorni prima dell’adunanza camerale (v. i saggi raccolti in D. DALFINO (a cura di), *Il nuovo procedimento in Cassazione*, Il Foro italiano-Giappichelli, 2017, *passim* e spec. G. COSTANTINO, *Note sulle «misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione»*, *ivi*, p. 15-16.

ne sarà resa con ordinanza a seguito di udienza camerale, con la partecipazione del pubblico ministero, che conclude per iscritto, e successivo deposito delle memorie di parte. A questo livello la Cassazione è impegnata prevalentemente nell'esercizio della funzione che va sotto il nome di *ius litigatoris*, ossia quella che è stata chiamata la «componente negativa della nomofilachia»¹⁹⁰: qui la Corte suprema è chiamata a togliere efficacia al singolo atto contrario alla legge. Questa categoria di ricorsi non può che essere definita in negativo: sono destinati a questo terzo livello quelli che non presentino questioni di diritto *di particolare rilevanza*, né *di massima di particolare importanza*, né implicino la decisione su una questione di diritto già *decisa in senso difforme dalle sezioni semplici*.

b) Il secondo livello è destinato alla decisione da parte delle sezioni semplici dei ricorsi, che presentano questioni di diritto *di particolare rilevanza*, pur senza presentare i requisiti per essere decisi dalle sezioni unite. In questo caso, come si è visto, il procedimento si svolgerà in pubblica udienza e la decisione sarà assunta con sentenza. Il concetto di *particolare rilevanza* attende di essere riempito di un qualche significato, affinché questo non resti un insieme vuoto: in via di prima approssimazione si potrebbe pensare che meritino di essere decisi secondo queste forme i ricorsi che presentano una questione di diritto sulla quale vi è:

- i. Contrasto nella giurisprudenza di merito (ma non in quella di legittimità);
- ii. Una sola sentenza di una sezione semplice, specie se risalente¹⁹¹.

In quest'ottica le pronunce rese della sezioni semplici in pubblica udienza potrebbero servire a comporre contrasti giurisprudenziali emersi nelle decisioni dei giudici territoriali e a consolidare un orientamento solo abbozzato da una precedente sentenza (magari risalente) di una sezione semplice, allo scopo di verificarne la tenuta. In tale ultima ipotesi, in caso di decisione conforme, la questione uscirebbe da quelle suscettibili di essere decise, ove si presentino nuovamente, secondo le modalità *sub b)*; nel caso, invece, di deci-

¹⁹⁰ F.P. LUIO, *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, cit., spec. par. 3.

¹⁹¹ Se la pronuncia sulla questione di diritto agitata nel ricorso ha visto un intervento recente della Cassazione potrebbe essere assai opportuno dirottare la decisione in camera di consiglio.

sione difforme, un nuovo ricorso sul punto sarebbe fisiologicamente destinato ad essere deciso a sezioni unite.

- c) Il primo livello, infine, è destinato alla decisione da parte delle sezioni unite dei ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici o una questione di massima di particolare importanza.

Resta fermo, quindi, il riparto di “competenza” tra sezioni unite e sezioni semplici, ma in seno a queste ultime si determina una duplicazione di livelli, contrassegnata da differenze rituali e formali, destinata prevalentemente a segnalare quali provvedimenti sono destinati a *fare* – se non *precedente*, almeno – *giurisprudenza* (le sentenze pronunciate a seguito di discussione in pubblica udienza) e quali no (le ordinanze pronunciate in camera di consiglio). A fronte di questa ipotesi – su cui si tornerà più ampiamente – resta, però, una verità apparentemente inconfutabile, al confronto con la quale non ci si può sottrarre: «Le ordinanze, e messe in camera di consiglio, sono decisioni della Corte di cassazione non meno delle sentenze, trattate in pubblica udienza: anch’esse segnano indirizzi della Corte e provvedono a garantire l’unità dell’interpretazione giudiziale. Perciò nulla può escludere che, sulla medesima questione di diritto, si dia conflitto fra la giurisprudenza delle ordinanze e la giurisprudenza delle sentenze: conflitto, affidato alla risoluzione delle sezioni unite»¹⁹². Con il che, il tentativo di razionalizzazione cui è diretto quest’ultimo intervento del legislatore parrebbe destinato ad avere incerta fortuna.

9. Conclusioni

L’indagine condotta in questo capitolo consente di affermare che le riforme del processo civile degli ultimi anni hanno svolto un ruolo di primo piano nel dare alla Cassazione un “nuovo volto, rafforzandone la funzione nomofilattica, proprio facendo leva su meccanismi di tipo processuale: il processo civile e i suoi congegni, in altri termini, sono stati “manovrati” dal legislatore per irrobustire sempre più la forza extraprocessuale delle pronunce della Cassazione, facendo, come da più parti si è detto, di questa una sorta di “Corte del precedente”. Dette riforme, come si è visto, hanno riguardato il principio di diritto, la motivazione, il filtro, l’introduzione

¹⁹² Così, testualmente, N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, cit., pp. 18-19.

di diversi riti per distinguere, attraverso i simboli in sostanza, le sentenze più importanti (quelle che “fanno” precedente) da quelle “ordinarie” (che, invece, non “fanno” precedente). La domanda che, a valle di quanto si è fin qui detto, è lecito e forse anche doveroso porsi se effettivamente tutte queste riforme vadano in una direzione coerente, posto che sono tutte accomunate dall’*dichiarato* intento di rafforzare il ruolo nomofilattico della Corte. Noi riteniamo che la risposta a questa domanda debba essere negativa e di seguito se ne indicano, in sintesi, le ragioni.

Non si può fare a meno di osservare che questo irrobustimento della funzione di guida della Corte di vertice per gli altri giudici dell’ordinamento nell’interpretazione delle norme, provenendo dal legislatore e derivando soprattutto, come si è già più volte ribadito, da modifiche delle norme processuali, ha, per così dire, carattere artificioso e, a nostro avviso anche per questo, introduce inavvertitamente nel sistema alcune contraddizioni che sono emerse nel corso dell’indagine fin qui condotta e sulle quali è opportuno per un momento tornare.

Anzitutto oggi la Corte di cassazione è abilitata, ogni volta in cui le si offre l’occasione di decidere una questione di particolare importanza o quando sia adita dal Procuratore generale nell’interesse della legge, a fare giurisprudenza, pronunciando un principio di diritto, anche senza decidere il ricorso. Ciò implica una dissociazione tra l’applicazione dell’interpretazione delle norme che produce due distorsioni: da un lato, la Cassazione non avverte, in questi casi, direttamente il “peso” della responsabilità delle sue decisioni, con le quali non parla più al giudice del rinvio, ma a tutti i giudici dell’ordinamento, con la conseguenza che sarà portata ad interpretare le norme (sostanziali o processuali) con una libertà maggiore da quella che avrebbe se, nel momento in cui interpreta la norma, dovesse anche farne applicazione al caso di specie che deve decidere. Questa distorsione ha, ad avviso di chi scrive, un’importanza tale da richiedere un supplemento di indagine alla quale, infatti, sarà dedicato il prossimo capitolo. Dall’altro lato, il progressivo allontanamento della funzione interpretativa da quella decisoria contrasta con l’importanza che le più accreditate teorie dell’interpretazione, quelle di matrice ermeneutica – rispetto alle quali la stessa Corte suprema fa professione di fede¹⁹³ – attribuiscono ai fatti concreti perché alle norme di legge possa essere data una “buona interpretazione”. Una riprova di ciò sta nel fatto che è la stessa Cassazione, in sede di sindacato della sentenza non definitiva *ex art. 420-bis c.p.c.*,

¹⁹³ La Cassazione addirittura rivendica il ruolo di interpretare anche le norme processuali alla luce di valori emergenti dall’evoluzione sociale: su questi aspetti v. *infra*, cap. 5.

a chiedere al giudice del merito di decidere sulla questione interpretativa del contratto collettivo sulla base di un'istruttoria che abbia già accertato i fatti di causa. Come potrebbe, infatti, la Cassazione senza quei fatti dire quale l'interpretazione "esatta" della clausola di un contratto collettivo? Il discorso, però, non cambia quando a dover essere interpretate siano le norme di legge: anche in questo caso sono i fatti concreti a guidare il giudice nella scelta, tra tutte le possibili interpretazioni che possono essere date a un enunciato normativo consacrato in una disposizione, di quella esatta o più esatta.

Vi è, però, a questo punto un'altra contraddizione da segnalare: se si ritiene che per fare buona applicazione delle norme di diritto sia indispensabile tener conto dei fatti concreti, altrettanto dovrebbe dirsi per il controllo sulla corretta applicazione delle norme di diritto. Tuttavia, le riforme che si sono ricordate nei paragrafi precedenti hanno recentemente, di fatto, soppresso il sindacato sulla motivazione, precludendo così al giudice di legittimità la possibilità di condurre una ragionata critica sul "cuore pulsante" dell'interpretazione-applicazione che della legge fa il giudice del merito. In queste condizioni, (non la critica, ma) il controllo¹⁹⁴ che la Cassazione svolge per verificare che il giudice inferiore non sia in corso nella violazione o falsa applicazione di norme di diritto si irrigidisce, vira verso una verifica sempre più sterile del rispetto degli orientamenti giurisprudenziali di legittimità che, anche in considerazione del ruolo di primo piano giocato dalle massime¹⁹⁵, rischia di risolversi in un controllo di obbedienza.

A questo tipo di controllo corrisponde, peraltro, il potere che, ora attraverso l'enunciazione del principio di diritto, ora attraverso la sua c.d. "sezione filtro", ora attraverso l'impiego del rito aulico della pubblica

¹⁹⁴ Si usano qui, contrapposti, i termini *critica* e *controllo*, prendendo spunto da alcune osservazioni del Carnelutti che, pur risalendo a quasi settant'anni fa, sono ancora attuali, come ancora attuale è il resto del, seppur breve, contributo: «qualche volta il pensare del giudice si direbbe perfino un pensare alla seconda potenza: alludo a quel giudice, il cui compito è la critica di un giudizio precedente. Nel quarto volume delle *Lezioni sul processo penale*, che si sta stampando mentre scrivo, sono finalmente riuscito a sostituire, per i giudizi in sede di impugnazione, alla parola *controllo*, ch'è un brutto francesismo, adottata nei miei primi studi sul processo civile, la parola *critica*, più italiana e, insieme, più rigorosa. Il giudice d'appello e, ancor più, il giudice di cassazione giudica il giudizio altrui; per questo almeno il suo è un giudizio al quadrato. La qual verità propriamente s'esprime nella formula del giudizio critico, che vuol proprio dire, come giudizio sul giudizio, un giudizio moltiplicato per se stesso» (F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, pp. 41-43 e spec. p. 41).

¹⁹⁵ Del ruolo delle massime si discuterà ampiamente *infra* al cap. III.

udienza, la Cassazione esercita nella “certificazione” dei suoi orientamenti consolidati. La Corte suprema è insomma finalmente dotata di tutti gli strumenti per poter “fare” diritto; solo attraverso i propri pronunciamenti, s’intende: ma pur sempre “farlo”. L’evoluzione del sistema in questa direzione, pianificata e voluta dal legislatore, ma in gran parte condivisa dalla stessa Cassazione non è sorprendente, ma nondimeno contrasta con un precedente che non sia inteso come prodotto di una specie di “legislazione giudiziale”¹⁹⁶. Il precedente, come si cercherà di dimostrare nella prosecuzione dell’indagine, viene inteso e funziona – proprio là dove è nato – secondo logiche completamente diverse, estranee al modello culturale al quale i giuristi continentali sono quasi indissolubilmente legati e di cui tutti noi siamo imbevuti, che va sotto il nome di “creazionismo giuridico”. Quest’ultimo, come recentemente è stato ben messo in luce¹⁹⁷, induce a ritenere che il diritto possa essere prodotto solo intenzionalmente e preclude quasi sempre al giurista continentale di comprendere, e talvolta perfino di immaginare, che il diritto quando è di matrice giurisprudenziale obbedisce ad altre dinamiche: esso è prima di tutto un atto che volontariamente decide una controversia concreta e nasce come tale, quindi come diritto particolare, legato al caso; solo dopo e indipendentemente dall’intenzione del giudice che ha posto in essere quell’atto di esso potrà acquisire prestarsi a regolare, in una dimensione extraprocessuale, altri casi svolgendo, così, la sua funzione di precedente. Ma l’evoluzione del nostro sistema, a maggior ragione sotto la spinta delle riforme più recenti, va in tutt’altra direzione. Si sono forse anticipate qui alcune conclusioni che possono apparire, allo stato, eccessive o ingiustificate, ragione per cui è indispensabile svolgere ulteriori approfondimenti per verificare se esse abbiano ragion d’essere.

¹⁹⁶ M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLIV, 2015, pp. 67-101 e spec. pp. 69, 85 e 86.

¹⁹⁷ M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, cit., pp. 67-101.

CAPITOLO II

GIURISPRUDENZA CONSULTIVA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tra libertà e vincoli: interpretare *vs.* decidere. – 3. Nomofilachia e teorie del ragionamento giuridico. – 3.1 Teoria del sillogismo. – 3.2. Teorie ermeneutiche del ragionamento giuridico. – 3.3. Nuova retorica. – 3.4. Teorie analitiche del ragionamento giuridico. – 3.5. Rilievi di sintesi. – 4. Interpretare senza decidere: i «pareri» della Cassazione. – 5. Esempi moderati di «giurisprudenza consultiva»: Francia e Spagna. – 6. Esempi estremi di «giurisprudenza consultiva»: la «giurisprudenza paranormativa». – 6.1. La «*sùmula vinculante*» brasiliana. – 6.2. I «chiarimenti direttivi» del *Plenum* della Corte suprema dell'URSS e i «chiarimenti» del *Plenum* della Corte suprema e della Corte superiore d'arbitrato della Federazione Russa. – 6.3. Le sentenze e i decreti interpretativi dell'assemblea generale della Corte di cassazione e della Corte suprema amministrativa della Bulgaria. – 6.4. Le «istruzioni» del Consiglio del Governo del Tribunale Supremo Popolare di Cuba. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il titolo di questo capitolo, che prende spunto, riadattandolo, dal titolo di un risalente articolo dello Jaeger¹, accosta volutamente la giuri-

¹N. JAEGER, *Nozione, caratteri, autorità della giurisdizione consultiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 978 ss., che fu il primo, a quanto consta, ad utilizzare l'espressione «giurisdizione consultiva». Già nel manuale sul nuovo codice N. JAEGER, *Diritto processuale civile*, rist. II ed., UTET, Torino, 1944, p. 506 affermava: «in realtà, non è facile classificare l'attività svolta dalla Corte suprema in taluni casi, come in quello del c.d. ricorso nell'interesse della legge; non siamo in presenza certo di una attività amministrativa, ma sembrano difettare anche i caratteri essenziali di quella giurisdizionale; d'altra parte, si tratta di attività esercitata da un organo statutale, particolarmente elevato, alla quale ripugna dover negare valore e qualifica giuridica». E ancora – proseguiva lo Jaeger – «l'unica via per riconoscere in questi casi alla pronuncia della Corte suprema un valore giuridico sembra pertanto quella di prenderne in considerazione gli effetti non già rispetto alla lite particolare, ma a tutte le liti possibili nelle quali venga successivamente sollevata la questione risolta dalla Corte» (p. 507). Discutendo ancora del ricorso nell'interesse della legge e della correzione della motivazione *in jure*, l'a. affermava: «la pronuncia della Corte di cassazione, con la quale venga disposta la corre-

sprudenza – quale scienza pratica² –, attraverso cui la Cassazione svolge la funzione nomofilattica che le è propria, ad un aggettivo che, invece, richiama una funzione ad essa estranea, ossia una funzione, appunto, consultiva.

La locuzione, evidentemente inventata, si ispira ad alcune osservazioni critiche che la dottrina ha formulato in passato³ e ripreso più di recente⁴,

zione della sentenza impugnata nell'interesse della legge, non ha natura di provvedimento giurisdizionale, perché non influisce sul regolamento giuridico concreto della situazione di fatto, tanto è vero che le parti non possono trarne alcuna conseguenza nei confronti dei loro interessi. Essa è invece diretta allo scopo di dichiarare solennemente di fronte a tutti, e in particolare nei riguardi della magistratura, il preciso significato di una norma giuridica, affinché ne sia tenuto in dovuto conto nei successivi giudizi» (pp. 514-515).

La scelta di sostituire l'espressione «giurisdizione consultiva» con quella – meno impegnativa e avente aspirazioni descrittive, non dogmatiche – di «giurisprudenza consultiva» è dovuta all'intenzione di sottrarsi alla necessità – che l'adozione della prima avrebbe, invece, imposto – di addentrarsi in un discorso che compete più ai costituzionalisti che ai processualcivili, tant'è che, tra questi ultimi, anche nomi illustri vi si sono abilmente sottratti: cito, per tutti, L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, Vallardi, Milano, s.d. (ma 1923), p. 20 e V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III ed., vol. II, Jovene, Napoli, 1956, p. 527.

Forse non è un caso che lo Jaeger, accennato il problema nei manuali degli anni '40, si decideva ad approfondirlo solo una volta fuori ruolo, nominato (nel 1955) giudice costituzionale dal Parlamento in seduta comune, elaborando (nel suo N. JAEGER, *Nozione, caratteri, autorità della giurisdizione consultiva*, cit., pp. 978-1004) una vera e propria breve teoria della giurisdizione consultiva, quale categoria generale e unitaria destinata ad accogliere nell'ambito della giurisdizione anche tutti quegli atti che, a rigore, faticerebbero a trovare collocazione nella giurisdizione contenziosa in senso stretto intesa (v. spec. p. 993 ss.).

² Si veda S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 1 ss., ora in Id., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 103 ss.

³ Mi riferisco, in particolare – oltre allo scritto dello Jaeger, cit. *supra*, nt. 1 – ai rilievi, meno remoti, di Tommaseo e, più recenti, di Scarselli (cit. *infra*, nt. 3), i quali, però, non citano lo Jaeger. Cfr. F. TOMMASEO, *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia*, in *Giur. it.*, 2003, p. 827 ss., ove l'a., con riferimento al ricorso nell'interesse della legge affidato al Procuratore generale, osserva: «Non vi è dubbio che in questi casi la Corte è chiamata ad esercitare una sorta di *ius respondendi* con provvedimenti che hanno la natura sostanziale di *pareri*. Ma è palese che delimitare l'ambito della funzione consultiva del Supremo Collegio quanto alla corretta applicazione di norme di diritto in procedimenti che non conoscono la suprema garanzia del ricorso per cassazione, stravolge questa funzione consultiva per ridurla a una forma di impugnazione impropria» (corsivo dell'a.). In questi casi lo Jaeger parlava di «“pareri giurisdizionali” in senso stretto» (N. JAEGER, *Nozione, caratteri, autorità della giurisdizione consultiva*, cit., p. 993).

⁴ Si veda 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., in cui l'a. – nel muovere (a nostro avviso giuste) critiche a Cass., sez. un., ord., 6 settembre 2010, n. 19051,

che qui – dopo averne fatto già cenno nel capitolo che precede⁵ – s’intendono fare oggetto di un più accurato approfondimento.

Detta scelta lessicale, per quanto poco ortodossa, per un verso si legittima sulla scorta del modo in cui il legislatore ha inteso ridisegnare – con l’intento di rafforzarla – la funzione nomofilattica della Cassazione, e, per altro verso, si giustifica con lo scopo di portare alla luce il fatto che detto *rafforzamento* – almeno in alcune delle sue manifestazioni, sulle quali si è “politicamente” più insistito – parrebbe andare, per così dire, *nella direzione sbagliata*. Il capitolo sarà dedicato a giustificare le ragioni di tali affermazioni.

Tutto ciò, infatti, ha un’incidenza più o meno diretta sull’efficacia che la giurisprudenza e i precedenti hanno o debbono avere in un dato ordinamento, nonché sulle modalità in cui essa si estrinseca: il tema che qui si intende approfondire, in altri termini, solleva il problema cruciale della *forza* che le pronunce rese dalla Cassazione in questo peculiare contesto proiettano sulle altre decisioni. Si tratta di un profilo, che, pur essendo già emerso in letteratura, non viene normalmente portato alle sue logiche conseguenze.

Il discorso non può che prendere le mosse dalla differenza fondamentale che vi è tra l’interpretare e il decidere, tra l’interpretazione e l’applicazione delle norme generali ed astratte, una differenza a cui la teoria generale – pur con l’utilizzo di terminologie differenti – ha messo capo, consentendo così di sceverare tra l’attività esegetica fine a se stessa e l’interpretazione finalizzata alla decisione di un caso⁶. Si tratta, come si ve-

nella parte in cui aveva statuito che «nonostante la rinuncia al ricorso dopo la fissazione dell’adunanza in camera di consiglio e la conseguente estinzione del processo, la Corte di cassazione ha il potere di enunciare il principio di diritto nell’interesse della legge» – affermava: «Se, come nel caso di specie, le condizioni di cui all’art. 363 c.p.c. non sussistono, la corte non può pronunciare il principio di diritto, [...] perché altrimenti si auto-attribuisce una sorta di potere di responso, completamente estraneo alla nostra tradizione. Con un piccolo passo in avanti, la corte potrebbe un domani sennò arrivare ad emanare circolari generali su come debbano applicarsi le norme giuridiche».

⁵ V. *supra*, cap. I, parr. 3 e 4.

⁶ Va detto fin da ora che una delle più accreditate teorie dell’interpretazione, l’ermeneutica, nega la distinzione tra *interpretazione* e *applicazione* del diritto (cfr. ad es. V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 48). Nonostante l’ermeneutica offra molti spunti a sostegno della tesi qui discussa, perché sottolinea la reciproca implicazione dei due momenti, non ritengo di arrivare a negare questa distinzione, in quanto essa si presta proprio a spiegare quella dissociazione, rimarcata dalle più recenti riforme della Cassazione civile, che costituisce l’oggetto principale delle critiche che si vanno svolgendo. V. *amplius*, *infra*, par. 3.2.

drà nei prossimi paragrafi, di una distinzione non priva di importanti ricadute e molto radicata culturalmente, ma che è stata oggetto di importanti ed autorevoli critiche, di cui, nell'ambito del discorso che si sta svolgendo, non si può non tener conto.

2. Tra libertà e vincoli: interpretare vs. decidere

La tesi che si intende dimostrare presuppone la constatazione che una diffusa e radicata tradizione culturale tiene concettualmente ben distinte l'attività *interpretativa* da quella *decisoria*. A questo proposito, la teoria generale del diritto ha contrapposto l'attività di interpretazione a quella della applicazione delle norme ⁷; oppure, analogamente, ha tenuto distinta l'interpretazione cognitiva da quella decisoria ⁸, o, ancora, l'interpretazione dottrinale da quella operativa ⁹. D'altro canto, di questa duplicità di segmenti, in cui si può distinguere l'attività della Cassazione, si ritro-

⁷ Si veda nella dottrina tedesca anzitutto H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Verlag Franz Deuticke, Leipzig-Wien, 1934, trad. it. (di R. Treves), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1963, p. 92 ss. Nella letteratura italiana la contrapposizione tra interpretazione e applicazione è ampiamente utilizzata dal Betti, sia in E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., Società editrice del Foro italiano, Roma, 1936, p. 12 ss.; p. 19 ss. e *passim*, sia in Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (seconda edizione riveduta e ampliata a cura di G. Crifò)*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 96 ss.; 238 ss.

Si è consapevoli del fatto che la distinzione/contrapposizione tra interpretazione e applicazione delle norme è stata oggetto di penetranti critiche, ma essa qui viene utilizzata proprio per metterne in luce la artificiosità. Per rinvenire una critica alla predetta distinzione ci si può riferire *in primis* alle teorie ermeneutiche (per una sintesi su questo punto specifico v. F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Diritto privato 2001-2002*, Cedam, Padova, 2003, pp. 49-64) ma anche alle teorie di derivazione analitica – ma con una collocazione affatto peculiare nell'ambito di tale corrente – di H.L.A. Hart (di cui v. almeno H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, trad. it. (di M.A. Cattaneo), *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965), nonché a quelle voci che hanno teorizzato la centralità della c.d. *fuzzy logic* nell'ambito del ragionamento giuridico (T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, cit., *passim* e spec. p. 159 ss.), rendendone assai più problematica la rassicurante riconduzione al modello della logica classica.

⁸ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p.79 ss.

⁹ L. FARRAJOLI, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1966, pp. 290-304; Id., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 1989, pp. 29, 32 nt. 51; pp. 59-60; p. 139

va traccia evidente anche nella formulazione del n. 3) dell'art. 360, c. 1, c.p.c., laddove il sindacato della Corte si svolge sul duplice piano della *violazione* e della *falsa applicazione* delle norme di diritto¹⁰. Benché sia indispensabile essere consapevoli della differente terminologia utilizzata in letteratura in questo contesto, ciò che qui interessa è andare alla sostanza di questa partizione, sulla base della quale possiamo concludere che: un conto è dedicarsi all'attività esegetica fine a sé stessa, altro conto è dedicarsi ad interpretare una disposizione al fine di decidere, cioè di giudicare. La concezione classica dell'interpretazione – quella che, per intenderci, si impone in Francia con la Scuola dell'esegesi e in Germania con la Scuola storica¹¹ – la cui matrice culturale giunge fino a noi, talvolta sorprendentemente intatta¹², tiene distinte queste due attività, ma – giovandosi del modello del sillogismo logico – concepisce l'attività di decisione come una conseguenza logica, quindi necessitata, rispetto all'attività dell'interpretazione delle norme e dell'accertamento dei fatti¹³.

¹⁰V., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. II. Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, XI ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 564; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, IX ed., vol II, Giuffrè, Milano 2017, pp. 426-427.

¹¹Per riferimenti più precisi rimando a V. VILLA, *Le tre concezioni dell'interpretazione giuridica*, in G. PINO – A. SCHIAVELLO – V. VILLA, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 300 ss., cfr. anche P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 18 ss.

¹²Afferma, a questo proposito, A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 508: «La tesi del giuspositivismo sull'interpretazione del diritto come constatazione della legge è come detto infondata. Certamente, però, il positivismo, con il suo cognitivismo, è ancora la cultura prevalente degli operatori di giustizia: in una certa misura la cultura degli avvocati, e in grandissima misura la cultura dei giudici. Possiamo adottare qualsiasi tipo di opinione riteniamo corretta sul problema accennato, e quindi credere che l'idea positivista della realtà del diritto sia indifendibile, ma dobbiamo essere consapevoli che questa è statisticamente la mentalità ancora prevalente».

¹³Non si può fare a meno di citare qui la nota posizione di G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, Pichon & Durand-Auzias, 1965, trad. it. (di M. Corsale), *Introduzione alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1971, *passim* e spec. 240 ss., secondo il quale «tanto nel caso in cui la norma giuridica da applicare sia generale (che è quello più frequente), quanto nel caso in cui sia individuale, è necessario un ragionamento per passare dal generale (o universale) all'individuale (in altri termini, dall'astratto al concreto), ovvero per constatare l'identità della persona e della situazione in cui si riferisce la norma individuale. [...] Ebbene, è senza dubbio esatto che l'applicazione del diritto consiste in un'azione che a sua volta comporta apprezzamento e decisione, come ammettono in evidenza gli autori che abbiamo fin qui citato (Perelman, Wróblewski, Moritz, Gregorovicz). Ma il sillogismo giuridico né un elemento, e per di più necessario, come del resto sembra ammettere lo stesso Wróblewski. [...] Ebbene che piaccia o no ai neo positivisti, esistono dei ragionamenti normativi: e sono

Questa concezione, per quanto ormai datata e oggetto di numerose critiche¹⁴, è alla base dell'idea che la Cassazione possa essere chiamata a svolgere un'attività di interpretazione delle norme che prescinde dalla loro applicazione concreta. Essa non è frutto di un'opzione ideologica neutrale, ma, al contrario, presuppone l'adesione alla versione più rigorosa del positivismo giuridico, figlia della concezione classica di cui si è appena detto, che si traduce nel c.d. formalismo interpretativo¹⁵. L'adesione a questa tesi non è di oggi: essa, anzi, costituisce il presupposto delle scelte compiute dal legislatore del codice di rito del 1940-42¹⁶ e delle scelte più

adoperati in sede di applicazione del diritto, donde deriva loro il nome di sillogismi giuridici. E detti ragionamenti sono, come si è visto, estremamente semplici dal punto di vista della struttura formale, determinata dalle regole logiche» (così testualmente l'a. alle pp. 240 e 245). È significativo che in controcopertina il contributo di Kalinowski venga presentato, nell'edizione in lingua italiana del 1971, come uno strumento di respingimento degli «esiti sostanzialmente irrazionalisti nel campo delle scelte di valore» (v. *infra* nel testo).

Per l'accoglimento della teoria del sillogismo – almeno per l'automatismo che connota il momento in cui il giudice dalla premessa maggiore e da quella minore trae la propria conclusione – nella dottrina processualciviltistica italiana della prima metà del Novecento v. G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, II ed., Cedam, Padova, 1964, pp. 50-51 (la prima edizione è del 1937); A. Rocco, *La sentenza civile. Studi*, Bocca, Torino, 1906, p. 34.

¹⁴In dottrina v., ad es., C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte del diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 657 ss.

¹⁵Ha sostenuto, con solidi argomenti, questa tesi M. TARUFFO, *La corte di Cassazione e la legge*, in in ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 59 ss. e spec. p. 73 ss. Di recente ne hanno dato nuovamente atto, tra gli altri, L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 26 ss.; C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte del diritto?*, cit., p. 657 ss.

¹⁶M. TARUFFO, *La corte di Cassazione e la legge*, cit., p. 59 ss. Sul punto è stato di recente criticamente osservato che nell'art. 65 ord. giud. «tanto famoso, i sostantivi e gli aggettivi sono messi a chiasmo rispetto a quello che un positivista tradizionale e garantista immaginerebbe; ci si aspetterebbe di leggere "l'esatta interpretazione e l'uniforme osservanza". Forse non credevano, già nel '40, più all'idea di una esatta interpretazione» (C. CONSOLO, *La Cassazione e il suo nuovo volto "gianuario" (doppio ma, infine "disambiguato")?*), in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Cedam, 2017, p. 52 e, prima, in senso analogo, ID., *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo ius litigatoris*, in *Rass. for.*, 2014, pp. 621-631 e spec. p. 627. Guastini, in un saggio di alcuni anni fa, ha spiegato con molta chiarezza che la concezione formalistica dell'interpretazione «sta a fondamento non solo di una dottrina dell'interpretazione e dell'applicazione, ma anche di importanti istituti vigenti, quali: la divisione dei poteri, il controllo di cassazione sulla falsa o inesatta applicazione della legge, i controlli di legittimità in genere» (R. GUASTINI, *Due modelli di analisi della sentenza*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, pp. 15-24 e spec. p. 18).

recenti del legislatore che, sulla scorta di quanto si è detto nel primo capitolo, estremizzano per molti versi quel modello. Secondo questa concezione dell'interpretazione, per ricavare da una norma un significato ai fini della soluzione di un problema giuridico, ci si deve affidare ad elementi intrinseci alla norma (o al sistema delle norme), trascurando altri fattori estrinseci, quali possono essere quelli storici, ideologici, economici ecc.¹⁷. Secondo il formalismo interpretativo, più analiticamente, l'attività dell'interprete consiste nell'individuare e nel rendere esplicito il significato che sta intrinsecamente (e oggettivamente) in ogni norma. Ciò implica, a sua volta, che i problemi interpretativi, consistenti nell'esistenza di una pluralità di significati attribuibili a un medesimo enunciato, dovranno risolversi attraverso l'individuazione del significato esatto a scapito degli altri, che andranno scartati. Ancora, il metodo interpretativo utilizzato dal formalismo ha carattere logico-deduttivo e si risolve nella esplicitazione di significati che pre-esistono all'enunciato da interpretare, il quale, quindi, avrà necessariamente una funzione dichiarativa e non costitutiva o creativa¹⁸.

Secondo questa concezione, è già a livello dell'interpretazione che può compiersi la scelta fra i vari possibili significati di una disposizione di legge: è sulla scorta di questo schema che la Cassazione può dire quale sia l'*esatta osservanza* della legge, uniformando la giurisprudenza attraverso l'enunciazione di un principio di diritto, in cui si dice come quella disposizione debba essere interpretata. In quest'ottica, si riconoscono margini di libertà al giudice in sede di interpretazione delle norme e in sede di accertamento del fatto, mentre la conclusione delle due premesse sarebbe, in definitiva, necessitata¹⁹.

Ecco, allora, che – analizzando quel fenomeno che qui si è chiamato «giurisprudenza consultiva» – ci si avvede di come il giudice di legittimità sia chiamato, anche senza ricadute sulla decisione del caso concreto, a dire quale debba essere l'*esatta interpretazione*²⁰ fra le più possibili,

¹⁷ Così, quasi testualmente, G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 38.

¹⁸ Cfr. in questi termini M. TARUFFO, *La corte di Cassazione e la legge*, cit., p. 74. Per il carattere costitutivo delle decisioni giudiziali v. T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino, 1996, *passim* e spec. p. 57 ss.

¹⁹ G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., pp. 50-51

²⁰ Sull'utilizzo (invertito) di questa locuzione, anziché di quella utilizzata dal legislatore dell'ord. giud. di «esatta osservanza», v. ancora C. CONSOLO, *opp. cit.*, *supra*, nt. 8. Era lo stesso Calamandrei ad esprimersi – prima dell'entrata in vigore dell'ord. giud. del 1941 – in termini di «esatta interpretazione» per indicare la funzione della Corte: v. P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, in *Nuovo dig. it.*, vol. II, Utet, Torino, 1937, p. 981 ss. e spec. p. 984.

mentre al giudice del merito è lasciato il compito di accertare il fatto nel suo accadimento storico. Un sistema così concepito si fonda su un'idea piuttosto ingenua della nomofilachia, che si colloca ai margini della – se non ormai del tutto fuori dalla – storia non solo delle più evolute dottrine, ma anche delle più aggiornate teorie e tecniche dell'interpretazione giuridica²¹. Si dà, in sostanza, per scontato che l'individuazione della corretta interpretazione di una disposizione di legge possa aver luogo senza il confronto, a valle, con il caso concreto²², sicché, alla luce di questa, al giudice del merito non resterebbe che l'accertamento del fatto storico, dal

²¹ Si tratta di constatazioni che la processualistica più accorta ha già fatto proprie. Vale la pena di riportare qui le chiare parole con cui Consolo ha descritto – al contempo criticandolo – il modello attuale della Cassazione civile: «Perché, ancora una volta, cosa si richiede ad un Giudice supremo o anche solo di vertice? Come può egli meglio adempiere al compito di guida coerenziatrice della giurisprudenza? Proprio rimanendo ben calato e radicato nella concretezza del caso potrà ambire a riuscirvi, in via induttiva e per avvicinamenti graduali dalle *res litigiosae*, perché diversamente questa funzione nomofilattica “al quadrato” e solo deduttivamente depurata delle accidentalità della vita potrebbe essere affidata anche alla dottrina, o a certe formazioni appositamente istituende nell'ambito della dottrina o miste. Purtroppo, anche le recenti riforme dell'estate 2012 tendono, in ultimo, a discostare sempre più la Corte di cassazione dal caso concreto, il tutto sotto la spinta del principio - spesso frainteso - della ragionevole durata del processo (perché un processo, anche breve, ma che nulla dice in ordine alla pretesa azionata in giudizio, certo non può dirsi comunque “giusto”, né tanta astrattezza realizza davvero prestazioni snelle). La “nomofilachia allo stato puro”, che tanto pare venir ricercata dal 2006 ad oggi, in vari transeunti modi, si scontra frontalmente con il concetto di giurisdizione, e quindi anche con il concetto di giurisprudenza. Quello che invece la Corte di cassazione deve propinare al sistema è evidentemente una forma di guida coerenziatrice nell'interpretazione del diritto, che può avere quel plusvalore di autorevolezza solo se è costantemente radicata nel caso concreto e nella cooperazione alla sua giusta soluzione» (C. CONSOLO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo ius litigatoris*, cit., p. 627).

²² Una variante di questo modo di ragionare si può trovare – pur con tutti i *caveat* del caso, derivanti dalla peculiarità del pensiero dell'a. – nella tesi della *one right answer* espressa da R. DWORKIN, *No Right Answer?*, in P.M.S. HACKER - J. RAZ (eds.), *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of HLA Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 58, 58-84; e successivamente in ID., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Harvard, 1986, (trad. it. di S. Maffettone), *Questioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 147-148, secondo la quale sarebbe ben possibile individuare il significato corretto di una disposizione, ancorché non già sulla base di un'interpretazione semantica, ma costruttivistica, che tenga conto della pratica sociale di un data comunità alla luce dello scopo o del valore di riferimento delle regole di quella stessa comunità. Non ci si illude di poter riassumere in poche righe concetti così complessi: valga quindi il richiamo ai testi indicati, nonché – per un esempio autorevole delle numerose critiche mosse a questa tesi – a J. WRÓBLEWSKY, *Problems Related to the One Right Answer Thesis*, in 2 *Ratio Juris*, 1989, pp. 240-253.

quale far discendere – in virtù di un automatismo – la decisione del caso di specie sottoposto alla sua attenzione.

In realtà, questa concezione a nostro avviso merita di essere seriamente rimeditata, oltre che in un'ottica teorico-generale – cosa che non siamo certo noi ad aver dimostrato (né, tantomeno, a voler dimostrare) – anche nelle sue ricadute sulle regole del processo e sul modo in cui viene intesa la nomofilachia: l'attività demandata alla Cassazione, quando le si chiede di enunciare il principio di diritto senza decidere il caso, mostra invero un volto più scientifico che giurisdizionale, più teorico che pratico, integrando un'attività che ben potrebbe essere, in astratto, affidata alla dottrina²³. Volendo restare legati alla tradizione culturale consegnataci dal positivismo giuridico e a quella che viene denominata interpretazione semantica – che, nonostante i suoi limiti, reca tuttora con sé innegabili pregi²⁴ – potremmo dire che quest'attività continua ad avere lo scopo di individuare i diversi possibili significati ricompresi nella disposizione da interpretare: i più autorevoli studi di semiotica aiutano a comprendere spazi e limiti di questa attività interpretativa, che concettualmente non differisce dall'interpretazione di un'opera d'arte figurativa o di un'opera musicale²⁵.

I segni – nel nostro caso le parole – che compongono l'enunciato da interpretare costituiscono un limite che assumiamo essere invalicabile per l'interprete: sono i bordi della c.d. cornice kelseniana²⁶, entro cui re-

²³ V. ancora C. CONSOLO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione*, cit., p. 627. Meritano a questo proposito di essere ancora ricordate le pur risalenti pagine del S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 49 ss. e spec. p. 58 ss.

²⁴ A questo scopo potrebbe essere utile la lettura di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 4/2016, pp. 13-32.

²⁵ Si vedano: U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990, *passim* e, sulla distinzione tra interpretazione semantica e interpretazione critica, incentrata sulla ormai mitica affermazione di Searle «il gatto è sul tappeto», p. 29 ss.; Id., *Trattato di semiotica generale*, Bompiani, Milano, 1975, *passim*; per una ricostruzione storica Id., *Dall'albero al labirinto*, Bompiani, Milano, 2007, *passim*. Intorno al parallelismo tra interpretazione giuridica e interpretazione artistica v. il recentemente ripubblicato con prefazione (*Avant-propôs*) di C. Consolo, F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 44-47 (ed. originale argentina, in spagnolo, con traduzione di Sentis Melendo del 1948, con il titolo *Seis Meditaciones sobre el Derecho* e prima ed. it. del 1949 per i tipi della vecchia cedam). Sull'accostamento tra linguaggio giuridico e linguaggio musicale v., di recente, C. PALUMBO, *Norma diritto interpretazione. Grammatica e filosofia del diritto a partire da Salvatore Pugliatti*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 255 ss.

²⁶ H. KELSEN, *op. loc. ultt. citt.*, p. 92 ss.

sta possibile identificare una pluralità di significati. Fino a questo punto, cioè fino al momento della ricostruzione dei vari possibili significati della disposizione (ossia la ricostruzione di quelle che – sulle orme della filosofia analitica – si accetta ormai universalmente di chiamare *norme*, in contrapposizione alle *disposizioni*²⁷), interprete e giudice compiono un'attività in tutto e per tutto analoga. Ma è da questo momento in avanti che le due strade si separano: è, cioè, nel momento della scelta del significato da preferire agli altri che l'interprete comune, che, per quanto qualificato, non deve assumere una decisione – come nel caso della dottrina – gode (potendo compiere questa scelta sulla scorta di opzioni di valore che restano irrelate rispetto alla fattispecie concreta) di margini di libertà che il giudice non ha²⁸. Questo interprete, infatti, potrà giovare del “privilegio” di non dover fare i conti con la “dura realtà”, ossia con quelle situazioni di fatto che, se, per un verso, nella teoria del sillogismo giudiziale, vanno sussunte nella norma generale ed astratta, per altro verso, saranno destinate a subire il precipitato concreto della decisione. Quest'ultimo tassello – se così si può dire – di attività, consistente nella scelta del significato *esatto* da attribuire alla disposizione di legge, non appartiene più all'interpretazione, ma è già applicazione del diritto.

In quest'ottica è possibile, quindi, individuare un triplice ordine di “vincoli”, cui è soggetto il giudice nel decidere: 1) un primo derivante dai limiti della lettera della disposizione da interpretare; 2) un secondo derivante dai fatti che compongono la fattispecie concreta da decidere; 3) un terzo derivante dalle conseguenze nella realtà della propria decisione²⁹.

²⁷ Davvero superflui appaiono ampi riferimenti in letteratura. Su questa contrapposizione v. per tutti V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 195 ss.; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 135 ss.; 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.

²⁸ Cfr. G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, II ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 33-34: «In questo senso va inteso lo scopo di “uniformare” la giurisprudenza: nel senso cioè di prospettare nel caso di più soluzioni che si attagliano ad una stessa fattispecie, quella che possa apparire la più idonea in considerazioni di una molteplicità di valori che la corte deve potere individuare al fine di tracciare una linea interpretativa uniforme, che valga da guida non solo per il giudice di merito, ma per la stessa Corte allorché giudicherà casi simili» (corsivo mio).

²⁹ Si mette, quindi, in discussione il fatto che – ricalcando lo schema del sillogismo giudiziale –, data la premessa maggiore (interpretazione della legge) e data la premessa minore (accertamento del fatto), si possa ritenere automaticamente data la conclusione, quindi la decisione del caso (in questo senso, invece, v. G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., pp. 50-51; anteriormente v. A. ROCCO, *La sentenza ci-*

Se si accetta che in qualche modo la decisione del caso possa retroagire sull'interpretazione della legge, si pongono le premesse per mettere in discussione l'opportunità di seguire la strada che il legislatore ha imboccato con le recenti riforme, spingendo il sistema-Cassazione nella direzione di una nomofilachia sempre più lontana dal caso concreto, di cui viene in sostanza mutilata.

Questa "mutilazione", come si vedrà meglio *infra*, determina due conseguenze indesiderabili: da un lato, essa deresponsabilizza il giudice nel momento in cui deve individuare l'*esatta osservanza* e l'*uniforme interpretazione* della legge, proteggendolo dall'impegnativo confronto col fatto ed esimendolo dal gravoso onere di tenere conto delle conseguenze *in concreto* della propria decisione; dall'altro lato, il crescente distacco della funzione nomofilattica dai fatti del singolo caso concreto ne indebolisce progressivamente anche la vocazione – se così si può dire – didattica per tutti i giudici dell'ordinamento ³⁰.

vile. Studi, cit., p. 34 secondo il quale «l'operazione per cui, data una norma generale, si determina quale è la condotta che deve seguire nel caso concreto il singolo sottoposto alla norma, è una pura operazione logica: è – come si dice – un sillogismo, in cui assunta come premessa maggiore la norma generale, come minore il caso concreto, si deduce la norma di condotta da seguire nel singolo caso». La concezione meccanicistica del ragionamento del giudice, presa emblematicamente (ma ingenuamente) a garanzia della razionalità delle decisioni, si scontra con una constatazione ovvia, di cui il formalismo interpretativo rifiuta le logiche conseguenze, e cioè che tutti i giudici – dovremmo dire: per fortuna! – si domandano se la decisione del caso risponda (anche) a giustizia. Il che rende altrettanto ovvio che, nel momento di decidere il caso e di applicare la legge al caso concreto, il giudice ben possa tornare sull'interpretazione dell'enunciato normativo per verificare se, nell'ambito dei significati possibili nei limiti del testo, ve ne sia uno che più si attaglia alla fattispecie concreta rispetto a quello originariamente prescelto.

Agli affezionati al formalismo potrebbe sembrare indesiderabile che un giudice si faccia condizionare dalla fattispecie concreta da decidere nell'attribuire un dato significato ad un enunciato normativo. Ciò, però, è esattamente ciò che – pur in una prospettiva per certi versi estrema – hanno messo in luce le diverse correnti del realismo giuridico, che hanno avuto certamente il merito di attirare l'attenzione su una dinamica, spesso negata, con ipocrisia, soprattutto dai giudici e dai giuristi dei paesi di *civil law*. Mi pare, però, che non sia necessario aderire integralmente alle teorie del realismo giuridico per prendere atto che un giudice quando decide *può* e *deve* tener conto di quali siano gli effetti della propria decisione. Un'interpretazione di un enunciato normativo – come insegna la storia dell'evoluzione giurisprudenziale del diritto – spesso merita di essere "rivista" proprio in relazione ai problemi che pone al giudice uno specifico caso concreto.

³⁰ Ho trovato alcuni interessanti spunti in questo senso in un recente (breve ma incisivo) saggio, scritto proprio da un giudice, che ammonisce contro i rischi di una produzione-fruizione "consumistica" della giurisprudenza. Si veda B. RIZZARDI, *Il giudice del merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*, in *Quest. giust.*, 3/2017,

3. Nomofilachia e teorie del ragionamento giuridico

A questo punto diviene indispensabile volgere rapidamente lo sguardo ad alcune delle più diffuse teorie dell'interpretazione per verificare se quanto si è finora ipotizzato, con specifico riguardo ai rapporti tra funzione nomofilattica e ragionamento del giudice, trovi in esse conferma (o smentita). L'indagine non potrà che essere, per necessità, parziale e forse insufficiente – dovendo sottostare ai limiti, anche di competenza – di chi scrive, ma costituisce un tentativo di sottoporre la tesi sostenuta ad un serio confronto – che, in verità, appare ineludibile – con gli esiti delle teorie dell'interpretazione più accreditate. A questo scopo, oltre alla – ormai superata, ma tuttora culturalmente radicata – teoria del sillogismo giudiziale, si prenderanno di seguito rapidamente in esame, ai limitati fini che qui interessano, i tratti salienti delle teorie ermeneutiche, neoretoriche e di quelle analitiche³¹.

pp. 19-21, la quale si esprime in termini che più chiari non potrebbero essere: «nel leggere, a volte, sentenze di Cassazione che sono basate su lunghi “elenchi” di precedenti conformi, quello che sfugge è proprio il senso della decisione, la comprensione del “perché” di quella decisione, che non sia un mero rimando a quanto già deciso; così facendo si ricade nell'operazione matematica, nel “prodotto” autoreferenziale, servito al giudice di merito/consumatore». La Rizzardi non fa riferimento specifico al fatto, ma mi pare che la direttrice lungo la quale il suo discorso si svolge porti proprio ad invocare la collocazione della decisione delle Corti di vertici in un “contesto” nel quale non può non assumere rilievo primario (anche) il caso da decidere. Si legge infatti, ancora, nel contributo «decidere, per il giudice, significa [...] poter ragionare contando sulla conoscenza dello “stato dell'arte”; e per fare questo ha bisogno di avere davanti a sé decisioni della Cassazione che diano conto del dibattito in corso, di quali siano gli argomenti in discussione, di come si arrivi ad una o all'altra interpretazione: il giudice deve potersi muovere ragionando in un percorso riconoscibile, che consenta scelte argomentate» (*op. cit.*, p. 20, corsivi dell'a.).

³¹ I riferimenti alle teorie filosofiche sviluppatasi intorno a questo tema nell'arco dell'ultimo secolo non devono, tuttavia, lasciar pensare che i grandi Maestri del diritto processuale civile si siano disinteressati a quest'ordine di problemi. Se è vero che in tempi recenti gli studi processualciviltistici sembrano fatalmente attratti – per una sorta di nemesis storica – più dalla *procedura* che dal *processo*, se volessimo trovare esponenti autorevolissimi che hanno percorso posizioni che oggi nell'ambito della teoria generale del diritto possono trovare una collocazione piuttosto precisa, non avremmo bisogno di andar lontano: basterebbe, infatti, consultare P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Riv. crit. sc. soc.*, 1914, pp. 290-260, ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, vol. I, Morano, Napoli, 1965, pp. 11-54 (le citazioni *infra* saranno tratte da quest'ultima) e F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, pp. 81-106 per rendersi conto di come sulla configurazione del ragionamento giuridico alcune voci del diritto processuale civile avessero già le idee piuttosto chiare, ancorché discordanti tra loro. Sulle posizioni di Calamandrei

3.1. Teoria del sillogismo

La teoria del sillogismo giuridico o del sillogismo giudiziale risale, com'è noto, al Beccaria, che ne fece un modello da seguire con intento prescrittivo, contro gli irrazionalismi dominanti negli standard decisorii delle corti dell'*Ancien Régime*³². Detta teoria, ripresa in un primo tempo anche da Kelsen, riconduce il ragionamento del giudice al classico schema del sillogismo di derivazione aristotelica³³.

La teoria del sillogismo, nella sua versione più radicale, era accolta nella dottrina processualcivilistica da voci autorevoli, tra le quali – come si è visto – possono senz'altro citarsi Arturo Rocco³⁴ e Guido Calogero³⁵. La circostanza che in letteratura³⁶ sia stato sottolineato già da molto tempo come la decisione giudiziale sia in realtà il frutto di una catena di sillogismi, e non di un unico sillogismo, non scardina, però, quella che potremmo chiamare la *fede* nel sillogismo, il quale resta tuttora lo schema logico di base su cui fare affidamento sia per l'accertamento della norma da applicare, sia per l'accertamento del fatto, sia, infine e soprattutto, per la decisione del giudice³⁷, tanto che, tra i fautori della teoria del sillogismo, certamente possiamo annoverare anche il Calamandrei³⁸.

e di Carnelutti si tornerà più approfonditamente *infra* e a quei discorsi si rimanda per lo svolgimento di questa anticipazione.

³² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in Id., *Opere*, vol. I, Sansoni, Firenze, 1958, p. 52.

³³ ARISTOTELE, *Analitici primi e analitici secondi*, in Id., *Organon*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 1983, I 2, 71 b 9-25.

³⁴ A. ROCCO, *La sentenza civile*, cit., p. 34.

³⁵ G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., pp. 50-51.

³⁶ P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Riv. crit. sc. soc.*, 1914, pp. 290-260, ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, Morano, Napoli, 1965, pp. 11-54, *passim* e spec. pp. 15, 25, 51-52.

³⁷ P. CALAMANDREI, *op. locc. ultt. citt.* Anche il Carnelutti si rifece alla teoria del sillogismo per spiegare i limiti del sindacato sugli *errores in iudicando* della Corte di cassazione: v. spec. F. CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, Cedam, Padova, 1925, p. p. 731 ss. Egli, tuttavia, coltivò poi, in varie altre occasioni, un'idea di giudizio assai più complessa, sulla scorta della quale, ad avviso di chi scrive, deve essere ritenuto un critico, più che un sostenitore, del modello sillogistico: si veda, in questo senso, soprattutto F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, pp. 81-106.

Sui vari tipi di sillogismo giudiziale v. P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 158 ss.

³⁸ Il fatto che Calamandrei ritenesse che il sillogismo fosse alla base del ragionamento

Importanti critiche, invece, furono mosse alla teoria del sillogismo giudiziale da Fazzalari³⁹ e – tanto in passato, quanto in tempi recenti – da Taruffo⁴⁰. Oggi, nonostante detta teoria venga di rado ripresa in modo esplicito, accade di frequente di dover prendere atto di come essa tuttora informi il modo di ragionare della dottrina (che con essa, quand’anche non ne accetti supinamente le implicazioni, continua comunque a dover fare i conti⁴¹), degli avvocati e dei giudici⁴².

Il ricorso più o meno esplicito allo schema del sillogismo logico per ricostruire le operazioni compiute dal giudice è frutto di un duplice ordine di circostanze: per un verso, esso risponde alla necessità di collocare il ragionamento del giudice in un contesto, in cui sia garantito il rispetto di uno standard razionale nell’assunzione delle decisioni; per altro verso, è conseguenza del fatto che le teorie “alternative” a quelle, in qualche modo ancorate al baluardo sicuro del sillogismo, appaiono portatrici di quote troppo elevate di irrazionalismo e vengono percepite come una fonte di

del giudice è significativo in questo contesto, poiché, com’è a tutti noto, fu proprio Calamandrei ad ispirare quello che è ancora il “sistema della Cassazione civile”. Il Maestro non riuscì ad ottenere un accoglimento integrale delle sue proposte, ma i tratti di fondo della Corte Suprema sono indubabilmente riconducibili al suo pensiero (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.)

³⁹ Fazzalari ha ritenuto inadeguata la concezione del giudizio giudiziale che, incentrandosi esclusivamente sull’elemento conoscitivo, non desse adeguatamente conto dell’elemento volontaristico insito nella decisione: v. già E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Cedam, Padova, 1953 p. 136 ss. e, successivamente, Id., *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 68 ss.

⁴⁰ V. già M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 149-170 e, più di recente, Id. *Il fatto e l’interpretazione*, 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. 123 ss.

⁴¹ Cfr., ad es., G.F. RICCI, *Diritto processuale civile. Vol. II. Il processo di cognizione e le impugnazioni*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 257, ove l’a. – nell’esaminare i limiti del sindacato di cassazione, che impediscono alla Suprema Corte di entrare nell’esame del fatto – espressamente afferma che «questa caratteristica dei poteri della Corte [...] consente di riaffermare che la sua funzione si svolge tutta quanta nell’ambito della premessa maggiore», per poi subito dopo precisare però che «la valutazione della corretta applicazione del diritto non va vista solo con riferimento all’applicazione meccanica della norma di legge, ma anche con riferimento al ragionamento razionale che il giudice che ha emanato la sentenza impugnata, ha effettuato per ricostruire il fatto». In questo esempio l’a., pur continuando a riferirsi allo schema del sillogismo logico, avverte la necessità di agganciare l’interpretazione della norma alla costruzione del fatto.

⁴² A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 508 ss.

pericolo. Tant'è che quando lo stesso Kelsen criticò – per la prima volta espressamente – nel 1965 l'applicabilità alle decisioni giudiziali della teoria del sillogismo logico, dando luogo ad una svolta da lui stesso presentata come un cambiamento radicale nella sua dottrina pura del diritto, in dottrina vi furono reazioni che descrissero questa mutata visione come una involuzione «dal logicismo allo scetticismo, se non addirittura all'irrazionalismo metodologico»⁴³. Al di là della collocazione di questa svolta – ammesso che sia veramente tale – nel pensiero di Kelsen, ciò che qui preme mettere in luce è che la posizione assunta da questo a. rispetto al sillogismo logico risulta fondamentale, in quanto idonea a dimostrare che, perfino nell'ambito di una concezione positivista molto rigorosa si ammette che il giudizio del giudice sia qualcosa di diverso dal giudizio in senso logico del termine⁴⁴.

Molti dei tentativi più noti di contrastare le critiche all'utilizzo dello schema del sillogismo logico nell'ambito delle decisioni giudiziali hanno alla base la distinzione tra *contesto di scoperta* e *contesto di giustificazione*. Il senso di tale contrapposizione consiste nel consentire la distinzione tra, da un lato, il processo mentale interno seguito dal giudice per pervenire alla decisione (*contesto di scoperta*) e, dall'altro lato, la giustificazione esterna elaborata a sostegno della decisione (*contesto di giustificazione*), al fine, per questa via, di giungere al “salvataggio” del sillogismo giudiziale, che si applicherebbe al secondo, ma non al primo⁴⁵.

⁴³ T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, cit., p. 44, alla cui opera si rimanda anche per la dimostrazione che, in realtà, questa posizione del Kelsen può in realtà leggersi come «un'ovvia conseguenza di molti degli assunti che della dottrina pura del diritto sono a fondamento sin dalle sue prime formulazioni».

⁴⁴ Non è possibile entrare in questa sede nel dibattito che la svolta di Kelsen ha prodotto nell'ambito della teoria generale, per una sintesi del quale valga ancora una volta il rimando a T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, cit., p. 45 ss.

⁴⁵ Cfr., ad es., R.A. WASSERSTROM, *The Judicial Decisions. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford, 1961, pp. 24-28; J. HOROVITZ, *Law and Logic*, Springer Verlag, Wien, 1972, p. 6. Per l'utilizzo nella dottrina italiana della contrapposizione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione in questo ambito v. per tutti e, salvo mio errore, prima di tutti M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, p. 214 ss. Prima di Taruffo, v., pur senza l'utilizzo di questa terminologia, cfr. P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, p. 101 (ora anche in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, cit., p. 664 ss.), il quale esprimeva l'idea che la motivazione non fosse resoconto fedele del processo decisionale del giudice, ma piuttosto la giustificazione elaborata a posteriori di quella decisione; nonché F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Morano, Napoli, 1958, p. 212, ove già si metteva, in discussione il vecchio presupposto della teoria del sillogismo giudiziale della coincidenza tra ragionamento decisorio e struttura del ragio-

Benché questa distinzione sia stata fatta oggetto di penetranti critiche⁴⁶, essa costituisce comunque ormai un’acquisizione consolidata al patrimonio comune della cultura giuridica⁴⁷ e, senza bisogno di metterla in discussione, le teorie del ragionamento giuridico, concentrate soprattutto sul *contesto di giustificazione*, si sono comunque orientate nella direzione di ritenere del tutto inadeguato (così le teorie ermeneutiche e neoretoriche) o quantomeno insufficiente (così le teorie analitiche) il modello classico del sillogismo logico.

3.2. *Teorie ermeneutiche del ragionamento giuridico*

A questo proposito è opportuno richiamare, nella stretta misura dell’indispensabile – e con gli inevitabili limiti imposti dal contesto – i contributi fondamentali dati dalla filosofia ermeneutica alla teoria generale dell’interpretazione⁴⁸. È pur vero che tra gli “ermeneutici” vi è chi ha affermato

namento espresso in motivazione. Recentemente ha criticato il ricorso a questa distinzione L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, cit., p. 145 ss., sostenendo che non esiste un ragionamento “decisorio” diverso da quello “giustificativo” che abbia rilievo per il mondo del diritto.

⁴⁶ Le critiche mosse alla distinzione tra *contesto di scoperta* e *contesto di giustificazione* si collocano a vari livelli: alcune di esse si sono appuntate soprattutto sui pericoli che una tale distinzione può portare con sé, potendosi prestare perfino a derive irrazionalistiche, laddove, almeno in astratto, può prestarsi alla copertura di una decisione, dettata da pregiudizi, da motivi personali o da influenze condizionamenti di varia natura, per mezzo di una sovrastruttura priva di un’effettiva funzione, in altri termini: l’equivalente di una mistificazione o di una maschera (in questo senso v. U. SCARPELLI, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*, in Id., *L’etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982 pp. 251-285. Altre critiche sono invece andate più in profondità, mettendo in discussione la stessa possibilità – assai spesso data per scontata (cfr. ad es. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978, pp. 15-16, nonché Id., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* [trad. it. di A. Schiavello della II ed., 1984], Giappichelli, Torino, 2001, p. 32, ove l’a. richiama suggestivamente l’esempio dell’*eureka!* di Archimede) – di recepire tale distinzione, maturata in ambito epistemologico, nell’ambito giudiziale (T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, cit., pp. 105-156).

⁴⁷ Si veda, emblematicamente, il punto di vista di N. MACCORMICK, *op. locc. citt.* alla nt. precedente.

⁴⁸ I filosofi del diritto, specie quelli di matrice ermeneutica, insistono sulla componente – non di rado a torto sottovalutata – filosofica del problema dell’interpretazione. V., per tutti, G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir. Annali*, vol. V, 2012, p. 694-695: «si deve assumere consapevolezza del fatto che il problema dell’interpretazione possiede

che «L'applicazione non c'è soltanto quando ci si trova di fronte al caso concreto da regolare. C'è applicazione ogniqualvolta si adatta un discorso già fatto ad un discorso da fare, cioè quando si deve superare la differenza dei contesti al fine di continuare lo stesso discorso. In quest'ottica, anche il discorso della scienza del diritto è un'applicazione del discorso giuridico»⁴⁹, sicché si potrebbe arrivare a dubitare che concettualmente si debba (o addirittura si possa) distinguere l'attività interpretativa del giurista da quella del giudice⁵⁰.

Tuttavia, è vero anche che tra gli stessi sostenitori dell'approccio ermeneutico all'interpretazione del diritto non manca chi ha posto giustamente in rilievo come *il legislatore*, nel momento in cui pone le norme, *giudica in astratto*, *il giurista*, parimenti, *giudica in astratto*, «poiché l'interpretazione e, dunque, la valutazione e la scelta che egli compie riguardano una concettualizzazione ipotetica di casi concreti, risultano solo indirettamente finalizzate all'applicazione e ad essa collegate, attraverso un

non soltanto una dimensione tecnica (relativa ai metodi attraverso i quali assegnare un significato ad una disposizione), ma anche — o innanzitutto — una dimensione filosofica. Tale dimensione, essenzialmente riconducibile alla più generale concezione del diritto ed alla problematizzazione dello statuto epistemologico della scienza giuridica, riguarda: a) la concettualizzazione dell'idea stessa di interpretazione; b) i suoi rapporti con la sfera della comprensione; c) la caratterizzazione dell'interpretazione giuridica rispetto ad altre esperienze interpretative (ad esempio, in ambito letterario, religioso o storico). La dimensione filosofica dell'interpretazione risulta particolarmente valorizzata all'interno delle teorie dell'interpretazione disposte a riconoscere a quest'ultima un ruolo centrale nella comprensione del fenomeno giuridico e in modo specifico dalla teoria ermeneutica».

⁴⁹ F. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto confronto*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 102, corsivo mio.

⁵⁰ Lo stesso padre dell'ermeneutica moderna sarebbe su questa distinzione in disaccordo: mi riferisco, naturalmente, a Gadamer, dal cui testo fondamentale traggio una citazione che mi pare illuminante sul punto: «*Die Unterscheidung einer normativen Funktion von einer kognitiven Funktion reißt vollends auseinander, was offenkundig zusammengehört*» (H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, V Auf., Mohr, Tübingen, 1986, p. 316), ossia «La distinzione tra una funzione ricognitiva e una funzione normativa contrappone aspetti e momenti che sono invece costitutivamente una cosa sola» (dalla trad. it. di G. Vattimo, da ultimo pubblicata in H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, IV ed., Bompiani, Milano, 2016, p. 643). Mi pare, però, che, ai nostri fini, specie dovendo fare i conti con una tradizione culturale che ancora risente della indelebile matrice positivista, proporre la distinzione ipotizzata nel testo risulti di una certa utilità proprio per sottoporre ad un vaglio critico quella che abbiamo chiamato – un po' provocatoriamente – «giurisprudenza consultiva».

mutamento di ordine dei fattori della comprensione giuridica»⁵¹, mentre *il giudice*, nel decidere e, quindi, nel porre in essere il suo giudizio giuridico-giurisdizionale *compie un'attività affatto concreta*. Prendendo ancora a prestito le parole di Baldassarre Pastore, possiamo quindi dire che «nel giudizio giurisdizionale, posto di fronte al singolo caso, il giudice procede all'accertamento ed alla qualificazione dei “fatti” oggetto della controversia mettendoli in corrispondenza con le disposizioni legali. Si realizza, in tal modo, una concretizzazione ed attualizzazione della norma, intesa come modello cogente di un ordine determinato relativo alla disciplina dei comportamenti e degli effetti delle azioni umane, individuando le conseguenze giuridiche più adeguate al caso stesso»⁵². È, quindi, evidente che la natura di questa attività compiuta dal giudice sia, almeno parzialmente, ma essenzialmente, diversa da quella compiuta dal legislatore o – per quanto nello specifico qui interessa – dal giurista: il giudice, infatti, compiendo il suo giudizio giuridico-giurisdizionale, «colma lo scarto tra materiali normativi e situazioni della vita, con la loro inesauribilità e imprevedibilità, esprimendo quel “puntualizzarsi dell'ordine nel caso concreto” in cui si compie la positivizzazione del diritto»⁵³.

Per l'ermeneutica giuridica – in aperta polemica con la classica teoria del sillogismo giudiziale⁵⁴ – la decisione del caso non è punto di arrivo (necessitato), bensì punto di partenza – secondo la terminologia propria del lessico ermeneutico: la *Vorverständnis*, ossia la precomprensione⁵⁵ –

⁵¹ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 22.

⁵² B. PASTORE, *op. cit.*, p. 22. Più di recente, in termini equivalenti, v. ID., *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 43 ss.

⁵³ Così, ancora, B. PASTORE, *op. cit.*, pp. 22-23, che riprende l'espressione «puntualizzarsi dell'ordine nel caso concreto» da G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), ora in ID., *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1959, p. 421, al cui saggio è ancor oggi indispensabile far capo per nutrirsi di importanti riflessioni sull'«attività» del giurista.

⁵⁴ Com'è noto, la formulazione del sillogismo giuridico viene fatta risalire a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in ID., *Opere*, vol. I, Sansoni, Firenze, 1958, p. 52, che lo utilizzava con intento prescrittivo contro gli irrazionalismi dominanti negli standard decisorii delle corti dell'*Ancien Régime*. Esso costituisce adattamento – per certi versi forzato – del sillogismo aristotelico: v. ARISTOTELE, *Analitici primi e analitici secondi*, in ID., *Organon*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 1983, I 2, 71 b 9-25.

⁵⁵ Il tema della precomprensione e la sua struttura sono stati inizialmente indagati da Heidegger nella sua opera fondamentale *Essere e tempo* (si veda M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 1927, Niemeyer, Halle). Successivamente la precomprensione è divenuto momento essenziale dell'ermeneutica (v. specialmente G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., p. 271 ss. e *Verità e metodo* (trad. it.), cit., p. 551 ss.) e dell'ermeneutica giuridica: v. J. ESSER, *Vor-*

a cui far seguire la ricerca di una o più norme dalle quali sia possibile ricavare, per mezzo dell'interpretazione, la norma individuale – ossia la decisione – da cui si è partiti. Non è detto che questa ricerca possa avere esito positivo: ove, infatti, essa fallisca, il giudice dovrà modificare la propria ipotesi decisionale. Il processo – il c.d. circolo ermeneutico⁵⁶ – qui è, però, lungi dall'essersi concluso: una volta compiuto questo primo passaggio, il giudice verificherà, poi, se *in concreto* ricorrono gli elementi di fatto in grado di confermare la propria ipotesi⁵⁷.

Secondo questa impostazione, non dovrebbe più considerarsi come punto di partenza il novero dei significati astrattamente attribuibili alla norma generale ed astratta (la ben nota cornice del Kelsen), ma piuttosto, al contrario, sarebbe il caso concreto a interrogare la norma, spingendo l'interprete ad andare alla ricerca della regola più adatta alle circostanze dell'umana vicenda da disciplinare. In quest'ottica, si può quasi giungere ad affermare che la regola esiste «nella sua identità di significato solo in presenza di un caso concreto», cadendo, al di fuori di esso, «nell'indistinto e nell'indeterminato»⁵⁸. Una delle dimostrazioni più evidenti di questo assunto deriva dalla circostanza che, a ben vedere, la stessa nota distinzione tra casi facili e casi difficili non deriva tanto dalla formulazione della disposizione generale ed astratta da applicare, quanto piuttosto dai fatti che caratterizzano il caso concreto: «è facile un caso che trova con facilità la regola che dovrebbe guidarlo ed è difficile un caso che suscita

verständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1970; *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, (trad. it. di S. Patti - G. Zaccaria), Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, *passim*. In argomento nella letteratura italiana v. G. ZACCARIA, *L'ermeneutica e la teoria del diritto*, in Id., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, p. 79 ss.

⁵⁶ Secondo la terminologia che risale ad Heidegger, *l'hermeneutische Zirkel*. Per una esemplificazione ed una spiegazione sintetica e chiara di come funziona il circolo ermeneutico, rimando a D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in PINO G. - SCHIAVELLO A. - VILLA V., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, cit., p. 328 ss.

⁵⁷ Se si tratta di un giudice di merito, inoltre, egli dovrà rivolgersi agli elementi probatori del caso per verificare se questi sorreggano l'ipotesi di decisione da lui formulata. Se, invece, si tratta di un giudice di legittimità – come nel caso della Cassazione o di molte altre Corti supreme a cui è precluso l'accertamento del fatto – quest'ultimo gli sarà consegnato, per così dire, “cristallizzato” nella decisione del giudice del merito. Soltanto alla fine di questo ulteriore processo che funziona sempre sulla scorta di un meccanismo modellato sul dualismo ipotesi-controllo, il giudice assumerà la decisione.

⁵⁸ F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Diritto privato 2001-2002*, Cedam, Padova, 2003, pp. 49-64 e spec. p. 50.

più o meno gravi incertezze interpretative riguardanti la regola da scegliere. È tragico, poi, un caso che chiama in causa allo stesso modo regole in concreto contrastanti»⁵⁹.

Al di là degli estremismi ai quali può metter capo la massimizzazione di questa prospettiva, che nella sua versione più radicale può scivolare verso derive scettiche, nella sua versione più moderata e ragionevole essa insegna che l'interpretazione non si esaurisce in una mera ricerca di significati, sicché senza l'interpretazione la regola non esiste, ma senza la regola non potrebbe esservi neppure interpretazione in senso proprio. Per spiegare con una metafora metafisica che cosa intendesse Dworkin quando affermava che il diritto è una pratica sociale interpretativa, Viola sagacemente scrive: «l'interpretazione sta alla regola come la forma alla materia o l'atto alla potenza, entrambi danno vita al diritto ma nessuno dei due esiste senza l'altro»⁶⁰.

Nella prospettiva del processualista questa concezione crea una serie di problemi, il primo fra i quali è probabilmente rappresentato dalla crisi della classica distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, che viene colpita – per così dire al cuore⁶¹ –, una distinzione intorno alla quale, peraltro, la dottrina unanime ricostruisce i limiti del sindacato di legittimità spiegato dalla Cassazione. Le teorie ermeneutiche, però, proprio per questa loro capacità di mettere in crisi categorie che si danno ormai per consolidate, sono di grande utilità nell'ambito del discorso che si sta svolgendo, in quanto consentono di collocare la decisione in una dimensione più complessa, ma senz'altro più rispondente alla realtà, di quanto

⁵⁹ Così letteralmente ancora F. VIOLA, *op. loc. ultt. citt.*, il quale precisa, appunto, che «tutto ciò dipende più dalla particolarità del caso, dalle sue circostanze e dai contesti in cui esso si presenta, che dalla formulazione astratta della regola». In senso analogo v. M. ATIENZA, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in *Ars int.*, 1999, pp. 293-320.

⁶⁰ Così letteralmente ancora F. VIOLA, *op. ult. cit.*, p. 52, da cui sono tratte anche le considerazioni che precedono.

⁶¹ Peraltro il Carnelutti, che, come si è detto, va annoverato più tra i critici che tra i sostenitori del sillogismo giudiziale, già a suo tempo avvertiva: «Il vero è che nella formazione processuale giudizio di fatto giudizio di diritto procedono alternamente: un primo giudizio approssimativo sul fatto, richiamando all'esperto una fattispecie legale, provoca un giudizio altrettanto approssimativo sulla norma giuridica; a sua volta tale giudizio stimola un perfezionamento del giudizio sul fatto al fine di sapere con maggior precisione se ne è fatto ricorrono i caratteri della fattispecie e così via fino a che, soddisfatta la esigenza della precisione, sia possibile accertare la coincidenza o la divergenza tra fatto fattispecie» (F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, cit., pp. 81-106 e spec. p. 93).

non facciano le teorie del formalismo interpretativo⁶². Per questa via esse mettono anche lo studioso del processo di fronte a un dato difficilmente confutabile: e cioè che alla base dell'interpretazione della legge, intesa nel suo significato più pregnante, vi sono proprio i fatti e le singole circostanze che caratterizzano un caso concreto⁶³.

3.3. Nuova retorica

Una prospettiva per certi versi ancora più radicale rispetto a quella assunta dalle teorie ermeneutiche proviene dalla c.d. nuova retorica, il cui esponente più noto è Chaïm Perelman, che fondò la propria critica al modello del sillogismo giudiziale muovendo dalla premessa che il ragionamento giuridico non è un ragionamento conoscitivo, ma dialettico⁶⁴.

⁶² Chi ritenesse di liquidare le teorie ermeneutiche dell'interpretazione come elucubrazioni di un manipolo di pensatori lontano dalla pratica del diritto e il circolo ermeneutico come un'astrusità potrebbe – senza troppa fatica – utilmente ricredersi leggendo il recente breve saggio di un giudice (B. RIZZARDI, *Il giudice del merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*, cit., p. 20, la quale, nel contesto di una critica ad un ricorso consumistico alla giurisprudenza, chiarisce: «cercare tra i precedenti è un po' una prassi quotidiana: è normale che il giudice di merito davanti ad una questione interpretativa di norme, sostanziali o processuali, magari partendo da una propria visione della questione, "cerchi" un precedente che la supporti. Ed all'interno dell'offerta – come si diceva – c'è solo l'imbarazzo della scelta: si troverà più o meno qualsiasi cosa (specie se si parte da un pre-giudizio), e spesso ci si troverà a scegliere in base ai criteri più disparati». Quello che, ancorché con accezione negativa, l'a. denomina pre-giudizio non è altro se non la pre-comprensione di cui parlano gli ermeneutici e descrive un modo di ragionare che risulta assai più frequente di quanto si immagini (o si voglia – per pudore – ammettere).

⁶³ Una conferma di ciò può essere agevolmente rinvenuta nella circostanza che alla base delle sentenze più note e innovative vi è assai spesso una vicenda umana singolare, non di rado "passata alla storia" insieme alla sentenza che ne ha fatto oggetto di giudizio: cfr. le sentenze citt. *supra*, cap. I, par. 4.

⁶⁴ L. GIANFORMAGGIO BASTIDA, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Edizioni di Comunità, Milano, 1973, p. 148 ss. In argomento si vedano C. PERELMAN, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Routledge Kegan & Paul, London, 1963; Id., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique (Méthodes du droit)*, Dalloz, Paris, 1976, (trad. it. a cura di G. Crifò, con presentazione di A. Giuliani), *Logica giuridica. Nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979; C. PERELMAN – L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1958 (trad. it. di C. Schick ed E. Barassi), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 1966 (poi 1989, 2001, 2013). Le citazioni di quest'ultima opera saranno tratte dall'edizione italiana del 2001. Cfr. anche G. PELLEGRINO, *La «nuova retorica» di Chaïm Perelman*, in *Rivi-*

La decisione di un caso concreto, sia per quanto attiene alla ricostruzione della norma generale ed astratta da applicare, sia per quanto attiene alla ricostruzione del fatto, poggia – in quest’ottica – su percorsi che non possono essere vincolati, né rigorosamente ricondotti a regole logiche.

Sulla scorta di queste premesse, il ragionamento del giudice non è tanto incentrato sulla conoscenza della disposizione di legge da applicare, ma sulla giustificazione della decisione giudiziale, che si svolge necessariamente anche attraverso la confutazione delle diverse tesi, che condurrebbero ad una diversa decisione⁶⁵. Nel pensiero di Perelman rivestono un rilievo nevralgico non solo la giustificazione, ma anche i destinatari di quest’ultima: secondo questa tesi, infatti, compito del percorso argomentativo svolto dal giudice nella decisione, prima di ogni altra cosa, è la ricerca del consenso dell’uditorio⁶⁶, che egli ritiene debba avere carattere universale⁶⁷. A riprova del fatto che il giudice non solo non assume la

sta di Filosofia Neo-Scolastica, 1960, pp. 634-655; P. SEMAMA, *Argomentazione e persuasione*, Giuffrè, Milano, 1974; R. BARILLI, *Corso di retorica. L'arte della persuasione da Aristotele ai giorni nostri*, Lupetti, Milano, 1995; M. MEYER, *La retorica*, Il Mulino, Bologna, 1997; E. RAIMONDI, *Retorica come filosofia. La tradizione umanistica*, Città del Sole, Napoli, 1999; A. IACONA, *L'argomentazione*, Einaudi, Torino, 2005; P. CANTÙ – I. TESTA, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Bruno Mondadori, Milano, 2006. Sul processo come luogo per eccellenza della retorica v. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 475 ss.

⁶⁵ Chiariva efficacemente questo aspetto Letizia Gianformaggio, di cui vale la pena riportare le parole: «Dal punto di vista del modello retorico [il giudice] è colui che risolve una controversia giuridica. Il giudice cioè soppesa le ragioni dell’uno e dell’altro contendente, e quindi si mescola al caso; non esiste per lui un *dato* oggettivo metadiscorsivo su cui fondarsi, né un *prius* assolutamente certo dell’argomentazione; nella norma generale da applicare, né l’evento concretamente verificatosi sono entità reali che la giustificazione discorsiva di una decisione possa solo assumere e non manipolare. Il *dato*, il *prius* è soltanto l’esistenza di un problema costituito dallo scontro di due modi diversi di valutare ciò che è giusto, opportuno, conveniente, e in relazione ad una situazione particolare. La risposta che il giudice dà è una risposta a *quella* domanda; la soluzione che gli offre soluzione di *quel* problema, e quindi è una parte, un atto di esso» (L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in Id., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, (a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi), Giappichelli, Torino, 2008, pp. 101-102). Insomma, in una frase (ripresa da Rodingen), concludeva l’a. «La retorica sa di essere una parte del mondo, non il suo specchio» (H. RODINGEN, *Rhetorik im Recht: Ortsbestimmung und Überblick*, in *Rhetorik*, 1981, p. 89).

⁶⁶ Sull’adattamento dell’oratore all’uditorio v. C. PERELMAN – L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell’argomentazione*, cit., p. 26 ss.

⁶⁷ Circa l’importanza dell’uditorio universale v. *op. ult. cit.*, p. 33 ss. Per una critica v. L. GIANFORMAGGIO BASTIDA, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all’imparzialità del giudice*, cit., p. 218 ss.

propria decisione, ma nemmeno la giustifica sulla base di argomenti logici, viene portata la prassi giudiziale, tuttora diffusa, di ricorrere ad una pluralità di schemi argomentativi⁶⁸. Questi ultimi sono diretti non tanto a dar conto delle ragioni logiche che stanno alla base della decisione, quanto piuttosto a renderla accettabile, sulla scorta di valori comunemente accolti, agli occhi dei suoi interlocutori istituzionali⁶⁹.

Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca – la quale, non a caso, non era una giurista, ma una psicologa sociale – nel loro celebre trattato dell'argomentazione, insistono molto sul fatto che tra le tecniche argomentative più diffuse trovano collocazione i cc.dd. *argomenti quasi-logici*, i quali «pretendono di avere una certa forza di convinzione, in quanto si presentano confrontabili a ragionamenti formali, logici, o matematici. Tuttavia chi li analizza percepisce immediatamente le differenze fra queste argomentazioni e le dimostrazioni formali, perché soltanto uno sforzo di riduzione di precisione, di natura non formale, permette di dare a questi argomenti una apparenza dimostrativa»⁷⁰. Questo modo di intendere il ragionamento del giudice, fin dal momento della ricerca del significato da attribuire alla norma generale ed astratta – un momento che finisce, nella teoria neo-retorica per perdere la sua stessa identità – è quanto di più distante si possa immaginare sia dal modello di giudice *bouche de la loi*, sia dal modo di ragionare imposto dal sillogismo logico.

La nuova retorica rompe con la tradizione positivista e neopositivista e porta la teoria del ragionamento giuridico a dissolversi quasi integralmente nel contesto di una teoria dell'argomentazione. Essa ha dato certamente un contributo decisivo allo sviluppo delle teorie sul ragionamento giuridico e ha avuto grande risonanza nel mondo della cultura giuridica, specie negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso⁷¹. Si è detto che, benché all'apparenza la nuova retorica si muova su un terreno affatto

⁶⁸ Secondo una metafora divenuta celebre, mentre lo svolgimento del ragionamento logico può essere efficacemente rappresentato dagli anelli di una catena, le argomentazioni retoriche “funzionano” come le gambe di una sedia (M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 116, nt. 11 e le *opp. ivi cit.*).

⁶⁹ Per uno dei pochi censimenti degli argomenti impiegati (anche) dalla nuova retorica, si veda G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU A. – MESSINEO F. – MENGONI L., Giuffrè, Milano, 1980, p. 344 ss.

⁷⁰ La fortuna del *Trattato dell'argomentazione* è testimoniata dal fatto che Einaudi, ad oltre cinquant'anni dalla sua prima traduzione in lingua italiana, continua a ristamparla (ult. ed. 2013).

⁷¹ Sulle ragioni di questa eco v. L. GIANFORMAGGIO BASTIDA, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, cit., p. 169 ss.

diverso rispetto a quello battuto dall'ermeneutica giuridica, in realtà finisce con l'averne con quest'ultima alcuni significativi punti di contatto: da un lato, entrambe, in fondo, propongono un modello di razionalità della decisione giudiziale, alternativo a quello logico deduttivo, connotato dal modello del sillogismo logico, che fa piuttosto capo al concetto di "ragionevolezza"⁷². Dall'altro lato, entrambe riconoscono al giudice un ruolo attivo nell'applicazione (e nella creazione) del diritto, ponendolo al centro della attualizzazione del comando normativo generale ed astratto, alla luce di valori largamente condivisi⁷³. Ed è proprio quest'ultimo aspetto ad esporre la nuova retorica, forse ancor più dell'ermeneutica, ma senz'altro insieme ad essa (o – meglio – ad alcune versioni di essa), ad una critica difficilmente superabile, che si impernia sulla circostanza che entrambe fanno capo a un nucleo di "valori largamente condivisi". Ebbene, se, per un verso, nelle società contemporanee, caratterizzate da un pluralismo sempre più marcato, è difficile individuare quali siano effettivamente i valori condivisi, per altro verso, detti valori spesso costituiscono elementi dotati di un grado di indeterminatezza tale da aprire spazi di discrezionalità giudiziale difficilmente controllabili⁷⁴.

Soprattutto, però, – com'è stato già da tempo sottolineato in dottrina – la nuova retorica non offre nessun criterio valido per guidare il giudice in un processo di decisione razionale, né per il controllo razionale della decisione. Essa, in definitiva, non fornisce un modello né descrittivo, né prescrittivo, esauriente del processo decisorio e del ragionamento giustificativo del giudice⁷⁵. Circostanze da cui deriva potenzialmente l'inidoneità

⁷²D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 331.

⁷³D. CANALE, *op. loc. ultt. citt.*

⁷⁴V. ancora, in questo senso, D. CANALE, *op. ult. cit.*, pp. 331-332. D'altro canto la prospettiva retorica sembra trarre tuttora legittimazione dal modo in cui il Primo presidente della Corte di cassazione nelle linee guida per la sesta sezione, poi recepite da Cass., sez. un., 21 marzo 2017, n. 7155, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1181 ss., le quali prescrivono che può essere considerata giurisprudenza della Corte anche *una sola* sentenza di una sezione semplice, se *convincente*.

⁷⁵Questa è, in sintesi, la critica di M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 191 ss. e spec. p. 202, il quale, in realtà, confuta le tesi della nuova retorica di Perelman con argomentazioni molto più analitiche. In sintesi Taruffo sostiene, in polemica con le tesi perelmaniane: 1) che Perelman in realtà non dimostra, ma si limita ad assumere l'estraneità della logica alla ragionamento giuridico; 2) che il ragionamento giuridico non può essere trattato come una categoria univocamente determinata, sia perché 2a) è opportuno distinguere tra diversi tipi di ragionamento giuridico (quello del giudice, quello dell'avvocato, quello del giurista ecc.), sia perché 2b) il ragionamento giuridico è privo di una sua omogeneità interna, circostanza ignorata da Perelman, il quale si concentra solo ed esclu-

di queste tesi a svolgere il ruolo proprio di qualsivoglia teoria del ragionamento giuridico. D'altro canto – si è ancora insistito – il modello retorico di ragionamento non opera come criterio di risoluzione delle ambiguità: al contrario la retorica si giova dell'ambiguità e della variabilità semantica che è intrinseca nel discorso argomentativo, essendo proprio questi caratteri a rivelarsi strumentali al fine della persuasione⁷⁶.

Per quanto le teorie retoriche non offrano elementi utili per governare razionalmente il ragionamento giuridico, esse hanno il merito indiscusso di aver aperto un dibattito ampio e profondo sull'effettiva possibilità di continuare a ricorrere al vecchio modello del sillogismo logico per spiegare e governare il modo in cui si svolge il ragionamento giuridico. Da questo dibattito, ormai consegnato al patrimonio della cultura giuridica, non si può più tornare indietro, e della sua eredità è impossibile non tener conto anche negli studi sul processo civile, specie quando ci si deve confrontare con norme processuali, che paiono scritte da un legislatore che questo dibattito ignora o – almeno – dei cui frutti non tiene adeguatamente conto.

3.4. *Teorie analitiche del ragionamento giuridico*

Alcuni cenni, infine, vanno dedicati a quelle teorie che, pur non ritogliendo la teoria del sillogismo giudiziale in quanto inadeguata, la ritengono insufficiente e, quindi, migliorabile. Le teorie analitiche, in estrema sintesi, utilizzano il modello del sillogismo per elaborare teorie più complesse del ragionamento giuridico, maggiormente idonee a dire come il giudice debba procedere nell'assumere e nel giustificare le proprie decisioni, offrendo, al contempo, criteri attendibili per saggiarne la tenuta.

sivamente sulla sua componente retorico-argomentativa, trascurando completamente tutte le altre; 3) la concezione neo retorica del ragionamento giuridico non distingue (o meglio finge di distinguere, ma in realtà confonde) tra il procedimento mediante il quale il giudice perviene alla decisione e il procedimento con cui lo stesso giustifica la decisione, razionalizzandola nella motivazione; 4) essa non è in grado di risolvere in modo soddisfacente i problemi che sorgono in sede di motivazione della sentenza. Alcune di queste critiche, che Taruffo muove alle teorie neo-retoriche, erano in parte già state sollevate da: N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, pp. 3-13; J. HOROVITZ, *Law and Logic*, cit., p. 83 ss. e p. 105 ss.; L. GIANFORMAGGIO BASTIDA, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, cit., *passim* e spec. p. 148 ss.

⁷⁶ In questi termini v. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 117.

Tra le varie teorie analitiche del ragionamento giuridico, le più note sono senz'altro la teoria dell'argomentazione giuridica fondata sull'analisi del discorso razionale, elaborata da Alexy⁷⁷, e quella dei sillogismi giudiziari proposta da Wróblewski. In entrambe le teorie, il confronto con il fatto risulta essenziale nella scelta del significato da attribuire alla disposizione di legge: Alexy propone un modello fondato su regole interpretative⁷⁸, che, tuttavia risultano idonee in astratto a giustificare «soluzioni di una controversia tra loro incompatibili: l'applicazione di questo modello consente di giustificare, con riferimento al medesimo ordinamento giuridico, sia la norma in individuale N (ad esempio, "Paolo deve essere punito") sia la sua negazione ("Paolo non deve essere punito"), nel caso esse siano motivate seguendo la procedura razionale prescritta»⁷⁹. In altri termini, nell'ambito del discorso razionale di Alexy, nonostante «taluni enunciati normativi veng[a]no sì richiesti dalle regole del discorso come discorsivamente necessari», posto che la loro negazione è «con esse incompatibile (discorsivamente impossibile)», rimane, tuttavia, «un vasto ambito di ciò che è discorsivamente possibile in cui può trovare giustificazione sia un enunciato normativo determinato sia la sua negazione, e questo senza che vengano infrante le regole del discorso»⁸⁰. Il modello proposto da Alexy, quindi, risulta sotto questo profilo inefficiente, in quanto in un non irrilevante numero di casi non è in grado di guidare l'interprete fino alla determinazione del significato da attribuire nel singolo caso concreto alla norma di legge. Ciò dischiude le porte ad un inevitabile particolarismo interpretativo, nell'ambito del quale il riferimento ai fatti che caratterizzano il caso specifico, sottoposto all'attenzione del giudice, svolge un ruolo dirimente proprio nella scelta di quella che, tra le molte interpretazioni possibili, deve ritenersi «esatta»⁸¹.

⁷⁷ R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978 (trad. it. a cura di M. La Torre), *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*. p. 177 ss.

⁷⁸ P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 75 ss.

⁷⁹ Così si esprime testualmente D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, cit, pp. 338-339.

⁸⁰ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, pp. 225-226.

⁸¹ Anche quando si volesse continuare ad utilizzare lo schema base del sillogismo bisognerebbe comunque ammettere che – come è stato chiarito – la giustificazione dell'applicazione della norma al caso concreto poggia su un ragionamento sussuntivo che svolge la funzione «di collegare tra loro la giustificazione in diritto e la giustificazione in fatto della sentenza, vale a dire le premesse del sillogismo giudiziale. La sua struttura tipica è inoltre di tipo deduttivo: date le premesse, la conclusione segue necessariamente. Non di

Fermo restando che, come si è visto, anche nella teoria di Alexy è essenziale il riferimento ad un caso concreto, è soprattutto nella, pur meno sofisticata, teoria dei sillogismi di Wróblewski⁸² che il confronto con il fatto risulta essenziale: com'è noto, questo a., in particolare, ha costruito un modello interpretativo fondato su direttive, le quali vanno distinte in direttive di primo livello e direttive di secondo livello. Le prime, dette anche direttive primarie, guidano il giudice nell'attribuzione di un significato ad una disposizione, tenendo conto di un triplice ordine di fattori connessi rispettivamente al *contesto linguistico*, al *contesto sistematico* e al *contesto funzionale*, a seconda, cioè, di come venga configurata la disposizione normativa in vista della sua interpretazione⁸³. Le seconde,

meno, tali premesse costituiscono l'esito delle scelte discrezionali compiute dal giudice in sede interpretativa e in sede probatoria. Le caratteristiche distintive del fatto dipendono dall'ipotesi formulata e dagli elementi probatori considerati. Le caratteristiche distintive della fattispecie astratta dipendono, a loro volta, dall'interpretazione della disposizione normativa e dunque dal significato ascritto a quest'ultima. Sebbene l'individuazione di questi due insiemi di caratteristiche possa essere considerata, dal punto di vista analitico, come l'esito di due processi inferenziale indipendenti, tali processi sono strettamente correlati tra loro nella prassi giuridica concreta. La ricerca delle caratteristiche rilevanti del fatto è condizionata dalla norma scelta per disciplinarlo; la scelta della norma dipende, per converso, dalle circostanze di fatto che costituiscono l'oggetto del giudizio» (D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, cit, p. 347).

⁸² Sarebbe fuorviante e frutto di una banalizzazione riportare il pensiero di questo a. al modello di sillogismo classico, che in verità costituiva proprio il bersaglio delle sue critiche. È, quindi, opportuno svolgere a questo riguardo alcune precisazioni, riprese da uno dei maggiori esperti di tecniche dell'interpretazione giuridica, Pierluigi Chiassoni, il quale ha giustamente osservato che le forme di sillogismo giudiziale proposte da Wróblewski «evocano solo lontanamente le forme dei sillogismi della logica classica: al punto che si potrebbe sostenere che non si tratti affatto di sillogismi, ma di schemi di ragionamento che Wróblewski chiama "sillogismi", appropriandosi di una denominazione millenaria per via di una stipulazione, tutto sommato arbitraria e fuorviante. Wróblewski, peraltro, nel suo lavoro pionieristico sul sillogismo giudiziale, non era interessato a stabilire delle forme (che un cultore di logica formale avrebbe potuto ritenere) logicamente impeccabili per la ricostruzione di discorsi giustificati tori giudiziali. Il suo principale bersaglio era, piuttosto, la concezione si logistica ingenua delle sentenze giudiziali, profondamente radicata nella cultura giuridica occidentale del tempo (testimone Rocco), secondo cui le sentenze avrebbero tipicamente la forma logica del sillogismo decisionale semplice. Orbene: la varietà di sillogismi della tipologia di Wróblewski – che, per sua stessa ammissione, è tutt'altro che esaustiva – è intesa precisamente a mettere in luce i limiti analitici di un tale modo di vedere tradizionale» (P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 27).

⁸³ Secondo Wróblewski le direttive interpretative di primo livello specificano come il significato incerto di una disposizione dovrebbe essere determinato prendendo in considerazione i rilevanti contesti semantici di base: quello linguistico, quello sistematico e quello funzionale, appunto, a seconda che la disposizione venga trattata come un'entità lingui-

dette anche direttive secondarie, disciplinano l'utilizzo delle direttive di primo livello e si distinguono, a loro volta, in *direttive procedurali*, che determinano l'ordine di applicazione delle direttive primarie (sempre che l'interprete ritenga di dover far ricorso ad una pluralità di direttive primarie differenti nell'interpretazione della disposizione), e in *direttive di preferenza*, le quali, invece, servono – qualora l'applicazione delle direttive primarie non abbia condotto dal risultato univoco – per determinare quale sia il significato corretto della disposizione normativa da applicare ad un singolo caso concreto. Ebbene, nel modello delle direttive interpretative di Wróblewski, l'ultimo passaggio per stabilire, nell'ambito di una pluralità di significati tutti legittimamente attribuibili a un'unica disposizione normativa, quale fra questi debba essere preferito, il giudice deve necessariamente fare i conti con la fattispecie concreta da decidere e con tutte le peculiarità che la caratterizzano, in difetto di che non avrà modo di fare applicazione delle direttive di preferenza⁸⁴.

3.5. Rilevi di sintesi

A margine di quanto si è fino ad ora esposto, è opportuno ora svolgere alcuni rilievi di sintesi, con l'intento di ricondurre le implicazioni, derivanti dalle diverse concezioni del ragionamento giuridico, al discorso relativo alla nomofilachia e alla sua evoluzione, tentando, nei limiti del possibile, di calare anche più nel concreto le considerazioni finora svolte.

Dovendosi ritenere ormai superata la teoria del sillogismo logico, prendendo in considerazione le altre teorie sopra esaminate, possiamo concludere come in ciascuna di esse la decisione del singolo caso concreto, con le peculiarità che lo caratterizzano e che lo distinguono da altri casi solo apparentemente simili, svolga un ruolo cruciale e talvolta decisivo, affinché il giudice possa effettivamente *ius dicere* e cioè indicare quale sia la «esatta osservanza» della legge.

Nel caso delle teorie ermeneutiche è evidente come il fatto rappresenti l'indispensabile premessa della c.d. precomprensione: se è il fatto ad in-

stica, un'entità normativa o un'entità praxeologica (J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, in Z. BANKOWSKI – N. MACCORMICK (eds.), *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, p. 91 ss.

⁸⁴ Per alcuni esempi di applicazione giudiziale delle direttive di preferenza, a seconda della concezione normativa dell'interpretazione alla quale aderisce il giudice, si veda D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, cit, p. 343.

terrogare la norma e se la prima domanda alla quale cerca di rispondere l'interprete è come risolvere il caso sottoposto alla sua attenzione, non può certo negarsi la rilevanza cruciale della base fattuale, non solo per iniziare, ma anche per portare a termine il ragionamento giuridico. La rilevanza delle specificità della singola fattispecie concreta emerge, però, chiaramente anche dalle teorie neo-retoriche: queste, infatti, pur avendo il difetto di aspirare a costituire un modello generale di ragionamento giuridico, si prestano tuttavia a ben mettere in luce un aspetto importante del modo di ragionare dei giuristi – forse, in verità, più vicino alla maniera di pensare degli avvocati che dei giudici – il quale, in quest'ottica, non potrà non attingere gli argomenti retorici utili alla persuasione dell'uditorio anche dal fatto, nella sua concretezza storica. Infine, anche le teorie analitiche, specie nella versione proposta da Wróblewski, finiscono inevitabilmente con il doversi riferire ad un fatto concreto, posto che le c.d. direttive di preferenza nella maggior parte dei casi non “funzionano”, se non messe a contatto con la fattispecie a cui la norma da interpretare dev'essere applicata.

Si è giustamente osservato, a tal proposito, che i teorici tedeschi utilizzano un termine apposito, frutto di una specializzazione linguistica, per designare congiuntamente l'interpretazione della legge e la ricostruzione dei fatti: si tratta della parola *Konkretisierung*⁸⁵. L'utilizzo di tale termine è indicativo della difficoltà di tenere distinta l'interpretazione della legge dal caso concreto, una circostanza che a sua volta rende manifesta la forzatura che anima le scelte recenti del nostro legislatore che propone come possibile – o perfino auspicabile – la produzione di quella che abbiamo chiamato «giurisprudenza consultiva», al fine – ontologicamente contraddittorio – di rafforzare la funzione nomofilattica della Cassazione. Alcune osservazioni di Tarello possono aiutare a chiarire ulteriormente che cosa intendiamo dire: «l'area semantica delle locuzioni “interpretazione del diritto” e “interpretazione della legge” include anche le operazioni di descrizione dei comportamenti e delle situazioni che si intende qualificare giuridicamente; si tratta di descrizioni apparenti, ed in realtà di prequalificazioni: infatti i comportamenti e le situazioni vengono indicati, positivamente o negativamente, mediante vocaboli che compaiono nel discorso legislativo [...] onde preconstituire la qualificazione giuridica che ai comportamenti e alle situazioni si vuole attribuire o escludere. La interpretazione della legge e la descrizione (o, come anche si dice, “ricostruzione”) dei c.d. “fatti” (comportamenti situazioni) interagiscono e

⁸⁵ Lo segnalava già G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 33, nt. 57.

sono sovente inestricabilmente intrecciate: tanto che si parla di “interpretazione”, sovente, per riferirsi ad entrambe»⁸⁶.

Se ciò è vero in linea generale, vi sono almeno due situazioni più specifiche, in presenza delle quali tale intreccio risulta ancora più evidente: si tratta, da un lato, del campo di applicazione delle clausole generali e dei concetti giuridici indeterminati, e, dall’altro lato, di quell’attività giudiziale che prelude alla c.d. «determinazione valutativa del fatto»⁸⁷. Per quanto concerne le clausole generali e i concetti giuridici indeterminati o “elastici”, la loro applicazione richiede operazioni ermeneutiche tipicamente al confine tra il fatto e il diritto: in un recente saggio è stato ricordato come proprio con riferimento alla concretizzazione della clausola della giusta causa di licenziamento, mentre il tradizionale orientamento della Cassazione riteneva incensurabili in sede di legittimità l’accertamento e la valutazione della sua sussistenza, trattandosi di apprezzamento riservato al giudice del merito, un più recente filone giurisprudenziale ha aperto ad un sindacato di legittimità, veicolato dall’art. 360, c. 1, n. 3), c.p.c., avente ad oggetto proprio le specificazioni delle disposizioni di legge formulate mediante clausole generali, specificazioni che, pertanto, partecipano a tutti gli effetti di una natura giuridica⁸⁸. Mentre nel caso della clausola

⁸⁶ G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, cit., pp. 32-33.

⁸⁷ L’espressione «determinazione valutativa» è di Wróblewski (J. WRÓBLEWSKI, *Facts in Law*, in Id., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Juridica, Helsinki, 1979, p.108 ss.), poi ripresa da M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU A. – MESSINEO F. – MENGONI L., Giuffrè, Milano, 1992, p. 105 ss.

⁸⁸ Si veda C. CONSOLO, *La Cassazione multifunzionale nella compiuta globalizzazione socio-economica (diagnosi e prognosi progredienti, al di là del puro anelito di nomofilachia*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 27, nt. 1.

Premesso che non è possibile qui soffermarsi, nemmeno sinteticamente, su un problema di tale portata, occorre ricordare che la giurisprudenza ha recentemente ribadito (cfr., in particolare, Cass. 15 aprile 2016, n. 7568 e Cass. 22 marzo 2016, n. 5592) la sindacabilità, da parte della Corte di cassazione, dell’attività di integrazione del precetto normativo compiuta dal giudice di merito, a condizione che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di incoerenza del predetto giudizio rispetto agli *standards*, conformi ai valori dell’ordinamento, esistenti nella realtà sociale (Cass. 26 aprile 2012, n. 6498; Cass. 2 marzo 2011, n. 5095). E ciò tanto più quando il giudice del merito sia chiamato ad applicare concetti giuridici indeterminati (come nel caso in cui si tratti di una c.d. “clausola elastica”, quale la nozione di giusta causa), sotto il profilo di verifica di ragionevolezza della sussunzione del fatto e quindi ad un sindacato su vizio di violazione di norma di diritto ai sensi dell’art. 360, c. 1, n. 3, c.p.c. ben lontano da quello dell’art. 360, c. 1, n 5 c.p.c. (cfr. Cass., sez. un., 18 novembre 2010, n. 23287).

In argomento v. R. CAPONI, *Norme processuali «elastiche» e sindacato in Cassazione (dopo*

generale, il fatto resta – al livello della disposizione da interpretare – del tutto indeterminato (la buona fede, la correttezza, il buon costume, la giusta causa ecc.), sicché le operazioni di interpretazione della disposizione da applicare assumono il significato di vere e proprie concretizzazioni della fattispecie – più o meno desiderabili quando assurgono a minaccia della flessibilità tipica e propria della clausola generale⁸⁹ – nei casi in cui viene in rilievo la c.d. «determinazione valutativa del fatto», la norma si presenta formulata in termini tali da combinare elementi descrittivi o fattuali con elementi valutativi. In queste situazioni, la protasi della disposizione è composta, nella sua forma più semplice, da termini che configurano un fatto come giuridicamente rilevante non in sé, ma in quanto *valutato* sulla base di una scala assiologica più o meno predeterminata. Della determinazione valutativa del fatto nella letteratura italiana si è occupato in particolare Taruffo, con specifico riferimento al problema della individuazione dei *facta probanda*⁹⁰. Qui il fenomeno viene in rilievo sotto un differente, ma connesso, punto di vista: l'opera dell'interprete, che deve ricostruire il significato della disposizione da interpretare, si troverà inevitabilmente invischiata in un processo in cui la base empirica, intesa come fatto materiale per l'applicazione del diritto, la componente valutativa del giudizio e la ricerca del significato da attribuire alla disposizione generale ed astratta costituiscono elementi che, pur potendo essere tenuti distinti in linea puramente teorica, finiscono con l'essere tutti simultaneamente coinvolti.

4. Interpretare senza decidere: i «pareri» della Cassazione

Si è già visto nel primo capitolo che in non pochi casi la Cassazione può decidere il ricorso ed enunciare un principio di diritto, interpretando così una disposizione di legge di cui né essa stessa, né il giudice del rinvio

la modifica dell'art. 360,1° comma, in *Foro it.*, 2013, V, c. 149 ss.; per un'approfondita indagine v. E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003, *passim*; ID., voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 183 ss. alla quale si rinvia anche per un'ampia bibliografia. Nella letteratura più risalente si veda F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983.

⁸⁹ Per una sintesi di queste critiche, talvolta rivolte alle operazioni di concretizzazioni della clausola generale, v. S. PATTI, in P. RESCIGNO – S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 73 ss. con specifico riferimento alla clausola di cui all'art 1337 c.c.

⁹⁰ Si veda M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 105 ss.

farà applicazione nel caso concreto. La Corte, infatti, a condizione che ritenga la questione di particolare importanza, potrà enunciare il principio di diritto in relazione a tutti i motivi di cui all'art. 360, c. 1, c.p.c., sia quando accoglie, sia quando rigetta, sia quando dichiara inammissibile il ricorso⁹¹.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può concludere che in tutti i casi in cui la Cassazione, in conseguenza di una sollecitazione esterna o *motu proprio*, interpreta senza decidere, essa svolge, in definitiva, una funzione nomofilattica mutilata. Di essa, infatti, in queste ipotesi viene in gioco una funzione interpretativa che, restando lontana dai fatti ed avendo l'unica funzione di dire («quasi militarmente»⁹²) quale sia la esatta osservanza della disposizione di legge – senza ricadute dirette sulle vicende dalle quali la questione interpretativa è scaturita – si svolge in una dimensione per così dire “sterile”, che ha indubbe ripercussioni sulla qualità e sull'utilità della funzione nomofilattica. Di ciò, forse, si sarebbe rallegrato il Calamandrei un centinaio di anni or sono, ma non è detto che se ne rallegrerebbe oggi. Infatti, come si è cercato di dimostrare nei paragrafi che precedono, troppe cose sono accadute in un secolo, che hanno tolto l'illusione che possa esistere un'utile attività interpretativa “in purezza”, del tutto svincolata – a monte, e a valle – dai fatti di causa.

Questa conclusione, tuttavia, può prestarsi a sollevare alcune obiezioni che è opportuno prendere in esame, allo scopo di confutarne la conclusione. Le critiche che si sono mosse finora alla c.d. giurisprudenza consultiva possono apparire eccessive, alla luce della considerazione che il modello della Cassazione recepito dal codice di rito fu così costruito, proprio al fine di evitare che il giudice supremo debba restare a contatto con la fattispecie concreta oggetto di giudizio. Tant'è vero – potrà dirsi agevolmente – che nella sua versione originaria il giudizio cassatorio conservava carattere meramente rescindente, dando luogo alla sola enunciazione del principio di diritto (per i casi di accoglimento del ricorso *ex art.* 360, c. 1, n. 3), seguita dal giudizio di rinvio, in cui il giudice del merito

⁹¹ Il potere della Corte di pronunciare d'ufficio il principio di diritto, peraltro, già di per sé anomalo, è stato interpretato estensivamente da Cass., sez. un., ord., 6 settembre 2010, n. 19051, la quale ha stabilito che «nonostante la rinuncia al ricorso dopo la fissazione dell'adunanza in camera di consiglio e la conseguente estinzione del processo, la Corte di cassazione ha il potere di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge». In senso critico in commento a questa ordinanza v. G. SCARSELLI, *Circa il (supposto) potere della Cassazione di enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., c. 3339 ss.

⁹² Così C. CONSOLO, *La Cassazione multifunzionale nella compiuta globalizzazione socio-economica*, cit., p. 23.

era (allora, come lo è ora) vincolato al principio di diritto enunciato dalla Cassazione. Insomma, secondo questo modello, la Cassazione sarebbe colei che interpreta senza decidere e il giudice del rinvio colui che decide senza interpretare, riecheggiandosi, così, quella cesura tra le due attività, frutto della versione più estrema dell'illuminismo post-rivoluzionario francese ⁹³.

A questa giusta obiezione, può però replicarsi con almeno due argomenti: anzitutto, ormai da tempo, a seguito della riforma del Novanta, la Cassazione può, ove non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto, decidere direttamente nel merito, sicché quel modello originario oggi non è più integro e ha ceduto il passo ad altro modello, senz'altro più prossimo a quello della revisione. In secondo luogo, appare opportuno mettere in rilievo che, anche quando la Cassazione non decide direttamente nel merito, non si può credere – se non sulla base di una concezione meccanicistica ed ingenua della giurisdizione – che essa non tenga in alcun conto, nel fissare il principio di diritto, delle peculiarità del caso e delle conseguenze concrete della propria decisione, ancorché destinate a prendere corpo solo in sede di rinvio ⁹⁴. Il certo è che l'esperienza francese (alla quale, come noto, si era ispirato anche il legislatore italiano del codice previgente) insegna come in quel sistema sia molto più viva la consapevolezza che la lontananza della Cassazione dai fatti sconsiglia perfino di vincolare il giudice del (primo) rinvio al principio da essa enunciato: là, infatti, il giudice del rinvio ha sempre la possibilità di discostarsi dal – come si è giustamente osservato: non di “disobbedire” al ⁹⁵ – principio affermato dalla Cassazione in sezione semplice o in sezione mista ⁹⁶. In questo modo si consente a *la jurisdiction de renvoi* di ritrovare un punto di equilibrio fra principio di diritto e fattispecie concreta, qualora l'interpretazione del

⁹³ Utile consultare sul punto A. DESJARDINS, *Les cahiers des États généraux en 1789 et la législation criminelle*, G. Pedone-Lauriel, Paris, 1883, p. 194, richiamato da P. ALVAZZI DEL FRATE, *Divieto di “interpretatio” e “référé législatif” nei “cahiers de doléances” del 1789*, in *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2004, I, pp. 101-114 e spec. p. 110, il quale scrive: «Al giudice si imponeva – secondo la concezione derivata dalle dottrine del Montesquieu, propria della cultura illuministica – un'applicazione letterale della legge, un'applicazione *sans interprétation*: “on croit – osserva il Desjardins – qu'il est possible d'avoir des lois qui se passeront d'interprétation et des juges à qui on refusera le droit de les interpréter”».

⁹⁴ Di ciò si è già detto *supra*, par. 2, a cui si rimanda.

⁹⁵ V. ancora C. CONSOLO, *La Cassazione multifunzionale nella compiuta globalizzazione socio-economica*, cit., p. 23.

⁹⁶ L. CADDIET – E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, VIII ed., LexisNexis, Paris, 2013, p. 788.

dettato legislativo da applicare da parte della Cassazione non meriti di essere accolta alla luce dei fatti di causa. Solo qualora il giudice del rinvio si discosti dal principio di diritto, e il soccombente proponga nuovamente ricorso per cassazione, la decisione sarà rimessa alla *Assemblée Plénière*⁹⁷, il cui *arrêt* vincolerà, poi, il giudice del (secondo) rinvio⁹⁸.

5. Esempi moderati di «giurisprudenza consultiva»: Francia e Spagna

Nel panorama contemporaneo, troviamo nei Paesi di *civil law* alcuni istituti che attribuiscono agli organi giurisdizionali di vertice funzioni più o meno propriamente consultive. Sarà necessario concedere una certa flessibilità a questa locuzione, al fine di consentirle di includere esperienze piuttosto diverse, come quella francese e spagnola, che ci accingiamo ad illustrare.

In particolare, il carattere, per così dire, “consultivo” delle decisioni – che nel caso della Francia prendono proprio il nome di *avis*, letteralmente parere – dovrà essere inteso come inidoneità della pronuncia – quale che ne sia il *nomen iuris* – ad incidere sulle situazioni sostanziali oggetto del processo, nell’ambito del quale il parere sia richiesto, o comunque oggetto della decisione impugnata. Al di là di questo comune denominatore, come si vedrà tra breve, le due esperienze in esame sono sensibilmente differenti, ma entrambe si prestano ad essere utilmente indagate nel contesto di uno studio, che intende portare l’attenzione su quei casi nei quali la giurisdizione delle corti di vertice si estrinseca del tutto a prescindere dalle fattispecie concrete o comunque dai singoli casi che ne hanno occasionato l’intervento. In ciò, i pur differenti istituti della *saisin pur avis*

⁹⁷ Si veda in particolare l’ art. L. 431-6 del *Code de l’organisation judiciaire*, seconda parte «*Le renvoi devant l’assemblée plénière peut être ordonné lorsque l’affaire pose une question de principe, notamment s’il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation; il doit l’être lorsque, après cassation d’un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens*».

⁹⁸ L. CADIET – E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 788. Si veda l’ art. L. 431-4, c. 2, del *Code de l’organisation judiciaire*, il quale, dopo aver previsto al c. 1 che «*En cas de cassation, l’affaire est renvoyée, sous réserve des dispositions de l’article L. 411-3, devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l’arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d’autres magistrats*» stabilisce testualmente che «*Lorsque le renvoi est ordonné par l’assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci*».

de la Cour de cassation e il *recurso en interés de la ley*, trovano un sostrato comune, che, dati questi caveat, ne giustifica comunque, ad avviso di chi scrive, un esame congiunto. In sintesi estrema, al fine di prevenire equivoci, si potrebbe dire che: mentre nel caso francese l'intervento della Corte di cassazione mediante l'*avis* ha carattere consultivo non vincolante, nel caso spagnolo l'intervento del Tribunale supremo ha natura consultiva, ma ha efficacia vincolante.

Nella Francia di oggi si può rinvenire un lontano e assai modesto erede di quello che fu il *référé législatif*⁹⁹ – il prodotto estremo della concezione illuministica più esasperata della legge¹⁰⁰, ormai definitivamente consegnata al passato¹⁰¹ – negli artt. da L441-1 a L441-4 del *Code de l'orga-*

⁹⁹ Si veda in argomento P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2000, *passim*; ID., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico* Giappichelli, Torino, 2005, *passim*. Nella letteratura anteriore si vedano G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 364 ss.; F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 535 ss.; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma, 1920, vol. I, ora in ID., *Opere giuridiche*, vol. VII, Morano, Napoli, 1965, p. 388 ss.; F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Chevalier-Maresqu & C., Paris, 1899, p. 67 ss.

¹⁰⁰ Di questa concezione era espressione chiarissima l'art. 3 della l. 27 novembre 1790, istitutivo del *Tribunal de cassation*, il quale disponeva: «*Le Tribunal de cassation annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi.*

Et jusqu'à la formation d'un code unique des lois civiles, la violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité, et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'Empire donneront ouverture à la cassation.».

¹⁰¹ L'affermazione secondo cui la concezione illuministica della legge, così intesa, va considerata ormai superata parrebbe perfino banale e incontestabile. Eppure così non è, specialmente considerando alcuni tentativi più e meno recenti – ma mai riusciti – di introdurre nella legge sulla responsabilità civile del magistrato una previsione, che sanzioni come illecito disciplinare «l'adozione di atti e provvedimenti il cui contenuto palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o costituisca esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi» (così il testo dell'art. 7, lett. c), n. 9 dell'Atto Camera dei Deputati XIV Legislatura, N. 4636-bis, — *Disegno di legge approvato dal senato della repubblica il 21 gennaio 2004 (v. stampato senato n. 1296) presentato dal Ministro della giustizia (Castelli) di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (Tremonti) – Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, per il decentramento del Ministero della giustizia, per la modifica della disciplina concernente il Consiglio di presidenza della Corte dei conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché per l'emanazione di un testo unico sull'interpretazione di norme di diritto, svolta nell'esercizio delle funzioni, la quale palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo*

nisation judiciaire e negli artt. da 1031-1 a 1031-7 del *Nouveau Code de Procédure Civil*.

Mi riferisco, in particolare, all'istituto dell'*avis* della *Cour de cassation*¹⁰², un vero e proprio parere che i giudici di merito possono chiedere alla Cassazione qualora, nel dover fare applicazione di una nuova disposizione di legge o di un contratto collettivo, si trovino ad affrontare, in una molteplicità di occasioni, un serio e grave problema interpretativo¹⁰³. La procedura prevede che la decisione del giudice del merito di rimettere la questione alla Cassazione debba essere preceduta dalla comunicazione data alle parti e al Pubblico Ministero dell'intenzione del giudice di attivare la procedura – curiosamente detta di “rinvio” (*saisine*) –, affinché possa svolgersi sul punto un contraddittorio scritto. La decisione, in ogni caso, non è appellabile e l'attivazione della procedura determina la sospensione del giudizio di merito per tre mesi, il tempo che la Corte ha a disposizione per pronunciare l'*avis*¹⁰⁴. Va osservato che in questi casi la legge attribuisce una particolare importanza alla composizione del collegio, richiedendo che sia il primo presidente o, in caso di suo impedimento, il giudice più anziano a presiederlo.

La funzione della Cassazione quando rende l'*avis* è chiaramente consultiva ed è priva di qualsivoglia forza vincolante per il giudice *a quo*: sotto il primo profilo risulta particolarmente significativo un principio formulato dalla stessa Corte, la quale ha stabilito che «*la jurisdiction de-manderesse de l'avis doit formuler une question de pur droit déagée des*

(così grosso modo il testo del disegno di legge delega, nel Testo risultante dallo stralcio dell'articolo 12 del disegno di legge n. 4636, deliberato dall'Assemblea il 5 maggio 2004), criticato in una lezione un po' differente, ma di analogo tenore, di cui non ho reperito il testo originale, da un polemico intervento di A. PACE, *Una proposta: introdurre il référé législatif*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 959 ss. ed in *Quest. giust.*, 2003, p. 1105 ss.

¹⁰² Per un quadro generale dell'istituto si veda L. CADIET – E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, VIII ed., cit., p. 197 ss. Per maggiori approfondimenti possono consultarsi A. BUGARIADA, *La formation pur avis de la Cour de cassation, «juge de lois»?*, in *Rev. Huissiers*, 2004, p. 137 ss.; R. LIBCHABER, *La saisine pur avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel*, in *Rev. trim. droit civ.*, 2003, p. 157 ss.; J. NORMAND, *La saisine pur avis de la Cour de cassation*, in *Ann. Fac. Droit de Louvain*, 1998, II, p. 125 ss.; G. ROUHETTE, *Une fonction consultative pour la Cour de cassation?*, in A. BRETON – F. DERRIDA, *Mélange*, Dalloz, Paris, 1991, p. 343 ss. Per un'indagine estesa anche all'analogo istituto avanti al *Conseil d'État* v. H.M. DARNANVILLE, *La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, in *Act. jur. droit adm.*, 2001, p. 416 ss.

¹⁰³ *Code de l'organisation judiciaire*, art. L441-1, cc. 1 e 2.

¹⁰⁴ *Nouveau Code de Procédure Civil*, art. 1031-3

éléments de fait de l'espèce»¹⁰⁵, chiaramente imponendo al giudice *a quo* una sterilizzazione del quesito dalle peculiarità della fattispecie concreta. Sotto il secondo profilo, è la stessa legge sull'ordinamento giudiziario a disporre espressamente che l'interpretazione contenuta nel parere reso dalla Corte non vincola in alcun modo il giudice che l'ha investita della questione¹⁰⁶, né, a maggior ragione – si deve ritenere – tutti gli altri giudici dell'ordinamento.

Un istituto senz'altro dotato di maggior impatto, anch'esso idoneo a metter capo ad una funzione *lato sensu* consultiva, ma con ricadute ben più robuste sul piano del diritto applicato, specie processuale, è rinvenibile nell'ordinamento spagnolo e prende il nome – ben noto all'esperienza italiana, ma qui presente in una declinazione (e con una vocazione) sensibilmente diversa – del *recurso en interés de la ley*. Si tratta di un di “ricorso” affatto particolare, in quanto analogamente a quello (omonimo *ante* riforma del 2006) disciplinato dall'art. 363 c.p.c., non è proposto dalle parti, né determina la cassazione o la riforma della sentenza che lo ha occasionato. L'istituto, originariamente disciplinato dall'art. 1718 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1881, è ora regolato dagli artt. 490-493 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000 (*infra* LEC) e, come viene espressamente riconosciuto dallo stesso preambolo al codice¹⁰⁷, non integra un ricorso giurisdizionale in senso proprio, non essendo diretto alla tutela dei diritti delle parti, ma si configura piuttosto quale strumento per sollecitare il *Tribunal Supremo* a dire quale sia la corretta interpretazione di una disposizione, avendo il ben diverso scopo di promuovere l'uniformità della giurisprudenza in materia processuale (civile e penale) dei *Tribunales Superiores de Justicia*. I presupposti per la proposizione del ricorso consistono: *a*) nel fatto che la sentenza da cui origina la questione abbia deciso un ricorso straordinario per violazione della legge processuale e *b*) nell'esistenza di un contrasto sull'interpretazione della legge processuale nella giurisprudenza delle sezioni civili o penali dei tribunali superiori di giustizia¹⁰⁸. Il ricorso può essere proposto dal Pubblico Ministero, dal *De-*

¹⁰⁵ Così testualmente Cass., avis, 24 janv. 1994, in *Bull civ. avis*, n° 1.

¹⁰⁶ Il *Code de l'organisation judiciaire*, art. L441-3 prevede: «*L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande*».

¹⁰⁷ Si veda il par. XV della *Exposición de motivos* che precedono la *Ley 1/2000 de Enero, de Enjuiciamiento Civil*.

¹⁰⁸ I presupposti per la proposizione del *recurso en interés de la ley* sono stabiliti dall'art. 490, della LEC, il quale, rubricato «*Resoluciones recurribles en interés de la ley*» prevede, al c. 1, «*Podrá interponerse recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley pro-*

ensor del Pueblo, nonché da persone giuridiche di diritto pubblico che, per le attività che svolgono e per le funzioni loro attribuite, in relazione alle questioni processuali su cui verte il ricorso, siano titolari di un interesse legittimo alla uniformazione della giurisprudenza su dette questioni ¹⁰⁹.

Il ricorso nell'interesse della legge può essere proposto entro un anno dalla pronuncia dell'ultima delle sentenze da cui origina il contrasto di giurisprudenza ¹¹⁰ e la sentenza che lo decide, pur non producendo alcun effetto in relazione alle situazioni giuridiche soggettive così come definite dalle sentenze che hanno dato luogo al contrasto giurisprudenziale, dovrà indicare quale sia l'esatto significato della disposizione interpretanda. La sentenza dovrà essere pubblicata sul *Boletín Oficial del Estado* e, dalla data della sua pubblicazione, completerà l'ordinamento giuridico, vincolando tutti i giudici e i tribunali dell'ordine giudiziario, fatta eccezione per il *Tribunal Supremo* ¹¹¹.

Il *recurso en interés de la ley* avrebbe forse dovuto astrattamente essere collocato tra gli esempi estremi di giurisprudenza consultiva, sì da legittimamente l'appellativo di giurisprudenza paranormativa. Si è, però, deciso di mantenerlo fra i modelli moderati per alcune ragioni concorrenti: in primo luogo è dubbio che questa sentenza del *Tribunal Supremo*, per quanto pubblicata nel Bollettino Ufficiale, abbia effettivamente un'efficacia vincolante. Si è detto, infatti, da più parti che il precedente vincolante sarebbe incompatibile con l'ordinamento giuridico spagnolo, il quale, essendo un sistema a "precedente persuasivo", non tollerebbe un vincolo di tale rigore ¹¹². In secondo luogo, non va dimenticato che esso opera limita-

cesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales».

¹⁰⁹ Per una critica alla estensione della legittimazione attiva anche a questi soggetti si veda M. MORÓN PALOMINO, in F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Anotaciones, concordancias, apendice legislativo y bibliografía*, Editorial Forum, Oviedo, 2000, p. 588.

¹¹⁰ Art. 492 LEC.

¹¹¹ Vale la pena di riportare il testo dell'art. 493 della LEC: «*La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo*».

¹¹² M. MORÓN PALOMINO, in F. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 590-591. Si ricordi che la giurisprudenza, secondo il codice civile spagnolo, concorre al completamento dell'ordinamento giuridico, ma ciò non implica che le sia riconosciuta un'efficacia propriamente vincolante: l'art. 1, c. 6, del c.c. spagnolo, infatti, prevede che «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reitera-*

tamente alla legge processuale e non indistintamente con riferimento a tutte le norme anche di diritto sostanziale, il che ne limita – almeno sotto il profilo quantitativo – l’impatto sul sistema e forse, in certa misura, ne giustifica l’astrazione dal caso concreto.

6. Esempi estremi di «giurisprudenza consultiva»: la «giurisprudenza paranormativa»

Nell’indagare quel fenomeno, che abbiamo chiamato «giurisprudenza consultiva», vengono in rilievo alcuni casi in cui la corte di vertice (o alcuni organi ristretti ad essa afferenti), stando ai margini o addirittura superando i confini che sono propri della giurisdizione, anziché decidere un caso concreto, svolge una funzione di “interpretazione autentica” di una disposizione di legge, con effetto più o meno vincolante per gli altri giudici dell’ordinamento. Nel paragrafo precedente si sono presi in esame due esempi in cui questo fenomeno assume tratti per così dire moderati, cioè senza oltrepassare il confine – pur talvolta, come nel caso del *recurso en interés de la ley* spagnolo, spingendosi veramente al limite estremo – della funzione giurisdizionale. In questo paragrafo, invece, si sposterà l’attenzione su fenomeni che si fatica a collocare nell’alveo della giurisdizione, spingendosi qui la funzione di interpretazione così al di là del più autentico *ius dicere*, da indurci ad utilizzare il diverso e più impegnativo titolo di «giurisprudenza paranormativa».

Alcuni degli esempi più interessanti di giurisprudenza con effetto sostanzialmente normativo, peraltro non limitato alla interpretazione delle norme processuali (come nel caso spagnolo), ma esteso alle norme di tutto l’ordinamento, si rinvengono:

- a) in Brasile, ove la *Súmula* prima e la *Súmula vinculante* poi hanno preso il posto dagli *assentos*, i loro antenati portoghesi, già a suo tempo sospettati di incostituzionalità¹¹³ e poi dichiarati costituzionalmente illegittimi¹¹⁴;

do, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

¹¹³ A. CASTANHEIRA NEVES, *O problema de constitucionalidade dos assentos*, Coimbra ed., Coimbra, 1994, *passim*.

¹¹⁴ Per maggiori dettagli, nella letteratura italiana si veda A. BRUNO, *Effetti vincolanti delle decisioni e tecniche di argomentazione giuridica. Uno sguardo al sistema costituzionale*

- b) in alcune manifestazioni della Corte suprema della Federazione Russa, ove essa ha raccolto l'eredità del *Plenum* del Tribunale supremo presso il Comitato esecutivo centrale della RSFSR ¹¹⁵, nonché del *Plenum* della Corte suprema del URSS;
- c) a Cuba, ove il Consiglio del Governo del Tribunale Supremo Popolare è dotato di un potere al quale viene riconosciuto carattere sostanzialmente normativo.

6.1. La «súmula vinculante» *brasiliiana*

In Brasile da anni si assiste al fermento di un movimento culturale e di politica del (diritto e del) processo che spinge verso declinazioni sempre più rigide del vincolo dei giudici al «precedente» giudiziario ¹¹⁶. Nel contesto di questo dibattito, dagli esiti non del tutto risolti, occupa un posto affatto peculiare l'istituto della *súmula vinculante*, introdotta dalla *emenda* costituzionale n. 45 del 2004, che ora il nuovo codice di procedura civile del 2015 colloca tra gli enunciati normativi ai quali i

portoghese e a quello brasiliano attraverso istituti «perturbadoramente» problematici, in M. CAVINO, *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 215 ss. e spec. p. 236 ss.

¹¹⁵ Si tratta della РОССИЙСКАЯ СОВЕТСКАЯ ФЕДЕРАТИВНАЯ СОЦИАЛИСТИЧЕСКАЯ РЕСПУБЛИКА, ossia della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa, la più grande dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche (ex URSS), grosso modo corrispondente all'attuale Russia.

¹¹⁶ È opportuno, per precauzione, continuare a parlare di precedente tra virgolette: il dibattito sulla forza vincolante o persuasiva del precedente giudiziario in Brasile è amplissimo e dura da anni e con ogni probabilità deve ritenersi tuttora irrisolto, sicché – in quel paese, come nel nostro – far capo senza riserve a un concetto di precedente, ampiamente abusato, ma tuttora privo di uno *status* – non dico dogmatico, ma nemmeno – teorico sufficientemente consolidato, espone a rischi assai elevati e ne sconsiglia un uso dissoluto. Fermi questo *caveat*, il dibattito a cui si è fatto cenno non può nemmeno in sintesi essere richiamato in questa sede. Il più autorevole esponente del citato movimento culturale è probabilmente Luiz Guilherme Marinoni, a cui si devono gli sforzi più documentati e convinti di spingere il modello brasiliano verso un sistema a “precedente obbligatorio”: in argomento si veda infatti, emblematicamente, L.G. MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, Editoria Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2010, *passim*, giunta ormai alla V ed. nel 2016. In argomento v. anche, più di recente, la breve, ma ben documentata, monografia di D. MITIDIERO, *Precedentes. Da persuasão à vinculação*, II ed., Editoria Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2017, *passim*.

giudici devono attenersi ¹¹⁷, riservandole, in sostanza, uno spazio tra le fonti del diritto ¹¹⁸.

Va chiarito che si possono distinguere almeno due tipi di *súmula vinculante*: una destinata a risolvere i contrasti tra legge e Costituzione (si tratta delle *súmulas* pronunciate dal *Supremo Tribunal Federal* in materia costituzionale); un'altra, diretta a risolvere i contrasti tra leggi ordinarie, e in particolare tra la legislazione statale e quella federale (in questo caso si tratta delle *súmulas* pronunciate dal *Superior Tribunal de Justiça* e dal *Superior Tribunal do Trabalho* in materia c.d. infra-costituzionale). Benché entrambe funzionino in maniera simile, la nostra attenzione dovrà concentrarsi soprattutto sulla seconda, poiché la vincolatività *erga omnes* delle decisioni di un giudice costituzionale, quale (anche) è il *Tribunal Supremo*, pone problemi affatto diversi, collocandosi su un piano certamente disomogeneo rispetto al tema qui oggetto di indagine ¹¹⁹.

Súmula letteralmente significa “piccola somma”: essa è, in sostanza, la sintesi di un orientamento consolidato ed esprime adesione ad una tesi interpretativa di una disposizione di legge, mediante un enunciato in essenza normativo. Essa ha – riecheggiando il doppio volto del giudicato, ma qui con vocazione e ricadute su un piano ben più generale – una funzione duplice: una positiva, diretta a stabilire una regola o un principio ¹²⁰

¹¹⁷ L'art. 927, c. IV, del *Novo Código de Processo Civil*, approvato con la legge n. 13.105 del 16.3.2015, prevede espressamente che «*Os juízes e os tribunais observarão: [...]IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional*».

¹¹⁸ In questo senso, già nella vigenza del vecchio codice, v. A. BRUNO, *Effetti vincolanti delle decisioni e tecniche di argomentazione giuridica*, cit., p. 242. Ciononostante, la dottrina brasiliana ha continuato per molto tempo a negare – ed in parte tuttora nega – lo status di fonte del diritto alla giurisprudenza: C.R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, III ed., vol. I, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 82; R. DE CAMARGO MANCUSO, *Sistema Brasileiro de Precedentes*, Editoria Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 39, richiamati da D. MITIDIERO, *Precedentes. Da persuasão à vinculação*, cit., p. 69. E forse ciò accade a ragione, se si è disposti a collocare le *súmulas vinculantes* tutto sommato fuori dal fenomeno giurisprudenziale.

¹¹⁹ Non è possibile nemmeno accennare alla moltitudine di problemi che possono venire in rilievo quando la *súmula* risolve un presunto contrasto tra norme ordinarie e norme costituzionali. Solo a titolo d'esempio, valga la considerazione che non è prevista l'ipotesi di incostituzionalità della *súmula*, con tutto quanto può conseguirne sul piano del rispetto della legalità (costituzionale).

¹²⁰ Danno atto della possibilità che la *súmula* includa tanto una regola quanto un principio, insistendo sulla nota bipartizione dworkiniana, A. DE SIQUEIRA KHOURI – F. HORTA TAVARES, *Súmulas vinculantes e força normativa: aspectos críticos*, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação*, vol. XI, n. 2, 2014, p. 8 ss.

ed una negativa, volta a precludere la ricorribilità di sentenze che abbiano rispettato il precetto *sumulare*. Da un lato, quindi, la *súmula* serve per colmare le lacune lasciate dai testi di legge o per far chiarezza intorno al significato esatto, da attribuire ad una disposizione, sulla quale si siano formati orientamenti giurisprudenziali contrastanti. Dall'altro lato, essa svolge – al pari (ma ben più efficacemente) di quanto fa il nostro art. 360-*bis* c.p.c. – un ruolo impeditivo dei ricorsi: in sostanza, se la decisione che si vorrebbe impugnare è conforme alla *súmula*, essa non sarà ricorribile «in virtù del meccanismo della cosiddetta *súmula impeditiva de recurso*, per cui solo la sentenza difforme dalla *súmula* del *Superior Tribunal de Justiça* o del *Superior Tribunal do Trabalho*»¹²¹ sarà ricorribile avanti queste Corti di vertice.

Gli organi giudiziari incaricati di redigere *súmulas* operano anche d'ufficio e soprattutto compiono questa attività del tutto al di fuori non solo di un singolo caso concreto, ma perfino – come pure è stato criticamente sostenuto – dell'esercizio della giurisdizione, svolgendo il tribunale in tal caso una funzione che taluno ha sostenuto avere, piuttosto, natura sostanzialmente amministrativa¹²². La *súmula* assume quindi l'aspetto di una norma generale ed astratta e, pur non essendo frutto di una vera e propria “decisione” – come accade per il precedente di *common law* –, ha carattere vincolante. La sua funzione – si legge, a sua difesa, nella dottrina brasiliana – è quella di garantire la certezza del diritto, l'uguaglianza e la celerità processuale, nonché quella di assicurare alle norme giuridiche una interpretazione univoca ed egualitaria¹²³.

Così descritta, la *súmula* rischia di apparire qualcosa di totalmente estraneo alla nostra tradizione. Eppure, un'indagine meno superficiale consente di scoprire che le formule utilizzate dai tribunali brasiliani sono sorprendentemente simili, per forma e struttura, alle massime generate dall'Ufficio del Massimario della nostra Cassazione¹²⁴. Vi è, certamente, una differenza fondamentale sul piano degli effetti, posto che, mentre la nostra massima non ha effetto vincolante, la *súmula* vincola e rappre-

¹²¹ Così, letteralmente, A. BRUNO, *Effetti vincolanti delle decisioni e tecniche di argomentazione giuridica*, cit., pp. 241-242.

¹²² In questo senso si è espresso, nella dottrina brasiliana, J. M. LOPES FILHO, *Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo*, Editora JusPodium, Salvador, 2016, p. 128.

¹²³ A. DE MORAES, *Constituição do Brasil interpretada e legislação infraconstitucional*, VI ed., Atlas, São Paulo, 2006, p. 1534.

¹²⁴ Sull'Ufficio del Massimario e del Ruolo e sul ruolo della massima nell'ordinamento italiano v. *infra*, cap. III, *passim*.

senta una sorta di *one right answer* dworkiniana¹²⁵, da cui i giudici non possono più discostarsi, fatta salva la possibilità, introdotta più di recente, di promuoverne la revoca o la revisione da parte del *Supremo Tribunal Federal* per mezzo del *processo objetivo típico*¹²⁶.

La vincolatività della *súmula vinculante*, oltre a derivare dalla funzione che la legge le attribuisce, era accentuata dalla sua struttura: la sua generalità ed astrattezza le conferivano, infatti, una particolare vocazione all'applicazione nei casi futuri. Il nuovo codice del 2015, tuttavia, volendo fare della *súmula* un vero e proprio precedente, ha imposto che la redazione delle *súmulas* avvenga dando conto delle circostanze di fatto, che sono alla base dell'orientamento giurisprudenziale che le stesse esprimono¹²⁷. Si tratterà, però, pur sempre di fatti "liofilizzati": la nuova norma rappresenta probabilmente un tentativo – direi piuttosto ingenuo – di contrastare le critiche che avevano messo in luce come la *súmula* operasse come un precedente, ma senza quelle valvole di sicurezza che al precedente normalmente si accompagnano (quali l'*overruling*, il *distinguishing* ecc.)¹²⁸, funzionando, in sostanza, come una vera e propria norma di legge. Ma si tratta, appunto, di un tentativo ingenuo, proprio perché l'attività che sta alla base della formulazione della *súmula* continua ad essere sterilizzata dalla decisione di uno o più casi concreti e continua ad essere attività – che si svolge, per così dire, "a tavolino" – di puro consolidamento di un orientamento giurisprudenziale, già formatosi "altrove". Il recupero di quei fatti – pare di potersi ipotizzare ragionevolmente – non potrà che essere artificioso e frutto, a sua volta, di una qualche forma di astrazione per ciò che la *súmula* geneticamente e funzionalmente continua ad essere.

Nonostante i recenti mutamenti che si sono segnalati, quello della *súmula* resta uno degli istituti più singolari oggi vigenti, molto utile –

¹²⁵ In senso critico, v. A. BRUNO, *Effetti vincolanti delle decisioni e tecniche di argomentazione giuridica*, cit., p. 248; D. MITIDIERO, *Corti supreme, precedenti e giurisprudenza nel nuovo c.p.c. brasiliano*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. proc. civ.*

¹²⁶ Per una sintesi documentata di questa evoluzione v. ancora A. BRUNO, *Effetti vincolanti delle decisioni e tecniche di argomentazione giuridica*, cit., p. 245 ss.

¹²⁷ Il nuovo art. 926, § 2, dispone infatti: «Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação». Si tratta di una disposizione che non può non richiamare alla memoria le numerose e autorevoli voci che nella dottrina italiana spingono in questa direzione circa le tecniche di redazione delle massime: v. *infra*, cap. III.

¹²⁸ A. BRUNO, *Effetti vincolanti delle decisioni e tecniche di argomentazione giuridica*, cit., p. 242.

per le riflessioni che sollecita – nella costruzione del discorso che si sta svolgendo su quelle particolari ipotesi, in cui alcune corti di vertice sono chiamate ad interpretare norme senza decidere casi, ciò che propriamente avviene in Brasile nel momento in cui un tribunale redige le *símulas vinculantes*.

6.2. *I «chiarimenti direttivi» del Plenum della Corte suprema dell'URSS e i «chiarimenti» del Plenum della Corte suprema e della Corte superiore d'arbitrato della Federazione Russa*

Un altro esempio estremo di «giurisprudenza consultiva», tanto da valere a nostro avviso – secondo la terminologia qui adottata – l'appellativo di «giurisprudenza paranormativa», è dato dall'esperienza, ormai consegnata alla storia, dei chiarimenti direttivi del Plenum della Corte suprema dell'URSS (Верховный Суд СССР)¹²⁹, e dai suoi eredi (in parte) affievoliti: i chiarimenti emanati dal Plenum della Corte suprema e della Corte superiore d'arbitrato della Federazione Russa.

A valle di un lungo periodo di incertezza, che va dall'epoca postrivoluzionaria fino alla fine degli anni Settanta, nel corso del quale un ampio dibattito dottrinale si agitava sul problema della obbligatorietà (o meno) per i tribunali inferiori dei «chiarimenti direttivi» del *Plenum*, l'ultima legge sulla Corte suprema dell'URSS, del 1979, sciolse finalmente il dubbio in senso affermativo, prevedendo testualmente all'art. 3 che: «La Corte suprema dell'URSS studia e trae conclusioni generali dalla pratica giudiziaria, analizza le statistiche giudiziarie e fornisce dei chiarimenti direttivi ai tribunali nelle questioni di applicazione della legislazione che sorgono durante l'esame delle cause giudiziarie. I chiarimenti direttivi del

¹²⁹ Ho tratto le informazioni e i riferimenti normativi contenuti in questo paragrafo principalmente dal saggio di C. FILIPPINI, *Russia*, in A.S. BRUNO – M. CAVINO, *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2011, p. 79 ss., il testo più aggiornato a disposizione – a quanto mi consta – in lingua italiana, al quale più volte farò rinvio. Ho anche utilmente consultato: P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, in particolare il cap. *Il diritto socialista*; R. DAVID – C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, (trad. it. A cura di R. Sacco), Cedam, Padova, 1994, spec. la parte II, *Il diritto dei paesi socialisti* (trad. it. di A. Negri), p. 131 ss. e spec. pp. 207-208; R. CONQUEST (ed.), *Justice and the Legal System in the USSR*, The Bodley Head, London, 1968, *passim* e spec. p. 23 ss. e J.N. HAZARD – W.E. BUTLER – P.B. MAGGS, *The Soviet Legal System: the Law in the 1980's*, Oceana Publications Inc., New York, 1984, *passim* e spec. pp. 11-12.

Plenum della Corte suprema dell'URSS sono obbligatori per i tribunali, i restanti organi e funzionari che applicano la legge in relazione alla quale è stato fornito un chiarimento. La Corte suprema dell'URSS esercita il controllo sull'esecuzione da parte dei tribunali dei chiarimenti direttivi del Plenum della Corte suprema dell'URSS».

Di lì a poco entrò in vigore un'analoga previsione, contenuta nella legge del 1981 della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa sull'ordinamento giudiziario della RSFSR ¹³⁰.

Com'è agevole accertare, entrambe le leggi citate prevedono che la competenza all'emanazione dei chiarimenti direttivi sia conferita non già alla corte suprema nel suo complesso, ma ad un organo di vertice della stessa denominato, appunto, *Plenum*. Le questioni relative all'interpretazione della legge da parte del *Plenum*, infatti, pur originando da un caso concreto (si rammenti che le legge si esprime in termini di «questioni di applicazione della legislazione che sorgono durante l'esame delle cause giudiziarie»), sfociano in una sorta di "interpretazione autentica" che finisce con il prescindere del tutto dalle peculiarità proprie della singola fattispecie ¹³¹, tanto da consentire a due dei più grandi comparatisti dello scorso secolo di affermare che «il compito della Corte suprema dell'URSS consiste oggi [...] nell'impartire ai giudici queste direttive, più ancora, forse, che nel rivedere sentenze emesse nei singoli casi» ¹³².

¹³⁰ L'art. 56 della legge del 1981 *Sull'ordinamento giudiziario della RSFSR* recitava testualmente: «La Corte suprema studia e trae conclusioni dalla pratica giudiziaria, analizza le statistiche giudiziarie e fornisce chiarimenti direttivi ai tribunali nelle questioni di applicazione della legislazione che sorgono durante l'esame delle cause giudiziarie. I chiarimenti direttivi del Plenum della Corte suprema della RSFSR sono obbligatori per i tribunali, i restanti organi e funzionari che applicano la legge in relazione alla quale è stato fornito un chiarimento».

¹³¹ Nel caso della RSFSR, la resezione della funzione interpretativa che si esplica nell'emanazione dei chiarimenti direttivi da quella propriamente giudiziaria di decisione emerge inequivocabilmente dall'art. 58 della stessa legge sull'ordinamento giudiziario della RSFSR, il quale precisava che «il Plenum della Corte suprema della RSFSR esamina i materiali di studio e le conclusioni generali relative alla pratica giudiziaria e alla statistica giudiziaria nonché le proposte del Procurato della RSFSR e del Ministro della Giustizia della RSFSR e fornisce dei chiarimenti direttivi ai tribunali nelle questioni di applicazione della legislazione».

¹³² R. DAVID – C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 208. A titolo di esempio si può ricordare che «La Corte suprema dell'URSS è così intervenuta, il 17 dicembre 1971, per far sapere ai tribunali come conveniva applicare l'art. 7 delle Basi della legislazione civile, relativo alla difesa dell'onore e della dignità dei cittadini, quando ha constatato che questa disposizione era diversamente applicata dai tribunali: qui ogni critica era repressa, altrove invece nessuna sanzione era pronunciata se il convenuto aveva

La dottrina, nonostante la legge prevedesse per i tribunali inferiori l'obbligo di applicare i chiarimenti direttivi, ha molto discusso circa il fatto che questi ultimi potessero meritare lo *status* di fonte del diritto. In particolare, mentre una parte della dottrina ne ha riconosciuto apertamente il valore di «atti creativi del diritto», insistendo in particolare sulla revocabilità dei chiarimenti direttivi per iniziativa della Prokuratura e sul potere del *Presidium* del Comitato centrale esecutivo federale di abrogare un'interpretazione errata della legge¹³³, la dottrina ufficiale negava ai chiarimenti direttivi la qualificazione di fonti del diritto¹³⁴. Al di là del dibattito dottrinale, di cui si deve pur sempre tener conto, vale quanto Biscaretti di Ruffia e Crespi Reghizzi osservavano in uno studio sulla costituzione sovietica del 1977: «i chiarimenti direttivi della Corte suprema sopra determinati settori, specialmente del diritto civile, hanno contribuito per quarant'anni a colmare vaste lacune del diritto sovietico e non solamente a dettare regole di interpretazione o di applicazione delle leggi vigenti»¹³⁵.

Terminata l'esperienza socialista, i chiarimenti del *Plenum* della Corte suprema sono entrati, pur con una diversa regolamentazione, nel nuovo ordinamento postsovietico della Federazione Russa. Oggi è la stessa Legge fondamentale della Federazione del 1993 a conferire espressamente il potere alla Corte suprema di emanare chiarimenti. Questi ultimi perdono la vecchia qualifica, propria dell'esperienza sovietica, di “direttivi” e possono essere emanati nelle “questioni della prassi giudiziaria”. È, tuttavia, solo con la Legge costituzionale federale *Sui tribunali ordinari della Federazione di Russia* del 7 febbraio 2011 che viene dichiarata cessata la vigenza dell'art. 56 dell'art. 58, c. 1, della Legge federale costituzionale *Sull'ordinamento giudiziario della RSFSR* del 1981, decretando così la fine della natura obbligatoria dei chiarimenti¹³⁶.

Oggi, la Legge costituzionale federale del 7 febbraio 2011 (art. 9, c. 4) continua ad assegnare alla Corte suprema il compito di studiare, trarre conclusioni generali dalla pratica giudiziaria e, al fine di garantire la sua

agito in buona fede. Le direttive impartite dalla Corte suprema devono essere seguite dai giudici; spetterebbe alla Prokuratura intervenire se esse alzassero il senso della legge o fossero contrarie al diritto; ma non sembra che questa ipotesi si sia mai verificata» (*ibidem*).

¹³³ P.I. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, (trad. it. di U. Cerroni), Einaudi, Torino, 1967, p. 320 ss.

¹³⁴ C. FILIPPINI, *Russia*, in A.S. BRUNO – M. CAVINO, *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, cit., p. 85.

¹³⁵ P. BISCARETTI DI RUFFIA – G. CRESPI REGHIZZI, *La Costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'Urss*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 31.

¹³⁶ C. FILIPPINI, *Russia*, cit., pp. 86-87.

unitarietà, fornire ai tribunali ordinari i chiarimenti in ordine all'applicazione della legislazione della Federazione di Russia. Conserva un importante ruolo nella uniformazione della giurisprudenza anche il *Plenum* della Corte suprema, al quale la medesima legge affida il compito di fornire «ai tribunali ordinari dei chiarimenti in ordine all'applicazione della legislazione della federazione di Russia al fine di garantire l'unitarietà della pratica giudiziaria» (art. 14, c. 4, par. 1)¹³⁷. Nonostante i chiarimenti del *Plenum* della Corte suprema – pur formalizzati in decreti – abbiano ormai perduto, almeno ufficialmente, la loro efficacia vincolante per i tribunali inferiori, permane in capo allo stesso il potere, svincolato dalla decisione di un caso concreto, di dare agli altri giudici dell'ordinamento giudiziario istruzioni sulla corretta interpretazione della legge. L'emanazione di chiarimenti vincolanti è, invece, oggi riservata alla Corte superiore d'arbitrato della Federazione di Russia¹³⁸ e al suo *Plenum*¹³⁹, ai quali è una legge costituzionale federale ad attribuire questo potere¹⁴⁰.

6.3. *Le sentenze e i decreti interpretativi dell'assemblea generale della Corte di cassazione e della Corte suprema amministrativa della Bulgaria*

L'assemblea generale della Corte di cassazione della Bulgaria e quella della Corte suprema amministrativa sono chiamate, in presenza di contrasti giurisprudenziali o in caso di interpretazione o applicazione errata

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Si veda in particolare la Legge federale costituzionale sulle *Corti arbitrali della Federazione di Russia* del 28 aprile 1995, nella quale si prevede che «La Corte superiore d'arbitrato studia e trae conclusioni generali dalla pratica di applicazione da parte delle corti arbitrali delle leggi e degli altri atti giuridici normativi che regolamentano i rapporti nella sfera dell'attività imprenditoriale e di altra attività economica, emana chiarimenti relativamente alla pratica giudiziaria» (punto 5, c. 1, art. 10).

¹³⁹ La Legge federale costituzionale sulle *Corti arbitrali della Federazione di Russia* del 28 aprile 1995, prevede inoltre che «Il Plenum della Corte superiore d'arbitrato della Federazione di Russia esamina i materiali di studio e le conclusioni generali relative alla pratica di applicazione delle leggi e degli altri atti giuridici normativi ed emana chiarimenti relativi alla pratica giudiziaria» (punto 1, c. 1, art. 13).

¹⁴⁰ Cfr. c. 2, art. 13 della Legge federale costituzionale sulle *Corti arbitrali della Federazione di Russia* del 28 aprile 1995, ove si prevede espressamente che i decreti del *Plenum* della Corte superiore d'arbitrato, nei quali sono contenuti anche i chiarimenti da essa emanati, sono vincolanti nei confronti di tutti i tribunali arbitrali della Federazione di Russia. Rimando ancora, anche per i riferimenti normativi di cui alle note precedenti, nonché per ulteriori dettagli, a C. FILIPPINI, *Russia*, cit., p. 88.

della legge, ad intervenire al fine stabilire quale sia l'esatta interpretazione della legge. La pronuncia in questi casi è resa mediante una "sentenza interpretativa" o, quando si tratta di pronunce rese da collegi misti, composti da magistrati ordinari e amministrativi¹⁴¹, un decreto interpretativo¹⁴². La pronuncia di una sentenza interpretativa o di un decreto interpretativo può essere sollecitata dal primo presidente della Corte di cassazione, della Corte suprema amministrativa, dal Procuratore Generale, dall'*ombudsman* o dal presidente del *Supreme Bar Council*, corrispondente al nostro Consiglio Nazionale Forense¹⁴³. Detti provvedimenti devono essere pronunciati entro tre mesi dalla richiesta¹⁴⁴; le sentenze sono pubblicate annualmente sul bollettino della Corte di cassazione e della Corte suprema amministrativa e i decreti sono pubblicati su entrambi¹⁴⁵

¹⁴¹ Questa esperienza che non può non richiamare alla mente la recente proposta contenuta nel *Memorandum* sottoscritto il 15 maggio 2017 dai vertici della Corte di cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti, nonché dai Procuratori generali della cassazione e della Corte dei conti e consegnato al Presidente della Repubblica (su cui v. R. RORDORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 124 ss.), che ha sollevato severe perplessità e dure reazioni, in ragione dell'assetto costituzionale vigente nel nostro ordinamento, che preclude una simile soluzione (A. PROTO PISANI-G. SCARSELLI, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, in www.judicium.it, 2017).

¹⁴² L'art. 124 della legge bulgara sull'ordinamento giudiziario (Закон за съдебната власт, ossia il *Judiciary System Act*, SG No. 64/7.08.2007), la quale prevede che:

«(1) *In presence of contradictory or erroneous jurisprudence on the interpretation or application of the law, an interpretative judgement shall be adopted by the general assembly of:*

1. *The criminal, the civil or the commercial college of the Supreme Court of Cassation,*
2. *The civil or the commercial colleges of the Supreme Court of Cassation,*
3. *A college of the Supreme Administrative Court,*
4. *The colleges of the Supreme Administrative Court.*

(2) *In presence of contradictory or erroneous jurisprudence between the Supreme Court of Cassation and the Supreme Administrative Court, the general assembly of the judges of the respective colleges of the two courts shall adopt a joint interpretative decree».*

Il testo della legge nella traduzione inglese è tratto da <https://e-justice.europa.eu>

¹⁴³ Così dispone l'art. 125 della legge bulgara sull'ordinamento giudiziario:

«*The chairperson of the Supreme Court of Cassation, the chairperson of the Supreme Administrative Court, the Prosecutor General, the Minister of Justice, the Ombudsman or the chairperson of the Supreme Bar Council may request the adoption of an interpretative judgement or of an interpretative decree».*

¹⁴⁴ Art. 130, c. 1, legge cit., che prevede «(1) *Interpretative judgements and interpretative decrees shall be adopted and delivered within three months of receipt of a request».*

¹⁴⁵ Così dispone l'art. 131, stessa legge: «*Interpretative judgements shall be published on an annual basis in a bulletin of the Supreme Court of Cassation or of the Supreme Administrative Court and interpretative decrees - in both bulletins».*

e sono vincolanti per tutte le autorità giudiziarie ed amministrative della Bulgaria ¹⁴⁶.

6.4. *Le «istruzioni» del Consiglio del Governo del Tribunale Supremo Popolare di Cuba*

Alcuni cenni, infine, vanno dedicati all'esperienza cubana delle istruzioni emanate dal Consiglio del Governo del Tribunale Supremo Popolare. In argomento le fonti sono scarse, ma dalle poche informazioni emergenti dall'esame delle stesse può comunque ricavarsi la sussistenza, in capo a detto organo, appartenente all'organizzazione giudiziaria, del potere di «emanare norme di attuazione obbligatoria per tutti i tribunali popolari» e di «impartire direttive vincolanti per stabilire una prassi giudiziaria uniforme nell'interpretazione e nell'applicazione delle leggi» ¹⁴⁷. Si tratta di un vero e proprio potere (para)normativo riconosciuto al Supremo organo giurisdizionale, di evidente derivazione sovietica.

Il Consiglio del Governo del Tribunale Supremo Popolare è così organo dal duplice volto, giurisdizionale e (para)normativo: le norme che ne regolano le funzioni, infatti, gli affidano il compito di stabilire, anche al di fuori di un'attività propriamente giurisdizionale, una interpretazione normativa obbligatoria ¹⁴⁸. Nonostante formalmente la costituzione qualifichi questa attività come prevalentemente interpretativa delle fonti formali del diritto, è innegabile che essa assuma i connotati di una vera e propria fonte complementare del diritto ¹⁴⁹.

¹⁴⁶ In questo senso dispone senza lasciare dubbi l'art. 130, c. 2: «(2) *Interpretative judgments and interpretative decrees shall be binding on judicial and executive bodies, on local government bodies, as well as on all bodies issuing administrative acts*».

¹⁴⁷ Il questo senso dispongono l'art. 121, c. 3 della Costituzione cubana e l'art. 15 della legge n. 82/1997: cfr. G. CREPALDI, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 81-82.

¹⁴⁸ G. CREPALDI, *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, cit., p. 82.

¹⁴⁹ C.F. RODRÍGUEZ – R.M. HERNÁNDEZ, *La jurisprudencia como fuente complementaria del Derecho. Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1997, pp. 39-44. Cfr. anche C.J. BRUZÓN VILTRES, *Determinación de las fuentes del derecho: aspecto clave en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano*, in *Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, Vol. 4, n. 1, 2014, pp. 1-17.

7. Considerazioni conclusive

La breve indagine comparatistica che precede ha consentito di mettere in luce come in tutti i casi, in cui a un organo formalmente giurisdizionale viene affidato il compito di provvedere, per così dire, ad una “interpretazione autentica” della legge, si profila un’ambiguità che concentra in capo al giudice di vertice una funzione giudiziaria e una funzione che – a fini esclusivamente descrittivi – possiamo denominare “para-normativa”. Questa affermazione, per quanto possa apparire già (almeno parzialmente) fondata alla luce di quanto si è esposto finora, richiede qualche giustificazione più meditata.

In questi casi, il distacco dell’interpretazione dalla decisione del caso concreto determina il verificarsi di un fenomeno che abbiamo chiamato, per intenderci, di «giurisprudenza consultiva», alla quale potrebbe corrispondere una funzione di «nomofilachia consultiva». Sotto il profilo genetico, questa operazione produce l’approssimarsi della funzione giudiziaria a quella più autenticamente normativa. A prescindere, infatti, dagli effetti – vincolanti o meno – riconosciuti (a valle) dal diritto positivo ai pronunciamenti resi dalle Corti di vertice in questa sede, è già nel momento genetico (a monte, quindi) della pseudo-decisione che l’attività interpretativa, non essendo diretta ad un’applicazione concreta delle disposizioni interpretate, resta libera dai vincoli che derivano, da un lato, dai fatti e dalle circostanze peculiari che caratterizzano il singolo caso nella sua identità storica¹⁵⁰ e, dall’altro lato, dalle ricadute che quella determinata interpretazione della norma da applicare è destinata a produrre sulla vicenda concreta oggetto di giudizio¹⁵¹. In queste condizioni, l’attività in-

¹⁵⁰ Vengono qui in rilievo le considerazioni che si sono svolte *supra*, soprattutto richiamando le teorie ermeneutiche (v. par. 3.2).

¹⁵¹ Come abbiamo già più volte e in più occasioni ribadito, non è pensabile che l’interpretazione delle norme non risenta (anche) delle ricadute concrete che la decisione produce sulla vita delle persone coinvolte nel contenzioso. Non sorprende che vi sia chi, in adesione ad una prospettiva legalistica e giuspositivista, continui a negare fermamente che ciò accada o che ciò debba accadere (*dura lex, sed lex!*). Ma non è realisticamente pensabile che, specie nei casi più difficili – i già menzionati *hard cases* –, chi deve decidere come debba essere interpretata una data disposizione di legge non tenga conto delle conseguenze che nel caso da decidere – e, naturalmente, nei casi futuri – quella interpretazione è destinata a produrre. Ponendo mente ad alcuni noti casi difficili verificatisi nella storia del diritto civile italiano, non sarà arduo trovare conferma di quanto si è affermato: in questo senso appare emblematico il caso Englaro (Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, nel quale la S.C. sancì la possibilità per il giudice del merito, in presenza di determinate circostanze,

terpretativa si svolge in un “ambiente asettico”, epurato dal caso concreto, o, quantomeno, in un contesto in cui la fattispecie concreta viene in rilievo, per così dire, “liofilizzata”, consentendo al giudice di farsi mero interprete di una disposizione di legge, quindi produttore, a sua volta, di una norma generale ed astratta, non destinata all’applicazione ad un singolo caso concreto ma già – nel momento della sua genesi – munita della vocazione all’applicazione ad un numero indeterminato di casi.

Non è detto che questo fenomeno debba costituire per forza un problema o attirare necessariamente critiche, ma appare utile metterlo in luce, poiché può prestarsi, se non adeguatamente governato, a creare forme occulte di produzione normativa non sempre desiderabili o – perfino – non del tutto compatibili con un assetto costituzionale, ispirato al principio della separazione dei poteri. Se, infatti, le esperienze sovietiche o di matrice sovietica potevano tollerare l’attribuzione di poteri sostanzialmente normativi ad organi appartenenti alla giurisdizione, in virtù della loro reclamata estraneità al principio della separazione dei poteri – additato come espressione di un canone di matrice borghese ¹⁵² –, non così accade

di autorizzare l’interruzione dell’idratazione e dell’alimentazione artificiali somministrate ad una persona in stato vegetativo irreversibile). Ma si pensi anche a casi meno tragici, come quello dal quale nacque l’istituto della occupazione appropriativa (Cass., sez. un., 16 febbraio 1983, n. 1464, ove fu riconosciuto il diritto dell’espropriato di fatto al risarcimento del danno) o a quello che diede vita all’istituto del *mobbing* (Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, che riconobbe al lavoratore dimensionato e dequalificato il diritto al risarcimento del danno esistenziale). Assai significativo è anche il caso Meroni (Cass., sez. un., 25 gennaio 1971, n. 174, ove la Cassazione – superando una classica interpretazione più restrittiva dell’art. 2043 c.c. – riconobbe, in capo a colui che cagiona con il suo fatto doloso o colposo la morte del debitore altrui, l’obbligo a risarcire il danno subito dal creditore, qualora quella morte abbia determinato l’estinzione del credito e una perdita definitiva e irreparabile per il creditore medesimo), il quale può certo dimostrare come i fatti concreti di un caso abbiano spinto la Cassazione a mutare orientamento, ancorché poi, nel concreto, il danno sia stato ritenuto non risarcibile (tanto da dar vita – come si dimostrerà nel cap. III, par. 8 – ad una “massima mentitoria”). L’elenco potrebbe proseguire, ma riteniamo che i casi richiamati siano esempi sufficientemente eloquenti; per ulteriori riferimenti è possibile consultare, tra gli altri, F. CARINGELLA – A. CICIA, *Le sentenze storiche del diritto civile*, Dike, Roma, 2008, *passim*). È, poi, pur vero che nella dottrina americana risalente si sosteneva che gli *hard cases* producessero cattivi precedenti (H.C. BLACK, *Law of Judicial Precedent*, St. Paul, Minn., 1912, p. 212), ma, se ciò non è sempre vero, non pare nemmeno che questa possa costituire una ragione sufficiente per propiziare una funzione nomofilattica sempre più sganciata dalla fattispecie concreta. Anzi, a quanto pare, proprio ad alcuni *hard cases* – come si è visto – siamo debitori per alcune salutari evoluzioni di cui il diritto civile si è giovato nel corso dell’ultimo secolo.

¹⁵² P.I. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, (trad. it. di U. Cerroni), cit., p. 320.

nelle democrazie occidentali. Tra queste, quella che appare maggiormente esposta al pericolo di collocarsi in conflitto col principio della separazione dei poteri è il Brasile, che, con l'esperienza della *súmula vinculante*, rischia di porre non tanto il *Supremo Tribunal Federal*, quanto soprattutto il *Superior Tribunal de Justiça* e il *Superior Tribunal do Trabalho*, al di fuori del circuito democratico, affidando loro il compito di redigere *súmulas* dal carattere vincolante, aventi i caratteri strutturali propri della norma generale ed astratta ¹⁵³.

L'esperienza francese dell'*avis* e quella spagnola del *recurso en interés de la ley* appaiono senz'altro più moderate, anche se quest'ultima lascia aperto il problema della formale vincolatività di una pronuncia proveniente da un organo giurisdizionale. In entrambe le situazioni, la decisione è assunta a prescindere da un singolo caso concreto: per il *saisin pur avis* è la stessa legge a richiedere la formulazione di un quesito epurato dalle circostanze di fatto; nel *recurso en interés de la ley* i fatti perdono *naturaliter* importanza, sia perché il *Tribunal Supremo* è chiamato a comporre un contrasto interpretativo sulla legge processuale, sia per il fatto che, com'è riconosciuto anche dallo stesso preambolo alla LEC del 2000, l'istituto in esame non costituisce propriamente ricorso giurisdizionale, non essendo volto alla tutela dei diritti delle parti, ma essendo, piuttosto, orientato a

¹⁵³ Che le *súmulas* siano l'equivalente di norme generali ed astratte è facile a dimostrarsi: è, infatti, sufficiente consultarle per averne immediata conferma. Tra le *súmulas* del *Superior Tribunal de Justiça* possono leggersi le seguenti, che vengono qui riprese dal sito internet <http://www.stj.jus.br>: «*O foro do domicílio ou da residência do alimentando e o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos*» (Segunda Seção, Súmula 1 del 25/04/1990, in DJ DATA:02/05/1990 PG:03619; RSTJ VOL.:00016 PG:00015); «*A comprovação da mora e imprescindível a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente*» (Segunda Seção, Súmula 72 del 14/04/1993, in DJ DATA:20/04/1993 PG:06769; RSSTJ VOL.:00005 PG:00145; RSTJ VOL.:00049 PG:00017; RT VOL.:00696 PG:00212); «*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes*» (Segunda Seção, Súmula 321 del 24/02/2016 in DJE DATA:29/02/2016; DJ DATA:05/12/2005 PG:00410; RDDP VOL.:00035 PG:00232; RSSTJ VOL.:00026 PG:00275; RSTJ VOL.:00198 PG:00630); «*O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas*» (Corte Especial, Súmula 364 del 15/10/2008, in DJE DATA:03/11/2008; RSSTJ VOL.:00032 PG:00331; RSTJ VOL.:00212 PG:00627). La formula utilizzata per enunciare la *súmula*, come si può constatare, è molto simile, nella struttura e nel lessico, alla formula utilizzata per la redazione delle nostre massime e, allo stesso tempo, assume i connotati della norma generale ed astratta. Le *súmulas*, inoltre, finiscono con l'assurgere a vere e proprie fonti del diritto: se ne trova conferma sia nell'utilizzo corrente dell'espressione *direito sumulari*, sia nella frequente pubblicazione e nel corrente utilizzo nella pratica di veri e propri commentari al diritto sumulare.

dire quale debba essere l'esatta interpretazione di una disposizione processuale. Nel caso dell'*avis* della *Cour de cassation* non vi sono rischi di sovrapposizione tra giudiziario e legislativo, poiché la legge precisa che il parere reso dalla Cassazione non sarà vincolante né per il giudice *a quo*, né per gli altri giudici dell'ordinamento. Nel caso, invece, della decisione pronunciata da *Tribunal Supremo* su *recurso en interés de la ley* da parte del Pubblico ministero, il carattere vincolante della stessa – pur non cessando di sollevare interrogativi sul piano costituzionale – trova un argine di garanzia della circostanza che la sua obbligatorietà è subordinata alla pubblicazione della sentenza nel *Boletín Oficial del Estado*.

In Italia, come si è visto, le riforme processuali recenti hanno reso più frequenti i casi in cui la Corte di cassazione è chiamata ad interpretare senza decidere: come si è visto l'attuale 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 – 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.* La modifica dell'art. 363 c.p.c.¹⁵⁴, inoltre, consente al Procuratore generale di sollecitare la Cassazione alla pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge, 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*¹⁵⁵. Infine, il principio di diritto oggi 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. Non solo: secondo un'interpretazione estensiva di questo

¹⁵⁴ La modifica dell'art. 363 c.p.c. è avvenuta ad opera dell'art. 4 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

¹⁵⁵ Il ricorso nell'interesse della legge – come ha ricordato Scarselli (v. *infra* in questa nt.) – aveva già molto tempo fa attirato le severe critiche del Mortara (v., infatti, L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. IV, Vallardi, Milano, c.d., ma 1923, p. 603 ss., il quale considerava l'istituto «una sopravvivenza che per più ragioni merita e ottiene poca simpatia» e «concorre a mantenere una inesatta nozione circa l'ufficio della Corte di cassazione» e «nell'aspetto pratico, poi, non presenta utilità calcolabile», poiché «l'effetto di questo ricorso è puramente accademico» in quanto «vi è una certa ripugnanza logica nella condizione di sentenza simultaneamente irrevocabile e annullata»). La sua rivitalizzazione è stata, più di recente, severamente criticata da G. SCARSELLI, *Circa il (supposto) potere della Cassazione di enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., c. 3339 ss.

potere, la Corte potrebbe pronunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, nonostante la rinuncia al ricorso, dopo la fissazione dell'adunanza in camera di consiglio e la conseguente estinzione del processo ¹⁵⁶.

Insomma, davvero la Corte di cassazione diviene oggi di quel principio di diritto – che in passato restava legato alla sua funzione di vincolo per il giudice del rinvio – padrona quasi assoluta, potendolo enunciare *sempre*: quale che 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.

Ciò determina una sorta di *esplosione* del principio di diritto, un fenomeno che ha ricadute soprattutto sul diritto processuale, cioè sulla materia più frequentemente interessata da interventi giurisprudenziali, sganciati per definizione dalla decisione del caso concreto (in senso sostanziale), destinati, per loro natura, a “parlare” a tutti i giudici dell'ordinamento, più che a vincolare il giudice del rinvio ¹⁵⁷. Gli effetti di tutto ciò trovano, poi, nell'istituto del *prospective overruling*, un paradossale antidoto che – sotto le mentite spoglie di un rimedio – agisce, ad avviso di chi scrive, come un detonatore, legittimando retrospettivamente una prassi deleteria e potenzialmente foriera di gravi ricadute sul piano della tutela dei diritti ¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Così, la già richiamata Cass., sez. un., ord., 6 settembre 2010, n. 19051, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3333 ss., su cui v. le giuste critiche di G. COSTANTINO, *ivi* e di G. SCARSELLI, *op. ult. cit.*

¹⁵⁷ È espressione emblematica di questa tendenza, ad es., la notissima sentenza a sez. un. con la quale la Cassazione è pesantemente intervenuta manipolando una pluriennale consolidata interpretazione dell'art. 645 c.p.c. Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, in *Foro it.*, I, c. 3014 ss. con nota di A.D. DE SANTIS e commento di C.M. BARONE – R. CAPONI – G. COSTANTINO – D. DALFINO – A. PROTO PISANI – G. SCARSELLI, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo*; su detta sentenza ai vedano G. TRISORIO LIUZZI, *La dimidiazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, pp. 541-550; A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1165 ss.; A. TEDOLDI, *Un discutibile obiter dictum delle Sezioni Unite: nell'opposizione a decreto ingiuntivo il termine di costituzione è sempre dimidiato a pena d'improcedibilità*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1455 ss.; P. COMOGLIO, *La «puntualizzazione» delle sezioni unite sui termini di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo: nomofilchia o nomoprotagonismo?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 257 ss.). In argomento vanno richiamati senz'altro anche G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali e “giusto processo”*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1390 ss. e C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1337 ss.

¹⁵⁸ Sul tema del *prospective overruling* la Cassazione è intervenuta più volte. Qui preme

Questo fenomeno, però, produce anche un altro effetto, consistente in un indebolimento della “capacità didattica” della decisione: quando una decisione – e qui mi riferisco soprattutto a una decisione che concerne l’interpretazione di norme di diritto sostanziale – resta del tutto avulsa dai fatti di causa, che ne costituiscono il sostrato, essa rischia di essere assai poco esplicativa per i giudici di merito circa il modo in cui va applicata al caso concreto¹⁵⁹. Va osservato, a questo proposito, che la connessione della decisione con i particolari fatti, che caratterizzano l’oggetto del giudizio, costituisce il principale veicolo dell’efficacia del precedente nei paesi di *common law* ed in particolare in Inghilterra, sicché il suo venir meno segna un’indubitabile (e forse incolmabile) distanza tra la nostra esperienza e quella in cui il sistema del precedente è nato e si è consolidato. Questi rilievi, ad avviso di chi scrive, specie in un momento in cui tanto si insiste sul potenziamento della funzione nomofilattica della Cassazione e sull’irrobustimento (almeno) della persuasività del “precedente”, non possono che aprire nuovi spazi di riflessione, di cui lo studioso ha il dovere di approfittare, se non altro per mettere in luce i profili più critici di un sistema, che appare evolversi secondo traiettorie non sempre coerenti, quindi potenzialmente portatrici – a dispetto degli intenti dichiarati – di quote assai elevate di disordine¹⁶⁰.

ricordare, a sostegno di quanto si afferma nel testo, che Cass., 7 febbraio 2011, n. 3030 ha stabilito che «non sussiste affidamento incolpevole in orientamenti giurisprudenziali consolidati, se l’atto colpito da decadenza è stato compiuto dopo la pubblicazione, con adeguato risalto, della decisione delle sezioni unite, che ha mutato orientamento, nel sito web della Corte». Si tratta di un principio che opera apparentemente in funzione di garanzia. In realtà, come si vedrà meglio oltre, le ricadute di una simile pronunciata possono risultare particolarmente insidiose: da un lato, infatti, il rimedio del *prospective overruling* finisce con l’attribuire un’efficacia autenticamente normativa alle pronunce della Corte di cassazione in materia processuale e, dall’altro lato, esso – nella versione elaborata dalla citata pronuncia – ancora l’efficacia del mutamento giurisprudenziale al momento della pubblicazione della sentenza sul sito web della Cassazione, valorizzando una forma di pubblicità *sub specie* di “adeguato risalto”, che non può essere ritenuta in alcun modo garanzia sufficiente, specie se raffrontata con la previsione, nel sistema spagnolo, di pubblicazione della sentenza nel *Boletín Oficial del Estado*.

¹⁵⁹ Cfr. B. RIZZARDI, *Il giudice del merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*, cit., pp. 19-21.

¹⁶⁰ Sui rapporti tra ordine, disordine, complessità e giurisprudenza v. M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 38 ss. e spec. p. 54 ss.

CAPITOLO III

LA MASSIMA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Profilo istituzionale: l'Ufficio del Massimario. – 3. Struttura e funzione: la massima come enunciato normativo. – 4. Massima e potere. – 4.1. La massima come mezzo di comunicazione. – 4.2. Massima e riduzione della complessità: la funzione catalitica della massimazione delle sentenze. – 4.3. La rivincita silente delle «massime consolidate»: *certalex*, *certanet* e la «super-giurisprudenza». – 5. Massima e tempo. – 6. Massima e precedente. – 7. Massima e interpretazione. – 7.1. Massima e principio di diritto. – 7.2. Massima, *ratio decidendi* e *obiter dictum*. – 7.3. Massima, *obiter dicta* e giurisprudenza consultiva occulta. – 8. Massime mentitorie. – 10. Conclusioni.

1. Premessa

Ci si è finora occupati del momento genetico della nomofilachia, esaminando il quale si ha avuto modo di apprendere come la Cassazione sempre più interpreti senza decidere, essendo delegata alla censura¹ di letture *non esatte* di enunciati normativi, anche al di fuori del contesto di decisione di un caso concreto.

Viene ora il momento di indagare alcuni profili ulteriori, legati alla funzione nomofilattica assegnata alla corte, che si collocano per così dire “a valle” dell’interpretazione e che mostrano a nostro avviso come la Cas-

¹ Calamandrei attribuiva apertamente carattere censorio all’attività della Cassazione: «la funzione essenziale della Corte di cassazione [...] è [...], si potrebbe dire, di ammaestramento scientifico (anche nel linguaggio dei pratici le sentenze della Corte Suprema si chiamano “insegnamenti”, e i suoi dissensi si chiamano “censure”) in quanto essa serve di direttiva e di esempio alla corretta decisione dei casi futuri» (P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, in *Nuovo dig. it.*, vol. II, Utet, Torino, 1937, p. 981 ss. e spec. p. 985). Di analogo tenore le considerazioni del Carnelutti, che sottolineava come la Cassazione fosse maestro, oltre che giudice: cfr. F. CARNELUTTI, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell’agricoltura*, in *Id.*, *Studi di diritto processuale civile*, vol. I, Cedam, Padova, 1925, p. 503 ss. e spec. p. 521 ss.

sazione sia divenuta nel tempo non solo sempre meno giudice e sempre più interprete, ma anche sempre più un soggetto istituzionale “produttore” di norme. Non vi è motivo di scandalizzarsi di fronte al fatto che la Cassazione produca norme, né di fronte al fatto che lo si dica apertamente. Le norme, infatti, sono – secondo una concezione ormai universalmente accettata – il risultato dell’attività interpretativa, non (o, almeno, non solo) il suo oggetto.

Il problema, semmai, potrebbe derivare dalla circostanza che le norme “prodotte” dalla nomofilachia assomigliano *di fatto* sempre di più ad enunciati normativi generali ed astratti che, in un circolo non sempre virtuoso, possono richiedere a loro volta, per essere applicate, un’attività interpretativa se non identica, assai simile a quella che dev’essere spiegata per interpretare le norme di legge². Il processo che conduce a questo risultato, per certi versi paradossale, è segnato da una progressiva astrazione che si realizza attraverso un crescente e inesorabile distacco dal caso da decidere che, a monte, deriva dalla sempre più frequente legittimazione della Corte ad enunciare, anche al di fuori della decisione di un caso, un principio di diritto – che, per questa ragione, peraltro, non “parla” al giudice del rinvio, ma a tutti i giudici dell’ordinamento – e, a valle, è portato a compimento attraverso una delega permanente alla massi-

² Affinché ciò che si afferma non appaia il frutto di una presa di posizione apodittica, pare opportuno citare almeno un paio di esempi tratti dalla giurisprudenza recente in materia processuale e sostanziale. La Corte Suprema ha affermato, da ultimo con Cass., 2 agosto 2017, n. 19190, che «Ai fini della verifica della condizione di ammissibilità del motivo di ricorso per cassazione, indicata dall’art. 360 bis n. 1 c.p.c., l’onere di individuare decisioni e argomenti sui quali l’orientamento contestato si fonda, senza limitarsi a dichiarare la propria posizione di contrasto con la giurisprudenza di legittimità, sussiste solo nell’ipotesi di un *orientamento di legittimità consolidato* nella materia oggetto di controversia, contrario alla tesi di parte ricorrente» (massima ufficiale, corsivo mio). Questa massima *sembra* pronta per essere applicata, ma così non è, perché sarà necessario per chi la deve applicare stabilire che cosa sia un *orientamento di legittimità consolidato*, un concetto che a sua volta richiede un’attività interpretativa. In materia di diritto sostanziale Cass., 4 aprile 2017, n. 8662 ha affermato «La condotta generativa del danno ambientale, come configurata sia dall’art. 18 l. n. 349 del 1986 che dall’art. 311 d.leg. n. 152 del 2006, non si identifica necessariamente nella commissione di uno specifico reato a protezione dell’ambiente, potendo la stessa consistere nella violazione di una qualunque prescrizione riferita ad attività umana da cui possa derivare un’alterazione di quest’ultimo, desumibile dall’insieme delle regole dell’ordinamento, tra le quali rientrano sicuramente quelle relative all’illecito aquiliano ed alla responsabilità derivante dall’esercizio di attività pericolose» (massima ufficiale, corsivo mio). Anche in questo caso la massima non è di “pronta applicazione”, nonostante a prima vista possa apparire il contrario: chi deve applicare questa norma dovrà infatti chiedersi che cosa sia una *alterazione dell’ambiente*.

mazione a un soggetto diverso da quello che ha pronunciato la sentenza da massimare e attraverso l'applicazione delle tecniche di massimazione correntemente adottate³.

Se questa ipotesi si rivelerà fondata, sarà più facile prendere atto di come le spinte verso una nomofilachia sempre più incisiva – che hanno animato il legislatore dell'ultimo decennio e che sembrano essere state accolte con favore (se non addirittura con entusiasmo) dal giudice di legittimità, il quale, anche facendo ampio uso della pronuncia del principio di diritto, ne ha in concreto esasperato i tratti – vanno, come si è già anticipato altrove, in una direzione *sbagliata*. La progressiva astrazione dalle fattispecie concrete da decidere e la circolazione della giurisprudenza per massime, infatti, determinano, per un verso, una *massimizzazione dell'ambito di applicazione* dei principi di diritto – che, lontani dai fatti che li hanno occasionati e cristallizzati nelle massime, vengono applicati come equivalenti di enunciati normativi – e, per altro verso, un inesorabile *indebolimento* di quella forza persuasiva che – a detta di tutti – dovrebbe costituire il veicolo per assicurare – in un ordinamento a diritto legislativo, qual è il nostro – la fedeltà dei giudici inferiori ai *precedenti*, appunto *non vincolanti*, della Suprema Corte.

Il presente capitolo è volto a dimostrare come la produzione e l'utilizzo della massima, quale veicolo principe dei flussi di giurisprudenza, incida significativamente nella direzione appena tracciata.

2. Profilo istituzionale: l'Ufficio del Massimario

Nel nostro ordinamento la massimazione delle sentenze è affidata, com'è noto, all'Ufficio del Massimario e del Ruolo, istituito dall'art. 68 ord. giud., operante sotto il controllo e la direzione del Primo presidente

³ Già a metà degli anni Cinquanta Calamandrei lamentava che «il male è che la massima comincia a vivere per conto suo, si diffonde nei repertori, si consolida: e allora accade che viene il momento in cui essa si impone, per tirannica forza d'inerzia, ad altri giudici, che trovandola formulata in termini generali vi restano imprigionati come in un ingranaggio e si sentono portati ad applicarla anche a casi che, pur rientrando formalmente nello stesso schema tipico, non si fondano però su quelle ragioni di qualità individuale, da cui la prima volta quella massima è stata suggerita» (P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 262). Anche se questo discorso del Calamandrei era specificatamente riferito alla contrapposizione tra massima ed equità individuale, esso ha evidentemente una vocazione più ampia e di carattere generale. *Nihil sub sole novi*, dunque.

della Corte di cassazione che, per legge, ne stabilisce le attribuzioni, sentito il Procuratore generale ⁴.

L'Ufficio del Massimario non è un'invenzione del 1941: se ne rinviene un'antecedente imperfetto nella legislazione post-unitaria, segnatamente nel r.d.l. 22 febbraio 1924, n. 268 ⁵, approvato a ridosso dell'unificazione della Corte, con il quale si prevedeva che presso la Prima Presidenza della Corte di Cassazione fossero «addetti tre magistrati di grado non superiore a consigliere di appello [...] che sono alla diretta dipendenza del Primo Presidente della Corte di Cassazione, dal quale ricevono le istruzioni occorrenti per il loro lavoro». Lo scopo di questo embrionale ufficio del massimario emerge dal preambolo del decreto che lo istituì, nel quale si legge che l'assegnazione dei magistrati alla Prima Presidenza della Corte era diretta ad agevolare il miglior assolvimento del suo compito essenziale, ossia quello di mantenere l'uniformità dell'indirizzo giurisprudenziale, ragione per cui detti magistrati avrebbero dovuto seguire assiduamente l'attività giurisdizionale, cogliendone le concordanze e segnalandone prontamente le difformità ⁶. Di lì a poco con la l. 28 giugno 1928, n. 1487

⁴La letteratura sull'Ufficio del Massimario è piuttosto scarsa. Tra i contributi più significativi, pur senza pretesa di completezza, si segnalano: C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 82 ss.; A. SCRIMA, *Il Massimario della Corte Suprema di Cassazione tra storia e attuali prospettive*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 278 ss.; F.A. GENOVESE, *Per una storia della Corte di Cassazione; l'Ufficio del Massimario e del Ruolo*, in *Le carte e la storia*, 2008, vol. 2, pp. 40-47. Sugli aspetti legati alle tecniche di massimazione, oltre a C. DI IASI, *op. loc. cit.*, si vedano: S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, p. 58 ss.; A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, in *Giust. civ.*, 1983, pp. 379-386; M. STELLA RICHTER, *Problemi attuali della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 513 ss.; E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 120 ss. Da ultimo v. L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017, *passim*.

⁵Il r.d.l. 22 febbraio 1924, n. 268, pubblicato in *G.U.*, 10 marzo 1924, n. 59, fu poi convertito con la l. 17 aprile 1925, n. 473 («Applicazione di magistrati alla Prima Presidenza Della Corte Di Cassazione e alla Procura Generale»).

⁶Come ricorda puntualmente A. SCRIMA, *Il Massimario della Corte Suprema di Cassazione tra storia e attuali prospettive*, cit., nel preambolo del r.d.l. 22 febbraio 1924, n. 268 può leggersi testualmente: «per agevolare il compito essenziale della Corte di Cassazione del Regno di mantenere l'uniformità dell'indirizzo giurisprudenziale da essa segnato alle altre magistrature, in conformità dello scopo cui fu diretta la riforma dell'istituto della Corte di Cassazione, rendesi opportuno applicare presso la Prima Presidenza e la Procura Generale della Corte di Cassazione alcuni magistrati, i quali, seguendo assiduamente l'attività giurisdizionale delle varie sezioni della Corte, e i lavori degli uffici della Procura Generale,

fu istituito l'Ufficio del Ruolo a cui pure venivano assegnati tre magistrati di grado non superiore a consigliere di corte d'appello⁷.

Le funzioni dei due uffici furono poi unificate con l'istituzione, ai sensi dell'art. 68 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (ordinamento giudiziario), dell'attuale Ufficio del Massimario e del Ruolo⁸.

Il nucleo essenziale della funzione dell'Ufficio del Massimario consiste nella estrazione di massime dalle sentenze e dalle ordinanze pronunciate dalla Cassazione⁹. Tuttavia il suo compito non si esaurisce in ciò: infatti, l'Ufficio del Massimario provvede altresì all'inserimento delle massime

tanto in materia civile quanto in materia penale, ne colgano le concordanze e ne segnalino prontamente le difformità attraverso l'esame metodico delle decisioni e delle motivazioni; onde i capi e i componenti della Corte di Cassazione possano sempre rendersi conto delle tendenze che la giurisprudenza dell'una e dell'altra sezione vada assumendo (sui vari argomenti) e coordinarle per la migliore e uniforme applicazione della legge».

⁷L'art. unico della l. 28 giugno 1928, n. 1487, prevedeva «È istituito presso la Corte di Cassazione un ufficio speciale per la preparazione dei ruoli di udienza, diretto da un magistrato della Corte di Cassazione. All'ufficio sono addetti tre magistrati di grado non superiore a consigliere di corte di appello i quali sono applicati presso la prima Presidenza della Corte, ferme le applicazioni autorizzate del r.d.l. 22.2.1924, n. 268» (cfr. ancora A. SCRIMA, *Il Massimario della Corte Suprema di Cassazione tra storia e attuali prospettive*, cit., p. 728 ss.).

⁸*Infra* per brevità Ufficio del Massimario.

⁹A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., p. 379 ss. e spec. pp. 380 e 387, nt. 9. Attualmente – a seguito dell'ultima modifica apportata all'art. 115 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, dall'art. 74 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98 – i magistrati addetti all'Ufficio del Massimario e del Ruolo sono 67, ivi inclusi gli “assistenti di studio”. Segnalo, peraltro, che l'art. 1, c. 980 della 27 dicembre 2017 n. 205 (Legge di Bilancio 2018), tuttavia, ha previsto (con linguaggio, come ormai di consueto, incomprensibile) che «Per il perseguimento delle finalità di cui al comma 961, sino alla scadenza del terzo anno successivo alla data di entrata in vigore dei commi da 961 a 981 i magistrati ordinari addetti all'ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione in possesso dei requisiti di cui al terzo comma dell'articolo 115 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sono applicati, a norma del predetto comma, esclusivamente alla sezione alla quale sono devoluti i procedimenti di cui al comma 961». Il significato “decriptato” della norma è il seguente: per le finalità di smaltimento dell'arretrato del contenzioso devoluto alla sezione tributaria, fino alla scadenza del 2021 i magistrati addetti all'ufficio del massimario e del ruolo con anzianità di servizio nel predetto ufficio non inferiore a due anni, che abbiano conseguito almeno la terza valutazione di professionalità, sono applicati, a norma dell'art. 115 dell'ord. giud., esclusivamente alla sezione tributaria. In sostanza, il primo presidente della Corte di cassazione, al fine di assicurare la celere definizione dei procedimenti pendenti, tenuto conto delle esigenze dell'ufficio del massimario e del ruolo e secondo i criteri previsti dalle tabelle di organizzazione, poteva applicare temporaneamente (prima dell'entrata in vigore dell'art. 1, c. 980 della Legge di Bilancio 2018 i predetti magistrati a tutte le sezioni della Corte, ora *solo alla sezione tributaria*), per un periodo non superiore a tre anni e non rinnovabile.

ufficiali in un archivio che deve essere tenuto costantemente aggiornato e ordinato¹⁰ e ha il compito di provvedere prontamente alla segnalazione dei contrasti giurisprudenziali e della loro eventuale risoluzione ad opera delle Sezioni Unite.

Inoltre, a detto ufficio compete anche il compito di predisporre il c.d. «foglietto»: per i ricorsi assegnati alle sezioni unite (o anche alle sezioni semplici, nei casi in cui vi sia una richiesta in tal senso del presidente della sezione), l'Ufficio del Massimario predispone una relazione preliminare sulle questioni sollevate dal ricorso, nella quale dovrà dar conto della giurisprudenza pertinente. Quando i ricorsi richiedono la trattazione di questioni sulle quali vi è un contrasto giurisprudenziale o che si presentano come questioni di massima di particolare importanza, la relazione preliminare è accompagnata «da una relazione più ampia, che riporta non solo i precedenti giurisprudenziali, ma anche una completa rassegna dei contributi della dottrina sul tema controverso, ponendosi in tal modo i collegi nella condizione di decidere alla luce delle posizioni assunte in dottrina e in giurisprudenza sul punto in questione»¹¹.

Infine, l'Ufficio del Massimario predispone annualmente relazioni tematiche, reperibili anche nel sito internet della Cassazione, quindi liberamente accessibili, che danno conto dell'evoluzione della giurisprudenza sulle questioni maggiormente interessate da novità pretorie o di legge, nonché su questioni giuridiche indicate dal Primo Presidente¹².

L'Ufficio del Massimario svolge, quindi, una funzione bifronte: verso l'interno segnala il sorgere o il risolversi dei contrasti e orienta i magistrati della Corte che devono decidere, dando loro conto in maniera puntuale e specifica rispetto al ricorso da trattare della giurisprudenza "vigente"; verso l'esterno, analiticamente attraverso la produzione delle massime e sinteticamente per mezzo della redazione di relazioni tematiche, segnala agli altri giudici dell'ordinamento, agli avvocati e ormai – stante la facilità di accesso – anche ai comuni cittadini gli orientamenti della Corte Suprema¹³.

Ciò detto brevemente sull'Ufficio del Massimario, l'aspetto che risulta di maggiore interesse è dato dalla dissociazione istituzionale tra estenso-

¹⁰ C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, cit., p. 86.

¹¹ Così, testualmente, A. SCRIMA, *op. loc. ultt. citt.*

¹² A. SCRIMA, *op. loc. ultt. citt.*

¹³ Di un aspetto "esterno" e "interno" della funzione nomofilattica della Cassazione nel suo complesso già discuteva A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., p. 379 ss. e spec. p. 387, ntt. 8 e 9.

re della sentenza e redattore della massima. Si tratta di un profilo di cui si è discusso a più riprese in letteratura: si è infatti argomentata da più parti l'opportunità di affidare la stesura della massima allo stesso giudice che ha scritto la sentenza¹⁴. Sono voci rimaste perlopiù inascoltate, tant'è che non si è mai intervenuti sulla disciplina dell'Ufficio del Massimario, che resta a tutti gli effetti un ufficio giudiziario autonomo di cui viene periodicamente rivendicata la piena autonomia rispetto ai collegi giudicanti e specialmente rispetto a chi sia stato estensore della sentenza o dell'ordinanza da massimare¹⁵.

Nonostante le perplessità circa la scelta di mantenere istituzionalmente distinto l'autore della sentenza e quello della massima siano talvolta state occasionate da errori nella redazione di quest'ultima, sono diverse e meno superficiali le ragioni che consiglierebbero di abbandonare questo modello, affidando l'estrazione della massima all'estensore della sentenza. Tra queste ultime, la ragione più pregnante è legata a un nuovo e diverso modello di massima rispetto a quello a cui siamo stati abituati. La massima, secondo questa differente visione, dovrebbe essere non già astratta e generalizzante concettualizzazione di un principio affermato in sentenza, ma *testimonianza* sintetica dell'attività ermeneutica svolta dal giudice nella soluzione di un caso¹⁶. Si tratta di un modo senz'altro più maturo di intendere la massima giurisprudenziale alla quale verrebbe così affidata non già «l'imbarazzante incombenza di definire – “come se [il massimatore] fosse legislatore” – un astratto principio di diritto da

¹⁴ Si veda anzitutto E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, cit., p. 120 ss.; M. STELLA RICHTER, *Problemi attuali della Corte di Cassazione*, cit., p. 513 ss.; A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., p. 379 ss.; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, cit., p. 58 ss.

¹⁵ L. DELLI PRISCOLI, *Il contributo attuale del Massimario nella prospettiva di un costituendo Ufficio Studi della Corte – Relazione tenuta all'incontro di studio Il ricorso per cassazione nel sistema dei mezzi di impugnazione, organizzato dal CSM, Frascati 22-24.2.2001*, cit. da A. SCRIMA, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁶ In questo senso v. soprattutto A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., p. 379 ss. e spec. pp. 383-384; in senso conforme, successivamente, v. S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, cit., p. 58 ss.; G. SBISA, *Certeza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 519 ss. e spec. p. 523; *Contra* si veda R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1387 ss., il quale predilige una formulazione scheletrica della massima, da utilizzarsi solo ed esclusivamente come «espiente mnemonico che invita alla selezione ed allo studio dei precedenti».

applicare ai casi futuri»¹⁷, ma piuttosto il compito di sintetizzare il più complesso e articolato percorso argomentativo che ha animato l'attività ermeneutica che porta alla decisione del caso.

Proprio il richiamo alla dimensione *ermeneutica* non appare casuale¹⁸: esso valorizza inevitabilmente la reciproca interrelazione tra fatto e norma, così rendendo evidente che anche la massima non dovrebbe fermarsi alla schematica astratta individuazione della fattispecie – così come talvolta pure si rinviene nelle massime ufficiali – ma dovrebbe andare ben oltre e più in profondità, sintetizzando sì i fatti di causa, ma evitando di portarli ad un livello di astrazione tale da riproporli del tutto sganciati dal caso concreto, facendone parte integrante di ciò che di fatto è un vero e proprio enunciato normativo¹⁹.

Di tutto ciò, tuttavia, non vi è traccia né nella legge, posto che l'Ufficio del Massimario resta nell'attuale ordinamento giudiziario un'entità del tutto autonoma, né nella prassi della Corte, ove le istruzioni per la massimazione delle sentenze restano orientate alla estrazione di un principio di diritto asciutto e intenzionalmente sterilizzato dalle peculiarità che possono aver caratterizzato il caso di specie²⁰. Non solo: il processo di progressivo allontanamento della funzione nomofilattica della Corte Suprema dalla decisione del caso di specie, per mezzo di quelle norme processuali che hanno creato un'area dedicata precipuamente alla c.d. giurisprudenza consultiva – quella in cui, peraltro, più forte dovrebbe essere la vocazione nomofilattica dell'agire della Corte –, unitamente all'esclusione della motivazione dal sindacato di legittimità rendono sempre più difficile (per il massimatore che vi si volesse applicare) intercettare sia la fattispecie concreta oggetto di giudizio, sia quello svolgersi del ragionamento ermeneutico che la rarefazione dei fatti di causa rende giocoforza sempre meno intellegibile. L'esigenza di un recupero, anche in massima,

¹⁷ Si veda ancora A. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, p. 385.

¹⁸ Sia consentito rinviare alle considerazioni già svolte *supra*, cap. II, parr. 3 e 3.2.

¹⁹ A. BRIGUGLIO, *op. loc. ult. cit.*

²⁰ Ad es. nel protocollo predisposto su incarico del Primo Presidente in data 11 luglio 2007 può leggersi quanto segue: «il testo della massima deve consentire la immediata comprensione della questione e del principio di diritto e, pertanto, deve essere redatto in forma chiara, sintetica e precisa, evitando frasi incidentali e periodi complessi. La massima deve sempre contenere: una premessa, avente la funzione di indicare la materia esaminata e l'istituto giuridico al cui interno si pone la questione risolta; il fondamento giuridico della decisione, cioè la sintesi puntuale della *ratio decidendi*, previamente individuata secondo i criteri di cui al paragrafo n. 3; una conclusione, cioè la soluzione della questione» (A. SCRIMA, *op. cit.*, p. 728 ss., testo e nt. 34).

del percorso argomentativo svolto in sentenza continua ad essere sentito, tant'è che in un recente contributo un giudice attualmente addetto al Massimario ha avvertito la necessità di svolgere alcune riflessioni sul modo di massimare le sentenze, affermando che «la massima redatta dall'Ufficio del Massimario non può essere identificata con il principio di diritto eventualmente esposto nella decisione massima. La distinzione non è di poco momento se si pensa che la massima deve essere corredata, sia pure in maniera sintetica, di tutte le informazioni necessarie per rendere l'esatta portata del principio come applicato (non come, in ipotesi, enunciato) dalla Corte»²¹.

Allo stato attuale, tuttavia, – e ne costituisce viva testimonianza il reiterarsi delle raccomandazioni in direzione inversa – le massime ufficiali che si rinvergono nelle raccolte non fanno che confermare – salvo rare eccezioni – un “vecchio” modello di massimazione, che aspira ad una generalizzazione e a un'astrazione che, come si è visto, non sempre sono state ritenute desiderabili.

3. *Struttura e funzione: la massima come enunciato normativo*

Nonostante le opinioni contrarie – non già su cosa siano, ma su come dovrebbero essere redatte le massime – manifestate da parte della dottrina e di alcuni giudici, la massima resta un enunciato avente carattere prevalentemente astratto²². È sufficiente, per rendersene conto, consul-

²¹ C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, cit., p. 86. In senso analogo, in precedenza, G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, cc. 305-311 e spec. cc. 309-310.

²² Malgrado i plurimi tentativi di prendere visione, a fini di studio, dei criteri che l'Ufficio del Massimario e del Ruolo applica nella scelta delle decisioni da massimare e nella redazione delle massime – uno dei quali avvenuto per mezzo dell'invio di una e-mail all'indirizzo istituzionale del predetto Ufficio, rimasta desolatamente senza risposta fino al momento in cui le bozze di questo volume sono state licenziate – a tale documento non si è potuto accedere. Di questi criteri, si è potuto, tuttavia prendere indiretta conoscenza attraverso la consultazione di un prezioso (ma introvabile) volumetto di L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, cit, *passim*, dal quale emerge con molta chiarezza come quanto si va sostenendo nel testo risponda non per caso alla realtà, se è vero che le stesse direttive per la redazione delle massime ufficiali prescrivono che la massima, muovendo dall'interpretazione del provvedimento debba risolversi «nella ricerca del significato oggettivo della regola espressa, agevolando l'estrazione del principio giuridico dalla decisione ed esprimendolo in una *proposizione di carattere generale*» (*op. ult. cit.*, p. 10).

tare qualsiasi raccolta di massime: se ne ricaverà l'impressione di trovarsi di fronte ad una serie di "sotto-norme" che, nell'intento di chiarire quale sia la corretta interpretazione – l'«esatta osservanza», secondo la lezione dell'art. 65 ord. giud. – degli enunciati normativi contenuti nelle disposizioni di legge interpretate, in realtà ne *specificano* il significato. Le massime, quindi, lungi dall'essere realmente rappresentative del caso deciso – e in effetti così parrebbe dover essere anche in forza delle istruzioni per la massimazione²³ – si presentano, nella struttura, come enunciati normativi recanti per lo più un chiarimento, sotto forma di *specificazione*, del significato della disposizione di legge applicata o interpretata. La presenza dei fatti nelle massime – ove ricorra – si presenta non come riferimento ad un evento concreto della vita, ma come riferimento ad una classe astratta di fatti: il fatto quindi sarà, per così dire "liofilizzato", ossia ridotto – nella migliore delle ipotesi – a componente fattuale di un enunciato normativo, come non di rado se ne trovano nelle stesse disposizioni di legge²⁴.

È vero: si è detto che «la massima giurisprudenziale può essere definita come il termine medio tra il diritto e il caso ed è determinato da entrambi in un rapporto convergente»²⁵. Ma si è poi precisato che occorre «sottolineare con particolare forza il legame al caso» e che «amputare questo lato dell'attività interpretativa del diritto significa snaturarne il significato fino a ridurla a un'insensata descrizione di un diritto, fatto di fattispecie normative e di conseguenze normative e astratto da ciò che è la sua essenziale funzione, cioè la sua capacità regolativa di casi»²⁶. E quando l'utilizzo – secondo alcuni dovremmo forse dire abusivo²⁷ – delle massime, sotto la spinta dell'abnorme produzione giurisprudenziale, prende il posto dello studio della giurisprudenza, si determina proprio quello snaturamento

²³ V. *supra*, nt. 20.

²⁴ Sono dette, queste, "massime di specie" o "massime con fattispecie" L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, cit., p. 28.

²⁵ G. ZAGREBELSKY, *Caso, regola di diritto, massima*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, p. 95 ss. e spec. p. 98.

²⁶ G. ZAGREBELSKY, *Caso, regola di diritto, massima*, cit., pp. 98-99.

²⁷ Mi riferisco in particolare a R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, cit., c. 1387 ss., il quale raccomanda sempre la lettura della sentenza per esteso: «la scheletrica struttura precettiva del principio di diritto impedisce che esso possa avere efficacia persuasiva in sé e per sé. Esso la può avere solo in collegamento con le argomentazioni giuridiche che lo sorreggono e che si ricavano dalla lettura integrale del testo della pronuncia».

denunciato da Zagrebelsky, derivante dalla sua circolazione sganciata dal caso concreto²⁸.

La massima costituisce, in definitiva, l'epilogo estremo di quella alienazione di cui il processo civile è stato autorevolmente detto portatore²⁹, facendo non solo della sentenza «un atto imposto in modo autoritario da un potere che opera per ragioni occulte»³⁰, ma traducendone i *dicta* in veri e propri enunciati normativi generali ed astratti che, proprio per la vita propria di cui vivono – potremmo dire – comandano senza persuadere. Per la verità non è raro trovare in massima un accenno alle ragioni poste a fondamento della decisione. Tuttavia, se per un verso sovente, a fronte di una pluralità di ragioni articolate in sentenza³¹, il massimatore compie un'operazione altamente discrezionale nella scelta di quale delle varie *rationes* ridurre a massima, per altro verso, riferire in sintesi le ragioni della decisione non sempre – anzi per la verità assai raramente – equivale a riportare le circostanze di fatto da cui la decisione ha preso le mosse ed è scaturita. Così oggi la massima disattende quasi sempre gli auspici che da molti anni la dottrina va ripetendo: essa sovente non è né secca enunciazione del principio di diritto³², né efficace testimonianza del caso concreto deciso³³.

²⁸In termini analoghi v. già P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit., p. 262 (cfr. spec. il brano riportato *supra* alla nt. 3).

²⁹V. DENTI, *Il processo come alienazione*, in *Sociol. dir.*, 1976, p. 149 ss.

³⁰Sono, queste, affermazioni forti, tratte al termine di un discorso nel quale si lamentava (ma il discorso è ancora attuale) la tendenziale incomprendibilità per le parti e in genere per il non-giurista della sentenza, i cui passaggi non di rado integrano «un complesso di formule magiche, da cui emana un'illogica forza di suggestione che può indurre all'obbedienza, ma che preclude la comprensione della decisione e delle sue ragioni» (così testualmente M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 436 ss.). Cfr. anche, in questo senso, L. MOSSINI, *La lingua delle sentenze*, in *Studi Parmensi*, XVII, 1976, p. 85 ss. e spec. p. 95.

³¹Si tratta di un profilo ben sottolineato da M. TARUFFO, in *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., p. 436 ss., ai cui rilievi, tuttora attuali, si rinvia.

³²Questa dovrebbe essere la struttura della massima secondo R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, cit., c. 1387 ss.

³³Secondo la dottrina maggioritaria la massima dovrebbe sempre dar conto del caso di specie da cui è scaturita la decisione, al fine di limitarne generalità ed astrattezza: si vedano in questo senso, prima di tutto, le (inascoltate) “prediche” di G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, c. 87 ss.; si vedano, successivamente, G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1986, p.

Si prendano in esame alcuni esempi di massime recenti, tratti dalla giurisprudenza della Sezioni Unite:

- a) *«Nei contratti di mutuo, allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura, come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula, né la pretesa del mutuante, di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato, può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di detta soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto»*³⁴;
- b) *«È nullo il patto col quale le parti di un contratto di locazione di immobili ad uso non abitativo concordino occultamente un canone superiore a quello dichiarato; tale nullità vitatur sed non vitiat, con la conseguenza che il solo patto di maggiorazione del canone risulterà insanabilmente nullo, a prescindere dall'avvenuta registrazione»*³⁵;
- c) *«Affinché possa ritenersi che una vittima del dovere abbia contratto una infermità in qualunque tipo di servizio non è sufficiente la semplice dipendenza da causa di servizio, occorrendo che quest'ultima sia legata a "particolari condizioni ambientali o operative" implicanti l'esistenza, od anche il sopravvenire, di circostanze straordinarie e fatti di servizio che hanno esposto il dipendente a maggiori rischi o fatiche, in rapporto alle ordinarie condizioni di svolgimento dei compiti di istituto, sicché è necessario identificare, caso per caso, nelle circostanze concrete alla base di quanto accaduto all'invalido per servizio, un elemento che comporti l'esistenza od il sopravvenire di un fattore di rischio maggiore rispetto alla normalità di quel particolare compito. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto non provato un guasto alla strumentazio-*

799 ss. e spec. p. 780 ss.; A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., p. 379 ss.; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, cit., p. 58 ss.; C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, cit., p. 82 ss.

³⁴ Cass., sez. un., 19 ottobre 2017, n. 24675.

³⁵ Cass., sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601.

- ne di bordo su un aereo militare, durante una esercitazione in volo nel corso della quale era deceduto il pilota)»³⁶;
- d) «Il diritto del lavoratore alla costituzione, a spese del datore di lavoro, della rendita vitalizia di cui all'art. 13, L. n. 1338 del 1962, per effetto del mancato versamento da parte di quest'ultimo dei contributi previdenziali, è soggetto al termine ordinario di prescrizione, decorrente dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'INPS, senza che rilevi la conoscenza o meno, da parte del lavoratore, della omissione contributiva»³⁷;
- e) «In tema di IVA il c.d. regime del margine costituisce un regime di imposizione speciale favorevole al contribuente, seppur facoltativo e derogatorio del sistema normale IVA. Nel caso di compravendita di veicoli usati, il cessionario, facendo ricorso a tale regime, deve provare la buona fede ossia di aver agito in assenza di consapevolezza di aver posto in essere un'evasione fiscale»³⁸;
- f) «Per "quote storiche spettanti" di cui all'art. 61, comma 2, c.c.n.l. 1994/97, per la dirigenza non medica del SSN del 5 dicembre 1996, si intendono quelle determinate secondo quanto previsto dal d.P.R. n. 384 del 1990, sulla base del valore unitario del plus orario determinato ex art. 61, comma 7, moltiplicato per il numero massimo delle ore di plus orario consentito e per le unità di personale impegnato nell'attività incentivata e la riduzione del 30 per cento, prevista dall'art. 8 l. n. 537 del 1993, deve applicarsi una volta determinata la quota massima spendibile ricostruita alla luce dei criteri suddetti»³⁹.

Le massime prese ad esempio si prestano a confermare quanto qui si sostiene e cioè: 1) che esse recano un enunciato normativo formulato in termini generali ed astratti (che si è evidenziato in corsivo), presente in tutte le massime; 2) che detto enunciato può essere seguito da una qualche precisazione che costituisce un chiarimento (come accade ad es. *sub b*) e *c*)), una limitazione della regola (come accade ad es. *sub d*)) o una esemplificazione che mostra come la *regula iuris* debba essere applicata in un caso concreto (come accade *sub c*)); 3) che talvolta in massima può essere espressa la *ratio* della regola enunciata (come accade *sub d*)); 4) che le massime non contengono mai riferimenti ai fatti concreti di causa,

³⁶ Cass., sez. un., 21 settembre 2017, n. 21969.

³⁷ Cass., sez. un., 14 settembre 2017, n. 21302.

³⁸ Cass., sez. un., 12 settembre 2017, n. 21105.

³⁹ Cass., sez. un., 15 dicembre 2017, n. 30222.

se non in termini estremamente generali si da costituire non già parte della *ratio* della decisione, ma – appunto – mera esemplificazione di come debba essere applicato l'enunciato normativo.

La struttura della massima può certamente variare – come dimostrano anche gli esempi appena riportati –, ma presenta pressoché sempre un nucleo essenziale, che tende a ricalcare la forma tipica della norma generale ed astratta. Vi sono alcuni casi emblematici, che mostrano con lampante chiarezza quanto ciò sia vero: si prenda, ad es., una recentissima pronuncia penale in materia di responsabilità medica e se ne veda la massima. Mi riferisco alla recentissima Cass. pen., sez. un., (ud.) 21 dicembre 2017, n. 1770 in cui – in una sentenza che ha dichiarato inammissibile il ricorso, quindi “puramente interpretativa” – sulla *questione* (poi degradata significativamente, nelle stesse parole della Cassazione, a *quesito*) sottopostale dalla sezione rimettente, ha enunciato il seguente principio di diritto:

«L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

a) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da negligenza o imprudenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia: 1) nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione dell'atto medico quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali; 2) nell'ipotesi di errore rimproverabile nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche che non risultino adeguate alla specificità del caso concreto, fermo restando l'obbligo del medico di disapplicarle quando la specificità del caso renda necessario lo scostamento da esse;

c) se l'evento si è verificato per colpa (soltanto “grave”) da imperizia nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione, quando il medico, in detta fase, abbia comunque scelto e rispettato le linee-guida o, in mancanza, le buone pratiche che risultano adeguate o adattate al caso concreto, tenuto conto altresì del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico».

A fronte di un principio di diritto così formulato – che, dopo essere confluito *verbatim* nella “sintesi”, predisposta dal Massimario, nel sito internet generale della Cassazione, è destinato con ogni probabilità ad essere recepito, così com'è, da una massima – potremmo domandarci se, non sapendo che di ciò si tratta, qualcuno sia effettivamente in grado di distinguerla da una norme di legge. È lecito supporre una risposta negativa.

Ora, la circostanza che le massime rechino quasi sempre un vero e proprio enunciato normativo, che ne costituisce il nucleo essenziale, non può non influenzarne la funzione: la massima – si è sostenuto – deve costituire un mero espediente mnemonico per stimolare lo studio delle sentenze per esteso⁴⁰. Si è anche detto che le massime dovrebbero avere un carattere meno generale ed astratto, dovendo recare ben più che un cenno (peraltro sporadico) ai fatti di causa⁴¹. Sembra, tuttavia, che nessuno di questi auspici si sia avverato: da un lato, gli avvocati e i giudici raramente hanno il tempo necessario ad approfondire lo studio della giurisprudenza attraverso la lettura delle sentenze per esteso ed il loro raffronto ragionato; dall'altro lato, lo stile della massimazione non è significativamente mutato, sicché le massime continuano ad essere ben lontane dal consentire al lettore di comprendere – anche solo per sommi capi – i tratti del caso concreto.

La massima, in definitiva, funziona in modo molto simile ad una norma di legge: sotto il profilo genetico, il progressivo allontanamento dai fatti del caso concreto, che già si manifesta nella stesura delle sentenze⁴², diventa distacco pressoché completo nel momento del conio della massima. Sotto il profilo funzionale, quest'ultima viene nella prassi utilizzata come vero e proprio enunciato normativo, invocata, nella maggior parte dei casi, a prescindere dalle circostanze del caso concreto che l'hanno generata. Le ragioni di tutto ciò, però, non si possono addebitare alla tecnica – o, almeno, non solo ad essa – perché affondano le loro radici in una dimensione culturale, a livello della quale si consuma una contrapposizione (troppo spesso trascurata e probabilmente, per certi versi, irriducibile) tra due culture – checché se ne dica e a scapito di più superficiali assonanze – forse ancora lontane nel profondo: quella di *civil law*, imperniata sul diritto legislativo, e quella di *common law*, costruita sull'autorità del precedente⁴³. In altre parole, per dirla con Galgano, «educati come siamo ad

⁴⁰ R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, cit., c. 1387 ss.

⁴¹ C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, cit., p. 86. In senso analogo, in precedenza, G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, cc. 305-311 e spec. cc. 309-310; A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., p. 379 ss.; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, cit., p. 58 ss.

⁴² M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss.

⁴³ Tornano qui di attualità le considerazioni, già richiamate nel capitolo che precede, di M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLIV, 2015, pp. 67-101, sul-

argomentare dalla legislazione, noi abbiamo preteso che i precedenti di giurisprudenza ci fossero confezionati ad immagine e somiglianza delle leggi. Dalle sentenze, che sono decisioni su casi concreti, vengono per noi ricavate le *massime*, un genere sconosciuto al mondo anglosassone, che sono proposizioni formulati in termini generali ed astratti, al pari di altrettante norme di legge»⁴⁴.

4. *Massima e potere*

È venuto ora il momento di dedicare qualche cenno ai rapporti tra massima e potere⁴⁵. Il tema è delicato e complesso, sicché potrebbe meritare riflessioni assai più meditate e approfondite di quelle alle quali ci si limiterà in questo paragrafo: esso, pertanto, qui non può che essere abbozzato e a tal – pur limitato – fine, appare utile riprendere alcune interessanti riflessioni, sorprendentemente suggestive, offerte da una teoria del potere elaborata in chiave sociologica⁴⁶.

la importanza culturale del “creazionismo giuridico” che imbeve il giurista continentale, spesso impedendogli di concepire una formazione del diritto che non si riduca a “normazione” o, com’è stato detto, a «legislazione giudiziaria».

⁴⁴F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 701 ss. e spec. p. 702 (corsivo dell’a.).

⁴⁵Dei rapporti tra massima e potere si trova un cenno in M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 545 ss. e spec. p. 557 ss., poi riportato anche in *Id.*, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Cedam, Padova, 1995, p. 212, ove l’a. affermava «non è, questo delle massime, solo un problema culturale, ma anche di potere: massime irreali, fuorvianti ed infedeli avrebbero il grave ed inquietante effetto – specie in un ambiente ove avesse a diffondersi l’abitudine di usare il diritto giurisprudenziale “in pillole” – di far transitare importanti prerogative del potere giudiziario nelle mani degli occulti estensori delle massime (o dei loro manipolatori)».

⁴⁶Nel contesto di una riflessione sulla produzione e sull’uso delle massime giurisprudenziali il richiamo a una teoria del potere agganciata alla sociologia – ed in particolare alla teoria dei sistemi sociali –, ancorché possa a prima vista configurarsi come un’anomalia, non deve, a nostro avviso sorprendere. La giurisprudenza e, con essa, le massime, infatti, non costituiscono – secondo la corrente teoria delle fonti – un vincolo giuridico: le massime, infatti, nel nostro ordinamento non sono norme di legge e non sono fonti del diritto, come, invece, sono in altri ordinamenti, quale quello brasiliano preso ad esempio *supra*, cap. II, par. 6.1. Le massime, tuttavia, anche per la struttura che assumono, assai simile a quella di un enunciato normativo (v. par. precedente), svolgono certamente un qualche ruolo nelle decisioni assunte dagli avvocati o dai giudici che devono applicarle.

4.1. *La massima come mezzo di comunicazione*

In un breve, ma potentissimo, saggio della metà degli anni Settanta⁴⁷, Niklas Luhmann – sulle orme di Parsons⁴⁸ – configurava il potere come mezzo di comunicazione, spiegando che il potere si contrappone alla costrizione, in quanto, mentre quest'ultima determina un azzeramento della volontà del costretto, l'esercizio del potere presuppone la compartecipazione della volontà di colui che a quel potere è soggetto. Qui non interessa ripercorrere diffusamente la tesi elaborata su potere e comunicazione da uno dei più colti e accreditati teorici dei sistemi sociali, cosa che sarebbe senz'altro fuor di luogo, obbligando, peraltro, a uno sforzo che, oltre a non essere pertinente, implicherebbe conoscenze che difettano in chi scrive. Tuttavia, nel complesso – e, per certi versi, difficile per la sua talora estrema astrattezza – discorso di Luhmann è possibile cogliere alcune importanti notazioni sul potere come mezzo di comunicazione, che hanno un rilievo di qualche significato nell'ambito del presente studio e, più specificamente, nell'indagine che si sta conducendo sulla produzione e sull'uso delle massime giurisprudenziali.

In particolare è interessante osservare come il potere, secondo Luhmann, – al pari di ogni mezzo di comunicazione – funziona trasmettendo

Proprio perché va esclusa, secondo i dettami della dominante teoria delle fonti, un'efficacia giuridica delle massime, il loro modo di operare si presta ad essere compreso e spiegato secondo altri modelli: per questa ragione, ad avviso di chi scrive, risulta utile e pertinente far capo a una teoria del potere di impronta sociologica.

⁴⁷N. LUHMANN, *Macht*, Enke, Stuttgart, 1975, (trad. It di R. Schmidt e D. Zolo), *Potere e complessità sociale*, Il Saggiatore, Milano, 1979, *passim* e spec. pp. 1-18. Non per caso il volumetto di Luhmann continua ad essere ristampato anche nella sua traduzione italiana (Il Saggiatore, 2010). Più di recente, nella letteratura in lingua italiana, v. anche M. INFANTE, *Teoria sistemica dei media. Vol. I Luhmann e la comunicazione*, Aracne, Roma, 2012, *passim* e Id., *Teoria sistemica dei media. Vol. II La mosca e la ragnatela: la soggettività nel sistema della rete*, Aracne, Roma, 2012, *passim*. L'autorevolezza di Luhmann ed il carattere altamente astratto e teorico generale del suo discorso appaiono ragioni sufficienti a giustificare il richiamo ad una teoria sociologica che, per quanto possa considerarsi – specie alla luce dei parametri odierni – un po' datata, resta di impressionante attualità.

⁴⁸La concezione del potere come mezzo di comunicazione inizia, infatti, con Talcott Parsons nella prima metà degli anni Sessanta: v. T. PARSONS, *On the Concept of Political Power*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1963, CVII (3), pp. 232-262, poi ristampato in Id. *Sociological Theory and Modern Society*, Free Press, New York, 1967, pp. 297-354. Successivamente detta proposta teorica, pur aspramente criticata da una parte dei sociologi, prende piede e resta al centro del dibattito per diverso tempo, costituendo tuttora una delle concezioni con cui è necessario confrontarsi.

«una complessità che è stata ridotta»⁴⁹. Dopo aver illustrato i vantaggi prodotti dalla scelta di ricorrere alla teoria dei mezzi di comunicazione come base per una teoria del potere, Luhmann afferma, infatti, che i processi di comunicazione «collegano tra loro *partners* che compiono, *ciascuno per la sua parte, proprie* prestazioni selettive, essendo reciprocamente consapevoli di questa situazione»⁵⁰ e spiega che sia al detentore del potere (che l'a. – riprendendo, in parte modificandola, una terminologia che risale a Parsons – chiama *Alter*), sia al destinatario del potere (che l'a. chiama *Ego*)⁵¹ sono riconosciute delle possibilità di scelta, tanto da definire queste situazioni caratterizzate da una «selettività doppiamente contingente»⁵². In questo contesto, è possibile affermare che «presupposto fondamentale di ogni potere è, dunque, il fatto che vi sia *incertezza* per quanto riguarda la selezione operata dal detentore del potere (*Alter*). Per varie ragioni *Alter* dispone di più di un'alternativa. Egli è in grado di *produrre o di rimuovere incertezza* presso il suo *partner* [*Ego*] relativamente all'uso della propria facoltà di scelta»⁵³. Ecco, allora, che la selezione di *Alter* (ossia colui che esercita il potere) riduce le possibilità selettive di *Ego* (colui che a quel potere è soggetto), determinando una limitazione dello «spazio selettivo» di quest'ultimo⁵⁴.

Certamente non è possibile pretendere di far combaciare perfettamente i profili del tema qui indagato con l'analisi di Luhmann, che intende fondare una teoria del potere, passando per una teoria della società. Tuttavia, è difficile sottrarsi all'impressione che ciò che accade con la massimizzazione delle sentenze sia qualcosa di molto simile al processo descritto da Luhmann: la redazione delle massime, infatti, a fronte della grande quantità di sentenze pronunciate ogni anno dalla Corte di cassazione, costituisce un potentissimo strumento di riduzione dello spazio selettivo di chi dovrà utilizzare l'enorme mole di "materiale giurisprudenziale" prodotto quotidianamente dalla Corte. Proprio la funzione di riduzione della complessità e, conseguentemente, dello spazio selettivo di chi uti-

⁴⁹ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., p. 9.

⁵⁰ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., p. 5, corsivi dell'a.

⁵¹ La contrapposizione tra *Ego* e *Alter* era già stata utilizzata da Talcott Parsons, ma trova in Luhmann un impiego più maturo: nella prospettiva di quest'ultimo a., infatti, *Ego* e *Alter* non sono (ancora) due soggetti distinti, ma ciascun soggetto nel momento in cui partecipa alla comunicazione è nello stesso tempo entrambi.

⁵² N. LUHMANN, *ibidem*, corsivi dell'a.

⁵³ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., p. 6, corsivi dell'a.

⁵⁴ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., p. 10.

lizza detto materiale, consente di affermare che la massimazione delle sentenze costituisce, almeno in termini sociologici, esercizio di potere.

4.2. *Massima e riduzione della complessità: la funzione catalitica della massimazione delle sentenze*

Ma vi è di più. Per andare ancora oltre in questa metafora, vale la pena di riportare alla lettera un passo di Luhmann, che appare illuminante sul modo in cui il potere opera come mezzo di comunicazione: «non è sufficiente descrivere il potere esercitato dal suo detentore come causa e nemmeno come causa potenziale»⁵⁵ di ciò che accade. «Più plausibilmente esso è paragonabile alla complessa funzione di un *catalizzatore*. I catalizzatori accelerano (oppure rallentano) il verificarsi di determinati eventi; senza subire alcuna trasformazione, essi ne modificano il tasso di frequenza (o, in altre parole, la probabilità) che sarebbe prevedibile nel caso di rapporti causali tra sistema e ambiente. Essi producono quindi in ultima analisi un *risparmio di tempo*, il che rappresenta sempre un fattore cruciale nella costruzione di sistemi complessi»⁵⁶. In definitiva, «il potere è la *chance* di accrescere le probabilità che si realizzino determinati nessi selettivi improbabili»⁵⁷.

La funzione di massimazione delle sentenze, letta alla luce delle riflessioni svolte da Luhmann, sembra funzionare esattamente come un *catalizzatore*: essa opera attraverso una delicata operazione di selezione delle sentenze da massimare, e, inverando un *risparmio di tempo*, riduce lo spazio di selezione di chi attinge alla giurisprudenza della Corte.

La funzione catalitica del potere, secondo Luhmann, si fonda su nessi causali estremamente complessi: per questa ragione «il potere non può che essere concepito come mezzo di comunicazione caratterizzato dalla *generalizzazione* simbolica. Compiendo un'astrazione in direzione dei nessi selettivi controllati attraverso simboli è possibile evitare che il potere venga inteso come fenomeno dipendente da un'influenza del detentore di potere esercitato nei confronti del soggetto subalterno attraverso un'azione diretta. Presupposto sufficiente è la comunicazione in generale, e cioè che il soggetto subalterno venga informato, non importa attraverso

⁵⁵ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., p. 11.

⁵⁶ N. LUHMANN, *ibidem*, corsivi miei.

⁵⁷ N. LUHMANN, *ibidem*.

quali circuiti, non solo dell'esistenza, ma soprattutto della selettività degli atti di potere, passati o futuri, compiuti dal detentore del potere».

I profili che emergono addentrandosi maggiormente nell'analisi di Luhmann rafforzano l'opportunità di accostare la riduzione della giurisprudenza in massime ad un'attività di *generalizzazione simbolica*⁵⁸, che, pur senza tradursi in vincolo per i suoi destinatari⁵⁹, tuttavia incrementa enormemente la probabilità che di quelle decisioni che vengono massimate se ne faccia un uso significativo, senza che ciò implichi in alcun modo un'incidenza *diretta* dell'azione di massimazione delle sentenze sul comportamento dei suoi utilizzatori. Infatti, proprio la comunicazione – non importa attraverso quali circuiti – delle massime (frutto di un'attività a matrice fortemente selettiva) completa il quadro, consentendoci di riportare, pur con le dovute cautele imposte dalla (almeno apparente) distanza tra le discipline, il fenomeno di estrazione delle massime a quelli della comunicazione e del potere.

La massimazione delle sentenze – si potrà fondatamente osservare – non costituisce un potere in termini giuridici, posto che, per un verso, non vi è – a differenza di ciò che accade altrove⁶⁰ – vincolo giuridico alcuno al rispetto delle massime, e che, per altro verso, l'accesso oggi illimitato a tutti i provvedimenti della Corte consente a chiunque di attingere a quel coacervo di materiale giurisprudenziale (normativo in senso lato) costituito dall'enorme insieme delle sentenze della Cassazione. E ciò è senz'altro vero. Ma, nondimeno, appare difficile negare che la massimazione delle sentenze è – pur in termini sociologici, quindi “di fatto” – esercizio di un potere. E altrettanto arduo appare negare che si tratti di un potere che, per quanto non riducibile in termini propriamente giuridici – è, però, di non poco momento⁶¹: la selezione del sottoinsieme dei

⁵⁸ Sulla *generalizzazione simbolica* in un contesto più specifico v., in particolare, N. LUHMANN – K.E. SCHORR, *Reflexionsprobleme im Erziehungssystem (suhkamp taschenbuch wissenschaft)*, Ernst Klett, Stuttgart, 1979, (trad. it. di E.K. Cerretti - P. Cipolletta), *Il sistema educativo. Problemi di riflessività*, Armando, Roma, 1988, p. 314 ss.

⁵⁹ Essi restano, infatti, astrattamente liberi di prestarvi o meno credito, potendo attingere – oggi con grande (solo apparente, data la mole) facilità – a tutta la giurisprudenza possibile.

⁶⁰ Si pensi, ad es., alla *sumula vinculante* brasiliana, sulla quale – anche per riferimenti bibliografici – rimando al cap. II, par. 6.1.

⁶¹ Ancora oggi suggestive appaiono, in questa direzione, le taglienti riflessioni polemiche del Redenti contro le «massime consolidate», frutto di una selezione delle massime operata dall'Ufficio del Massimario e pubblicata da parte di alcune riviste (si trattava, nella specie, del *Foro italiano* e del *Foro padano*): E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime*

provvedimenti da massimare e, all'interno di questo, dei *dicta* da trasformare (e del modo in cui trasformarli) in massime costituisce un'attività tipicamente catalitica, poiché riduce di fatto l'ambito delle possibili scelte di coloro che si rivolgono alla giurisprudenza per cercare una risposta ad un quesito giuridico, incrementando (enormemente) le probabilità che i principi enunciati nelle sentenze massimate (e tradotti in massime) vengano utilizzati da altri operatori del diritto. Viene, infatti, spontaneo osservare che, pur essendo teoricamente possibile riuscire ad individuare un principio di diritto contenuto in una sentenza non massimata, ciò costituisce comunque operazione assai laboriosa e richiede un dispendio di risorse non facilmente praticabile in concreto. La massimazione delle sentenze effettuata dall'Ufficio del Massimario – ma anche di quella operata da massimatori non ufficiali, ossia dalle riviste giuridiche – non implica affatto, ovviamente, una esclusione della volontà di colui che a quel

consolidate della Corte Suprema, cit., p. 120 ss. La polemica del Redenti – in consonanza con la quale, quasi contemporaneamente, venivano pubblicate le osservazioni di V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, p. 249 ss. – si rivolgeva significativamente contro un'attività di selezione di cui a ragione l'a. lamentava l'opacità. Discorrendo della "massima consolidata" Redenti osservava: «"consolidata" in tanto, da che cosa lo si desume? Che cosa occorrerà per questa consolidazione? Sarà un giudizio (apprezzamento) di merito? Ma per questo è chiaro che manca all'ufficio qualunque competenza legale. Il suo marchio attribuisce alla massima una attendibilità ufficiale, per cui si pensa che vi facciano fidanza i giudici e le parti come precedente normativo. E allora se il giudizio sulla "consolidazione" fosse di merito, l'ufficio a *latere* usurperebbe questa funzione delle sezioni unite secondo l'art. 374, cpv, che suppone *quodammodo* una competenza speciale ad effetti nomofilattici». Possiamo chiederci, a questo punto, con una domanda retorica: che cosa lamentava il Redenti nel suo breve e acuto saggio se non un eccesso – o un vero e proprio sconfinamento – di *potere* da parte dell'Ufficio del Massimario? Analoghe considerazioni possono essere riferite alle critiche versate dall'Andrioli nel coevo contributo apparso sulla *Processuale*, ove il Maestro affermava, contrapponendo la decisione delle Sezioni Unite alla massima consolidata: «qui, a parte la maggiore autorità delle Sezioni Unite, la scelta della massima più esatta viene fatta con esplicito riferimento al caso concreto e in un processo vero e reale, in cui le parti private e il rappresentante della legge sono ammessi a illustrare le identità e le differenze racchiuse nel precedente; la consolidazione, invece, si svolge sulle massime, non sui conflitti concreti d'interessi e, soprattutto, al di fuori di un processo vero e reale» (V. ANDRIOLI, *Massime consolidate*, cit., p. 256). Per osservazioni molto critiche, anche se formulate parzialmente in prospettiva diversa, v. anche F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, pp. 41-43 e FAVARA, *Massime Consolidate o cristallizzate?*, in *Giur. it.*, 1949, IV, c. 138. Meno critico fu, invece, lo Jaeger verso le massime consolidate. N. JAEGER, *Nozione, caratteri, autorità della giurisdizione consultiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 997, ma assai lo fu, nondimeno, nei confronti delle massime in sé, giudicate «frettolosamente redatte e quindi oscure e atte soltanto ad indurre in errore» (*ivi*, p. 1002).

materiale si rivolga, ma ne costituisce indubitabilmente uno dei fattori più potenti di influenza: potere, insomma.

Un ultimo dato di natura statistica consente di aggiungere, alle riflessioni che si sono svolte, che quello della massimazione delle sentenze è un potere in forte crescita: se, infatti, nel 1985 si sono massimati 4.092 provvedimenti su un totale di 6.577 pronunce, nel 2016, a fronte di 27.589 provvedimenti pubblicati, sono state estratte 4.573 massime, con la conseguenza che la percentuale dei provvedimenti massimati è drasticamente scesa dal 62% al 14% circa ⁶².

È, quindi, evidente che la riduzione di complessità che consente di riallacciare la struttura del potere a quella dei mezzi di comunicazione si fa, con riferimento alla produzione delle massime e alla scelta dei provvedimenti da massimare, via via più intensa: l'Ufficio del Massimario, che è – potremmo dire, con una metafora – la bocca della Cassazione, oggi, in proporzione, “parla” molto meno di trent'anni fa, così determinando, nell'esercizio delle sue funzioni, un tasso assai più elevato di riduzione della complessità, accrescendo così la forza del potere che di fatto esso esercita.

4.3. *La rivincita silente delle «massime consolidate»: certalex, certanet e la «super-giurisprudenza»*

Vi sono, infine, due aspetti ulteriori che per certi versi acuiscono il fenomeno che si è appena segnalato e che, rivestendo un carattere prevalentemente tecnico, si prestano – ancora una volta su un piano *di fatto* – a rinsaldare i rapporti tra massima e potere: si tratta dell'utilizzo del “marcatore” CERTALEX ⁶³ e dello sviluppo del progetto CERTANET ⁶⁴.

⁶² Sono dati riportati da G. AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, relazione tenuta nell'ambito del seminario svoltosi presso la Suprema Corte di cassazione mercoledì 12 aprile 2017, dal titolo *L'ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro*, reperibile on-line al sito Internet www.cortedicassazione.it, p. 7.

⁶³ Le modalità di apposizione e di utilizzo della dicitura “CERTALEX” viene ben spiegata da Giovanni Amoroso in vari luoghi. Si vedano: G. AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, cit., p. 7; ID., *La Corte di cassazione ed il precedente*, in M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, II ed., Cacucci, Bari, 2015, p. 47 ss. e spec. p. 89.

⁶⁴ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italgire della Corte di Cassazione*, in

L'Ufficio del Massimario e del Ruolo, quando incontra, nell'attività di spoglio, provvedimenti che esprimono un principio di diritto «conforme alla giurisprudenza della Corte», suscettibile di determinare l'operatività del filtro di inammissibilità di cui all'art. 360-*bis* c.p.c., provvede a evidenziare la massima che da quel provvedimento si estrae con la dicitura CERTALEX. È, quest'ultimo, una sorta di marcatore utilizzato proprio al fine di consentire ai magistrati (e agli abbonati al servizio Italggiure) di individuare rapidamente e in automatico, anche grazie agli strumenti informatici, quali tra i numerosissimi principi di diritto siano per così dire "così" consolidati da dar vita ad un orientamento giurisprudenziale di solidità tale da determinare l'inammissibilità dei ricorsi che, senza articolare motivi sufficientemente convincenti, sollecitano la Corte ad un *revirement*. L'etichettatura con il marcatore CERTALEX di quelle che non possono non riportare alla memoria il famigerato fenomeno delle "massime consolidate" – severamente censurato già circa settant'anni or sono in contemporanea dall'Andrioli, dal Redenti e dal Carnelutti⁶⁵ – costituisce uno strumento che in concreto ha ancora un peso molto limitato: risulta, infatti, che le massime segnalate con questo marcatore, su un totale di oltre 500.000⁶⁶, siano attualmente circa 200, spesso relative a questioni di scarso impatto sistematico, sicché, per ora, il fenomeno appare piuttosto inconsistente. Tuttavia, sotto il profilo metodologico, esso si espone ad alcune riflessioni critiche che qui non possono che restare abbozzate e che tuttavia non si rinuncia a segnalare: non vi è, anzitutto, chi non veda come l'attribuzione di uno *status* di particolare forza a principi di diritto enunciati in massima costituisca il terzo stadio di un potere di fatto esercitato, pur nell'ambito delle funzioni attribuitegli per legge, dal Massimario. Il primo è costituito dalla selezione delle pronunce da massimario; il secondo è costituito dalla scelta delle parole da utilizzare nella massima; il terzo è costituito dalla attribuzione del marcatore CERTALEX, che, quand'anche oggi rappresenti un fenomeno di scarsa portata

D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, RomaTre-Press, Roma, 2016, pp. 23-31.

⁶⁵ Del fenomeno delle «massime consolidate» si è già detto *supra*, testo e nt. 61, a cui si rimanda, e ancora si dirà *infra* nei prossimi paragrafi: cfr., sul punto, E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, cit., p. 120 ss.; V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, cit., p. 249 ss.; F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, cit., pp. 41-43 e FAVARA, *Massime Consolidate o cristallizzate?*, cit., c. 138

⁶⁶ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italggiure della Corte di Cassazione*, cit., p. 25.

sul piano quantitativo, si pone come un fattore potenzialmente idoneo ad incrementare ancor di più la vocazione “catalitica” dell’attività di massimazione delegata al Massimario.

Tutto ciò – è bene ricordarlo – avviene in assenza di regole predeterminate ed implica un ricorso a quote cospicue di discrezionalità e nella più totale assenza di trasparenza. Sicché, le perplessità che taluni hanno sollevato circa la legittimità costituzionale del “filtro”⁶⁷, potrebbero apparire ancor più fondate alla luce di questo fenomeno, destinato obliquamente, ma certamente, ad incidere sui presupposti (a questo punto, per un perverso paradosso, dovremmo dire: “di fatto”) dell’applicazione dell’art. 360-bis c.p.c. È pur vero che quasi tutte le massime con il “bollo” CERTALEX

⁶⁷ Cfr. soprattutto A. CARRATTA, *Il “filtro” al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1563. Per una sintesi delle diverse posizioni assunte dalla dottrina (con specifico riferimento al problema della costituzionalità) sulle varie ipotesi di “filtro” in gestazione prima dell’effettiva introduzione dell’art. 360-bis c.p.c., si veda R. TISCINI, *Commento all’art. 360-bis*, in L.P. COMOGLIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, Utet, Torino, 2013, p. 612 ss. e spec. 614 ss. In argomento, più ampiamente, v. anche i contributi di A. BRIGUGLIO, *Chi ha paura del filtro?*, in www.judicium.it; Id., *Commento all’art. 360-bis*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, vol. III, tomo I, Cedam, Padova, 2009, p. 50 ss. e spec. p. 53 ss.; M. BOVE, *La riforma della procedura*, in M. BOVE – A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, Macerata, 2009, p. 66 ss.; S. MENCHINI, *Inammissibilità del ricorso*, in G. BALENA – R. CAPONI – A. CHIZZINI – S. MENCHINI (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Utet, Torino, 2009, p. 110 ss.; G. SCARSELLI, *Il processo in cassazione riformato*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 310; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 791 ss.; C. CONSOLO, *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 737 ss.; Id., *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze (dopo la legge n. 69 del 2009)*, Cedam, Padova, 2009, p. 517 ss.; F. CARPI, *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, *Corr. giur.*, 2009, p. 1443 ss.; Id., *L’accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 776 ss.; G. RAITI, *Brevi note sul “filtro” in Cassazione secondo la legge di riforma del codice di rito civile 18 giugno 2009, n. 69*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1601 ss.; A. PROTO PISANI, *Principio d’eguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 65; B. SASSANI – R. TISCINI, *Commento all’art. 360-bis*, in A. SALETTI – B. SASSANI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Giappichelli, Torino, 2009, 155 ss.; E. SILVESTRI, *Le novità in tema di giudizio di cassazione*, in M. TARUFFO, *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 409 ss. e spec. p. 415; R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 374 ss.; R. DONZELLI, *Il filtro in cassazione e la violazione dei principi regolatori del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1087 ss.; R. TISCINI, *Il giudizio di cassazione*, in F.P. LUISSO – R. VACCARELLA, *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 365 ss.; M. FORNACIARI, *L’inammissibilità del ricorso per Cassazione ex art. 360-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. dir. proc. civ.*, 2013, p. 645 ss.

provengono dalla sesta sezione civile della Corte ⁶⁸, sicché sono espressione pressoché diretta della giurisprudenza della c.d. “sezione filtro”: quasi tutte, ma non tutte, il che dimostra che esiste comunque uno spazio di discrezionalità che il Massimario si riserva nell’attribuzione di questo speciale *status*, uno spazio oggi minimo ma che potrebbe ampliarsi.

D’altro canto, che – se non in atto, almeno in potenza – l’attività di “certificazione” della giurisprudenza consolidata possa tradursi in un (ulteriore e autonomo) formante, governato da chi non è né legislatore, né giudice, è dimostrato da qualche iniziativa editoriale che, cavalcando prontamente la nuova super-giurisprudenza, ha già dato alle stampe i *Principi certificati di diritto civile* ⁶⁹, così rendendo disponibili per la generalità degli operatori del diritto queste «massime consolidate» di nuova generazione.

L’attribuzione dello *status* di CERTALEX ad alcune massime si pone ancora in una dimensione statica della tenuta degli archivi delle massime ufficiali. Le segnalazioni e i richiami di conformità, di difformità o di contiguità (veicolati rispettivamente dalle abbreviazioni “CONF”, “DIFF” e da “VEDI”) introducono, invece, un elemento dinamico, affidato al confronto diacronico dell’evoluzione giurisprudenziale per massime ⁷⁰. Oggi – segnala il Direttore del Massimario ⁷¹ – «le massime presenti negli archivi di giurisprudenza non sono differenziate per come si collocano nell’insieme relazionale di queste connessioni; la finalità del progetto denominato CERTANET (ossia: “certezza” – nel senso di maggiore affidabilità – attraverso la rete – “net” – dei rinvii) è quella di operare una differenziazione mediante una etichettatura, automatica e diacronica, di quelle massime che soddisfino determinati requisiti in modo da creare uno spaccato – non statico, ma suscettibile di essere mutevole nel tempo – che offra una valutazione dinamica dell’insieme delle massime distinguendo quelle che esprimono una giurisprudenza che in un certo momento può dirsi “formata”,

⁶⁸ G. AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, cit., p. 7; Id., *La Corte di cassazione ed il precedente*, cit., p. 91.

⁶⁹ Si veda G. PESCATORE, *I principi certificati di diritto civile*, Nel Diritto Editore, Molfetta, 2015, *passim*.

⁷⁰ G. AMOROSO, *La Corte di cassazione ed il precedente*, cit., p. 91.

⁷¹ La composizione dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo – salvo mio errore – non è pubblica: non esiste, ad es., una pagina internet liberamente accessibile da cui trarre tale dato. Tuttavia, dalle relazioni tematiche pubblicate dal Massimario annualmente è possibile individuare, oltre ai collaboratori alla stesura delle relazioni, il Direttore ed il Direttore aggiunto dell’Ufficio. Nelle relazioni tematiche relative all’anno 2016, pubblicate nel 2017, risultano Direttore il dott. Giovanni Amoroso e Direttore aggiunto la dott.ssa Camilla Di Iasi.

ovvero “matura”, e quindi maggiormente affidabile, e tutte le altre massime che invece esprimono una giurisprudenza in via di formazione»⁷².

Negli archivi del Massimario si verrebbero, così, ad affiancare al sottoinsieme delle “massime ordinarie”, altri due sottoinsiemi costituiti da: *a*) massime etichettate con la dicitura CERTALEX (valevoli, a quanto pare, ai fini del “filtro”) e *b*) massime etichettate con la dicitura CERTANET. Quest’ultima verrebbe attribuita e rimossa in modo automatico, sicché dovrebbe avere «l’effetto di evidenziare un nucleo di nomofilia “forte” che per l’utente – giudice, avvocato, studioso – si segnala come maggiormente affidabile ed in particolare per il giudice si porrebbe come naturale parametro di giudizio per l’interpretazione della norma; potrebbe egli pur sempre disattenderlo essendo, nel nostro sistema ordinamentale, soggetto solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), ma ciò richiederebbe una argomentata ed adeguata motivazione critica, laddove al contrario non occorrerebbe motivazione ulteriore ove egli intenda conformarsi»⁷³.

Lo scopo del progetto CERTANET è quello di consentire la identificazione di una giurisprudenza che può considerarsi consolidata rispetto ad un certo segmento di tempo: «calibrando la lunghezza del segmento come parametro di raggiunta affidabilità della giurisprudenza e definendo un arco di tempo in cui la verifica (automatica) va fatta, si isola nell’insieme delle massime un sottoinsieme di massime “etichettate” con CERTANET»⁷⁴. A fronte di un’attività di massimazione che prosegue secondo i criteri tradizionali, l’etichettatura delle massime con CERTANET discende in via automatica e meccanica dall’apposizione dei riferimenti CONF e DIFF alle nuove massime ad opera dei magistrati del Massimario.

Si apprende, poi, con grande interesse, che «nella procedura automatica di creazione e costante verifica dell’etichettatura CERTANET rilevano i seguenti parametri: *a*) la “lunghezza” del segmento della rete dei riferimenti in termini di conformità; *b*) l’arco di tempo in cui le condizioni di conformità debbono risultare verificate. A questi si aggiunge una terza condizione: *c*) mancanza di rinvii passivi di difformità»⁷⁵. Ma, soprattutto, si apprende, subito dopo che: «È questa una scelta discrezionale a monte di tutta la procedura»⁷⁶.

⁷² G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italggiure*, cit., p. 26.

⁷³ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italggiure*, cit., p. 27.

⁷⁴ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italggiure*, cit., p. 27.

⁷⁵ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italggiure*, cit., p. 28.

⁷⁶ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italggiure*, cit., p. 28.

I predetti tre parametri – che in matematica sono funzioni, in grado di esprimere la relazione tra l'insieme delle massime “ordinarie” e quello delle “super-massime” – dovrebbero dire se l'orientamento giurisprudenziale rappresentato dalle massime conformi costituisca una “catena di conformità” non interrotta da rinvii passivi (quindi da parte di pronunce successive) di difformità, o meno. E, a seconda dell'esito di detta verifica, quegli stessi parametri – a seconda di come vengano impostati – sono in grado di determinare l'inclusione della massima o la sua esclusione dall'insieme delle “massime certificate” o “super-massime”.

Sarebbe, a questo punto opportuno chiedersi a chi spetti il potere di decidere questi parametri, sulla base di quali criteri, ed a quali controlli queste decisioni siano soggette. Il fenomeno qui descritto, come già si è detto con riferimento all'etichettatura “CERTALEX”, costituisce il terzo di tre momenti dell'esercizio di un potere (di fatto – come si è dimostrato – e, quindi, per definizione non controllabile) dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo nella costruzione di quello che viene correntemente chiamato “precedente”. Oltre alla scelta delle sentenze da massimare e alla scelta di come massimarle, a breve il Massimario – quando il progetto “CERTANET” diverrà realtà – sarà chiamato – nell'esercizio di una funzione che non pare in alcun modo potersi qualificare come “giurisdizionale” – anche a fissare i criteri che consentano di dire quando si è in presenza di una catena di conformità che legittima l'attribuzione – vale la pena di ribadirlo: in via *automatica* – a determinate massime di uno speciale certificato. Questo certificato attribuirà alla massima uno *status* di affidabilità superiore rispetto a quella associata ad una massima “normale”.

Il progetto CERTANET e l'etichettatura CERTALEX costituiscono, in definitiva, l'ultima frontiera di quel potere di fatto che esercita chi è chiamato alla massimazione delle pronunce della Cassazione. Si tratta di un potere verticale, burocratico, autoritario, non controllato, né controllabile, il cui esercizio poggia, peraltro, su basi teoriche fragilissime: ad avviso di chi scrive, infatti, il solo fatto di concepire un sistema di precedenti gestito con etichettature automatiche – ma dipendenti da scelte discrezionali assunte fuori dal circuito democratico e, quindi, non controllabili – implica una concezione del “precedente” difficile da condividere. Anticipando qui alcune considerazioni che si svolgeranno a valle di ulteriori indagini sul “precedente”, possiamo, infatti, affermare che se la massima, come oggi è formulata, è il precipitato di un'attività di generalizzazione ed astrazione del principio enunciato dalla pronuncia massimata, sterilizzato dalle peculiarità e dai fatti del caso concreto, essa allora è priva di tutti i connotati tipici del “precedente”. Se, inoltre, – come le teorie

dell'interpretazione più accreditate insegnano⁷⁷ e come talvolta la stessa Cassazione non ha potuto fare a meno di ammettere⁷⁸ – non possono darsi interpretazioni di disposizioni in assenza di fatti, com'è possibile immaginare di gestire un “archivio delle interpretazioni” affidato a meccanismi automatici di etichettatura delle massime? Di questo, infatti, si tratta: è lo stesso Direttore del Massimario ad affermare che, in presenza di una massima “CERTANET”, che interpreta la disposizione D nel modo D_1 , il giudice non avrà bisogno di motivare se, nel caso da decidere, interpreterà la predetta disposizione nel modo D_1 , mentre dovrà necessariamente farlo se vorrà interpretarla nel modo D_2 , D_3 o D_4 . Questo modo di ragionare, tuttavia, rappresenta – a nostro avviso – una sorta di trappola: le circostanze concrete che stanno alla base della massima nella sentenza S_1 , in presenza delle quali la disposizione è stata interpretata nel modo D_1 , potrebbero essere diverse (anche significativamente diverse) da quelle in presenza delle quali nella sentenza S_2 la disposizione è stata interpretata nel modo D_1 e via dicendo. Ecco, allora, che l'attribuzione del marcatore “CERTANET”, avvenendo sulla base delle massime e non delle sentenze – perché solo così può spiegare la sua utilità – rafforza notevolmente – elevandone a potenza gli effetti (ma anche le distorsioni) – il costume, messo in discussione a parole, ma applicato quotidianamente, di far delle massime un utilizzo del tutto analogo a quello che si fa di enunciati normativi generali ed astratti e non – come attenta dottrina ha raccomandato in passato e tuttora raccomanda – di un mero espediente mnemonico di un precedente, ossia di qualcosa che della massima è assai più complesso.

5. *Massima e tempo*

La massimazione delle sentenze, come si è detto, funziona come un “catalizzatore”, ossia come una meccanismo di riduzione della complessità, che determina, al contempo, un incremento delle probabilità che

⁷⁷ G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir. Annali*, vol. V, 2012, p. 694-695; F. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto confronto*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 102 ss.; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, *passim* e a B. PASTORE – F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017, *passim*.

⁷⁸ L'esperienza delle pronunce *ex art. 420-bis c.p.c.* appare assai significativa sotto questo profilo: si veda *supra* cap. I, par. 7.

determinati eventi (utilizzo delle sentenze massimate) accadano ed una riduzione delle probabilità che altri eventi (utilizzo delle sentenze non massimate) si verifichino. Se così è, appare evidente che detta attività catalizzatrice – potere, secondo Luhmann – determini un *risparmio di tempo*, un fattore cruciale nella costruzione dei sistemi complessi ⁷⁹.

Massima e tempo, dunque, anche alla luce di quanto si è argomentato, possono ritenersi correlati da almeno due punti di vista: per un verso i provvedimenti non massimati saranno *difficilmente* utilizzabili, giacché il loro reperimento richiederà l'impiego di molto tempo; per altro verso, i provvedimenti massimati saranno assai più *facilmente* utilizzabili, giacché il loro reperimento richiederà, anche grazie all'ausilio della banche dati, oggi interamente informatizzate, l'impiego di pochissimo tempo. Non solo: tra le massime, in virtù dei meccanismi di etichettatura manuale ed automatica, sarà possibile individuare – ancora una volta: senza dispendio di tempo – quelle che determinano l'entrata in funzione del “filtro” (le massime “CERTALEX”) e quelle che sono rappresentative della “giurisprudenza consolidata” (le massime “CERTANET”).

D'altro canto, la “liofilizzazione” del pronunciamento in massima e il suo pronto utilizzo, associati ad una cronica scarsità della risorsa tempo, invogliano, talvolta irresistibilmente, a sostituire il ricorso alla giurisprudenza con il ricorso alle (sole) massime. Ciò può accadere negli studi legali, come nelle camere di coniglio. E, verosimilmente, a fronte di una vera e propria fabbrica delle sentenze – quale oggi è senza dubbio la Cassazione – detto fenomeno, anche in ragione delle nuove tecniche di “marcatura” delle massime, è destinato ad intensificarsi.

Inoltre, un aspetto ulteriore merita di essere sottolineato: andare alla ricerca del “vero” insegnamento contenuto nel provvedimento per esteso richiede non un “tempo qualunque”, ma un tempo, per così dire, *di qualità*: lo studio della giurisprudenza che non si limiti ad un esame delle massime richiede perizia ed esperienza, che consentano di trarre un utile insegnamento dalle complesse argomentazioni che si trovano articolate nei provvedimenti della Suprema Corte, non sempre di immediata e facile intellegibilità ⁸⁰.

⁷⁹ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., p. 11.

⁸⁰ Volendo indulgere in alcune considerazioni di ordine pratico, possiamo affermare ragionevolmente che è rischioso per un avvocato delegare una simile attività al praticante o al giovane avvocato di studio. Analoghe osservazioni devono ripetersi per il giudice, che difficilmente potrà far svolgere questo delicato compito ad un magistrato di prima nomina o a un tirocinante. Confortano queste mie riflessioni alcune raccomandazioni che lo Jaeger indirizzava ai pratici già molti anni fa: «negli studi legali si dà tanto peso alle ricerche dei

Il tempo, dunque, rappresenta un fattore che gioca un ruolo essenziale non solo nell'irrobustimento del potere di fatto esercitato dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo, ma anche nel determinare un'applicazione delle massime a mo' di vere e proprie norme.

6. *Massima e precedente*

L'equiparazione tra massima e precedente è uno dei luoghi comuni più diffusi nella nostra cultura giuridica.

Si legge, ad es., in un recente articolo scritto da un magistrato che «il compito che caratterizza l'Ufficio del Massimario – e che, peraltro, riflette la ragione storica della sua istituzione – è quello che si esprime nella partecipazione alla formazione del precedente giudiziario e, successivamente, alla sua diffusione» e, ancora, che «in tale ambito, la massimazione costituisce “il cuore”, il vero fulcro dell'attività espletata dall'ufficio in questione, che procede all'esame delle sentenze delle ordinanze di legittimità ed estrae, sotto forma di “massima”, i principi di diritto in esse affermati»⁸¹. Si descrive – è sempre un magistrato che parla – lo scopo della massimazione a fini sistematici come «enucleazione organizzata di un sistema di precedenti»⁸². Si è altresì teorizzata l'importanza di un'intima correlazione fra precedente e massimazione e si sono proposti metodi proprio per la costruzione di un vero e proprio sistema di precedenti basato sulle massime⁸³. Ancora, scriveva qualche anno fa Giorgio de Nova – prendendo atto di ciò che accadeva allora, come accade oggi, nella realtà – : «non c'è dubbio che le massime – elaborate bene, elaborate male – hanno un valore di precedente, per il solo fatto di esistere»⁸⁴.

precedenti, da adibire a questo compito non soltanto i giovani praticanti e procuratori, ma addirittura un personale specializzato appositamente assunto (mentre sarebbe molto preferibile, e diretto doveroso, che vi accudisse personalmente lo stesso professionista che ha assunto la responsabilità della difesa)» (così, testualmente, N. JAEGER, *Nozione, caratteri, autorità della giurisdizione consultiva*, cit., p. 997).

⁸¹ A. SCRIMA, *op. loc. ultt. citt.*

⁸² L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, cit, p. 9.

⁸³ U. MORCAVALLO, *Nomofilachia e massimazione*, in G. IANUBERTO – U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, I ed., Giuffrè, Milano, 2007, pp. 103-132. Il contributo non è stato, invece, riprodotto nella seconda edizione del volume.

⁸⁴ G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, cit., p. 799 ss. In realtà de Nova, pur dando atto dell'equiparazione frequente tra massima e precedente, adotta un

Ma la tendenza ad equiparare la massima al precedente ha radici lontane ed è rinvenibile anche nel pensiero di alcuni grandi Maestri: lo stesso Andrioli, pur criticando il fenomeno delle «massime consolidate» – che il Massimario aveva iniziato a selezionare intorno alla fine degli anni Quaranta – le definiva «precedenti, la cui autorità è più intensa di quella allegata alle massime pure e semplici perché confortata dalla reiterazione delle applicazioni»⁸⁵.

Senza insistere ulteriormente con altre citazioni, pare potersi dare per acquisito che l'equivalenza tra massima e precedente rappresenta una convinzione diffusa: essa è talvolta affermata espressamente, talaltra semplicemente data per scontata, mentre risultano sporadici – ancorché autorevoli – i tentativi di problematizzarla, di metterla in discussione o anche, solo, più limitatamente, di sottoporla a verifica⁸⁶. La diffusione di questo luogo comune non è sufficiente, però, a giustificarne la fondatezza: sorge, infatti, il sospetto che alla base di questa tratlizia equiparazione vi sia un equivoco culturale di non poco momento. Non solo, infatti, la rarefazione della componente fattuale dei singoli casi decisi – già presente nel costume della redazione dei provvedimenti di cassazione⁸⁷ – è oggi ancor più accentuata a causa delle riforme processuali che incrementano le opportunità di esercizio della c.d. giurisprudenza consultiva, ma nella massima l'astrazione della pronuncia del "principio di diritto" dai fatti di

approccio critico, tant'è che nel proseguire il discorso sull'interpretazione del precedente svolgeva un'indagine approfondita attraverso un raffronto ragionato tra massima e sentenza per esteso (cfr. spec. pp. 783-788). Anche il Chiarloni, intorno alla fine degli anni Ottanta, con una buona dose di realismo, affermava a ragione: «i precedenti vengono a costituire, invero, un materiale sia per quantità che per qualità impossibile da selezionare da conoscere altrimenti che in forma sintetica ed abbreviata, secondo le modalità di ricerca da lungo tempo universalmente adottate, a cominciare dalle sezioni unite della Corte di cassazione e a finire con il piccolo e oscuro avvocato di provincia» (S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, cit., p. 58 ss. e spec. p. 68). Per questa ragione l'a. raccomandava una redazione delle massime differente rispetto a quella allora e tuttora praticata.

⁸⁵ V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, cit., p. 249 ss. e spec. p. 252.

⁸⁶ Da ultimo in questo senso v. M. TARUFFO, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 111 ss.; in precedenza la dottrina più attenta ha svolto considerazioni critiche che, più o meno esplicitamente, si prestano a mettere in discussione la possibilità di trattare la massima come un precedente: cfr. A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., p. 379 ss.; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, cit., p. 58 ss. e spec. p. 68 ss.; G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, cit., p. 799 ss. e spec. p. 780 ss.

⁸⁷ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 709 ss.

causa si porta a compimento e si perfeziona, per diventare “estremo” grazie alle attuali (e prossime) etichettature “CERTALEX” e “CERTANET”. Anche se in dottrina⁸⁸ e in magistratura⁸⁹ si sono levate voci critiche sulle attuali tecniche di massimazione delle sentenze, non si registrano per il momento variazioni significative che consentano di ricavare dalla massima gli elementi di fatto sui quali si fonda il principio di diritto ritenuto applicabile dalla Cassazione. Anche laddove nella massima siano contenuti riferimenti alla fattispecie concreta decisa, questi appaiono perlopiù richiamati a mo’ d’esempio di una delle molteplici possibili applicazioni del principio di diritto enunciato in termini generali nella parte principale della massima. D’altro canto di ciò non vi è ragione di stupirsi, solo a voler considerare che tuttora autorevoli magistrati addetti al Massimario affermano, con raccomandazioni a vocazione chiaramente prescrittiva, che le massime sono (quindi: devono essere) principi di diritto formulati in termini generali ed astratti, le quali, quand’anche contengano qualche riferimento alla fattispecie concreta, non sono (quindi: non sono, né devono essere) degli *abstract* del caso di specie sottoposto alla decisione della Corte⁹⁰.

Da un lato, quindi, si raccomanda l’estrazione di massime dal carattere generale ed astratto, e, dall’altro lato, si teorizza un vero e proprio sistema di precedenti basato sulla raccolta e sulla organizzazione delle massime⁹¹.

Nonostante tutto ciò possa apparire a prima vista ragionevole, esso non lo è affatto avendo presente, anche solo in maniera approssimativa, che cosa sia un precedente e come esso venga inteso in quegli ordinamenti – tipicamente quelli di *common law* e, fra questi, specialmente l’Inghil-

⁸⁸ A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., p. 379 ss.; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, cit., p. 58 ss. e spec. p. 68 ss.; M. STELLA RICHTER, *Problemi attuali della Corte di Cassazione*, cit., p. 513 ss.

⁸⁹ Appaiono molto istruttivi in questo senso i recenti contributi di: L. DE RUGGIERO, *Cosa si aspettano i giudici di merito dalla Cassazione: i “precedenti” e il controllo della motivazione*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 10 ss.; B. RIZZARDI, *Il giudice di merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*, *ivi*, p. 19 ss.; C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, cit., p. 82 ss.

⁹⁰ Un contributo di analogo tenore si trova pubblicato con il titolo G. AMOROSO, *La Corte di cassazione ed il precedente*, in M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, cit., p. 47 ss. e spec. p. 89; in termini del tutto analoghi L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, cit., p. 9 ss.

⁹¹ U. MORCAVALLO, *Nomofilachia e massimazione*, cit., pp. 103-132; G. AMOROSO, *La Corte di cassazione ed il precedente*, cit., p. 47 ss. e spec. p. 89.

terra in cui il precedente è fonte del diritto⁹². Una delle ragioni che porta a dubitare seriamente della possibilità di equi parare la massima al precedente può rinvenirsi – ad es. – nella fondamentale differenza tra il modo di intendere l’analogia negli ordinamenti c.d. “a diritto scritto” rispetto al modo in cui la stessa viene intesa negli ordinamenti di *common law*.

Nel nostro ordinamento e in tutti gli ordinamenti di *civil law* il ragionamento analogico, studiato principalmente dai logici⁹³, si declina in ambito giuridico nella ricerca della *ratio legis*. Per spiegare come funzioni l’analogia, Bobbio scriveva nella sua ben nota voce sul *Novissimo Digesto*: «La ragione sufficiente di una norma giuridica è ciò che i giuristi hanno chiamato tradizionalmente *ratio legis*. E infatti così come per ragion sufficiente di un ente si intende ciò per cui quell’ente è e senza di cui non sarebbe, per ragione di una legge o *ratio legis* si è sempre inteso, per esprimerci con una formula comunemente accettata, “*id propter quod lex lata est, et sine quo lata non esset*”; onde fondatamente si è sempre concluso che “*cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*”. Ma se la *ratio legis* è la ragion sufficiente della norma giuridica, si dovrà dire, in base al principio di validità del ragionamento per analogia, che l’estensione dal caso regolato al caso non regolato è legittima quando il secondo ha in comune col primo la *ratio legis*, o per dirla con le parole usate tradizionalmente dai giuristi, quando la somiglianza dei due casi consiste nell’aver entrambi l’*eadem ratio*. Di qui la massima: “*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*”⁹⁴.

⁹² Di questi profili ci si occuperà più diffusamente *infra*, cap. IV, *passim* e spec. parr. 2, 3 e 5. Valga per ora osservare che non può essere un caso che una delle voci più scettiche sul valore delle massime provenga da uno studioso (peraltro non accademico) del diritto inglese, il quale, qualche anno fa, affermava: «A questo proposito si ritiene che la massima – di per sé – non ha alcuna autorità (di fatto); se mai ne ha una, non è altro che quella di uno specchio, riduttivo, ma non deformante, della sentenza da cui è estratta (sia che si tratti di *ratio decidendi*, sia di *obiter dictum*) e nella misura in cui non dia luogo a risultati fuorvianti, come accade troppo spesso; in ogni caso, se e fino a che punto la massima rifletta correttamente la *ratio decidendi* (o l’*obiter dictum*) costituisce un accertamento da effettuare sulla base della sentenza; insomma, la massima non costituisce un articolo di fede, ma tutt’al più una presunzione semplice, di fatto, di rispondenza alla *ratio decidendi* o all’*obiter dictum* di una certa sentenza o serie di sentenze» (F. DE FRANCHIS, *L’interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di “civil law” e di “common law” (accenni comparatistici)*, in *Contratto e impresa*, 1986, pp. 91-103 e spec. p. 101).

⁹³ Primo fra tutti, ARISTOTELE, *Organon*, An. Pr., II, 24, studiò l’analogia sotto il nome di *paradigma*.

⁹⁴ N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Utet, Torino, 1960, pp. 419-424, ora in *Id.*, *Contributi ad un dizionario giuridico*, pp. uno-16 e spec. p. 5, da cui è tratta la citazione. In argomento si vedano anche: *Id.*, *L’analogia nella logica del diritto*, Artigianelli,

Diversamente, il *reasoning by analogy* viene inteso, negli ordinamenti di *common law* in senso peculiare ed in modo assai differente da quello descritto in termini generali da Bobbio. Soccorre, in proposito, uno dei “testi sacri” del precedente nel diritto inglese⁹⁵, consultando il quale si apprende come da sempre in quell’ordinamento l’analogia venga intesa come somiglianza non già della *ratio legis* – impegnando, quindi, l’interprete nella ricerca della *eadem ratio* – ma delle circostanze che caratterizzano il singolo caso. In altri termini, secondo le antiche, ma ancora chiarissime, parole di Bracton: «*if any new and unwonted circumstances shall arise, then, if anything analogous has happened before, let the case be adjudged in the like manner, proceeding a similibus ad similia*»⁹⁶. Il concetto di analogia, così inteso, si consolida nella tradizione di *common law* e opera proprio con riferimento ai fatti di causa – non, invece, alla *ratio legis* –, segnando il discrimine tra *distinguishing* e *overruling*⁹⁷. Recentemente si è ben osservato che il giudice di *common law*, quando ha a che fare con un precedente, prende in esame i fatti del caso precedentemente deciso, li confronta con quelli del caso da decidere, e, infine, assume la decisione sulla scorta di una comparazione *tra fatti*: in sostanza, se (e solo se) i fatti concreti sui quali si è formato il precedente hanno una similitudine sufficientemente rilevante nel caso da decidere, quest’ultimo verrà deciso in modo conforme a come fu deciso il caso precedente⁹⁸.

Torino, 1938, *passim*; L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 253 ss.; M.S. GIANNINI, *L’analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 516-549; V. PIANO MORTARI, voce *Analogia. Premessa storica*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 344-348.

⁹⁵ R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, IV ed., Clarendon Press, Oxford, 1991, rist. 2004, *passim* nonché pp. 3-38 e spec. p. 26.

⁹⁶ H. BRACON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, f. l (b), 1268, in *Compilation by M. Frances McNamara*, Matthew Bender & Co., Inc., 1960, p. 12.

⁹⁷ Di questi fenomeni si discuterà più diffusamente nel prossimo capitolo (v. *infra*, cap. IV). Per ora basti osservare sommariamente che, se l’analogia tra fatti sarà ritenuta sufficiente, il giudice dovrà applicare il precedente; qualora ne abbia il potere – in virtù della sua posizione gerarchica – potrà, ove ritenga la decisione non più conforme a canoni di giustizia, modificare quel precedente, compiendo un’operazione di *overruling*. Diversamente, ove ritenga che tra i fatti concreti del caso precedente e quelli del caso da decidere non vi sia un’analogia sufficiente, in virtù del *distinguishing* non sarà tenuto all’applicazione del precedente.

⁹⁸ Si veda, per una spiegazione efficace e ragionata, A. RIGONI, *Common-Law Judicial Reasoning and Analogy*, in *20 Legal Theory*, 2014, vol. 2, pp. 133-156 e spec. p. 139: «Analogical theories are a wide-ranging group, but common to all is the thought that the judge observes the facts of a past case, compares them to the current case, and then decides the

Gli argomenti che si sono fin qui svolti, associati alla radicata tendenza a trattare la massima – sia nel momento in cui viene generata, sia nel momento in cui viene utilizzata – come enunciato normativo, appaiono a nostro avviso giustificare l’affermazione secondo cui l’equiparazione tra massima e precedente si fonda su premesse culturalmente erranee. Si è dimostrato, infatti, (e per la verità si è trattato di una dimostrazione facile) come la massima non contenga mai (né debba contenere, secondo le correnti tecniche di massimazione delle sentenze e delle ordinanze della Cassazione) una descrizione della fattispecie concreta sufficientemente dettagliata per consentire al giudice del caso successivo di svolgere un ragionamento analogico basato sul raffronto delle concrete circostanze fattuali rilevanti nel caso precedente e nel caso successivo. Si obietterà che ciò non è necessario, perché diverso è il modo di ragionare del giudice di *common law* rispetto a quello applicato dal giudice di *civil law*. Se ciò non può essere negato – giacché lo abbiamo sostenuto noi stessi – è, però, legittimo domandarsi quali siano le premesse che sostengono una equiparazione – quasi mai giustificata e quasi sempre data per scontata – tra massima e precedente. È altrettanto lecito, se non addirittura doveroso, chiedersi se una simile equivalenza, anziché offrire un contributo chiarificatore, non sia, in realtà, portatrice di gravi equivoci, dei quali non si

current case based on the comparison. The idea is that if the facts in the past case are relevantly similar to the current case, then the current case must be decided the same way as the past case».

Lo ha osservato qualche tempo fa in altri termini Giuseppe Sbisà, nel contesto del dibattito fiorito sulle colonne di *Contratto e impresa* su impulso di Francesco Galgano: «i giuristi continentali sono abituati a raffigurare il sistema attraverso l’enucleazione di una serie di principi, razionalizzati in una costruzione coerente di concetti giuridici e il Giudice opera in un contesto culturale che lo induce a porre al centro della sua attività l’interpretazione teorica della regola da applicare. Il Giudice anglosassone, invece, è portato a porre al centro della sua attività l’analisi delle circostanze di fatto [...]. [...] sin dagli studi universitari, egli si muove in un contesto culturale che pone al centro dell’analisi giuridica la tecnica della distinzione. Proprio perché i giudici sono vincolati dalle decisioni rese precedentemente rispetto alla medesima fattispecie, il compito del giurista, che voglia arrivare a un risultato diverso nell’ambito della stessa materia, è quello di distinguere in fatto le circostanze rilevanti ai fini della decisione del nuovo caso rispetto a quello precedente. [...] Per il giudice continentale, quindi, il criterio guida è quello di chiarire e coordinare una serie di concetti preconstituiti, cercando di ricondurre il caso di specie alla regola preesistente; per il giudice anglosassone, il principio ispiratore è che occorre anzitutto accertare se l’insieme delle circostanze di fatto mostri delle peculiarità che possono giustificare, se utile o necessario, l’elaborazione di una regola diversa da quella preesistente» (G. SBISÀ, *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)*, cit., p. 519 ss. e spec. p. 522).

sente certo il bisogno in una materia – quella del c.d. “diritto giurisprudenziale” – già tanto complessa e proteiforme.

Forse non si tratta, allora, di stravolgere il modo in cui le massime vengono redatte (un’impresa – stando alla realtà – evidentemente impossibile), ma (almeno) di comprendere le differenze che separano due modi di ragionare affatto diversi, abbandonando la pretesa di chiamare una “cosa” con il nome di un’altra, per evitare il radicarsi di pericolosi equivoci, che forse nel nostro ordinamento hanno già attecchito ben oltre il limite del ragionevole.

Se proprio si vuol parlare di “precedente” ciò può farsi, semmai, con riferimento alle sentenze (e alle ordinanze) per esteso⁹⁹. Ma anche in questo caso, la cautela è d’obbligo: premesso che si tornerà più diffusamente sull’argomento, va fin da ora chiarito che la rarefazione della componente fattuale nel giudizio di cassazione, vieppiù accentuata dalle riforme, si pone non di rado come un ostacolo – insuperabile? – al modo tipico di funzionare del precedente. Mentre, infatti, le sentenze degli organi giudiziari di vertice negli ordinamenti di *common law* sono – potremmo dire – “impregnate” di fatti e le (pubbliche) arringhe che gli avvocati tengono avanti quegli organi fanno continuamente riferimento a circostanze concrete della vita, i provvedimenti della Cassazione italiana si distinguono soprattutto per amplissime dissertazioni teoriche e per uno scarso – spesso solo tangenziale – riferimento ai fatti del singolo caso da decidere¹⁰⁰.

La duplice tendenza, da un lato, ad utilizzare le massime come enunciati normativi e, dall’altro lato, ad equipararle acriticamente ai precedenti rivela il tentativo, non sempre apprezzabile, di semplificare ciò che non può essere semplificato: lo studio dei precedenti è operazione complessa e laboriosa, non riducibile – nemmeno in un contesto di *civil law* – alla compilazione di raccolte di massime, per quanto accurate e complete. Il “diritto giurisprudenziale” è, per sua natura, più complesso del diritto legislativo e l’intento di forzare il primo nelle forme del secondo – oggi più disperatamente che in passato, per la mole incredibile di provvedimenti pronunciati ogni anno dalla Cassazione – non può che risolversi in un pericoloso inganno, che minaccia seriamente di privare il precedente della

⁹⁹Non si dice – qui – nulla di nuovo, in fondo: cfr. già G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Eng. giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma, p. 10 ss., il quale sosteneva che gli elementi costitutivi del “precedente” sono: a) il caso e b) la sua decisione, ciò che non può essere desunto dalla lettura della sola massima.

¹⁰⁰Si tratta di un’affermazione ricorrente in letteratura: ad es., v. in termini sostanzialmente analoghi G. SBISÀ, *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)*, cit., p. 519 ss.

funzione “didattica” che gli è propria. In sintesi estrema potremmo dire, infatti, che il precedente esige apprendimento laddove la massima esige obbedienza.

7. *Massima e interpretazione*

L’opportunità di diffidare di un’acritica equiparazione tra precedente e massima implica alcune conseguenze di non poco momento anche sui rapporti tra massima e interpretazione. In un lucido articolo della metà degli anni Ottanta, dedicato all’interpretazione del precedente, Galgano rimetteva al centro dell’attenzione la massima, sulla base della realistica considerazione che, «piaccia o non piaccia, il problema dell’interpretazione del precedente giudiziario ha, da noi, un’imprescindibile punto di riferimento nelle massime»¹⁰¹. Punto di riferimento non nel senso che l’interpretazione dei precedenti debba ridursi all’interpretazione delle massime, ma – in diversa prospettiva – nel senso che il vero oggetto dell’interpretazione, per quanto non si possa prescindere dall’esame della sentenza per esteso, non è tanto quest’ultima in sé, quanto «piuttosto il rapporto fra questa e le massime che ne sono state tratte (o che ne sarebbero potute trarre)»¹⁰².

La prospettiva suggerita da Galgano – e successivamente condivisa da altra dottrina¹⁰³ – appare interessante e proficua, poiché, per un verso, evita accuratamente di negare l’innegabile, sicché non trascura di prede-

¹⁰¹ F. GALGANO, *L’interpretazione del precedente giudiziario*, cit., p. 701 ss. e spec. p. 702.

¹⁰² F. GALGANO, *L’interpretazione del precedente giudiziario*, cit., *ivi*.

¹⁰³ G. DE NOVA, *Sull’interpretazione del precedente giudiziario*, cit., p. 799 ss. L’inopportunità di fermarsi alla massima nello studio del diritto giurisprudenziale è stata nell’ambito della letteratura processualistica variamente condivisa. In particolare vi ha insistito R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, cit., c. 1387 ss., il quale, come si è già detto, ritiene ha la formulazione della massima debba restare essenziale e limitata al principio di diritto. Sul rapporto tra sentenza e massima cfr. anche, A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., p. 379 ss.; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, cit., p. 58 ss. e spec. p. 68 ss.; G. SBISÀ, *Certeza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)*, cit., p. 519 ss. e spec. p. 523; M. STELLA RICHTER, *Problemi attuali della Corte di cassazione*, cit., p. 513 ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, cit., cc. 305-311 e spec. cc. 309-310; C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, cit., p. 82 ss.) –.

re atto della centralità della massima, ma, per altro verso, ne raccomanda uno studio e un'interpretazione condotti alla luce del caso concreto da cui la stessa è scaturita ¹⁰⁴. Questa proposta metodologica – nella perdurante scarsità di studi approfonditi e sistematici sull'interpretazione della sentenza non già come atto *inter partes* ¹⁰⁵, ma come precedente (quindi, nella sostanza, come fatto) ¹⁰⁶ – resta, inoltre, probabilmente l'unica in grado di coniugare le istanze di semplificazione, che si traducono nel massiccio ricorso, nella pratica, alle massime, con la irriducibile complessità che il fenomeno del “diritto giurisprudenziale” reca inevitabilmente con sé.

Riprendendo qui alcune considerazioni svolte nel paragrafo che precede, un simile metodo per l'interpretazione del precedente parrebbe di una consistente utilità anche nella prospettiva di recuperare quella vocazione, per così dire “pedagogica”, che appartiene *naturaliter* al precedente e che in massima – per come essa è strutturata – va inevitabilmente perduta. Se, infatti, l'interpretazione è un'attività intellettuale volta all'attribuzione di un determinato significato a un determinato significante e se si vuole evitare – come parrebbe doversi fare, cadendo altrimenti in una trappola già evidenziata in letteratura ¹⁰⁷ – di interpretare la massi-

¹⁰⁴ Impossibile – ancora una volta – evitare il richiamo a G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, cit., p. 10 ss.

¹⁰⁵ In argomento si vedano: V. DENTI, *L'interpretazione della sentenza civile. Studi nelle scienze giuridiche e sociali – Università di Pavia – Istituto di esercitazioni nelle scienze giuridiche e sociali*, Libreria internazionale A. Garzanti, Pavia, 1946, *passim*; G. SALVIOLI, *Interpretazione di sentenze nella giurisprudenza internazionale*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei. III. Diritto processuale*, Cedam, Padova, 1958, pp. 679-687; F. SANTANGELO, *L'interpretazione della sentenza civile*, Giuffrè, Milano, 1996, *passim*.

¹⁰⁶ Il miglior studio ad oggi disponibile nella letteratura in lingua italiana su questo argomento è, a nostro avviso, quello di P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, *passim* e spec. pp. 145-259, che, tuttavia, costituisce un'eccezione. Nella letteratura comparatistica, lo studio più importante sull'interpretazione dei precedenti è tuttora costituito dai saggi dei componenti del c.d. *Bielefelder Kreis*, pubblicati in D.N. MACCORMICK – R.S. SUMMERS (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate Publishing, 1997, *passim*; ora ripubblicato così: D.N. MACCORMICK – R.S. SUMMERS – A.L. GOODHART (eds.), *Interpreting Precedents*, Routledge, Abingdon-New York, 2016. Sulla sentenza come fatto v. P. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 15 ss., ora anche in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, Morano, Napoli, 1965, p. 270 ss.; E. ENRIQUEZ, *La sentenza come fatto giuridico*, Cedam, Padova, 1937-XV, *passim*.

¹⁰⁷ A questo riguardo risultano particolarmente pertinenti le osservazioni svolte a suo tempo dal de Franchis, il quale, dopo aver criticato severamente gli atti di fede tributati alle massime, avvertiva: «A meno che non si voglia sostenere che, per il fatto di provenire da un ufficio dell'ordine giudiziario, la massima a sua autorità di per sé, che prescinde dalla

ma come se fosse una norma generale ed astratta, facendola vivere di vita propria, è necessario recuperare – nella ricostruzione di quel significato – le argomentazioni sulla base delle quali la Corte è pervenuta alla decisione del caso di specie e da queste trarre l’insegnamento necessario per applicare la norma di legge la cui «esatta osservanza» è racchiusa nel *dictum* del giudice di legittimità. Procedendo diversamente e cioè trattando – in una prospettiva legata a (forse dovremmo dire, *rectius*: viziata da) un vetero-positivismo qui non (più) praticabile, ma tuttora molto radicato nella nostra cultura giuridica¹⁰⁸ – le massime come enunciati normativi, si finirebbe col sostituire la soluzione con un nuovo problema. L’interprete, infatti, che di quella massima deve fare uso per sapere come debba essere correttamente interpretata una disposizione di legge, trattando la massima come altra e nuova disposizione, si troverebbe ancora una volta davanti al problema di dover interpretare un (altro) enunciato normativo, non sempre esplicativo del primo, ma talvolta da questo per così dire figliato e, così, in rapporto di alterità e non di medesimezza con esso¹⁰⁹.

7.1. *Massima e principio di diritto*

Un primo problema rilevante, che emerge nel momento in cui si indaga la relazione tra interpretazione e massima concerne il rapporto intercorrente tra quest’ultima e il principio di diritto¹¹⁰.

sentenza, quasi come un pezzo anomalo di ... legislazione giudiziaria (di fatto) che stravolgerebbe i principi del nostro sistema delle fonti, collocando il nostro paese, anche qui, in una situazione speciale» (F. DE FRANCHIS, *L’interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di “civil law” e di “common law” (accenni comparatistici)*, cit., pp. 91-103 e spec. p. 101).

¹⁰⁸ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 508 ss.

¹⁰⁹ Non pare, quindi, del tutto condivisibile l’affermazione secondo cui «la sinteticità tra della massima [...] non lascia spazio alla verifica di ipotesi interpretative alternative» (C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, cit., p. 82 ss. e spec. p. 86). Questa impostazione, infatti, si basa sulla contrapposizione tra massima e principio di diritto: cfr. per maggiori approfondimenti il par. successivo. Si vedano, infatti, sul punto le giuste osservazioni critiche di L. DE RUGGIERO, *Cosa si aspettano i giudici di merito dalla Cassazione: i “precedenti” e il controllo della motivazione*, cit., p. 10 ss.; B. RIZZARDI, *Il giudice di merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*, *ivi*, p. 19 ss.;

¹¹⁰ Lo segnala, tra gli altri, P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*, cit., p. 157 ss.

Il principio di diritto, com'è noto, non viene quasi mai – come, invece, parrebbe imporre la legge¹¹¹ – enunciato espressamente nel provvedimento della Cassazione¹¹², sicché secondo parte della dottrina la massimazione finirebbe con il sostituirsi a questa attività che normalmente viene omessa¹¹³: in quest'ottica, massima e principio di diritto verrebbero, nella sostanza, a coincidere¹¹⁴. Secondo altri, invece, massima e principio di diritto sono e debbono restare cose diverse. Vale la pena, a questo proposito, di riportare l'opinione un magistrato attualmente, a quanto consta, afferente al Massimario, la quale ha recentemente sostenuto che, la massima deve recare, seppure in sintesi, «tutte le informazioni necessarie per rendere l'esatta portata del principio come *applicato* (non come, in ipotesi, *enunciato*) dalla Corte. Il principio di diritto enunciato dall'estensore ai sensi dell'art. 384 c.p.c. risponde, infatti, ad esigenze in parte diverse rispetto a quelle della massimazione, non foss'altro perché esso, a differenza della massima, è inserito in un contesto più ampio (la sen-

¹¹¹ Si vedano in particolare agli artt. 384 c.p.c. e 143 disp. att. c.p.c.

¹¹² Notava già il Redenti quasi settant'anni or sono: «il compito del Supremo Collegio è soprattutto quello di “controllare” se sia attendibile, accettabile, suscettibile di essere provata ed adottata, o se e come debba essere modificata o corretta, la ricostruzione ed interpretazione di carattere generale che viene a costituire la premessa maggiore dei sillogismi dei giudici di merito. Ora se il collegio abbia coscienza di questo suo compito, deve fornire a chiare note nella sua stessa sentenza la formulazione di quelle premesse maggiori. Questa in fondo è già la “massimazione” ed è dunque *in primis* compito suo. Non la si può abbandonare ad una mal certa ed aleatoria operazione successiva di distillazione o di sublimazione affidata ad un ufficio estraneo. Il codice attuale lo prescrive, secondo me, in modo espresso. Dispone infatti l'art. 384 che quando la corte accoglie ricorso, “enuncia (*sic*) il principio al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi” dell'art. 143 delle disposizioni di att. rinalza: “la Corte enuncia *specificamente* il principio di diritto ecc.”. Queste norme appaiono dettate per un fine formalmente od apparentemente limitato, interno rispetto al processo in corso (dettame per il giudice di rinvio) e soltanto per l'ipotesi che la Corte di senta dai giudici del merito, censurandoli per non avere correttamente sillogizzato, e cassi. Ma per natura di cose sono questi intanto (di dissenso dai giudici del merito) i casi più delicati. Ed è evidente d'altro lato che, pur avendo riguardo ad un fine interno del processo, la disposizione pone il collegio nettamente di fronte alla responsabilità di una proclamazione relativa alle premesse maggiori e al problema del suo valore (generalizzazione potenziale). Questo in parole povere significa obbligo di auto-massimazione per il collegio. Senonché gli artt. 384 del codice e 143 disp. di att., chi li ha mai visti applicare?» (E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, cit., p. 120 ss. e spec. pp. 122-123).

¹¹³ E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, cit., *ivi*.

¹¹⁴ Cfr., ancora, R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, cit. c. 1387 ss.

tenza o l'ordinanza) dal quale sono evincibili tutte le informazioni utili a collocarlo nella sua corretta dimensione mentre il massimatore deve riportare in uno scritto sintetico e chiaro tutto quanto serve a rendere esattamente la portata e le implicazioni del principio applicato»¹¹⁵. La massima, secondo questa impostazione, – sposata, per la verità, ma sulla base di motivazioni parzialmente differenti, anche dalla dottrina processualciviltistica prevalente – è (e deve essere) “qualcosa di più” del principio di diritto: mentre quest'ultimo parla al giudice del rinvio, infatti, la massima parla a tutti i giudici dell'ordinamento. Ma vi è anche chi, al contrario, sconsiglia la coincidenza tra massima e principio di diritto per la ragione esattamente opposta; si dice, infatti, in questo senso: «il principio di diritto dettato dalla sentenza ha un duplice compito: affermare la corretta interpretazione della norma e guidare il giudice del rinvio alla soluzione conclusiva della specifica controversia. Ciò vuol dire che, specialmente con riguardo a tale seconda funzione, il principio potrebbe non esser idoneo a costituire esattamente la massima. [...] In conclusione [...] il principio enunciato nella stessa sentenza sarà il punto di partenza del massimo attore, ma raramente anche il punto di arrivo, dovendo frequentemente essere reso *più asciutto ed idoneo a costituire precedente il icastico e sintetico*»¹¹⁶.

Si può certo discutere (forse all'infinito) sulle tecniche di massimazione e sull'opportunità che la massima rechi o meno riferimenti al caso di specie; tuttavia vi sono due dati di fatto che, ad avviso di chi scrive, non si possono trascurare e che ridimensionano – con la forza tipica di ciò che è realtà – l'importanza delle opinioni su come le massime debbano essere redatte.

Da un lato, infatti, mentre gli auspici della dottrina più autorevole per una massimazione meno sterile e più ricca di riferimenti al caso di specie si susseguono da oltre settant'anni¹¹⁷, le massime di oggi non sembrano differire significativamente da quelle redatte in passato, sicché, quale che sia la “dottrina” sulla redazione delle massime a cui si voglia aderire, costituisce un dato di fatto non seriamente contestabile che la massima era in passato e continua ad essere oggi un enunciato tendenzialmente generale ed astratto, di regola svincolato dal caso di specie ed epurato dalle peculiarità che lo caratterizzano. I riferimenti al caso di specie – è bene ri-

¹¹⁵C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, cit., p. 82 ss.

¹¹⁶L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, cit, pp. 26-27.

¹¹⁷Cfr. *Opp. locc. citt.*, *supra*, nt. 16.

badirlo: presenti solo eccezionalmente – finiscono normalmente con il costituire elementi normativi o, al più, fungono da esemplificazione di una delle molteplici possibili applicazioni del principio enunciato in termini generali ed astratti. Quelli della dottrina e anche di alcuni dei magistrati addetti al Massimario sembrano restare, dunque, per il momento meri auspici. Insomma, con un po' di audacia si potrebbe pervenire alla conclusione che la massima, nella migliore delle ipotesi, costituisce un ibrido ingannevole: incapace, infatti, di dare contezza delle peculiarità del caso concreto (*ex facto oritur ius*), illude il suo lettore di potersi risparmiare lo studio del provvedimento per esteso. Ragione per cui voci autorevoli hanno auspicato tecniche di redazione che prediligano una stesura essenziale della massima, priva di riferimenti al caso di specie ¹¹⁸.

Dall'altro lato, la contrapposizione tra principio di diritto e massima, impostata in questi termini, è smentita dalla recente tendenza a svincolare l'enunciazione del principio di diritto dalla decisione di un caso concreto, che si manifesta in maniera molto evidente nell'ambito di quel fenomeno che abbiamo inteso chiamare con il nome di "giurisprudenza consultiva". Se, infatti, l'enunciazione del principio di diritto può aver luogo anche a prescindere dalla decisione di un caso e anche a prescindere dalla cassazione del provvedimento impugnato, esso in queste ipotesi, al pari della massima, è destinato a parlare non già al giudice del rinvio (che non vi sarà, per la banale ragione che non può esservi), ma a tutti i giudici dell'ordinamento e agli operatori del diritto che dovranno – questi sì! – fare applicazione di quel principio, il quale – per richiamare le parole di chi ha sostenuto la tesi che qui si contrasta – dalla Cassazione non può che essere solo *enunciato*, ma mai *applicato*. Se ciò è esatto, allora si dovrà convenire che o siamo in presenza di due differenti "principi di diritto", che, nonostante l'omonimia, rappresentano cose diverse, oppure una contrapposizione tra principio di diritto e massima fondata sulla dicotomia *enunciazione/applicazione*, ad avviso di chi scrive, non regge. E infatti, si afferma a questo proposito che ai fini della redazione delle massime «è consentito considerare anche gli *obiter dicta*, qualora il principio estraneo sia espressamente enunciato nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c. (nomofilachia prospettica)» ¹¹⁹.

Alla luce di queste premesse, dobbiamo concludere che in concreto non vi è alcuna garanzia né che la massima riproduca fedelmente il prin-

¹¹⁸ R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, cit., c. 1387 ss

¹¹⁹ L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, cit, p. 26.

cipio di diritto, né che la stessa costituisca efficace *abstract* del caso concreto deciso. Sicché l'interprete del "precedente" non potrà mai fermarsi allo studio della massima e, per avere attendibile contezza del vero significato dell'orientamento giurisprudenziale di cui quella massima intende essere espressione, dovrà – come autorevole dottrina ha suggerito in passato e suggerisce tuttora – estendere necessariamente l'indagine al provvedimento per esteso da cui la massima è stata tratta. Solo così, infatti, potrà comprendere con certezza quale sia davvero il principio di diritto che la Corte ha enunciato e – ma non sempre – applicato.

7.2. *Massima, ratio decidendi e obiter dictum*

Le considerazioni svolte nel paragrafo che precede sono ulteriormente corroborate dai rapporti – che non pare eccessivo definire turbolenti – tra massima, *ratio decidendi* ed *obiter dictum*¹²⁰. È, infatti, noto che, contro gli auspici da più parti formulati¹²¹ e sulla scorta di un inveterato costume, le massime continuano talvolta a riprodurre, oltre che *rationes decidendi*, anche *obiter dicta*, con l'aggravante di omettere di segnalare se il *dictum* massimato appartenga alle prime o ai secondi. Due esempi "storici", appartenenti a diverse epoche e tratti rispettivamente dal diritto sostanziale e processuale, universalmente considerati dei *leading cases*, potranno dare un'idea della rispondenza al vero di questa affermazione:

¹²⁰ Oltre alle *opp citt. infra*, nella letteratura processualciviltistica, merita una speciale menzione l'approfondito studio del Cordopatri, apparso in due lunghi articoli sulla Processuale: cfr F. CORDOPATRI, *La ratio decidendi (profilo storico comparativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 701 ss.; Id., *La ratio decidendi (considerazioni attuali)*, *ivi*, 1990, pp. 148-206.

¹²¹ V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, cit., p. 249 ss.; G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, cit., c. 87 ss., secondo il quale «La massima dovrebbe rappresentare la *ratio decidendi* e non un *obiter dictum*. Quanto meno una massimazione adeguata dovrebbe menzionare che, secondo il massimatore, si tratta di un *obiter dictum* ed esprimere, accanto e prima di questo, la *ratio decidendi*». Nello stesso senso, tra i criteri riportati per la massimazione delle sentenze in un documento dell'Ufficio del Massimario, datato 26 novembre 1985 e indirizzato ai magistrati addetti alla massimazione delle sentenze civili e penali si precisava che gli *obiter dicta* non formano giurisprudenza: ove per "giurisprudenza" doveva intendersi, pertanto, l'insieme delle regole, o genericamente delle ragioni, di fatto utilizzate dai giudici al fine di decidere casi concreti, e non qualunque regola o ragione formulata dai giudici nelle sentenze (cfr. P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, cit., p. 200).

- a) la sentenza Meroni, Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174¹²², fu così massimata: «E' definitiva e irreparabile la perdita quando si tratti (di obbligazioni di dare a titolo di mantenimento o di alimenti, sempre che non esistano obbligati in grado eguale o posteriore, che possano sopportare il relativo onere, ovvero) di obbligazioni di fare rispetto alle quali vi è insostituibilità del debitore, nel senso che non sia possibile procurarsi, se non a condizioni più onerose, prestazioni uguali o equipollenti (nella specie, a seguito della morte di un calciatore, la società per azioni, per la quale era tesserato, ha chiesto la condanna generica del terzo, sottoposta alla condizione dell'accertamento della responsabilità di questo)» (massima ufficiale). Essa – com'è noto – sancì per la prima volta la risarcibilità del danno per lesione di diritti obbligatori sorgenti da contratto, ma fissò un principio di diritto che costituiva in realtà, per il caso di specie, un classico *obiter*: il Torino calcio, infatti, non poté beneficiare del nuovo principio, così massimato, poiché questo fu corredato da una rilevante limitazione, data dal requisito della “insostituibilità, del debitore ucciso, che non ricorreva nel caso di specie (il Torino, come ogni impresa calcistica, disponeva di un giocatore di riserva per ogni titolare della squadra), sicché la corte territoriale, nel successivo giudizio di rinvio, non poté – fatalmente – che rigettarne la domanda. Com'è stato acutamente osservato, in questo caso «la Cassazione avrebbe potuto respingere, anziché accogliere, il ricorso e confermare la sentenza impugnata, limitandosi a correggerne la motivazione. Essa avrebbe potuto ritenere che la Corte d'appello aveva deciso bene in fatto, ma motivato male in diritto, che un diritto al risarcimento del danno mancava nella specie perché la lesione del credito, derivi il credito da *status* o da contratto, è danno risarcibile solo quando il creditore non può altrimenti procurarsi le prestazioni venutegli a mancare; ciò che non può mai accadere quando, come nel caso di specie, il creditore sia un imprenditore. Quanti da una simile sentenza di rigetto avrebbero tratto elementi per affermare di essere di fronte ad un “clamoroso *révirement*” della Cassazione sulla risarcibilità della lesione del credito? Si sarebbe, tutt'al più, parlato di un significativo, promettente *obiter dictum*»¹²³;

¹²² La sentenza è consultabile, tra l'altro, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1284 e in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 680; in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 199.

¹²³ F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, cit., p. 701 ss. e spec. pp. 710-711.

- b) la (fin troppo) nota Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246¹²⁴, che sancì la dimidiazione del termine per la costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, stabilì «Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo la previsione della riduzione a metà dei termini a comparire, stabilita nell'art. 645, 1° comma, c.p.c., determina il dimezzamento automatico dei termini di comparizione dell'opposto e dei termini di costituzione dell'opponente, discendendo tale duplice automatismo della mera proposizione dell'opposizione con salvezza della facoltà dell'opposto, che si sia costituito nel termine dimidiato, di richiedere ai sensi dell'art. 163 bis 3° comma c.p.c., l'anticipazione della prima udienza di trattazione.» (massima ufficiale). Tuttavia, nel caso di specie, l'opponente aveva assegnato all'opposto un termine inferiore a quello di rito, sicché la dimidiazione da dieci a cinque giorni si sarebbe comunque prodotta, con conseguente improcedibilità dell'opposizione, anche sulla scorta del precedente orientamento, con il che quel principio di diritto non poteva costituire *ratio decidendi* e fu pronunciato *in obiter*.

Le ragioni che possono indurre a scambiare un *obiter dictum* per un principio di diritto idoneo a produrre quello che negli ordinamenti di *common law* si dice – con un'espressione oggi divenuta di gran moda an-

¹²⁴La sentenza, pubblicata su numerose riviste, può leggersi in *Foro it.*, I, c. 3014 ss. con nota di A.D. DE SANTIS e commento di C.M. BARONE - R. CAPONI - G. COSTANTINO - D. DALFINO - A. PROTO PISANI - G. SCARSELLI, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo*. Sulla detta pronuncia – che ha avuto in dottrina un'eco amplissima ed è stata diffusamente commentata, quasi sempre in senso critico – si vedano: G. TRISORIO LIUZZI, *La dimidiazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, pp. 541-550; A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1165 ss.; C. CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato "stare decisis": la prima ordinanza sull'art. 360-bis*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1405 ss.; A. PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo in Foro it.*, 2011, I, c. 117; A. TEDOLDI, *Un discutibile obiter dictum delle Sezioni Unite: nell'opposizione a decreto ingiuntivo il termine di costituzione è sempre dimidiato a pena d'improcedibilità*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1455 ss.; P. COMOGLIO, *La «puntualizzazione» delle sezioni unite sui termini di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo: nomofilchia o nomoprotagonismo?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 257 ss.); E. RUGGERI, *Passata la tempesta: note (parzialmente) critiche in ordine al recente intervento delle sezioni unite sull'art. 645 cpv. del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 210. In argomento si vedano anche, per osservazioni critiche di più ampio respiro, G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali e "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1390 ss.; C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1337 ss.

che presso di noi – un *overruling* sono, ad avviso di chi scrive, almeno due, tra loro intimamente collegate: per un verso, infatti, non è affatto chiaro se e, soprattutto, a quali fini, la contrapposizione tra *ratio decidendi* ed *obiter dictum* debba essere utilizzata anche negli ordinamenti di *civil law*. Per altro verso, ed in conseguenza della predetta incertezza, la produzione e l'uso delle massime tende a sottostimare – fino, talvolta, ad azzerarla – la distinzione tra *ratio* e *obiter*¹²⁵. Si tratta di temi molto complessi, che meriterebbero un approfondimento monografico autonomo e che, pertanto, in questa sede non possono che essere indagati limitatamente a quanto basta per proseguire nello svolgimento di questo più modesto studio. Alcune ulteriori riflessioni su questi profili, però, appaiono inevitabili.

In effetti, la contrapposizione tra *ratio decidendi* ed *obiter dictum* nasce, si consolida e trova un'evidente giustificazione negli ordinamenti in cui il precedente ha carattere vincolante¹²⁶: in questi sistemi, infatti, pri-

¹²⁵ A titolo d'esempio (tuttavia emblematico) si ricordi la massima ufficiale di Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246 cit. poco sopra nel testo: su di essa e sul principio di diritto di questa sentenza v. in senso critico G. TRISORIO LUZZI, *La dimidiazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., il quale, avendo opportunamente rilevato che una parte della motivazione della predetta sentenza «era del tutto avulsa dal caso concreto e pertanto non poteva dare vita ad un principio di diritto», osservava che «ciò nonostante nel Servizio novità del sito Web ufficiale della Cassazione la sentenza è stata massima da come se quella affermazione fosse il principio di diritto» (*ivi*, p. 444), così, in sostanza, venendosi a mistificare, attraverso la massima, la reale portata del *dictum* della Corte.

¹²⁶ Si vedano R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, IV ed., Clarendon Press, Oxford, 1991, rist. 2004, pp. 39-96; N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 67 ss.; N. MAC CORMICK, *Why Cases Have Rationes and What These Are*, in L. GOLDSTEIN, *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 155 ss. e spec. p. 179 ss. Più in generale, ancora nella letteratura in lingua inglese v., T. PLUCKNETT, *A Concise History of The Common Law*, IV ed., Butterworth & c., London, 1948, p. 324 ss., nonché, per un'utile approccio comparatistico, in cui trovano raffronto i differenti modi di “funzionare” del diritto giurisprudenziale in Inghilterra (cap. I), nei paesi più direttamente esposti alla tradizione romanistica (cap. II) e, poi, più specificamente in Germania e in Francia (capp. II-VI), J.P. DAWSON, *The Oracles of The Law*, The University of Michigan Law School, Michigan, 1968, *passim*. Nella letteratura italiana v. il classico G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 354 ss., nonché (l'ormai altrettanto classico) V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, V ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 315 ss. (con riguardo all'esperienza inglese) e p. 369 (con riguardo all'esperienza nordamericana). Si vedano anche F. ZICCARDI, *Concetto e funzione del precedente nell'ordinamento inglese*, in AA.VV., *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, (con introduzione di C. Grassetti), Giuffrè, Milano, 1985, p. 291 ss. e DELL'AQUILA, *Case law e stare decisis nel diritto nord americano*, *ivi*, p. 323 ss. Per una ricostruzione storica

mo fra tutti quello inglese, il precedente vincola solo nella misura in cui costituisce *ratio decidendi*, mentre – non solo quelli che Andrioli chiamava «svolazzi dottrinali dell'estensore»¹²⁷, ma anche – tutte le enunciazioni di principio svolte *in obiter*, pur avendo un significato orientativo, sono prive di efficacia vincolante. La rilevanza di questa distinzione è comunemente accettata e utilizzata anche negli ordinamenti di *civil law* e, per quanto più in particolare qui interessa, trova ampio spazio pure nel nostro ordinamento. Ma – parrebbe metodologicamente corretto domandarsi – se la contrapposizione nasce per distinguere all'interno del precedente ciò che è vincolante da ciò che non lo è, qual è il senso – ammesso che ve ne sia alcuno – e la portata di questa distinzione in un contesto in cui la regola dello *stare decisis* non vige? Se disponessimo di una risposta positiva e certa a questo interrogativo, non si spiegherebbe, ad es., il “terremoto istituzionale” cui ha dato la stura Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246¹²⁸.

Secondo un'opinione rimasta isolata nelle parole – ma non nei fatti – sarebbe perfino consigliabile un abbandono della distinzione tra *ratio decidendi* ed *obiter dictum*, la quale – nata e sviluppatasi in ordinamenti molto diversi dal nostro e già altamente problematica anche in quel contesto¹²⁹ – se calata acriticamente negli ordinamenti di *civil law*, sarebbe foriera di pericolosi equivoci¹³⁰. Alla luce di questa tesi, si dovrebbe ammettere – ma è cosa che, volendo, può farsi senza troppo sforzo, perché probabilmente proprio così stanno le cose: vi sarebbe solo da prenderne atto... – che le massime operano tutte sullo stesso piano, avendo nel nostro ordinamento un'efficacia meramente persuasiva: e, così, i principi di diritto enunciati come *obiter dicta* o come *rationes decidendi* – irrilevanti i

della nascita del principio dello *stare decisis* in Inghilterra ed, in particolare, della “invenzione” della *ratio decidendi* v. D. FREDA, «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 10 ss.

¹²⁷ V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, cit., p. 249 ss. e spec. p. 250.

¹²⁸ Per maggiori dettagli v. *infra*, cap. V.

¹²⁹ In questo senso si veda soprattutto W. TWINING, *Il precedente nel diritto inglese: una demistificazione*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, cit., p. 33 ss., nonché, W. TWINING – D. MIERS, *How To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation*, II ed., Weidenfeld & Nicolson, London, 1982, trad. it. di C. Garbarino, *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, *passim* e spec. p. 345 ss.

¹³⁰ Si tratta della tesi sostenuta da V. DENTI, *Relazione di sintesi*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, cit., p. 113 ss.

primi, rilevanti i secondi, ai fini della decisione e, quindi, della formazione del giudicato¹³¹ – vengono rispettivamente elevati o ridotti a massima e, per così dire, riportati tutti indifferentemente al medesimo “livello di persuasività”. Denti non si limitava a denunciare e a prendere atto, descrittivamente, di questo stato delle cose, ma proponeva, con intento prescrittivo, di provvedere ad un adeguamento degli strumenti linguistici, da tradursi alternativamente o in un abbandono o in una ri-definizione della distinzione tra *ratio* e *obiter*, se del caso adattandola, attraverso il ricorso alle definizioni stipulative¹³².

La tesi, sostenuta, come si è detto, soprattutto dal Denti – ancorché in modo estemporaneo, a conclusione del noto convegno di Genova sul tema della *Giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, tenutosi il 11 e il 12 marzo 1988 – è rimasta non solo isolata, ma anche per lo più ignorata. La ragione del disinteresse per questa tesi pare in qualche modo derivare dal fatto che essa è, in definitiva, scomoda, in quanto mette a nudo, con un certo impietoso realismo, una paradossale verità: in letteratura molto si discute di *ratio decidendi* ed *obiter dictum*, ma, alla prova dei fatti, la distinzione si rivela evanescente e, se probabilmente pochi saprebbero dire con buon grado di certezza in che cosa consista¹³³, ancor

¹³¹ In giurisprudenza, sul punto, si vedano Cass., 16 marzo 1981, n. 1438, in *Mass. Foro it.*, 1981, nonché Cass., 8 febbraio 2012, n. 1815, *ivi*, 2012. Sui rapporti tra *res iudicata* e *stare decisis* nel contesto statunitense (ove le cose si complicano enormemente, soprattutto nella distinzione, già portata al centro dell’attenzione da Gorla, tra *fatto* e *caso*) può essere ancora di notevole interesse consultare un risalente e approfondito studio – per molti versi superato, ma tuttora illuminante – a cui potrà utilmente farsi ricorso soprattutto in prospettiva storica: J.C. WELLS, *The Doctrines of Res Adjudicata and Stare Decisis*, Mills & Co., Des Moines, Iowa, 1878, *passim* (di cui può trovarsi la ristampa del 2012 di Forgotten Books).

¹³² Chiariva, infatti, Denti: «è mia opinione, quindi, che se si vuol continuare a parlare, a proposito dell’efficacia persuasiva del nostro precedente giudiziale, di *ratio decidendi*, si può farlo sulla base di una stipulazione linguistica, ossia muovendo dal presupposto che con tale espressione non si designa nulla che abbia qualcosa in comune con i possibili significati di *ratio decidendi* nei sistemi di *common law*» (V. DENTI, *Relazione di sintesi*, cit., p. 117).

Sulle definizioni stipulative v. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, II ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 3; U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milano, 1955, p. 64 ss., ora ripubblicato in ID., *Filosofia analitica del diritto*, Pisa, ETS, 2014; ID., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 27 ss.; A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 65 ss., ora anche in ID., *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 2016, p. 1 ss.

¹³³ A questo proposito vale la pena di riportare alcuni interessanti rilievi di Taruffo: «Questa distinzione non è ignota nell’ambito della nostra giurisprudenza, ma non viene

meno sono coloro che saprebbero dire con precisione in che cosa essa debba consistere.

Tra la sparuta schiera di coloro che, in dichiarato dialogo con Denti, ne hanno messo in discussione la tesi, difendendo l'opportunità di continuare a distinguere tra *ratio decidendi* ed *obiter dictum*, vi è soprattutto Marino Bin¹³⁴. Questo a. – sotto il profilo descrittivo, cioè della registrazione dello “stato dell’arte” – ha sottolineato come la predetta distinzione sia, nel nostro ordinamento molto meno ignota di quanto si potrebbe pensare: in particolare, proprio nelle argomentazioni dei giudici di Cassazione, si registra un ricorso piuttosto frequente alla contrapposizione tra *ratio* e *obiter*, in funzione della decisione sull'ammissibilità dei ricorsi. Premesso che non di rado le sentenze delle corti territoriali recano una molteplicità di *rationes decidendi* (che tra loro possono essere in rapporto di alternatività, subordinazione, incompatibilità o concorrenza)¹³⁵, qualora il ricorso per cassazione si limiti a censurare una sola fra – e non tutte – le *rationes* articolate in motivazione, ovvero solleciti il sindacato della Corte solo su

applicata con il necessario rigore: non di rado le massime contengono *obiter dicta*, in quanto chi formula la massima spesso estrae dal testo della sentenza qualunque enunciazione giuridica senza verificare se essa sia la base effettiva della decisione; nella pratica giudiziaria ci si comporta non di rado nello stesso modo, richiamando qualunque parte della sentenza che pare utile invocare come precedente. In tal modo diventa del tutto incerto che cosa sia ciò che si utilizza per rafforzare la giustificazione della decisione successiva, sicché anche l'*obiter dictum* può benché indebitamente “fare precedente”» (M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 709 ss.). In questo contributo Taruffo critica (a nostro avviso giustamente) la tendenza, radicata nel nostro ordinamento, a sottostimare nella prassi la distinzione tra *ratio* e *obiter*, ma non mi pare giunga con certezza a dire se, eventualmente con gli adattamenti del caso, e, se si, per quale ragione ed entro quali limiti, quella distinzione, tipica degli ordinamenti di *common law*, debba applicarsi anche da noi. Più recentemente, in termini non dissimili v. ID., *Note sparse sul precedente giudiziale*, cit., p. 111 ss. e spec. par. 3. Per ulteriori riflessioni sulla confusione tra *ratio* e *obiter* si vedano anche: G. CASELLI, *Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 675 ss.; G. GRIPPO, *Travisamento e persuasività dell'obiter dictum in due casi emblematici*, *ivi*, 1987, p. 659 ss.

¹³⁴ Bin ha criticato espressamente la tesi di Denti in M. BIN, *Precedente giudiziario*, «ratio decidendi» e «obiter dictum»: *due sentenze in tema di diffamazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988 p. 1001 ss e spec. p. 1005-1007. Considerazioni di analogo tenore sono state svolte dallo stesso a. anche in ID., *Funzione un'informatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 545 ss. e successivamente ripresa in M. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Cedam, Padova, p. 148 ss. e p. 153 ss.

¹³⁵ Questo profilo è stato efficacemente indagato con lucidità soprattutto da M. LUPOI, *Pluralità di “rationes decidendi” del precedente giudiziario*, in *Quaderni Foro it.*, 1967, c. 203 ss. Successivamente anche Taruffo, a più riprese, ha insistito su questo aspetto.

un *obiter dictum*, la Cassazione concluderà per la sua inammissibilità, a valle di un ragionamento condotto sulla scorta di «un uso molto attento e corretto del criterio di descrittivo su cui è basata la distinzione»¹³⁶. Nella stessa direzione si è anche segnalato che è frequente imbattersi in sentenze, tanto della Cassazione quanto dei giudici di merito, che fanno un uso esplicito e appropriato dei concetti di *ratio decidendi* e di *obiter dictum*, «per motivare, rispettivamente l'adesione ad un precedente o il rifiuto di riconoscere lo *status* di precedente all'argomentazione contenuta in una sentenza anteriore»¹³⁷.

Seppure chi scrive nutra qualche dubbio sul fatto che davvero detta distinzione continui a conservare un'importanza pratica tale da poter far dire che «qualunque avvocato preferirebbe iniziare una causa potendo contare su una precedente decisione favorevole della cassazione che in punto esprima evidentemente una *ratio decidendi*, piuttosto che un evidente *obiter dictum*»¹³⁸, non foss'altro perché – come si è cercato di dimostrare – il massiccio ricorso alle massime (su questo punto quasi sempre reticenti, specie in materia processuale¹³⁹) non consente più di distin-

¹³⁶ M. BIN, *Funzione un'informatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 545 ss. e spec. p. 552 ss.

¹³⁷ M. BIN, *Funzione unformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, cit., *ibidem*. Si tratta di un aspetto che è stato a suo tempo segnalato dall'indagine di L. NANNI, *Ratio decidendi e obiter dictum nel giudizio di legittimità*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 865 ss.

¹³⁸ M. BIN, *Funzione unformatrice della Cassazione*, cit., *ibidem* e ID., *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, cit., p. 150.

¹³⁹ Un altro esempio, nell'ambito del diritto processuale, di massimazione non segnalata di un *obiter*. è rappresentato dalla sentenza Cass., sez. un., 20 giugno 2012, n. 10143, la quale, chiamata a risolvere un contrasto giurisprudenziale, ha stabilito *in obiter* quanto si riporta di seguito, versato nella massima ufficiale «L'art. 82 r.d. 22 gennaio 1934 n. 37 - secondo cui gli avvocati, i quali esercitano il proprio ufficio in un giudizio che si svolge fuori della circoscrizione del tribunale al quale sono assegnati, devono, all'atto della costituzione nel giudizio stesso, eleggere domicilio nel luogo dove ha sede l'autorità giudiziaria presso la quale il giudizio è in corso, intendendosi, in caso di mancato adempimento di detto onere, lo stesso eletto presso la cancelleria dell'autorità giudiziaria adita - trova applicazione in ogni caso di esercizio dell'attività forense fuori del circondario di assegnazione dell'avvocato, come derivante dall'iscrizione al relativo ordine professionale, e, quindi, anche nel caso in cui il giudizio sia in corso innanzi alla corte d'appello e l'avvocato risulti essere iscritto all'ordine di un tribunale diverso da quello nella cui circoscrizione ricade la sede della corte d'appello, ancorché appartenente allo stesso distretto di quest'ultima; tuttavia, a partire dalla data di entrata in vigore delle modifiche degli art. 125 e 366 c.p.c., apportate dall'art. 25 l. 12 novembre 2011 n. 183, esigenze di coerenza sistematica e d'interpretazione costituzionalmente orientata inducono a ritenere che, nel mutato contesto normativo, la

guere l'una dall'altro, tuttavia appaiono di notevole pregio alcune ragioni che sono state portate a fondamento della opportunità di mantenere la predetta distinzione.

In prospettiva prescrittiva ¹⁴⁰, infatti, si è ribadita l'importanza di (continuare a) distinguere tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, per almeno due ordini di ragioni.

Da un lato poiché solo la prima esprime la regola che ha veramente costituito – secondo le parole di Gorla – la «base della decisione dell'effettivo conflitto fra le parti, del caso reale e presente al giudice» ¹⁴¹ o – secondo le parole di Galgano – ciò che è veramente «risolutivo della lite» e che, per questa ragione, «si deve presumere assunto con maggiore ponderazione e senso di responsabilità» ¹⁴². *L'obiter*, viceversa, è dettato “di passaggio”, enunciato nella sentenza, ma superfluo per la risoluzione della controversia ¹⁴³.

Dall'altro lato, si è incalzato nella medesima direzione, ulteriormente argomentando che solo la *ratio decidendi* «riflette il pensiero dell'intero collegio giudicante (della totalità o, quantomeno, della maggioranza dei suoi componenti)», mentre *l'obiter dictum* può ben essere uscito dalla penna dell'estensore ¹⁴⁴ e – ancora – che le ragioni di un seppur attenuato *stare decisis* – com'è il nostro, veicolato non da vincoli, ma dalla persua-

domiciliazione ex lege presso la cancelleria dell'autorità giudiziaria, innanzi alla quale è in corso il giudizio, ai sensi dell'art. 82 r.d. n. 37 del 1934, consegue soltanto ove il difensore, non adempiendo all'obbligo prescritto dall'art. 125 c.p.c. per gli atti di parte e dall'art. 366 c.p.c. specificamente per il giudizio di cassazione, non abbia indicato l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine». In questa sentenza il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite era (solo) nella prima parte *ratio decidendi*, mentre nella seconda costituiva un mero *obiter* (ciononostante versato in massima, senza segnalazione), poiché si riferiva all'interpretazione di una norma, alla luce di modifiche normative (di natura processuale) intervenute in epoca successiva rispetto ai fatti di causa, quindi a questi ultimi inapplicabili.

¹⁴⁰ M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione*, cit., *ibidem* e ID., *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, cit., p. 150 ss.

¹⁴¹ G. GORLA, *Lo studio interno comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro It.*, 1964, V, c. 73 ss., ora in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 322, nt. 34.

¹⁴² F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, cit., p. 705.

¹⁴³ F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, cit., *ibidem*.

¹⁴⁴ F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, cit., *ibidem*. Cfr. anche G. CASSELLI, *Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 675 ss., il quale si domandava polemicamente: «ma il giudice che formula l'affermazione *obiter* è veramente il giudice che ha deciso la causa? E, di più, fino a che punto nel motivare incidentalmente il giudice è veramente giudice».

sione –, che si compendiano nella «certezza, eguaglianza, prevedibilità richiedono [...] rispetto dei precedenti ma, insieme, aderenza dei principi di diritto da essi ricavati al caso concreto», essendo, viceversa, privo di base legale un vincolo all'osservanza del precedente esteso «a parti della sentenza in cui il giudice – staccandosi dagli argomenti necessario sufficiente per decidere il caso concreto – si fosse voluto avventurare nell'affermazione di principi generali e astratti»¹⁴⁵.

Si tratta di considerazioni tutte ragionevoli e condivisibili, il cui peso, tuttavia, si riduce enormemente a fronte di una prassi diffusa e radicata di un ricorso massiccio e indiscriminato alle (sole) massime – che al riguardo restano mute – il quale senz'altro si spiega alla luce di una produzione giurisprudenziale quantitativamente insostenibile e oggettivamente ingestibile per chi debba farne quotidiana applicazione. Vale, però, la pena, a nostro avviso, di aggiungere ai rilievi che si sono sopra sintetizzati, un'altra ragione, di ancor più ampia portata, che appare idonea a sostenere l'opportunità (o forse addirittura la necessità) di tornare a distinguere nettamente la *ratio decidendi* dagli *obiter dicta* e, in conseguenza di ciò, di avviare, per un verso, una seria revisione dei criteri e dei metodi di massimazione delle sentenze – che, peraltro, non essendo pubblici, sono sottratte dal segreto al dibattito pubblico – e, per altro verso, una seria riflessione da parte della dottrina – che pure, in questo, ha una parte non trascurabile di responsabilità – circa l'approccio da adottare nella redazione delle note e dei commenti alle sentenze della Cassazione che si pubblicano ogni giorno sulle riviste giuridiche¹⁴⁶. L'ulteriore ragione, che si aggiunge alle altre, a nostro avviso ha a che vedere con il ruolo istituzionale del giudice nel quadro degli equilibri costituzionali: negli ordinamenti giuridici occidentali, siano essi di *common law* o di *civil law*, la giurisdizione è una funzione (o un potere, secondo alcuni) dello Stato il cui esercizio si giustifica se (e solo se) e nella misura in cui (e solo nella misura in cui) il suo intervento è sollecitato da un soggetto – pubblico o privato che sia – ad essa estraneo. Il principio della domanda, l'interesse e la legittimazione ad agire sono alcuni dei pilastri sui quali si regge l'intero sistema della giustizia civile, che funziona e si legittima in tanto in quanto

¹⁴⁵ Così, testualmente, ancora M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione*, cit., *ibidem* e ID., *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, cit., p. 151.

¹⁴⁶ Si vedano, su questo punto, le autorevoli opinioni di V. ANDRIOLI, *Tre aspetti della Corte di cassazione*, in *Dir. e giur.*, 1966, p. 189 ss. (in particolare per una critica rivolta sia alle riviste circa la scelta delle massime da pubblicare, sia alle tecniche di massimazione); e di F. GALGANO, *Dei difetti della giurisprudenza, ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 504 ss.

vi sia qualcuno che chiede al giudice la tutela di un (proprio) diritto. Al giudice non si possono chiedere pareri, ma solo decisioni con cui si dica chi ha torto e chi ha ragione e quindi si assegni all'una o all'altra parte il bene della vita oggetto di contesa; ma il rovescio di questa regola prescrive che il giudice non possa dare, nei suoi atti di imperio, pareri, potendo e dovendo solo rendere decisioni.

Le osservazioni che precedono potranno rivelarsi meno banali di quanto appaiono a prima vista, se applicate al giudizio di cassazione e, più in particolare, alla discussa e controversa categoria degli *obiter dicta*: quando un giudice, per quanto autorevole, – ci riferiamo, com'è ovvio, *in primis* alla Cassazione – risolve una questione di diritto, sostanziale o processuale, *in obiter*, sta davvero esercitando una funzione che gli è propria? Il suo compito non è forse (solo) quello di decidere la controversia sottoposta al suo giudizio? Ogni volta che la Cassazione si dilunga nel risolvere una questione non necessaria alla decisione del caso concreto – nella consapevolezza che, per l'importanza o l'attualità di quella specifica questione, il suo *obiter* finirà quasi certamente per essere massimato e, così veicolato, avrà un'altissima probabilità di guadagnare un posto di rilievo nelle riviste giuridiche, sempre avidi di novità – opera al di fuori della funzione giurisdizionale in senso stretto intesa. In casi simili non si ricade certo nel fenomeno dell'extrapetizione, perché il *decisum* rispetterà i limiti dettati dal principio della domanda, ma sotto il profilo metodologico l'estensore sta “lavorando” fuori dall'oggetto del processo. Non si vuol dire con ciò che si tratti di un'attività illegittima, tutt'altro: gli *obiter* possono essere anche molto importanti e avere un valore orientativo attendibile. Tuttavia un'avvertenza dev'essere formulata: ciò è tanto più vero quanto più gli *obiter dicta* provengano da un giudice di vertice compatto e coeso, come accade negli ordinamenti di *common law*¹⁴⁷, ove preannunciano, con una funzione analoga a quella delle *dissenting opinions*, possibili futuri mutamenti giurisprudenziali. Al contrario, quando gli *obiter* escono dalla penna di un estensore incardinato in un ufficio giudiziario composto da centinaia e centinaia di magistrati, essi non potranno che avere una scarsa efficacia predittiva. E questo costituisce un motivo ulteriore per ridurne – contro il *more solito* – drasticamente l'importanza.

Completano il quadro due considerazioni conclusive, a nostro avviso di un certo rilievo, tra loro in certa misura correlate, attinenti al profilo della responsabilità del magistrato.

¹⁴⁷ Non sarà superfluo ricordare che la Corte Suprema inglese è composta da dodici giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti è composta da nove giudici.

Da un lato, infatti, si presta a corroborare una netta distinzione tra *ratio* e *obiter* la circostanza che il giudice quando parla *in obiter* non decide le sorti di alcuno: tutti sanno che ciò che rende l'attività del giudicare delicata e talvolta molto ardua è proprio il fatto di incidere sui beni della vita e molto spesso sulle vite stesse delle persone. Quando il magistrato parla *in obiter* lo fa con la libertà di chi interpreta senza decidere; si prende – per così dire – il “lusso” di dare ad una determinata questione una soluzione magari del tutto nuova e diversa da quella consolidata in precedenti orientamenti, senza assumere su di sé il peso delle ricadute che sulle parti – sui loro beni, sulle loro vite – avrà la sua decisione. Questo “peso” non è qualcosa di fastidioso, di cui il giudice di vertice debba (o possa facilmente) liberarsi appena possibile; tutt'altro: esso è il cordone ombelicale che lega lo *jus dicere* al caso concreto, alle vite delle persone; esso è benefico e funge da antidoto contro interpretazioni avventate ed astruse – nonché contro esibizioni di cultura giuridica non sempre necessarie¹⁴⁸ – e, per converso, mettendo il giudice di fronte alla tragicità dell'esistenza, ne invoca un intervento che non consiste nel dare un'interpretazione “giusta” in astratto di un enunciato normativo, ma nel dare – con assunzione di piena responsabilità – alla questione controversa una soluzione “giusta” (anche) rispetto al caso da decidere¹⁴⁹. Ad avviso di chi scrive la

¹⁴⁸ Cfr. in argomento B. SASSANI – R. PARDOLESI, *Motivazione, autorevolezza interpretativa e «trattato giudiziario»*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 299 ss.

¹⁴⁹ Appaiono di un certo rilievo in questo contesto le parole dell'Andrioli sui rapporti tra enunciazione del principio di diritto e decisione del caso concreto, che vanno collocate in un momento in cui il quadro normativo era sensibilmente diverso da quello attuale, essendo assai più limitate – allora, rispetto ad oggi – le occasioni per la Corte di pronunciare i principi di diritto. Vale la pena di riportare qui di seguito le parole dell'illustre Maestro, nelle quali trovano compendio molte delle considerazioni che si sono svolte nelle pagine che precedono: «la nomofilachia si risolve nella enunciazione di principi di diritto, cui la Cassazione civile addiviene solo quando accerta la sussistenza dei denunciati vizi di violazione e di falsa applicazione delle norme di diritto (artt. 360 n. 3, 384 c.p.c.), nella decisione delle questioni di diritto [...] e nella rettificazione degli errori di diritto non causali [...] l'art. 384 c.p.c. impone puramente semplicemente alle sezioni civili di correggere gli errori di diritto, che affliggono la motivazione e non anche dispositivo della sentenza impugnata [...]. Anche a voler desumere dalle citate disposizioni [...] la combinata e complessa norma, in virtù della quale assumano rilevanza esterna le decisioni di tutte le questioni di diritto – siano esse collocate in sentenza di accoglimento ovvero di rigetto del ricorso –, anche a spingere l'ardimento interpretativo sino alla enunciazione dei principi di diritto, enucleare abilità sentenze di cassazione senza rinvio per l'improponibilità e improseguibilità delle domande (art. 382, ult. comma, c.p.c.), la nomofilachia non esonda nella risoluzione di questioni astratte che si esauriscano nella interpretazione di disposizioni più o meno variamente combinate, e incontra un limite invalicabile nel collegamento con il caso con-

Cassazione non è, né dev'essere un'interprete autentico delle disposizioni che è chiamata ad applicare. Diversamente – per usare una metafora di Carnelutti¹⁵⁰ – avremmo un Giudice Supremo che non è mezzo maestro e mezzo giudice, ma solo maestro.

Dall'altro lato, analoghe considerazioni debbono ripetersi con riferimento alla responsabilità civile: quando il magistrato enuncia un principio, un'esatta interpretazione di una disposizione normativa, in astratto e non in concreto, egli opera al di fuori della responsabilità civile. Nessun magistrato potrà, infatti essere chiamato a rispondere civilmente per aver interpretato (si badi: non applicato) una disposizione di legge, quando non vi siano ricadute concrete di cui dolersi. Ciò non solo è ovvio – per ragioni, per così dire, ontologiche – ma è anche giusto. Tuttavia, di un tale dato di fatto non si potrà non tener conto quando – come noi riteniamo si debba fare – si distingue tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Queste considerazioni, peraltro, trovano una conferma nelle posizioni di coloro che in passato – penso in particolare a Gorla e a Galgano – hanno sottolineato con forza il maggior grado di ponderazione e la necessaria assunzione collegiale di responsabilità che implica l'enunciazione di un principio di diritto avente lo *status* di *ratio decidendi* – idoneo, quindi, a decidere il caso – rispetto all'enunciazione di un principio di diritto *in*

creto, nel quale confluisce il controllo di logicità della sentenza di merito, delineato nel n. 5 dell'art. 360 c.p.c. [...] : controllo, caratterizzato dalla decisività del fatto in non diversa misura da quella in cui la "causalità" dell'errore di diritto identifica il compito assegnato alla Cassazione dagli artt. 360, n. 3 c.p.c. [...]. In questo senso intesa, la nomofilachia, per un verso, ricollega la funzione della Cassazione alle concrete controversie e, per altro verso, nobilita i compiti dei giudici di merito, i quali non sono neppure di fatto vincolati alle "massime", nelle quali compilatori più o meno ufficiali, tra basano la risoluzione di qualsiasi questione di diritto, contenuta nella motivazione delle sentenze della Cassazione [...]. Ma sono impegnati nella cooperazione (affine a quella dei magistrati degli ordinamenti basati sull'autorità legale del precedente) di identificare nei concreti principi di diritto (pur nell'ampliato senso, che si è visto) il precedente che li guidi, nell'a constatazione, davvero eterna, del *genus proximus* e della *differentia specifica*. Che, poi, la Cassazione non eserciti, come dovrebbe i poteri di nomofilachia, che le più volte citate disposizioni le assegnano, e preferisca il rispetto delle massime al vincolo dei principi di diritto, è una constatazione, che può essere amara, ma che non autorizza a scambiare quel che con quello che dovrebbe (anzi, deve) essere». La citazione è tratta da: V. ANDRIOLI, *Giudizio di rinvio e incidente di costituzionalità*, (1977), ora in ID., *Cinquant'anni di dialoghi con la giurisprudenza 1931-1981*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 294-296. Più di recente, su questo punto, si vedano le pagine di B. PASTORE, *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 43 ss.

¹⁵⁰ F. CARNELUTTI, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, in ID., *Studi di diritto processuale civile*, cit., p. 503 ss. e spec. p. 521 ss.

obiter, spesso frutto nei fatti di un'opera individuale dell'estensore, il quale, nel decidere una questione irrilevante ai fini del decidere, non sentirà nemmeno il "peso" della condivisione collegiale dell'ipotetico *dictum*.

Un ultimo esempio potrà utilmente concludere queste considerazioni: mi riferisco, in particolare, al problema – molto sentito specialmente nell'ultimo decennio – dei *revirement* in materia processuale, che si sono fatti sempre più – ci si perdoni il termine, da intendersi *cum grano salis* – violenti ed imprevedibili¹⁵¹. Vale la pena, a questo proposito, di porsi una domanda: siamo certi che alcune "inversioni di marcia" sull'interpretazione di disposizioni processuali avrebbero avuto luogo (nei termini in cui lo hanno avuto) se, nel dare quella (talvolta del tutto) nuova interpretazione di una regola del processo, la Cassazione avesse dovuto assumere su di sé la responsabilità di dare torto alla parte che aveva ragione? La risposta negativa – oltre ad essere sorretta da alcuni celebri *revirement*¹⁵², pronunciati *in obiter*, appunto – l'ha data la stessa Cassazione, inventando (*rectius*: importando, ma forse senza le dovute cautele) l'istituto di origini statunitensi (non di *common law*, come alcuni ritengono erroneamente: l'Inghilterra, infatti, lo ripudia) del *prospective overruling*, il quale non fa altro che trasformare artificialmente una *ratio decidendi* in un *obiter dictum*. Ragione per cui, in questa sede, il – seppur estemporaneo – richiamo a tale nuovo congegno, a nostro avviso, si giustifica. Di questo tema, tuttavia, non si può qui discutere oltre, pena un indebito appesantimento dell'esposizione, sicché ad esso sarà dedicata un'autonoma e più approfondita indagine in un apposito capitolo.

È venuto il momento di trarre le fila del discorso – che forse si è già fatto troppo lungo – sui rapporti tra massima, *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Alla domanda se e per quali ragioni sia opportuno – ma noi riteniamo addirittura necessario – distinguere tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* riteniamo di aver risposto in senso positivo, sulla scorta degli argomenti finora sviluppati. Resta, ora, da chiarire quali siano (*rectius*: quali debbano essere) le conseguenze di questa distinzione. A chi scrive, in un contesto governato dal principio del precedente persuasivo e non vincolante, pare che l'unica ricaduta pratica di questa distinzione non possa che tradursi in un differente grado di intensità di questa efficacia persuasiva: detto in breve un *obiter dictum* dovrà essere considerato assai meno persuasivo di una *ratio decidendi*¹⁵³. Ciò detto, rimane da chiarire se e come questa

¹⁵¹ A questo tema, complesso e problematico, sarà dedicato il cap. V.

¹⁵² Per tutte v. Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, cit.

¹⁵³ F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985,

distinzione debba incidere sull'estrazione delle massime. A questo proposito, giova ricordare che i giudici del Massimario talvolta – e più spesso i massimatori non ufficiali delle riviste giuridiche – estraggono massime tanto da *rationes decidendi* quanto da *obiter dicta*, senza peraltro dar conto – se non sporadicamente – del fatto che la massima riproduca un *obiter*. Alla luce delle considerazioni che si sono svolte, questa prassi appare meritevole di revisione: se, infatti, come spesso accade, le massime circolano autonomamente, sganciate dalle decisioni per esteso da cui sono state estratte, per un verso sarà arduo il compito dell'interprete che debba stabilire se il principio racchiuso nella massima costituisca una *ratio decidendi* o un mero *obiter dictum*; per altro verso si otterrà l'effetto (perverso) di non consentire all'interprete – se non per mezzo di una dispendiosa e complessa indagine – di distinguere “a colpo d'occhio” le vere massime da quelle che sono state autorevolmente definite «pseudo-massime» o – addirittura – «non-massime»¹⁵⁴. La revisione della prassi della massimazione potrà imboccare due differenti strade: secondo un'opzione più drastica, potranno considerarsi perfino vietate le massime riproduttive di meri *obiter dicta*; secondo un'opzione più moderata, la massimazione degli *obiter* – di cui andrà comunque fatto un uso molto più sorvegliato di quanto non accada nella prassi corrente – potrà sì aver luogo, ma con l'obbligo per il massimatore di segnalare con evidente chiarezza che la massima è estratta da un *obiter dictum*.

Le conseguenze di tutto ciò non potranno, tuttavia, essere solo di ordine tecnico: non basta, infatti, un mutamento significativo nelle tecniche e nei criteri di massimazione delle sentenze, ma urge un cambio di passo sul più profondo e meno superficiale piano dell'approccio culturale a quello che è stato chiamato il “diritto giurisprudenziale” o, più esattamente, con riferimento agli ordinamenti di diritto legislativo, il “momen-

p. 701 ss.; M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 37 ss.; ID., *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 411 ss.

¹⁵⁴ Riprendo qui la terminologia “forte” utilizzata dall'Andrioli, il quale, con riferimento alle massime riproduttive di *obiter dicta* affermava: «quali siano i danni che siffatte non-massime provocano intende agevolmente chiunque consideri che manca in esse quel cauto e discreto procedimento di astrazione generalizzatrice, che isolando l'immanente dal transeunte, costituisce l'autorità del precedente e distingue, sempre per dirla con il Carnelutti, il maestro dal giudice, e che, per discendere un po' più al concreto, mere affermazioni dottrinali, dovute il più delle volte all'iniziativa dell'estensore, sono scambiate per proposizioni vincolanti e cioè per precedenti. Conseguenza: se alle massime ha da riconoscersi valore concreto, urge tagliare, senza pietà, il sottobosco delle pseudomassime» (V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, cit., p. 250).

to giurisprudenziale del diritto”. Non solo, quindi, è auspicabile che chi scrive le massime tenga in massima considerazione la contrapposizione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, ma è necessario altresì che ciò facciano anche coloro che leggono quelle massime, essendone i destinatari, ossia: i giudici, gli avvocati, i comuni cittadini.

7.3. *Massima, obiter dicta e giurisprudenza consultiva occulta*

Le considerazioni che precedono inducono, infine, a svolgere alcune riflessioni sulle ricadute generate dalla massimazione indiscriminata di *rationes decidendi* e di *obiter dicta*, che si riallacciano ad un fenomeno di cui si è già discusso e chi si è denominato “giurisprudenza consultiva”.

Se, infatti, in conformità a quanto si è sostenuto, di giurisprudenza consultiva si può parlare ogniqualvolta la Cassazione sia chiamata ad interpretare un enunciato normativo al di fuori della decisione di un caso concreto secondo le direttrici segnate dalle più recenti riforme, a valle di quanto si è detto non può non risultare evidente come quel medesimo fenomeno si verifichi anche tutte le volte in cui i *dicta* della Corte, pur costituendo *obiter dicta*, generano massime che tacciono la – invece preziosa – distinzione tra *ratio* e *obiter* o, comunque, in tutti i casi in cui questa distinzione venga trascurata o sottostimata.

Ne deriva che le osservazioni critiche che si sono svolte con riferimento al fenomeno della “giurisprudenza consultiva” – ed alle quali si rimanda – possono qui essere integralmente richiamate. In particolare, possiamo concludere, che la progressiva riduzione della rilevanza del discrimine tra *ratio decidendi* e *obiter dicta*, vuoi nella redazione delle massime, vuoi nella fruizione della giurisprudenza, determina – in quanto generalizzata – l’inveramento di un fenomeno ulteriore, definibile in termini di “giurisprudenza consultiva occulta”.

8. *Massime mentitorie*

L’indagine fin qui condotta sulla massima va completata con una – seppur breve – ricognizione del vituperato fenomeno delle massime mentitorie. Va detto, fin da subito, che si tratta di un fenomeno che oggi si manifesta sporadicamente, ma esso merita, in ogni caso, di essere segnalato a beneficio sia di chi è impegnato nella redazione delle massime

per rimarcare – benché, siamo certi, non ve ne sia bisogno – la delicatezza di questo ruolo, sia, soprattutto, di chi ne fa quotidiano utilizzo al fine di raccomandarne un uso accorto e prudente (*errare humanum est, sed perseverare...*).

La massima è stata considerata mentitoria in presenza di vari difetti. Essa, quindi, può essere tale perché:

- a) riproduce un *obiter dictum* ¹⁵⁵;
- b) include elementi costitutivi della fattispecie che, in realtà, non sono necessari ai fini della sua configurabilità ¹⁵⁶;
- c) è troppo generica o imprecisa, sì da includere nella sua portata anche fattispecie che, alla luce del caso concreto deciso, dovrebbero restarne escluse ¹⁵⁷.

La prima protesta contro le massime mentitorie risale, a quanto risulta, ad una nota a sentenza pubblicata nel volume I della *Giurisprudenza degli Stati sardi* del 1848-49, nella quale l'a. lamentava l'infedeltà della massima redazionale ¹⁵⁸ (il Massimario, peraltro, ancora non esisteva) rispetto alla questione decisa nella sentenza ¹⁵⁹. Questa prima denuncia di

¹⁵⁵ V. ANDRIOLI, *Massime consolidate*, cit. pp. 249 ss.; G.E. BRIGNONE, in *Giurisprudenza degli Stati sardi*, 1848-49, vol. I, cc. 576-577; F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, cit., pp. 708-712 (questi ultimi con riferimento al caso in cui la massima enuncia il principio generale, ma non la questione avente ad oggetto una possibile eccezione a quel principio, la cui soluzione ha determinato la decisione del caso concreto).

¹⁵⁶ R. SACCO, *La massima mentitoria*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, cit., p. 51 ss.

¹⁵⁷ A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., p. 379 ss.; cfr. anche G. NICCOLINI, *A proposito di una massima imprecisa (con una breve chiosa critica e con qualche osservazione sulla competenza del tribunale delle imprese a conoscere delle controversie sul compenso di amministratori e liquidatori di s.p.a.)*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, RomaTre-Press, Roma, 2016, p. 353 ss.

¹⁵⁸ Si tratta della massima alla sentenza Pittaluga contro Chierasco della Cassazione (non si dice quale) 3 dicembre 1849, in *Gazzetta dei tribunali*, Genova, anno II, n. 54.

¹⁵⁹ Si veda la nota di G.E. BRIGNONE, in *Giurisprudenza degli Stati sardi*, 1848-49, vol. I, cc. 576-577, nella quale si legge: «È valido un patto per cui il venditore di un animale viene allevato da ogni garanzia per i vizi redibitori. Questo patto non è contrario alla legge». Codesta massima così formulata non risponde per nulla al concetto della sentenza, la quale non ebbe in maniera di consacrare un principio generale esplicitamente sanzionato dall'art. 1660 cod. civ.; ma sibbene di sanzionare l'applicazione di simile principio allo speciale vizio redibitorio della morva, intorno al quale il legislatore sanciva particolari disposizioni col regolamento annesso alle regie patenti 11 giugno 1833. Ed invero: la questione che si agitava fra le parti non era quella se, in tesi generale, il manlevamento della garanzia per i vizi redibitori fosse contrario alla legge. A tale questione rispondeva troppo apertamente il

massima mentitoria è particolarmente interessante ai nostri fini, in quanto va nella direzione di criticarne la genericità e, quindi, l'astrattezza; afferma il commentatore «è pur troppo difetto generale dei collettori della giurisprudenza dei nostri magistrati quello di ricavare dalle sentenze, che riportano, i principi generali [...] anziché le massime applicative di simili principi»¹⁶⁰. Detta osservazione critica – preziosa perché consente di riflettere anche sul vero significato dell'espressione (per certi versi fuorviante) “principio di diritto” – «rappresenta un piccolo capolavoro. Essa mette in rilievo l'esigenza che la massima, come risultato della interpretazione della sentenza e come estrazione della sua *ratio decidendi*, deve puntualizzare la fattispecie oggetto della causa, cioè i fatti rilevanti in base ai quali è stata pronunciata la decisione; in altre parole deve mettere in luce la regola giuridica che si trova nella sentenza per tale fattispecie»¹⁶¹.

Una seconda protesta avente ad oggetto le massime mentitorie è, invece, rivolta nei confronti delle massime ufficiali e proviene dalla penna severa dell'Andrioli, il quale – come già si è visto – si doleva del fatto che talvolta le massime, senza dichiararlo, riproducessero – allora, ma la prassi è tuttora in auge – meri *obiter dicta*¹⁶². Anche in questo caso la massima può dirsi mentitoria, specie alla luce delle considerazioni che si sono svolte nel paragrafo precedente. Una denuncia per certi versi analoga si ritrova nella letteratura degli anni Ottanta del secolo scorso, per opera del Galgano, il quale – come pure si è già visto – lamentava come nella massima del noto caso Meroni venisse enunciato il principio generale della risarcibilità del danno derivante dalla lesione di un diritto obbligatorio, purché la prestazione fosse insostituibile, senza tuttavia precisarsi che nel caso di specie, non ricorrendo il requisito della insostituibilità, la pretesa risarcitoria risultava infondata¹⁶³.

codice civile che con l'art. 1660 esplicitamente lo permette. Ma era quella, all'incontro, se fosse valido il manlevamento dal vizio redibitorio della morva, rispetto al quale nel suddetto regolamento si ordina in determinate circostanze l'ammazzamento dei cavalli morvosi, e si vieta a determinate persone la vendita di quelli. E questa speciale questione decideva appunto, con la sentenza che riportiamo, il magistrato di Cassazione». La nota a sentenza qui riportata (che non ho consultato direttamente) è testualmente riferita in una nota da M.C. RUBINACCI ROBERTI, *Una non recente protesta contro il metodo delle massime vaghe e generiche*, in *Foro it.*, 1966, V, cc. 63-64, da cui è tratta la citazione e alla quale si rinvia per maggiori dettagli.

¹⁶⁰ G.E. BRIGNONE, *op. cit.*, cc. 576-577.

¹⁶¹ M.C. RUBINACCI ROBERTI, *op. cit.*, c. 64.

¹⁶² V. ANDRIOLI, *Massime consolidate*, cit. pp. 249 ss.

¹⁶³ F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, cit., pp. 708-712.

Un'altra interessante denuncia relativa all'infedeltà delle massime proviene da Briguglio, il quale, in uno scritto della prima metà degli anni Ottanta ¹⁶⁴, segnalava un'improprietà di linguaggio della massima – da degradarsi a mero “peccato veniale”, (solo) se letta alla luce di un attento esame della sentenza per esteso – estratta da Cass., 13 luglio 1979, n. 4090 ¹⁶⁵, la quale recitava: «quando due giudizi fra le stesse parti abbiano avuto per oggetto un medesimo rapporto giuridico ed uno di essi sia stato deciso con sentenza passata in giudicato, l'accertamento già compiuto in ordine ad una situazione giuridica e la risoluzione di una questione di fatto o di diritto che decidono su un punto fondamentale comune ad entrambe le cause, e che abbiano costituito la logica premessa della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza passata in giudicato, precludono il riesame del punto accertato e risolto». Il massimatore estraeva questa massima riproducendo l'inciso «*logica premessa della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza passata in giudicato*», ricavato *verbatim* dalla motivazione della sentenza, senza però avvedersi che l'aver preferito detto inciso ad una più fedele descrizione dell'articolazione interna del primo giudicato avrebbe comportato – per il lettore della massima – l'impossibilità di discernere le questioni pregiudiziali in senso stretto (in sostanza quelle che vengono dette “cause pregiudiziali”) da tutte le altre questioni preliminari di merito che, pur costituendo presupposti logici necessari della decisione, non sono idonee – secondo la dottrina prevalente – a costituire oggetto di autonomo accertamento e, conseguentemente, ad acquisire l'autorità del giudicato. In questo caso la massimazione risulta mentitoria per un eccesso di genericità, poiché essa è tale da consentire l'inclusione nel *dictum* anche di fattispecie (in questo caso processuali, ossia: decisioni su questioni inidonee ad assurgere a “cause pregiudiziali”) che, in realtà – secondo le statuizioni contenute nella sentenza per esteso – dovrebbero restarne escluse.

Ancora, merita di essere ricordato l'attacco – probabilmente più ce-

¹⁶⁴ A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., p. 379 ss. L'a., prendendo spunto dalla formulazione poco fedele di una massima ufficiale, in questo breve ma incisivo contributo mette in discussione che le tecniche di massimazione applicate siano idonee a far svolgere alla massima la funzione che le è propria, sottolineando in particolare come il giudice non sia un soggetto che emana concettualizzazioni astratte e generalizzate, ma sia colui al quale è demandato il compito di *decidere* un caso concreto, sicché il massimatore dovrebbe astenersi dall'enunciare, “come se fosse legislatore”, un principio di diritto generale ed astratto, ma piuttosto dovrebbe impegnarsi a «trasmettere una sintetica e facilmente consultabile testimonianza (sia pure contenente l'espressione di un principio giuridico) dell'attività ermeneutica che ha condotto alla soluzione di un caso» (p. 384).

¹⁶⁵ La sentenza può leggersi in *Giust. civ. Mass.*, 1979, II, p. 1805.

lebre – sferrato alle massime mentitorie da Rodolfo Sacco in un saggio di poche pagine¹⁶⁶, divenuto – grazie anche al suo seducente titolo – una sorta di vero e proprio “manifesto” contro le massime infedeli. La critica di Sacco prendeva le mosse dall’art. 1168 c.c., a mente del quale «l’attore può intentare un’azione di reintegrazione allorché abbia subito uno spoglio violento clandestino. È confermato nelle massime (è una massima costante) che è esposto all’azione di reintegrazione colui che abbia commesso uno spoglio violento o clandestino. A questa prima massima fa fronte una seconda massima che serve a descrivere cosa sia lo spoglio violento»¹⁶⁷. Si precisa, infatti, secondo una massima tralatizia, che «in tema di spoglio [...] la violenza (quale elemento soggettivo dello spossessamento) non deve necessariamente consistere in un’attività materiale, essendo sufficiente ad integrarla un qualsiasi comportamento che produca la privazione totale o parziale del possesso [...] contro la volontà espressa o anche solo presunta del possessore»¹⁶⁸. Qui l’interprete dovrebbe prendere atto che «il legislatore ha recitato una lezione vecchia di un millennio e superata e quindi la lettera della legge» dovrebbe darsi per abrogata con riferimento al requisito della violenza. «Richiedere la violenza – prosegue Sacco – perché intervenga la reazione dello spoglio significa dire allo spogliato: “prendi un bastone e affronta lo spoglio attore, perché solo così lo costringi ad operare la violenza e a perfezionare quell’aggressione illecita contro cui potrai agi-

¹⁶⁶ R. SACCO, *La massima mentitoria*, cit. p. 51 ss.

¹⁶⁷ R. SACCO, *La massima mentitoria*, cit. p. 53.

¹⁶⁸ Questa è la massima di Cass., 13 febbraio 1987, n. 1577, in *Mass. Giur. it.*, 1987, c. 245. Identiche a questa sono le massime di cui alle sentenze Cass., 3 maggio 1956, n. 1386; Cass., 20 dicembre 1958, n. 2932; Cass., 24 aprile 1959, n. 1227; Cass., 28 giugno 1960, n. 1708; Cass., 25 maggio 1962, n. 1222; Cass., 28 giugno 1963, n. 1783; Cass., 12 luglio 1963, n. 1890; Cass., 27 luglio 1964, n. 2086; Cass., 12 gennaio 1965, n. 46; Cass., 21 luglio 1965, n. 1668; Cass., 11 gennaio 1967, n. 105; Cass., 13 novembre 1967, n. 2728; Cass., 10 gennaio 1969, n. 42; Cass., 6 marzo 1969, n. 727; Cass., 17 maggio 1969, n. 1699; Cass., 10 aprile 1970, n. 990; Cass., 2 dicembre 1972, n. 3479; Cass., 24 ottobre 1974, n. 3103; 6 febbraio 1975, n. 433; Cass., 7 febbraio 1975, n. 471; Cass., 18 marzo 1975, n. 1048; Cass., 12 marzo 1976, n. 877; Cass., 17 gennaio 1978, n. 204; Cass., 13 dicembre 1978, n. 5932; Cass., 23 febbraio 1981, n. 1101. In epoca più recente la massima continua ad essere ripetuta: tra le ultime si veda Cass., 2 dicembre 2013, n. 26985, a mente della (massima della) quale «In tema di tutela possessoria, perché sussista la violenza dello spoglio non è necessario che questo sia stato compiuto con forza fisica o con armi, essendo invece sufficiente che sia avvenuto senza o contro la volontà effettiva, o anche solo presunta, del possessore, mediante una mera violenza morale, quale una minaccia».

re con l'azione di reintegrazione"»¹⁶⁹. Il requisito della violenza inteso in senso materiale, in definitiva, poteva andar bene in tempi diversi, ma non oggi, sicché l'interprete si trova a dover superare l'ostacolo di un requisito letteralmente previsto dalla legge, di cui in concreto di viene in sostanza inesigibile richiedere la sussistenza per l'esercizio dell'azione di reintegra. Ecco, allora, che tra la lettera della legge, che prescrive il requisito della violenza, e la scelta operativa che fa correntemente la giurisprudenza di obliterarlo, si colloca – con una funzione “cuscinetto” – il concetto preterlegale di *animus spoliandi*, costantemente definito come «l'intento di sostituire il proprio all'altrui possesso contro la volontà espressa o presunta del possessore»¹⁷⁰. Se l'*animus spoliandi* è insito nel fatto stesso dell'impossessamento, nella determinazione dei presupposti per l'esercizio dell'azione di reintegrazione è falso dire che i requisiti sono due (e cioè: lo spossessamento e l'*animus spoliandi*), mentre ciò che è vero è che il requisito è uno solo: lo spossessamento¹⁷¹. In questo caso, la massima mente, in quanto «ostenta ciò che il giudice dice di fare, invece di raccontare ciò che il giudice fa»¹⁷².

Appare infine opportuno segnalare un esempio recente che palesa una certa disinvoltura nella redazione delle massime (questa volta redazionali) dei provvedimenti della Cassazione. Mi riferisco, in particolare, ad una massima nella quale mi sono imbattuto, che recita così: «Il materiale probatorio sottratto in maniera fraudolenta alla controparte che ne era

¹⁶⁹R. SACCO, *La massima mentitoria*, cit. p. 54.

¹⁷⁰R. SACCO, *La massima mentitoria*, cit. p. 55.

¹⁷¹R. SACCO, *La massima mentitoria*, cit. p. 56. Parrebbe smentire la tesi del Sacco Cass., 4 novembre 2013, n. 24673, la cui massima statuisce: «in tema di spoglio la violenza e la clandestinità dell'azione, che implicano l'*animus spoliandi*, non sono insiti in ogni fatto materiale che determini la privazione dell'altrui possesso ma conseguono solo alla consapevolezza di contrastare e di violare la posizione soggettiva del terzo», in *Giust. civ. Mass.*, 2013. Il fatto è che non vi è – né può esservi – spossessamento in presenza del consenso del (presunto) spogliato. In realtà, leggendo per esteso le sentenze (sia la n. 24673/2013, sia Cass., 30 agosto 2000 n. 11453, richiamata dalla prima), si comprende come la violenza si risolva nella mancanza del consenso dello spogliato (che risultava provato in entrambi i casi sulla scorta dell'istruttoria in primo grado, con conseguente esclusione dell'elemento costitutivo della “violenza”). Con il che, anche alla luce delle più recenti massime, si potrebbe probabilmente ripetere ciò che Sacco affermava quarant'anni or sono, e cioè che la massima qui continua a dire ciò che il giudice dice di fare, invece di raccontare ciò che il giudice fa.

¹⁷²R. SACCO, *La massima mentitoria*, *ivi*. Sulla contrapposizione tra ciò che i giudici fanno e ciò che i giudici dicono di fare possono utilmente leggersi le pagine di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, cit., p. 512 ss.

in possesso non può essere utilizzato nel processo civile (nella specie, nel corso di un giudizio di separazione uno dei coniugi aveva prodotto fa il audio con relativa traduzione giurata già di proprietà dell'altro coniuge)»¹⁷³. È sufficiente una rapida lettura del provvedimento per esteso per comprendere che la massima appena sopra riportata mente per due ragioni: da un lato essa riproduce un mero *obiter dictum*; dall'altro lato la stessa formula in termini di certezza un enunciato che, in realtà, la Corte svolgeva in termini solo dubitativi¹⁷⁴. Ciò di cui il ricorrente – tra l'altro – si doleva nel giudizio di legittimità era la circostanza che il giudice di merito non avesse acquisito come materiale probatorio alcuni file audio, di proprietà della controparte e pervenuti in forma anonima alla ricorrente, che contenevano la prova dei condizionamenti che la controparte esercitava sui figli. La Corte di cassazione, sul punto, rilevava anzitutto l'inammissibilità del ricorso, in quanto i motivi sarebbero stati formulati in modo incompatibile con il nuovo art. 360, c. 1, n. 5, c.p.c.: questa – deve ritenersi – è la vera *ratio decidendi* del provvedimento. La Corte, tuttavia, aggiungeva, entrando così – forse inopportuno – nel merito delle censure: a) che la pronuncia della corte distrettuale aveva già ritenuto – con motivazione implicita – irrilevanti le conversazioni fra i coniugi riprodotte nella relativo file audio (*obiter 1*); e b) che *non sembra* (non: *non è*) fondata la tesi della ricorrente circa l'utilizzabilità nel giudizio civile del materiale probatorio acquisito illecitamente (*obiter 2*).

La massima redazionale, quindi, risulta, alla luce della lettura per esteso del provvedimento massimato, infedele e potenzialmente fuorviante, in quanto rappresenta un "orientamento giurisprudenziale" che – in realtà – non c'è: si tratta di un inciso dell'estensore, che peraltro – specie alla luce dei complessi problemi che solleva nel nostro ordinamento l'ammis-

¹⁷³ La massima si riferisce a Cass., ord., 8 novembre 2016, n. 22677 ed è pubblicata in *Foro it.*, 2017, I, c. 1689.

¹⁷⁴ Si legge infatti nell'ordinanza: «quanto alla lamentata non utilizzazione dei file audio con relativa traduzione giurata, già di "proprietà" del G. e a lui sottratti e inviati anonimamente al difensore della L., va rilevata l'implicita motivazione della corte d'appello con riferimento a quanto già affermato dalla sentenza di primo grado in tema di inutilizzabilità del materiale probatorio raccolto illecitamente e con riferimento altresì alla irrilevanza delle conversazioni fra i coniugi nel contesto delle acquisizioni probatorie di cui la corte distrettuale ha potuto disporre al fine di decidere sul regime di affidamento dei figli. Per altro verso non sembra fondato l'assunto della ricorrente circa l'utilizzabilità in un giudizio civile, e a differenza del giudizio penale, del materiale probatorio acquisito mediante sottrazione fraudolenta alla parte processuale che ne era in possesso».

sibilità della prova illecita nel processo civile¹⁷⁵ – non appare particolarmente meditato e che non ha avuto nessuna incidenza sulla decisione del caso concreto sottoposto allo scrutinio della Cassazione.

9. Conclusioni

Il processo di rafforzamento della funzione nomofilattica, realizzata dal legislatore soprattutto attraverso la modifica di norme processuali¹⁷⁶, ha fatto emergere quella giurisprudenza affatto particolare, diffusa talvolta anche in forme più estreme in altri ordinamenti di *civil law*, che abbiamo chiamato “consultiva”, attribuendo alla Cassazione – che nel giro di poco tempo ha dato prova di saperla volentieri padroneggiare – la facoltà di interpretare senza decidere¹⁷⁷. Questo processo, dal quale la funzione – definita eloquentemente “missione”¹⁷⁸ – della Cassazione di «assicurare l’esatta osservanza delle leggi»¹⁷⁹ dovrebbe uscire rinforzata, trova ora, come abbiamo cercato di dimostrare nel corso di questo capitolo, il suo compimento nel (preesistente) “sistema” delle massime, spesso inteso dagli stessi magistrati di Cassazione, come un vero e proprio “sistema di precedenti”¹⁸⁰.

L’attribuzione, a monte, al Giudice di vertice del potere di interpretare, dettando principi di diritto in funzione nomofilattica, anche quando non debba decidere nessun caso in concreto, si salda, a valle, con la distillazione delle pronunce in massima, che le traduce in enunciati generali ed astratti. Quest’ultima funzione è delegata all’Ufficio del Massimario, il quale, sulla base di criteri non noti all’esterno e quindi difficilmente

¹⁷⁵ Si vis, anche per ampie indicazioni bibliografiche, v. L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*.

¹⁷⁶ V. *supra*, cap. I.

¹⁷⁷ V. *supra*, cap. II.

¹⁷⁸ G. AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, cit., p. 1; ID., *Il progetto CERTANET nel sistema Italgire della Corte di Cassazione*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*.

¹⁷⁹ G. AMOROSO, *opp. locc. ultt. citt.*

¹⁸⁰ L’equiparazione tra un archivio di massime e un sistema di precedenti lascia, come si è già detto, perplessi (v. *supra*, spec. par. 6). Nel prossimo capitolo si cercherà di dimostrare quali siano le altre ragioni, meno superficiali e più profonde, che non consentono questa equazione, pena uno stravolgimento del concetto di precedente di proporzioni tali, da mettere seriamente in pericolo l’identità.

sindacabili e ancor più difficilmente controllabili, sceglie i provvedimenti da massimare, redigendone la massima o, più spesso, le massime. Queste ultime, poi, sono inserite in un archivio – la cui tenuta pure rientra fra i compiti del Massimario – il quale costituisce una sorta raccolta di quello che viene detto un “sistema di precedenti”¹⁸¹. Raccolta, tuttavia, non è la parola esatta: esso, infatti, non si limita ad accogliere al suo interno i precedenti (*rectius*: le massime) in una dimensione statica, ancorché ordinata, ma aspira, per mezzo di un ingegnoso congegno di marcatori, ad essere (in parte già lo è, in parte lo sarà¹⁸²), in una prospettiva dinamica, un sistema in grado di rivelare in pochissimo tempo, quasi a colpo d’occhio, volta per volta in ogni momento in cui viene consultato, quali siano le massime che – segnalate con apposite etichette – sono espressive di quelli che sono già stati promossi al grado di “principi consolidati”¹⁸³, anche se di veri principi spesso non si tratta, posto che sovente le massime in realtà riproducono una regola¹⁸⁴.

Il complesso processo che si è descritto in questi primi tre capitoli potrà forse rispondere a criteri di efficienza e potrà prestarsi a soddisfare – ma è risultato il cui conseguimento è tutto da dimostrare – esigenze di certezza, ma pone almeno due problemi che appaiono, per certi versi, inquietanti: da un lato tutta la formazione di questa “nuova” nomofilachia – che prende avvio da sentenze sostanzialmente interpretative, essendo poi portata a compimento in forma di massima – si realizza per mano di organi giudiziari, ma al di fuori della funzione giurisdizionale intesa in senso stretto. Dall’altro lato, la funzione nomofilattica così intesa e, nelle intenzioni del legislatore “rafforzata”, tende in realtà sempre più verso una dimensione astratta: prescinde dall’«interesse individuale dei litiganti», non «decide sul diritto concreto delle parti»¹⁸⁵, prende progressivamente e inesorabilmente commiato dai fatti e dalle vicende della vita

¹⁸¹ L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, cit., p. 9; U. MORCAVALLO, *Nomofilachia e massimazione*, in G. IANNUBERTO – U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, cit., pp. 103-132.

¹⁸² V. *supra*, par. 4.3.

¹⁸³ Si ricordi ancora qui G. PESCATORE, *I principi certificati di diritto civile*, cit., *passim*.

¹⁸⁴ Sulla distinzione tra regole e principi, ormai comunemente accettata e diffusa, v. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, (trad. it. di F. Oriana, a cura di G. Rebuffa), *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, *passim*; Id., *Law’s Empire*, cit., *passim*.

¹⁸⁵ I virgolettati sono espressioni utilizzate da P. CALAMANDREI – C. FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. II, Utet, Torino, 1958, p. 1055 ss. e spec. p. 1056 per descrivere i caratteri propri della Cassazione, volti qui in negativo in ragione delle esigenze espositive.

delle persone, fino a diventare fredda e algida prescrizione incastonata in quella “pillola” di diritto che è la massima. Del primo problema non ci si occuperà nel corso di questo lavoro: esso, infatti, oltre a implicare questioni che costituiscono l’oggetto di altre discipline, prima fra tutte il diritto costituzionale, richiederebbe uno spazio e un impegno eccessivo rispetto a quello consentito dalle dimensioni e dagli scopi di questo lavoro. Il secondo problema, invece, ci riguarda più da vicino e rientra nell’oggetto della ricerca che si sta svolgendo: il processo di fortissima astrazione che interessa la funzione nomofilattica, infatti, promuove – non solo in ragione dei mutamenti normativi intervenuti negli ultimi anni, ancorché da questi ultimi certamente accentuata, ma per un *habitus* mentale comune ai giuristi di *civil law* e molto radicato nel nostro ordinamento – la costrizione del precedente giudiziario in una dimensione genuinamente normativa, determinandone, specie al confronto con altre esperienze, una distorsione tale da metterne seriamente in crisi la stessa identità, fino a farlo divenire, appunto, un “precedente impossibile” e, così, pregiudicandone la capacità di imporsi propriamente come tale. Se ciò fosse vero, peraltro, si spiegherebbe anche per quale ragione il precedente per “irrobustirsi”, anziché trarre forza da sé stesso, abbia avuto bisogno dell’intervento eterogeno del legislatore che, prevalentemente mediante espedienti processuali, è andato nel corso degli ultimi tempi sempre più potenziandolo, ma anche irrigidendolo. Nel prossimo capitolo, nell’intento di chiarire ulteriormente questo aspetto, si cercherà di dimostrare come vi siano tra il nostro modo di intendere il precedente e il modo in cui lo intendono i giuristi di *common law*, differenze qualitative tali, da far perfino dubitare del fatto che questa omonimia sia sorretta da ragioni sufficienti.

CAPITOLO IV

IL PRECEDENTE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il precedente in Inghilterra e la regola dello *stare decisis*. – 3. Dimensione (intrinsecamente) comparatistica del precedente. – 3.1. Il precedente negli ordinamenti di *common law*. – 3.2. Il precedente negli ordinamenti di *civil law*. – 3.2.1. Francia. – 3.2.2. Germania. – 3.2.3. Italia. – 3.2.3.1. Un caso di «precedente vincolante» nel diritto coloniale. – 3.2.3.2. L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione? – 3.2.4. Spagna – 3.2.5 Ungheria e Bulgaria. – 3.2.6. Messico e Brasile. – 3.2.7. Cuba, ex URSS e Federazione Russa. – 3.3. Il «precedente comunitario». – 4. Inattendibilità (e inutilità) della distinzione tra «precedente vincolante» e «precedente persuasivo». – 5. «Culture del precedente»: differenze più attendibili (e più utili) tra precedente in *civil law* e in *common law*. – 5.1. L'estensione del precedente: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. – 5.2. La direzione del precedente: chi «fa» il precedente? – 5.3. La posizione del precedente: tra fatto e diritto. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Un'indagine di qualche pregio sul concetto di «precedente» meriterebbe ben altro spazio di quello che le si può dedicare nel torno di un solo capitolo. Lo scopo delle pagine che seguono, allora, non può essere certo quello di svolgere un saggio – tantomeno con aspirazioni di completezza – su un tema complesso, tanto dibattuto e controverso, ma, piuttosto, quello di offrire alcuni punti di riferimento attendibili per proseguire nella tessitura di una critica sull'uso che nel nostro ordinamento si fa e si pretende di fare di ciò che si usa chiamare «precedente»¹.

¹ Per un approfondimento semantico sul «precedente» si veda V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 871 ss., il quale precisa che «Il termine “precedente giudiziario” [...] si riferisce a una decisione giudiziaria anteriore, considerata nel suo valore orientativo rispetto all'attuale giudizio, in ordine alla stessa questione o ad altra che renda utile un raffronto. Nell'uso che viene così in rilievo, “precedente” è un aggettivo sostantivato non diversamente dai corrispondenti *précédent* in francese e *precedente* in spagnolo, anch'essi derivati dalla lessicalizzazione di un participio

Come spesso accade di fronte ai concetti giuridici, potremmo domandarci – forse in questo contesto, per le ragioni che si vedranno, con un po' di ingenuità – se non sia opportuno far ricorso ad una definizione stipu-

presente. È un aggettivo sostantivato anche l'inglese *precedent*, mentre in tedesco si hanno, con analogia derivazione dal participio latino *praece-dens*, il sostantivo neutro *Präzedens* e il nome composto *Präzedenzfall* (letteralmente: «caso precedente»). Sempre in tedesco, c'è il sinonimo *Präjudiz*, che costituisce, a sua volta, trasparente derivazione dal latino *praeiudicium*, di cui conserva anche la varietà di significati. Cioè, per quanto qui più direttamente interessa: 1) giudizio anticipato o decisione anteriore; 2) per metonimia dell'accezione etimologica, esempio normativo, precedente giudiziario. Possono essere altresì ricordati, tra le altre corrispondenze di “precedente”, nelle lingue occidentali più correnti: i termini francesi *préjugé* (che significa, oltre che “precedente” anche e soprattutto in senso giuridico: pregiudizio, preconcelto), *jugement antérieur*, *décision préalable*, *premier arrêt*; i termini spagnoli *juicio anterior*, *sentencia anterior*, *primero arresto*; la parola inglese *authority* (che per una metonimia che non è più nemmeno sentita come tale, tanto l'uso si è normalizzato, è divenuta del tutto fungibile con *precedent*); i termini tedeschi *vorläufige Urteil*, *bisherige Urteil*».

Il Marinelli, inoltre, ben documenta l'uso del termine precedente rispettivamente in Italia, Francia e Inghilterra, sicché appare opportuno riportarne un altro passo: «In italiano l'uso nominale di “precedente” risale a tempi relativamente recenti e proviene dall'inglese, probabilmente attraverso la mediazione del francese (BENEDETTI, *Le traduzioni italiane da Walter Scott e i loro anglicismi*, Firenze, 1974, 148). Tra i primi ad avvalersi del termine sono stati Foscolo e Manzoni (rispettivamente nelle espressioni: “costituire un precedente”, “creare un precedente”: v. i richiami fatti nel BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, XIV, Torino, 1988, *ad vocem*); ma per la registrazione lessicografica occorre attendere la seconda metà del secolo scorso. Il TOMMASEO e BELLINI, *Dizionario della lingua italiana*, III, Torino, 1869, annota: “Taluni usano sost. plur. I precedenti nel ling. legale e polit., I fatti e le deliberazioni anteriori, dai quali si prende norma a deliberare e operare. I Veneti italianissimamente dicevano Il caso seguito. Ma Precedenti non è barbarismo”. In francese la sostantivazione di *précedent* è attestata sin dalla fine del secolo XIV nel senso immediato di «colui che precede»; ma nel significato che qui interessa è molto più recente (seconda metà del secolo XVIII) e si presenta come calco dall'inglese (laddove secoli prima si era avuto, per quanto riguarda *precedent* in funzione di aggettivo, il passaggio inverso, cioè dal francese all'inglese). Cfr. il *Dictionnaire historique de la langue française* sotto la direzione di A. REY, I, Paris, 1992, *ad vocem*. La registrazione lessicografica risulta fatta per la prima volta da NODIER, *Examen critique des dictionnaires de la langue française*, Paris, 1828, con questo “*Au moment où je mets cet ouvrage à jour, le mot 'précedent' est devenu substantif de la langue ministérielle et parlementaire pour exprimer, je crois, une chose faite qui a acquis force de jurisprudence [...]. Il faut espérer que ce détestable argot n'entrera pas dans le dictionnaire*”. Auspicio al quale, come ben si sa, non hanno corrisposto i fatti. In inglese l'uso di *precedent* come aggettivo (in seguito divenuto raro, in quanto comunemente sostituito da *preceding*) è attestato, come calco dal francese, dalla fine del secolo XIV, mentre risale al secolo dopo l'impiego di *precedent* come sostantivo. Cfr. l'*Oxford English Dictionary*, XII, Oxford, 1989, *ad vocem*».

lativa ² di «precedente», al fine di agevolare la comprensione dei discorsi che intorno ad esso si svolgono ³. In questo caso, in realtà, non esiterei a

²Va qui richiamata la distinzione, elaborata dalla filosofia analitica, tra definizioni lessicali e definizioni stipulative. Le prime sono quelle che generalmente si trovano nei dizionari e vengono formulate al fine di informare circa l'uso che di una data parola o espressione si fa presso una determinata comunità di parlanti. Queste definizioni, in quanto aventi carattere informativo o descrittivo, si caratterizzano per il fatto di poter essere vere o false, a seconda che corrispondano effettivamente, o meno, all'uso che di quella parola o di quell'espressione si fa. Le seconde, ossia le definizioni stipulative, al contrario, hanno una diversa funzione: non riproducono il significato di un dato *definiendum* in ragione dell'uso che se ne fa presso una determinata comunità di parlanti, ma, discostandosi di solito parzialmente da quest'ultimo, propongono un significato nuovo da attribuire al *definiendum*. Questo significato, attribuito al sintagma dalla definizione stipulativa – che non è quasi mai totalmente nuovo rispetto a quello attribuito dalla definizione lessicale, dando, quindi, luogo nella maggior parte dei casi ad una ri-definizione – si caratterizza generalmente per essere più preciso rispetto all'uso comune. Una definizione stipulativa non può essere, per sua natura, vera o falsa, né può essere provata, è necessariamente libera ed ha carattere prescrittivo. Essa, pertanto, potrà essere solo opportuna o inopportuna e la sua scelta potrà certamente essere sindacata se e nella misura in cui non risulti, in tutto o in parte, coerente con i suoi scopi.

Sulla distinzione tra definizioni lessicali e definizioni stipulative v. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, II ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 3; U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milano, 1955, p. 64 ss., ora ripubblicato in Id., *Filosofia analitica del diritto*, Pisa, ETS, 2014; Id., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 27 ss.; A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 65 ss.

³Vi è, in realtà, una nota diffidenza dei giuristi verso le definizioni, che si fa tradizionalmente risalire ad un passo di Giavoleno: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti potest* (D. 50. 17, 202 [Jav. 11 *epist.*]). A prescindere dall'intrinseca ambiguità di questa massima dovuta alla duplice circostanza che secondo l'interpretazione giustiniana *definitio* stava non per definizione nel senso moderno, ma per *regula iuris* – il che spiegherebbe il rischio che ogni definizione possa essere sovvertita – e che solo in un momento successivo tende ad assumere il significato di definizione presso i giuristi *culti* (così A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, cit., p. 18, ora anche in Id., *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 2016, p. 1 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, II ed., Giuffrè, Milano, 2006, pp. 90-91), va detto che l'autorità di Lucio Giavoleno Prisco – giurista e console all'epoca di Traiano (98-117 d.C.) – non ha dissuaso i giuristi di ogni tempo dal far uso delle definizioni. In tal senso v. ancora A. BELVEDERE, *op. cit.*, pp. 18-19 e, per la dimostrazione che anche i giuristi romani ricorrevano sovente alle definizioni, con rilevanti assonanze, quanto alla tecnica, con le tendenze manifestatesi nella filosofia analitica contemporanea, v. F. GALLO, *La concretezza nell'esperienza giuridica romana*, in *Index*, 1974/75, pp. 1-12. La tendenza all'uso delle definizioni si è protratta fino ai giorni nostri se è vero che non è mancato chi ha potuto affermare che «*le juriste est un professionnel de la définition*» (J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruylant-Sirey, Bruxelles-Paris, 1935, p. 111).

dare una risposta negativa ⁴ per due ordini di ragioni, tra loro correlate: da un lato non pare tanto utile dare una *definizione* di «precedente», in quanto esso più che essere definito richiede di essere compreso, sicché non è di una definizione che in tal caso si sente il bisogno, ma piuttosto di una spiegazione che è cosa più laboriosa, ma ai nostri fini probabilmente molto più utile. Dall'altro lato, l'elaborazione di una definizione stipulativa, date queste premesse, si tradurrebbe nella costruzione di una vera e propria dottrina del precedente, a inevitabile vocazione prescrittiva ⁵, un compito eccessivo per gli orizzonti, ben più limitati, di questo lavoro, ed un'ardua impresa nella quale chi scrive qui non intende cimentarsi ⁶.

⁴Proporsi di elaborare una definizione di precedente è stata, anche recentemente, definita una impresa disperata (M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLIV, 2015, pp. 67-101 e spec. p. 70, il quale ai fini del proprio discorso assume apoditticamente che la nozione di precedente sia primitiva e utilizza la seguente definizione: «un precedente giudiziale è la decisione di un caso concreto da parte di un giudice, invocata da un altro giudice come ragione per decidere un caso successivo al primo»). Una simile definizione può andar bene anche ai nostri fini, ma – come meglio si vedrà *infra* – ciò che a chi scrive preme maggiormente non è tanto concentrarsi su una definizione di precedente, ma, piuttosto, sulle caratteristiche che siano in grado di spiegare come esso funziona.

⁵È opportuno ricordare che – nonostante talvolta i termini vengano utilizzati come sinonimi – vi è una importante differenza tra *teoria* e *dottrina*: mentre la prima, infatti, ha una funzione prevalentemente descrittiva, la seconda svolge una funzione prescrittiva. Per una utile distinzione tra teoria e dottrina si veda G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 178-179, il quale precisa che vanno distinte «Le dottrine, come proposte ideali o ideologiche che prescindono dai dati reali, anzi: mirano a modificarli, dalle teorie, che invece assumono come loro orizzonte precisamente i dati reali, tentando di rilevarli, elaborarli, ordinarli e, alla fine, comprenderli tramite proposizioni esplicative coerenti, senza nascondere le difficoltà e anche le contraddizioni che segnano qualunque realtà radicata nella società e non esclusivamente pensata nella testa di qualcuno. Quando si parla di diritto da “teorizzare”, si parla non del diritto in sede (che può essere un oggetto plausibile di una “dottrina”), ma di un determinato diritto, di una determinata società, in un determinato momento storico. Chi si dedicasse alla “teoria” senza rendersi conto della realtà storico-concreta del suo oggetto, adotterebbe per l'appunto “il metodo dell'ignoranza circa il senso del proprio agire”». Accoglie questa distinzione, così come formulata da Zagrebelsky, tra gli altri, F. MODUGNO, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio Costituzionale*, 3/2014, pp. 1-28 e spec. pp. 2-3, ora anche in F. MANNELLA (a cura di), *Unità della scienza giuridica. Problemi e prospettive. Giornata di studi in onore di Margherita Raveraira*, Editoriale Scientifica, Roma, 2016.

⁶Un autorevole tentativo di elaborare una teoria del precedente è stato compiuto da M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 411-430. Manca, tuttavia, non solo in Italia, ma in molti degli ordinamenti di *civil law*, un'attendibile

È, però, fuor di dubbio che per proseguire nell'indagine è indispensabile intendersi su che cosa sia, o per meglio dire – per le ragioni già dette – su come funzioni il «precedente». Assumiamo che a questo fine non si possa prescindere dallo studio della letteratura e della giurisprudenza dell'ordinamento inglese, quello che, più di ogni altro e con il maggior grado di attenzione, ne ha sperimentato l'impiego e ne ha discusso – talvolta anche con toni assai accesi⁷ – la forza e i limiti. Il riferimento al precedente inglese appare particolarmente significativo e di indubbia utilità, in quanto in quell'ordinamento, attraverso un sistema di precedenti – ciò di cui anche presso di noi oggi si parla con insistenza – si sono costruite intere aree del diritto sostanziale e processuale. Non da oggi, anche presso di noi, la dottrina più colta e più accorta riconosce la centralità di quello che Lombardi Vallauri chiamò molti anni fa il «momento giurisprudenziale del diritto»⁸, e assegna al frangente dell'applicazione, da parte del giudice, del c.d. diritto scritto, un'importanza fondamentale nel favorirne un'interpretazione rispettosa dei principi costituzionali, aperta alle istanze del diritto dell'Unione Europea, capace di tenerlo al passo con i tempi⁹.

Non poter prescindere dagli esiti, cui dottrina e giurisprudenza hanno messo capo in Inghilterra intorno alla formazione e all'uso del precedente

dottrina del precedente che sia in grado di dire come debbano essere utilizzati i precedenti da parte dei giudici.

⁷ Si pensi al vivissimo dibattito ospitato principalmente sulle colonne della *Modern Law Review* e della *Law Quarterly Review*, sviluppatosi in Inghilterra a partire dagli anni Trenta e protrattosi fin nella seconda metà del XX secolo: A.L. GOODHART, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 40 *Yale L. J.*, 1930, p. 161 ss.; ID., *Precedent in English and Continental Law*, in 50 *Law Quart. R.*, 1934, p. 40 ss.; J.L. MONTROSE, *Ratio Decidendi and the House of Lords*, in 20 *Mod. L. R.*, 1957, p. 124 ss.; ID., *The Ratio Decidendi of a Case*, *ivi*, p. 587 ss.; A.W.B. SIMPSON, *The Ratio Decidendi of a Case*, *ivi*, p. 413 ss.; ID., *The Ratio Decidendi of a Case*, in 21 *Mod. L. R.*, 1958, p. 155 ss.; A.L. GOODHART, *The Ratio Decidendi of a Case*, in 22 *Mod. L. R.*, 1959, p. 117 ss.; J. STONE, *The Ratio of the Ratio Decidendi*, *ivi*, p. 597 ss. Cfr. Anche J.L. MONTROSE, *The Language Of, and a Notation For, the Doctrine of Precedent*, in 2 *Univ. of West. Austr. L.R.*, 1953, p. 301 (*Part I*) e p. 504 ss. (*Part II*).

⁸ L. LOMBARDI (VALLAURI), *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 371 ss. In verità l'indagine di Lombardi Vallauri è soprattutto riferita alla dottrina (cioè alla c.d. giurisprudenza teorica) e, tuttavia, *mutatis mutandis*, quella formula può essere qui utilmente impiegata.

⁹ La letteratura in argomento è vastissima e qui, per ovvie ragioni di spazio, non può essere censita nemmeno con un richiamo alle opere più importanti: da ultimi si vedano, almeno, N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, *passim* e P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2017, *passim*.

giudiziale, non equivale a pretendere di farne cieca e acritica applicazione nel contesto nazionale, quasi a voler importare una comoda “teoria generale del precedente”, già pronta all’uso. Ciò, peraltro, come si vedrà, non sarebbe nemmeno possibile. Quell’esperienza è, tuttavia, a nostro avviso tuttora preziosa proprio per comprendere cosa si possa o si debba intendere per «precedente» anche in ordinamenti, come il nostro, che si reggono formalmente sul diritto legislativo, ma fanno ad esso continuo riferimento. Non solo: anche a voler immaginare la costruzione di una teoria del precedente *more italico* o una teoria del precedente valida negli ordinamenti di *civil law*, distinte dalle teorie del precedente sviluppatesi nei paesi di *common law*, o anche a voler elaborare – come autorevolmente è stato tentato¹⁰ – una teoria generale del precedente, con aspirazioni euristiche rispetto a come esso funziona in differenti contesti, non si può fare a meno di confrontarsi costantemente con lo *status* che il precedente aveva ed ha acquisito, nel corso del tempo, nel luogo in cui è nato. Il quale, a valle di uno studio che non resti in superficie, si potrebbe astrattamente anche scoprire – con non poco stupore del giurista di *civil law* – assomigliare molto più di quanto non appaia al nostro modo di intenderlo¹¹. Così, tuttavia, non sarà: le differenze tra “precedente” e “precedente”, come si vedrà, sono notevoli e profonde, sicché non possono essere sottaciute, né sottovalutate¹². Cionondimeno – va detto fin da ora – è possibile individuare – su un piano prescrittivo – nei diversi modelli di precedente un punto significativo di convergenza, costituito dal *fatto* o,

¹⁰ Cfr. M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., pp. 411-430. Un celebre modello teorico della rilevanza pratica dei precedenti giudiziari fu a suo tempo elaborata dal *Bielefeld Kreis*, i cui esiti si trovano nei saggi in D.N. MACCORMICK – R.S. SUMMERS (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate Publishing, 1997, *passim*.

¹¹ Alcune parole che P.G. Monateri scrisse alcuni anni fa proprio a ciò potrebbero far pensare: «Era un avviso comune, quasi stantio, quello di ricordare che quando ci avviciniamo al diritto inglese dobbiamo capire che “tutto” è diverso, anche ciò che sembra uguale. Un tale *caveat* si è, sempre più negli ultimi anni, trasformato in un atteggiamento diverso, per non dire opposto: in realtà le cose sono molto più simili di come appaiono, specie quando sembrano molto diverse» (P.G. MONATERI, *Il precedente in Inghilterra*, in L. VACCA (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC – Perugia, 25-26 giugno 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 103). Però, poi, è la stessa indagine *ivi* proposta da Monateri a dimostrare che le differenze tra il modo di intendere il precedente in Inghilterra e il modo in cui lo intendiamo noi possono essere, sotto taluni profili, anche molto rilevanti.

¹² V. ancora P.G. MONATERI, *Il precedente in Inghilterra*, cit., p. 103 ss. nonché J.A. JOLOWICZ, *Too many precedents?*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1994, p. 281 ss.

se si vuole, dalla *componente fattuale* del giudizio: quest'ultima, come si vedrà, costituisce il veicolo principale per la interpretazione e l'applicazione dei precedenti negli ordinamenti di *common law*¹³, e, ad avviso di chi scrive, altrettanto dovrebbe accadere nel nostro ordinamento e – più in generale – negli ordinamenti di *civil law*. Pur trovandosi queste istanze sovente rappresentate in dottrina, esse, tuttavia, sono smentite dalla giurisprudenza, la quale in realtà tende – mediante una prassi che contraddice la teoria – ad operare in altro modo, così rischiando di rendere il precedente, appunto, impossibile.

2. *Il precedente in Inghilterra e la regola dello stare decisis*

La dottrina del precedente vincolante in Inghilterra, pur affondando le proprie radici in un passato lontano¹⁴, attraversò un momento cruciale nel corso del XVIII secolo, per giungere alla sua definitiva e moderna formulazione solo nel corso del XIX secolo, in concomitanza con la grande riforma dell'ordinamento giudiziario, avutasi negli anni 1873-75 ad opera dei *Judicature Acts*, che hanno integralmente riordinato l'assetto caotico e disorganico, che fino ad allora caratterizzava l'organizzazione degli uffici giudiziari¹⁵.

¹³In questo senso, il contributo più significativo e più recente è quello di M. SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC – Roma 22-23 febbraio 2013*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 91-125.

¹⁴Per la ricostruzione dell'evoluzione storica del precedente in epoca anteriore al XVIII secolo, si veda il capitolo *The Growth and Decline of English Case Law*, in J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, The University of Michigan Law School, Cambridge, Mass., 1968, pp. 1-80. Per una sintesi dello sviluppo e del consolidamento formale della regola del precedente v. il capitolo *Principle of Precedent*, in T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, IV ed., Butterworth & Co., London, 1948, pp. 324-332.

¹⁵N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 17-18, il quale chiarisce che: «*By the late eighteenth century, there certainly existed among the English judiciary a practice of following precedents, but the fact that there was yet no clear and unchallengeable court hierarchy made it difficult and often impossible to say that one decision was binding on another because of the source from which it emanated*». Si vedano anche R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, IV ed., Oxford University Press, Oxford, 1991, pp. 1-7; C.K. ALLEN, *Law in the Making*, III ed., Clarendon Press, Oxford, 1939, p. 210.

Sui *Judicature Acts* nella letteratura italiana v. V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, V ed., Giappi-

Secondo uno schema usuale nella formazione del *common law*, l'osservanza dei precedenti da parte dei giudici nacque come prassi, si consolidò nel corso del tempo e divenne, infine, un vero e proprio obbligo giuridico, formalizzato nel principio dello *stare decisis*¹⁶.

Il primo formale riconoscimento dell'autorità del precedente si fa comunemente risalire ad un celebre passo dei *Commentaries on the Laws of England*, in cui Blackstone, nella seconda metà del Settecento, già metteva in luce la correlazione tra la raccolta delle decisioni giudiziarie ed il loro utilizzo come fonti del diritto, attribuendo al valore dei precedenti – ancora non si utilizzava la locuzione *stare decisis* – un importante ruolo di garanzia e di legalità, che impediva al giudice di giudicare secondo il proprio personale sentimento¹⁷. La concezione di Blackstone, rimasta soprattutto nelle sue opere di dottrina, confluì per mano di Lord Mansfield nell'autorevole giurisprudenza del *King's Bench*, ove venne forma-

chelli, Torino, 2014, p. 289 ss.; G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, III ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 261 ss.; L. PASSANANTE, *Inghilterra*, in AA. VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 191, pp. 147-148.

¹⁶Ricostruisce in questi termini l'evoluzione storica del valore del precedente nei sistemi di *common law* U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IV ed., vol. XIV, 1996, Utet, Torino, p. 151.

¹⁷Si veda W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1765, ove a p. 69 si legge: «*The judgement itself, and all the proceedings previews thereto, are carefully registered and preserved, under the name of records, in publick repositories set apart from that particular purpose; and to them frequent recourse is had, when any critical question arises, in the determination of which former precedent may give light or assistance. And therefore, even so early as the conquest, we find the "praeteritorum memoria eventorum" reckoned up as one of the chief qualifications of those who are held to be "legibus patriae optime instituti". For it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation; as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion; as also because the law in that case being solemnly declared and determined, what before was uncertain, and perhaps indifferent, is now become a permanent rule which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or a vary from, according to his private sentiment: he being sworn to determine, not according to his own private judgement, but according to the known laws and customs of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one*». Dei *Commentaries on the Laws of England* ho consultato l'originale digitalizzato, liberamente e gratuitamente accessibile al sito internet <https://archive.org>.

Dal brano riportato può evincersi la sussistenza di un certo grado di vincolo che astringeva il nuovo giudice al precedente, tanto che lo stesso Blackstone proseguiva, configurando alcune ipotesi in presenza delle quali il vincolo, per quanto non ancora formale, era comunque destinato a venir meno: «*Yet this rule admits of exceptions, where the former determination is most evidently contrary to reason, much more if it be contrary to the divine law [...] manifestly absurd or unjust*» (W. BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., pp. 69-70).

lizzata in varie decisioni, in una delle quali, nel 1766, comparve, per la prima volta, l'espressione *stare decisis*¹⁸.

Due ulteriori tappe fondamentali sulla strada verso la compiuta formulazione della dottrina del precedente vincolante furono segnate, in letteratura, dalla pubblicazione del trattato di James Ram, dato alle stampe nel 1834, probabilmente il primo a teorizzare la regola dello *stare decisis*¹⁹ e, successivamente, in giurisprudenza, nella seconda metà dell'Ottocento, dalla celebre sentenza *Beamish v. Beamish*, pronunciata nel 1861 dalla *House of Lords*²⁰, nella quale i *Law Lords* affermarono, per bocca di Lord

¹⁸La sentenza in cui Lord Mansfield pronunciò le famose parole «*it is best, stare decisis*» è *Fex v. Inhabitants of Underbarrow and Bradley-Field*, che può leggersi in J. BURROW, *A Series of Decisions of the Court of King's Bench upon Settlement cases*, vol. II, Worrall and Tovey, London, 1768, p. 575. Per maggiori dettagli su questa sentenza e sul fondamentale ruolo svolto da Lord Mansfield nella formalizzazione della regola del precedente vincolante, è utile consultare D. FREDA, «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 5 ss., al quale si rinvia anche per l'analisi di altre decisioni che contribuirono al consolidamento del principio dello *stare decisis*, quali: *Rex v. Weathley* (il noto caso del birraio londinese – Thomas Weathley – accusato di aver consapevolmente venduto al signor Richard Webb birra in quantità inferiore a quella pattuita, consegnandogli, con l'intento di truffarlo, sedici galloni di birra in luogo dei diciotto promessi al prezzo di quindici scellini: la difesa sostenne, citando una serie di precedenti in materia, l'irrilevanza penale del comportamento del birraio, il quale fu assolto da Lord Mansfield, proprio sulla scorta dell'importanza di rispettare quanto era già stato stabilito con precedenti decisioni, rese in casi analoghi); *Rex v. Wilkes* (un caso relativo alla stampa di libelli osceni); *Rex v. William Pedley* (un caso in materia di incendio doloso); *O'Neil v. Marson e Ingle v. Wordsworth*.

¹⁹Si veda J. RAM, *The Science of Legal Judgement. A Treatise designed to show the materials whereof, and the process by which, the courts of Westminster Hall, construct their Judgments: and adapted to practical and general Use in the Discussion, and Determination, of Questions of Law*, Maxwell, London, 1834, *passim*. Nella letteratura italiana sul trattato di James Ram si veda D. FREDA, «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, cit., p. 15 ss.

²⁰*Beamish v. Beamish*, (1859-61) 9 HLC 274 (citazione originale); 11 E.R. 735 (citazione negli English Reports), consultabile liberamente nell'originale digitalizzato al sito internet <http://uniset.ca>. La *House of Lords* in questo caso, la cui decisione fu piuttosto combattuta, dovette pronunciarsi sulla validità di un matrimonio, celebrato da un soggetto privo dello *status* di ministro del culto, tra un religioso e la nubenda. La questione da decidere era se si potesse (o meno) ritenere comunque valido quel matrimonio, pur se celebrato da un soggetto privo per la *common law* di una tale qualifica, data la presenza fisica del religioso (pure in qualità di sposo) alla cerimonia nuziale. La *House of Lords* si pronunciò per la tesi negativa sulla scorta di un precedente in cui la Corte aveva pure ritenuto invalido il matrimonio («*It being settled by the decision in The Queen v. Millis [10 Cl. and F. 534], that to constitute a valid marriage by the common law of England, it must have been celebrated in the presence of a clergyman in holy orders, the fact that the bridegroom is himself a clergyman*

Campbell, che essa stessa doveva ritenersi vincolata al rispetto dei propri precedenti. «Diversamente, se le sue decisioni non fossero state vincolanti anche per i suoi giudici, la corte si sarebbe arrogata la facoltà di modificare il diritto, e di legiferare grazie alla propria autorità»²¹.

Il principio della vincolatività del precedente fu poi confermato da una sentenza di alcuni decenni più tardi, *London Tramways Co. v. London County Council*²² e si consolidò come tale, fino a venir (solo parzialmente) meno con il noto *Practice Statement* del 1966, con cui la *House of Lords* stabilì di non ritenersi più vincolata ai propri precedenti²³. Il supera-

in holy orders, there being no other clergyman present, will not make the marriage valid. As to the manner in which a marriage is to be celebrated, the law does not admit of any difference between the marriage of a clergyman and of a layman» (Beamish v. Beamish, (1859-61) 9 HLC 273, p. 735).

²¹ Così, letteralmente *Beamish v. Beamish*, (1859-61) 9 HLC 339, p. 761: «*The law laid down as your ratio decidendi, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority»* (nel testo nella traduzione italiana di D. FREDA, «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, cit., p. 22).

²² *London Street Tramways Co. Ltd v. London County Council* [1898] AC 375. In questa sentenza l'Earl of Halsbury LC affermava «*a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was res integra and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided»*.

²³ [1966] 3 All ER 77, [1966] 1 WLR 1234. Il testo del *Practice Statement*, con il quale Lord Gardiner, il 26 luglio 1966, ha enunciato il principio in forza del quale la *House of Lords* non si sarebbe più ritenuta vincolata ai propri precedenti è il seguente:

«*Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.*

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House».

Per un autorevole resoconto del superamento del vincolo della *House of Lords* ai propri

mento del vincolo del precedente orizzontale da parte della sola *House of Lords* – fu, infatti, precisato: «*This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House*» – non va, tuttavia, interpretato come un radicale cambiamento del costume della Corte nel rapportarsi con i propri precedenti: al contrario, nonostante il formale venir meno del vincolo, la *House of Lords* ha modificato (*overruled*) i propri precedenti con estrema cautela²⁴ e in casi assai sporadici²⁵. È rimasto, invece, fermo il vincolo per tutte le altre corti inferiori ai precedenti (si parla in tal caso di “precedente verticale”) delle corti superiori e, nel caso della *Court of Appeal*, anche ai propri precedenti (si parla in tal caso di “precedente orizzontale”)²⁶.

3. Dimensione (intrinsecamente) comparatistica del precedente

Qualunque studio, anche di diritto interno, sul precedente non può evitare di confrontarsi con la sua dimensione comparatistica, che ne innerva, per così dire, lo stesso DNA. Ne costituiscono una prova inconfutabile i contributi più autorevoli che, trattando di questo tema, non hanno

precedenti, può leggersi J.H. LANGBEIN, *Modern Jurisprudence in the House of Lords: the Passing of London Tramways*, in 53 *Cornell Law Rev.*, 1968, p. 807 ss. Dal mese di ottobre del 2009 alla *House of Lords* è succeduta, in virtù del *Constitutional Reform Act 2005*, la *Supreme Court for the United Kingdom*. Quest'ultima opera secondo le stesse modalità e con gli stessi limiti della *House of Lords*, anche con riferimento al rispetto dei precedenti: lo ha chiarito la stessa *Supreme Court* con la sentenza *Austin v. Southwark London Borough Council* [2010] UKSC 28, [2011] 1 AC 355.

²⁴N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 128.

²⁵Alcuni dei pochi casi nei quali la *House of Lords* ha modificato i propri precedenti sono i seguenti: *British Railways Board v. Herrington* [1972] AC 877 che modificò il precedente *Addie v. Dumbreck* [1929] AC 358 in materia di responsabilità del proprietario del suolo nei confronti di un *trespasser* (responsabilità in precedenza non riconosciuta); *Kleinwort Benson v. Lincoln City Council* [1998] 3 WLR 1095 sulla ripetibilità di un tributo versato sulla scorta di un precedente successivamente *overruled*; *R v. G & R* [2003] 3 WLR che modificò il precedente *MPC v. Caldwell* [1982] AC 341 sul requisito della temerarietà nei danni derivanti da reato; *R. v. Howe & Bannister* [1987] 2 WLR 568, che modificò il precedente *DPP v. NI v. Lynch* [1975] AC 653 sulla riconoscibilità della scriminante a favore di chi ha commesso un omicidio sotto minaccia; *Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart* [1993] AC 593 che modificò *Davis v. Johnson* [1978] 2 WLR 553 sull'uso dei lavori parlamentari ai fini dell'interpretazione della legge.

²⁶Sulla distinzione tra precedenti verticali e orizzontali v. nella letteratura in lingua italiana M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 411ss.

potuto fare a meno di attingere continuamente agli studi comparatistici: così è stato fin da quello che, probabilmente, rappresenta il primo studio a taglio comparatistico del XX secolo in materia, di Gian Antonio Micheli, pubblicato alla fine degli anni Trenta²⁷; così fu, parimenti, per i successivi studi, condotti e promossi da Gino Gorla a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta sulle colonne del *Foro Italiano* e altrove²⁸; per quelli a cui diede impulso Francesco Galgano negli anni Ottanta sulle pagine di *Contratto e impresa*²⁹, nonché, più di recente, per quelli, numerosi e disseminati nell'arco di oltre un ventennio, di Michele Taruffo³⁰ ed, infine, per quelli a cui, a più riprese, ha dato stimolo, con approccio al contempo sincronico e diacronico, Letizia Vacca³¹.

Il dato acquisito della imprescindibilità di un approccio comparatistico nella trattazione del tema oggetto di studio non va confuso, tuttavia, con la presunzione di poter dar conto compiutamente in poche pagine

²⁷ G.A. MICHELI, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto. «Case law» e «stare decisis»*, Pubblicazioni della r. Università di Pavia – Studi nelle scienze giuridiche e sociali, Libreria Internazionale F.lli Treves, Pavia, 1938-XVI.

²⁸ Si vedano i saggi pubblicati sui *Quaderni del Foro it.*, poi raccolti in G. GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati (prima puntata)*, Società editrice del «Foro Italiano», Roma, 1968, *passima* e in *Id.*, *Lo stile delle sentenze. Testi commentati (seconda puntata)*, Società editrice del «Foro Italiano», Roma, 1968, *passim*, che costituiscono raccolte degli estratti dei saggi pubblicati nei *Quaderni del Foro Italiano* negli anni 1967 e 1968

²⁹ Cfr. F. GALGANO, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 29 ss. e spec. p. 40 ss.; G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, *ivi*, 1986, p. 799 ss.; F. DE FRANCHIS, *L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di «civil law» e di «common law» (accenni comparatistici)*, *ivi*, 1986, pp. 91-103; G. GALGANO, *Dei difetti della giurisprudenza ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza*, *ivi*, 1988, p. 504 ss.; A. BONSIGNORI, *L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente*, *ivi*, p. 510 ss.; G. De nova, *L'astrattezza delle massime e le origini dell'Ufficio del Massimario*, *ivi*, p. 516 ss.; G. SBISA, *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civile law)*, *ivi*, p. 519 ss.

³⁰ I saggi di Taruffo in argomento sono numerosi. Tra i più rilevanti, si vedano: M. TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 19 ss.; *Id.*, *Dimensioni del precedente giudiziario*, *ivi*, 1994, pp. 411-430; *Id.*, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. Treccani scienze soc.*, vol. IV, Treccani, Roma, 1994, 359 ss.; *Id.*, *Precedente e giurisprudenza*, *ivi*, 2007, p. 709 ss.; *Id.*, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 37 ss.; *Id.*, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 111 ss.

³¹ Vanno qui ricordati almeno i saggi raccolti in L. VACCA (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC – Perugia, 25-26 giugno 1999*, Giappichelli, Torino, *passim*; ed in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC – Roma 22-23 febbraio 2013*, cit., *passim*.

delle differenze che connotano il precedente – per ricalcare una diffusa impostazione – negli ordinamenti di *common law* e di *civil law*: un simile obiettivo, più che ambizioso, dovrebbe considerarsi assurdo, tanto che cimentarvisi costituirebbe un grave errore, nel quale riteniamo di non dover cadere. Ciò nondimeno, sono a nostro avviso troppi gli equivoci e gli stereotipi che circondano questo tema per potersi esimere dal compito di svolgere almeno alcune osservazioni che, pur senza alcuna pretesa di fornire un quadro completo, costituiscono un tentativo di mostrare come, sotto alcune tratlative contrapposizioni, si celi una realtà molto più complessa e meno “compatta” – ma anche molto più significativa – di come talvolta viene dipinta. Se quest’ultima non può essere in questa sede indagata compiutamente, di essa, tuttavia, riteniamo si debba per lo meno essere consapevoli e a tal fine assumiamo possano essere utili le considerazioni che seguono.

3.1. *Il precedente negli ordinamenti di common law*

Va premesso, in termini generali, che la consolidata contrapposizione *civil law/common law*, utile soprattutto in una prospettiva storica o, al più, storico-descrittiva, risulta oggi per molti versi anacronistica e perfino nociva, anche nell’ambito del diritto processuale, se non associata a correttivi che siano in grado di dare opportunamente conto della realtà assai più complessa che, sotto rassicuranti etichette, si muove quasi senza sosta³². Anche lo studio del precedente conferma il carattere fonamen-

³² Nella letteratura in lingua italiana, coglie, da ultimo, questo profilo in una pregevole indagine comparatistica dedicata al processo civile A. DONDI, in A. DONDI – V. ANSANELLI – L.P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 5 ss., ove l’a., giustamente, mette in guardia dall’affidarsi ciecamente ad impostazioni totalizzanti, maturate in un contesto di radicale accentuazione di differenze e correlativamente di identità culturali e geografiche aventi talvolta caratteristiche sostanzialmente inconciliabili. In argomento v. anche i saggi raccolti in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, Riv. trim. dir. proc. civ., Quaderni 12, Giuffrè, Milano, 2009, *passim*, nonché quelli raccolti in WALKER J. – CHASE O G., *Common Law Civil Law and the Future of Categories*, Lexis-Nexis Canada, 2010, *passim*. Si vedano, altresì, M. TARUFFO, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, pp. 345-360; ID., in A. HELDRICH – T. UCHIDA, *Legal Cultures and Models of Civil Justice*, in *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996*, Seibundo, Tokyo, 1996, p. 623 ss.; M. CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione “civil law” – “common law”*, in *Riv. dir. proc.*, p. 43 ss.

Particolarmente interessanti si rivelano, inoltre, specialmente in un contesto dedi-

talmente ambiguo della dicotomia *civil law/common law*: essa, infatti, pur rivelandosi fondata per certi aspetti, risulta fuorviante per altri. Nei paragrafi che seguono se ne vedranno le ragioni.

Ciò premesso, nel panorama comparatistico, l'ordinamento inglese, oltre ad aver dato i "natali" al precedente, continua a rappresentare quello che più di ogni altro applica con rigore il principio dello *stare decisis*. La certezza di questo primo dato può ingenerare – e talvolta in effetti ingenera – la falsa credenza che in tutti gli ordinamenti di *common law*, "figliati" per così dire da quello inglese, il precedente operi e funzioni allo stesso modo e sia dotato – più o meno – della medesima autorità. Detta credenza, tuttavia, non trova rispondenza nella realtà: lo affermava con chiarezza già il Micheli in uno studio (per l'epoca) pionieristico, al contempo breve e lucido, sul tema, precisando che «non vi è pertanto negli Stati Uniti d'America un sistema di precedenti paragonabile a quello inglese, nel senso almeno che i precedenti obbligatori non esistono»³³. E lo confermava, cinquant'anni dopo, Mattei nei suoi studi sullo *stare decisis*³⁴. Anche uno dei testi inglesi più accreditati (il ben noto Cross – Harris) avverte che negli Stati Uniti la Corte Suprema e, più in generale, le corti superiori non si ritengono vincolate in modo assoluto alle proprie precedenti decisioni, e che, nonostante il *Practice Statement* approvato nel 1966 dalla *House of Lords*, vi sono ragioni per ritenere che la regola dello *stare decisis* continui ad essere osservata con molto maggior rigore da parte dei giudici inglesi che da quelli statunitensi³⁵. Cross e Harris spiegano

cato allo studio del precedente, gli avvertimenti, richiamati anche da Dondi, *ibidem*, di R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in 39 *Am. J. Comp. L.*, 1991, p. 84 ss., il quale, proprio attraverso lo studio dei "formanti", metteva in luce il carattere artificiale di contrapposizioni tralatizie e rassicuranti, nonché la possibilità di riscontrare sorprendenti analogie anche in ordinamenti giuridici astrattamente molto distanti tra loro.

³³ G.A. MICHELI, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto. «Case law» e stare decisis*, cit., pp. 54-55:

³⁴ Mattei dà atto, in particolare del consolidarsi, pur con alcuni correttivi, In Inghilterra della dottrina c.d. classica del precedente e dello sviluppo negli Stati Uniti di una "moderna dottrina del precedente" (U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, cit., p.154 ss.). Più ampiamente v. ID., *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 299 ss. e 309 ss.). Per una sintesi si veda V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., pp. 369-370.

³⁵ R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., pp. 19-20. In epoca anteriore al *Practice Statement* della *House of Lords* del 1966, in argomento v. A.L. GOODHART, *Case Law in England and America*, in 15 *Cornell L. Quart.*, 1930, pp. 173-193.

che le ragioni principali di questo diverso atteggiarsi della *Supreme Court* degli Stati Uniti rispetto al precedente sono due: la prima ha a che vedere con la molteplicità delle giurisdizioni; la seconda con la circostanza che nell'ordinamento statunitense alla Corte Suprema non è affidato soltanto un controllo di legalità, ma anche un controllo di costituzionalità³⁶.

Sotto il primo profilo, si deve rilevare che la struttura federale dell'ordinamento giudiziario statunitense ha prodotto una molteplicità di raccolte di precedenti (*law reports*), dalle quali sono stati ricavati in varie materie numerosi *restatements*, i quali costituiscono, com'è noto, raccolte di regole e principi provenienti dal *case law*, che tendono, una volta sganciati dai casi concreti che li hanno generati, ad assomigliare ai nostri codici³⁷. Sotto il secondo profilo l'attenuazione della regola dello *stare decisis* negli Stati Uniti deriva dal fatto che non di rado la Corte Suprema si trova a dover decidere questioni di costituzionalità a fronte di una costituzione scritta, sicché «*when a court is construing a written constitution the term of that document are governing factor and the case-law on the meaning of those terms is only a secondary consideration*»³⁸.

Per quanto attiene alle giurisdizioni dei paesi del *Commonwealth*, va detto che se, per un verso, il *Privy Council*³⁹ non si è mai ritenuto vincola-

³⁶R. CROSS – J.W. HARRIS, *ibidem*. Avverte, a questo proposito, F. ANNUNZIATA, *Stati Uniti d'America*, in AA. VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, cit., p. 191: «l'affievolirsi del principio del precedente vincolante a livello orizzontale ha rappresentato una linea di tendenza formulata – per quanto riguarda la Corte suprema – nel 1931, nel caso *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*, e che è stata riconosciuta anche al fine di evitare che essa producesse risultati troppo rigidi in rapporto all'interpretazione del dettato costituzionale, inevitabilmente destinato a mutare, sul piano interpretativo, in funzione dell'evolversi della società e del contesto storico nel quale il giudice chiamato ad operare». La sentenza *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932) è leggibile online al sito internet <https://supreme.justia.com>. Per analoghe considerazioni si vedano anche V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., pp. 369-37

³⁷Sui *restatements* in Stati Uniti v., in italiano, D. BACK FURNISH, *Le fonti del diritto negli Stati Uniti. Il caso dei restatements*, in *Soc. dir.*, 2001, p. 29 ss. Naturalmente i *restatement* possono superficialmente *assomigliare* ai nostri codici, ma non *sono* codici per una serie di ragioni storiche, istituzionali, metodologiche e sistematiche sulle quali qui non è possibile intrattenersi. Per ulteriori approfondimenti si veda: K.D. ADAMS, *Blaming the Mirror: the Restatements and the Common Law*, 40 *Ind. L. Rev.*, 2007, p. 205 ss.

³⁸R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 20, i quali a questo proposito ricordano le inequivocabili parole del giudice Frankfurter, nella sentenza *Graves v. New York*, 306 US 466 al 491 (1939), secondo il quale «*The ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself, and not what we do about it*».

³⁹Il *Privy Council*, letteralmente “consiglio privato”, è un organo consultivo del sovrano, che svolge anche le funzioni protocollare e giurisdizionali: esso è composto da

to ai propri precedenti, per altro verso, da quando il diritto di ricorrervi è stato abolito in alcune delle più importanti giurisdizioni del *Commonwealth*⁴⁰, le Corti Supreme di Australia e Canada, pur restando tendenzialmente fedeli alle decisioni della *House of Lords*, non si ritengono vincolate ad esse⁴¹. Lo stesso *Privy Council*, mentre in alcune sentenze degli anni Ottanta ha particolarmente insistito sul fatto che il *common law* della Nuova Zelanda debba essere identico a quella dell'Inghilterra e dell'Australia⁴², sicché le corti dei paesi del *Commonwealth* non avrebbero potuto invocare in alcun modo il *Practice Statement* del 1966 della *House of Lords* per disapplicare i precedenti di quest'ultima, in tempi più recenti, ancorché si sia ribadito astrattamente che il *common law* è «unico e indivisibile», è stato affermato che in casi eccezionali il *Privy Council* può sempre ritenere che una decisione della corte di vertice inglese costituisca

circa 350 membri nominati, su parere del primo ministro, dal sovrano stesso. Con una sineddوحة, si usa indicare tra le istituzioni giudiziarie il *Privy Council*, intendendosi per esso, in realtà, quello che più precisamente è il *Judicial Committee* del *Privy Council*, ossia l'organo giudiziario – istituito nel 1833 – competente a decidere sugli appelli proposti contro le decisioni delle *Superior Courts* di quei paesi del *Commonwealth* che prevedono un tale gravame. In argomento v. G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*. Cit., p. 312; F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Giuffrè, Milano, 1984, *sub voce Privy Council*; T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, cit., p. 195 ss.

⁴⁰ Il Canada ha abolito il ricorso al *Judicial Committee* del *Privy Council* nel 1949 nell'ambito di un percorso di progressivo distacco dal dominio dell'Inghilterra: in argomento si veda A. NEGRI, *Canada*, in AA. VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, cit., pp. 214-215. Più frastagliato e complesso il processo di abolizione della ricorribilità nelle sentenze della *High Court* australiana al *Judicial Committee* del *Privy Council*, avvenuta progressivamente dal 1968 e completatasi, infine, con l'approvazione degli *Australian Acts* nel 1986 (si veda la relazione di Murray Gleeson – all'epoca *Chief Justice of Australia* – dal titolo *The Privy Council - An Australian Perspective*, presentata a Londra il 18 giugno 2008 all'incontro organizzato da *The Anglo-Australasian Lawyers Society, The Commercial Bar Association, And The Chancery Bar Association*, reperibile al sito Internet <http://www.hcourt.gov.au/>).

⁴¹ V. la sentenza *Parker v. R.* [1963] 111 CLR 610 della *High Court of Australia*, e la decisione *Australian Consolidated Press Ltd. v. Uren* [1969] 1 AC 590 del *Privy Council*. In dottrina v. R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 23. Si rammenti che la *High Court of Australia* è – a differenza della *High Court* inglese, che è un giudice di prime cure – la corte di vertice, che dal 1963 non si è più ritenuta vincolata ai precedenti della *House of Lords* (cfr. F. ANNUNZIATA, *Stati Uniti d'America*, in AA. VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, cit., pp. 197-198). Cfr. anche L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Stare decisis nel restante mondo di common law*, in F. GALGANO (a cura di), V ed., Zanichelli, Bologna, 2011, pp. 22-29.

⁴² Si veda, in particolare, la sentenza *Hart v. O'Connor*, (1985) AC 1000.

un «*erroneous statement of the common law*», con la conseguenza che non se ne deve fare applicazione⁴³.

Per quanto attiene all'applicazione della regola dello *stare decisis* in Australia e Canada, non vi è modo qui di entrare nei dettagli, ma possiamo assumere con un accettabile grado di approssimazione che, una volta svincolati i rispettivi ordinamenti dai precedenti della madre patria, le due *ex* colonie inglesi continuino ad applicare la regola del precedente vincolante nella sua dimensione verticale, mentre la ritengano superata nella sua dimensione orizzontale⁴⁴.

Se ne deve concludere che, seguendo la terminologia tradizionale, in Inghilterra il precedente è vincolante sia in senso verticale che – fatta eccezione per la *House of Lords* e per le corti inferiori – orizzontale; negli ordinamenti del *Commonwealth* il precedente vincolante è tendenzialmente applicato nella sola dimensione verticale; negli Stati Uniti d'America la dottrina dello *stare decisis* riceve, per una serie di ragioni alle quali si è fatto cenno, un'applicazione meno rigida e il precedente non può essere considerato vincolante in senso stretto.

3.2. Il precedente negli ordinamenti di civil law

3.2.1. Francia

Spostando ora l'attenzione sugli ordinamenti di *civil law*, se può apparire a prima vista corretta, in linea di massima, l'affermazione secondo la quale il precedente non ha efficacia vincolante, l'invito alla prudenza nel trarre conclusioni affrettate è d'obbligo. Di ciò, d'altronde, si trova testimonianza in una delle voci più autorevoli del diritto processuale civile: sulle pagine della Trimestrale già qualche anno fa Picardi si spingeva ad affermare che negli ordinamenti di *civil law* «la situazione non appare allora sostanzialmente diversa da quella propria del diritto inglese, nel quale diversi tipi di precedenti giudiziari oscillano, come è noto, da un massimo di obbligatorietà ad un minimo di persuasività. In definitiva, si può affermare che la giurisprudenza continentale ha un ruolo quan-

⁴³ Così *Frankland v. R.* (1987) AC 576.

⁴⁴ Per l'Australia v. M. KIRBY, *Precedent Law, Practice & Trends in Australia*, in 28 *Austr. Bar R.*, 2007, p. 243 ss. e per il Canada si veda A.J.W. TOTH, *Clarifying the Role of Precedent and the Doctrine of Stare Decisis in Trial and Intermediate Appellate Level Charter Analysis*, in 22. *Dalhousie Jour. of Leg. Stud.*, 2013, p. 34 ss.

titativamente più modesto, ma qualitativamente non dissimile da quello proprio della giurisprudenza anglosassone»⁴⁵.

L'opinione tradizionale deriva dal divieto – la cui genesi risale alla rivoluzione francese – contenuto nell'art. 5 del *Code Napoleon*, a norma del quale «*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*»⁴⁶. Conseguentemente, è parimenti fatto divieto al giudice di «motivare le sentenze sulla sola base del precedente giudiziale che, per tale via, finirebbe per assumere il carattere di un “*arrêt de règlement*”, cioè di una vera e propria legge»⁴⁷.

La diffidenza verso il giudiziario, figlia della rivoluzione francese, tuttavia, da un lato, ha lasciato tendenzialmente indenni alcuni ordinamenti – specie quelli di matrice ispanica e germanica – mentre, per altro verso, è andata col tempo stemperandosi negli altri ordinamenti che ebbero a subire, almeno in un primo tempo, un forte influsso da parte del diritto francese. Questo duplice limite a quello che alle origini era un vero e proprio – ontologicamente, prima ancora che giuridicamente, assurdo – divieto di interpretazione della legge, generato dal mito del giudice *bouche de la loi*, quale reazione agli abusi della magistratura dell'*Ancien Régime*, ha determinato il progressivo abbandono di quell'ideale utopico e perfino l'insorgenza, nell'esperienza di alcuni ordinamenti di *civil law*, di – più e meno noti – (veri e propri) vincoli al precedente, dei quali in questa sede si dovrà dare, pur sommariamente, conto.

Va certamente confermato che in Francia – nonostante alcuni studi in passato abbiano messo in luce l'esistenza di un sistema di precedenti dotato di una rigidità maggiore di quella tipica degli ordinamenti codificati⁴⁸ – tuttora alla giurisprudenza viene disconosciuto formalmente

⁴⁵ N. PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 201 ss. e spec. p. 203. Per certi versi in senso analogo F. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contr. e impr.* 1999, p. 889 ss. Per vari esempi di “creatività giurisprudenziale” in Francia v. K. LIPSTEIN, *Common Law Courts in the Age of Statutes*, in AA. VV., *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile. Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà. Ferrara 10-12 ottobre 1985*, Cedam, Padova, 1988, p. 42 ss.

⁴⁶ La disposizione è in vigore dal 15 marzo 1803.

⁴⁷ N. PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, cit., p. 201.

⁴⁸ Mi riferisco in particolare allo studio di M. LUPOI, *Il valore del precedente giudiziale in Inghilterra ed in Francia nel ventesimo secolo*, in *Quad. Foro it.*, 1968, p. 17 ss. L'a. ha anche in seguito insistito – coerentemente con una svalutazione dello studio sistemologico per ordinamenti, secondo un approccio da tempo coltivato da Lupoi nei suoi studi compara-

lo *status* di fonte del diritto, pur non essendo le sentenze della Cassazione, specie se provenienti dalla Assemblea Plenaria, del tutto prive di una qualche forma di persuasività.

Ciò che, però, più interessa, nell'ambito del discorso che si sta svolgendo in queste pagine, riguarda – secondo una felice intuizione che risale, nella dottrina italiana, al Gorla⁴⁹ – lo stile delle sentenze francesi: quello delle sentenze della *Cour de cassation* è affatto particolare, in quanto esse, connotate da una esemplare brevità – specie se confrontate con le prolisse sentenze della Cassazione italiana –, tendono a ricalcare la struttura propria del sillogismo: «all'elencazione dei testi di legge o degli articoli del codice (“*Vu les articles...*”) seguono l'indicazione degli elementi della fattispecie considerati rilevanti (“*Attendu que...*”) e quindi la decisione, che non si dilunga a spiegare l'*iter* logico che ha determinato il collegamento tra fatto e diritto, non è il procedimento ermeneutico seguito: sarà compito dell'interprete dedurli dal dispositivo, operazione non sempre facile posto che le sentenze non riportano il fatto in modo comprensibile ed esauriente, tacciono sugli argomenti addotti dalle parti, e, quando un

tistici e non certo privo di fascino e utilità (lo si vedrà più compiutamente nel prossimo capitolo) – sul fatto che l'uso del precedente non sia affatto ignoto alla cultura giuridica francese, ove, anzi, in alcuni casi la Cassazione ha dimostrato la consapevolezza di agire come “corte del precedente” (si veda M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 158 ss.). Ciò è accaduto allorché la *Cour de cassation* ha ritenuto che l'art. 1382 del *code civil* non si applicasse alla lesione del diritto al rispetto della vita privata, con il conseguente esonero dell'attore dall'onere della prova sia della colpa della gente sia del danno subito Cass., 1 civ., 5 novembre 1996, D. 1997, Jur. 403, «*attendu que selon l'article 9 du code civil la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation*», ha poi concluso «*que la cour d'appel, après avoir constaté l'atteinte portée au droit de Mme Y... au respect de sa vie privée par la publication litigieuse révélant sa vie sentimentale, a souverainement évalué le montant du préjudice subi ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision*» (la sentenza integrale – che consta complessivamente di nove righe! – può leggersi in <https://www.legifrance.gouv.fr>). In questo caso la «Corte avrebbe potuto parlare non genericamente di lesione della vita privata, ma, per esempio, di lesione per mezzo di articoli giornalistici», restando così più aderente al caso concreto. Ma così non è stato e la Cassazione francese ha, invece, preferito enunciare una regola che eccedeva «largamente le esigenze della fattispecie (un articolo con foto su un preteso legame sentimentale dell'attrice): il giudice ha inteso tracciare per il futuro una linea larga e maestra e si è così collocato all'interno del modello “precedente giudiziale”» (M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 159).

⁴⁹ Si vedano i saggi e i documenti raccolti in G. GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati (prima puntata)*, cit., *passima* e in Id., *Lo stile delle sentenze. Testi commentati (seconda puntata)*, cit., *passim*, che costituiscono raccolte degli estratti dei saggi pubblicati nei *Quaderni* del Foro Italiano negli anni 1967 e 1968.

unico motivo pare sufficiente a determinare una decisione, gli altri non vengono trattati»⁵⁰.

3.2.2. Germania

La Germania, dal canto suo, rimase in un primo tempo estranea alla tradizione illuministica francese, che si compendia nell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti del 1789, ove trovava posto una definizione di legge intesa come "regola generale", alla quale si opponeva, invece, una nozione di legge accolta dalla giuspubblicistica tedesca del II Reich, qualificabile in termini di "regola di diritto"⁵¹. Ciò comportava che già nella Germania Guglielmina del XIX secolo il giudice, lungi dall'essere *bouche de la loi*, svolgesse un ruolo preordinato alla tenuta dello Stato-persona, sì da essere, non già «esecutore della legge, ma colui che doveva giudicare intorno al rapporto che riconduceva l'azione amministrativa alla volontà espressa dal diritto dello Stato»⁵².

In questo contesto, se al giudice restava preclusa un'attività di creazione del diritto, ciò derivava non dal suo rigidissimo vincolo alla lettera della legge, ma piuttosto dal «ruolo fortemente burocratizzato che l'ordinamento gli affidava: quello di amministrare il diritto al fine di contribuire alla *Rechtseinheit* dello Stato»⁵³. Il ruolo del giudice nell'ordinamento tedesco, così connotato, mutò più nella forma che nella sostanza durante l'esperienza della Repubblica di Weimar, e si trasformò dopo il 1933 in tragico strumento nelle mani di Hitler e del terzo Reich. Solo con la *Grundgesetz* del 1949 il giudice divenne autentico mezzo di attuazione

⁵⁰ Così, molto chiaramente, A. NEGRI, *Il diritto francese*, in AA. Vv., *Sistemi giuridici nel mondo*, cit., p. 19, la quale segnala anche che le sentenze della *Cour de cassation* «non richiamano mai la dottrina ed è estremamente raro che le Corti di merito si riferiscano esplicitamente ai precedenti di Cassazione, sia che li seguono, sia che scelgano di discostarsene» (*ibidem*).

⁵¹ E. DI SALVATORE, *Giudici e Richterrecht tedesco nell'evoluzione della forma di Stato*, in M. CAVINO, *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 155 ss. e spec. p. 160; R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, 1931, (trad. it.), *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 5.

⁵² E. DI SALVATORE, *Giudici e Richterrecht tedesco nell'evoluzione della forma di Stato*, cit., p. 162.

⁵³ E. DI SALVATORE, *op. loc. ultt. citt.*, nonché H. BLUM, *Das Deutsche Reich zur Zeit Bismarcks. Politische Geschichte von 1871 bis 1890*, Bibliographisches Institut, Leipzig und Wien, 1893, p. 139 ss.; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, *Die geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts*, C.H.Beck, München, 1999, p. 417.

della democrazia e della dignità della persona umana, proclamata solennemente come inviolabile dall'art. 1 della Costituzione della Repubblica Federale Tedesca.

Proprio l'art. 1, c. 1⁵⁴, unitamente a quanto disposto dall'art. 20, c. 3⁵⁵ della stessa *Grundgesetz* del 1949, consentono di comprendere i termini in cui viene percepito oggi il ruolo del giudice civile e del *Richterrecht* nell'ordinamento tedesco: sul giudice, per un verso, grava la responsabilità ultima del rispetto dei diritti fondamentali legati alla dignità umana e di una loro tutela attiva e, per altro verso, questa responsabilità si esercita nel vincolo non solo della legge (*Gesetz*), ma anche del diritto (*Recht*)⁵⁶. Ciò ha comportato che il *Bundesverfassungsgericht* abbia espressamente riconosciuto la conformità a Costituzione di una decisione con la quale il *Bundesgerichtshof* stabilì la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in assenza di una espressa disposizione di legge richiesta dal § 253 del BGB⁵⁷, così determinando un ampliamento della tutela dei diritti della persona, estendendo l'applicazione della norma a casi non previsti dalla legge, senza tuttavia attendere l'intervento del legislatore⁵⁸. La giurisprudenza ha avuto talvolta un ruolo essenziale anche nella conformazione

⁵⁴ L'art. 1, c. 1, della *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* solennemente proclama: «*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*», ossia «La dignità dell'uomo è inviolabile. Rispettarla e proteggerla è un dovere di ogni autorità statale».

⁵⁵ L'art. 20, c. 3, della *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, prevede che: «*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*», ossia «il potere legislativo è vincolato al rispetto dell'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e il potere giurisdizionale sono vincolati al rispetto ho della legge e del diritto».

⁵⁶ E. DI SALVATORE, *Giudici e Richterrecht tedesco nell'evoluzione della forma di Stato*, cit., p. 174 ss.; più ampiamente v. G. ORRÙ, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 37 ss. Per alcuni interessanti esempi di "creatività giurisprudenziale" in Germania v. K. LIPSTEIN, *Common Law Courts in the Age of Statutes*, cit., p. 42 ss.

⁵⁷ La massima della sentenza BVerfG, 14.02.1973 – 1 BvR 112/65 può ora leggersi al sito internet <https://dejure.org> «*Art. 20 Abs. 3 GG, zulässige richterrechtliche Entwicklung eines Schadensersatzanspruchs analog § 847 BGB für Persönlichkeitsverletzungen entgegen § 253 BGB aF (contra legem) (Hinweis: auch nach der Neuregelung des Schmerzensgeldanspruchs gem. § 253 BGB zum 1.8.02 ist der Anspruch auf Geldleistung bei Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht kodifiziert, dieser Anspruch wird von der BGH-Rechtsprechung nicht mehr als allgemeiner Schmerzensgeldanspruch verstanden)*». Si trattava del noto caso in cui la stampa aveva pubblicato notizie relative alla vita sentimentale della principessa Soraya Esfandiary-Bakhtiary, moglie divorziata dello scià dell'Iran.

⁵⁸ In argomento v. M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 149.

delle regole del processo al rispetto dei diritti della persona, com'è accaduto, ad es., con talune celebri pronunce che hanno sancito l'inammissibilità della prova illecita nel processo civile, pronunce che continuano ad essere citate come "precedenti" su cui fondare l'inammissibilità di prove acquisite illecitamente⁵⁹.

La giurisprudenza negli ordinamenti francese e tedesco, dunque, pur avendo un peso rilevante nell'interpretazione, anche "creativa", delle disposizioni di legge, non assurge propriamente a vincolo per i giudici successivi, sicché i dati disponibili non offrono elementi sufficienti per attribuire in questi ordinamenti una forza "vincolante" al precedente giudiziale.

3.2.3. Italia

Analoghe considerazioni possono ripetersi per l'ordinamento italiano, ove la giurisprudenza, pur rivestendo un ruolo fondamentale, non può considerarsi propriamente fonte di precedenti vincolanti⁶⁰. Questo indubitabile punto fermo, che pone certamente l'Italia tra gli ordinamenti nei quali non vige il principio dello *stare decisis*, deve essere tuttavia accompagnato da alcune precisazioni – a cui saranno dedicati i sotto-paragrafi che seguono – che dimostrano come anche nell'esperienza italiana, estranea culturalmente al c.d. precedente vincolante, vi siano stati casi eccezionali in cui il legislatore (in epoca anteriore all'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana) ha attribuito al giudice la funzione di pronunciare

⁵⁹ Mi riferisco, in particolare, alla risalente sentenza BGH 20.05.1958, —VI ZR 104/57, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1958, pp. 1344-1345, con la quale il *Bundesgerichtshof* sancì espressamente nell'ambito del processo civile il divieto di utilizzazione di una registrazione segreta di una conversazione privata, in quanto realizzata in violazione del diritto alla libera formazione della personalità, a prescindere dalla circostanza che la predetta condotta illecita fosse o meno prevista e punita dalla legge ordinaria, riconducendola pionieristicamente a quelle invasive della sfera della *privacy*. Successivamente la sentenza fu richiamata da altre pronunce: BGH, 21.02.1964 – 4 StR 519/63, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, p. 1139 ss.; BGH, 19.06.1970 – IV ZR 45/69, in *JuristenZeitung*, 1971, p. 387, con nt. di G. ARTZ, *ivi*, p. 388 ss. ed in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, pp. 1848-1850; ed, infine, fatta propria da una sentenza del *Bundesverfassungsgericht*: BVG, 31.3.1973, in *JuristenZeitung*, 1973, p. 504 ss., con nt. di G. ARTZ, *ivi*, p. 506 ss. ed in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, p. 891 ss. Su questa vicenda, tutta giurisprudenziale, v. N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 563-635 e, più di recente, J. WEICHBRODT, *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, *passim*, nonché, se si vuole, L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 319 ss.

⁶⁰ Di ciò si è già detto *supra* al cap. I, par. 2, al quale si rinvia.

precedenti vincolanti o casi in cui la stessa Cassazione ha attribuito alla propria giurisprudenza, più o meno apertamente, un'efficacia vincolante.

3.2.3.1. *Un caso di «precedente vincolante» nel diritto coloniale*

Alla estraneità, generalmente riconosciuta, dell'ordinamento italiano al sistema del precedente vincolante fa eccezione, come si è accennato, un pressoché ignoto antecedente storico, legato all'esperienza coloniale, che merita una segnalazione più per curiosità, che per il suo reale significato sistematico. Accadeva all'inizio del secolo scorso che la legge italiana, per un verso, attribuisse al giudice della colonia libica il potere di fissare con la propria decisione la norma che meglio ritenesse disciplinare il caso concreto⁶¹ e, per altro verso, prevedesse un gravame fondato sulla violazione di massime di diritto⁶². In questo contesto, la decisione sul caso concreto del giudice libico era evidentemente destinata a divenire precedente vincolante, tant'è che la relazione ministeriale specificava precisamente che «il giudice, stabilita la norma secondo le esigenze della vita coloniale, non dovesse più discostarsene, ogniqualvolta si verificassero le medesime condizioni di fatto e di diritto»⁶³.

Al di fuori di questa risalente, e del tutto peculiare eccezione, è dato difficilmente confutabile che, a detta dei più, non sia lecito parlare di efficacia propriamente vincolante del precedente in Italia.

⁶¹ Ci riferiamo all'art. 1 del r.d. luogot. 15 aprile 1917 (poi abrogato dall'art. 1 del r.d. 25 ottobre 1928, n. 3497, successivamente sostituito dal r.d. 25 ottobre 1935, n. 2167) con il quale veniva riconosciuto al giudice libico «il potere di adattare la legge alle condizioni locali, fissando con la sua decisione la norma che meglio ritenesse disciplinare il caso concreto, con l'apportare quelle modifiche alle leggi che egli, se fosse stato legislatore, avrebbe stabilito per il regolare rapporto stesso» (G.A. MICHELI, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto. «Case law» e «stare decisis»*, cit., p. 7).

⁶² In particolare – segnalava il Micheli – il r.d. 3 novembre 1921 disponeva «la raccolta della giurisprudenza e il r.d. 3 settembre 1921 n. 1027 sull'ordinamento fondiario libico prevedeva il ricorso alla corte d'appello in caso di violazione di massime fondamentali di diritto, costituenti giurisprudenza costante della corte stessa» (G.A. MICHELI, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto*, cit., p. 7, nt. 4).

⁶³ Così testualmente G.A. MICHELI, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto*, cit., p. 7 nel riferire il contenuto della relazione, dal quale, però, l'a. dissentiva, precisando che «con ciò non ritengo che l'osservanza delle norme poste dal giudice libico rispetto al singolo caso dovessero essere seguite come norme giuridiche dai giudici successivi, per quanto in tal senso sembra essere la relazione cit.» (*op. cit.*, p. 8).

3.2.3.2. *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione?*⁶⁴

Va, tuttavia, segnalato che la Corte di cassazione, a dispetto di talune anche recenti prese di posizione, con le quali ha escluso in modo espresso che la giurisprudenza possa costituire fonte del diritto in senso proprio⁶⁵, ha talvolta riconosciuto a se stessa il ruolo di “corte del precedente”, rivendicando, in qualche caso apertamente, un ruolo normativo.

Ciò è accaduto in primo luogo allorché la Cassazione, con due pronunce innovative della fine degli anni Novanta, ha “spostato” il sindacato di legittimità sul giudizio di merito applicativo di norme elastiche dal n. 5) al n. 3) dell'art. 360, c. 1, c.p.c.⁶⁶. Facendo ciò, la Corte ha riconosciuto che il giudice del merito, quando interpreta norme elastiche, svolge una vera e propria attività di integrazione o di sub-normazione della disposizione di legge ed ha spiegato che l'esercizio del sindacato di legittimità su tale attività compiuta dal giudice del merito avviene mediante la verifica che quest'ultimo, nell'interpretare norme elastiche, non abbia debordato dai principi di civiltà giuridica espressi dalla giurisdizione di legittimità⁶⁷. «In altre parole» – secondo l'autorevole opinione di Galgano – «le

⁶⁴ Il titolo di questo sotto-paragrafo riproduce, con l'aggiunta di un punto interrogativo, il titolo di un contributo di Francesco Galgano (F. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 889 ss.). L'aggiunta del punto interrogativo si giustifica per il fatto che noi non riteniamo, nonostante le puntuali e penetranti argomentazioni articolate dal Galgano in quell'articolo, che si possa effettivamente parlare in tal caso di “precedente vincolante”. Ciò anche in ragione della opportunità – di cui meglio si dirà *infra* – di procedere ad una svalutazione della classica contrapposizione tra “precedente persuasivo” e “precedente vincolante”.

⁶⁵ Si veda Cass. sez. un., 6 novembre 2014 n. 23675.

⁶⁶ Si vedano Cass., 18 gennaio 1999, n. 434 e Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514 e le pregevoli ampie note di E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1891 ss. e di M. DE CRISTOFARO, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei «concetti giuridici indeterminati» e decisione immediata della causa nel merito*, *ivi*, c. 1912 ss.

⁶⁷ Il passo di Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514, che meglio chiarisce questo concetto, è il seguente: «Per quanto attiene agli obblighi di correttezza e buona fede, il tribunale, correttamente ne individua la funzione nell'obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'interesse della controparte alla prestazione dovuta ed all'utilità che la stessa le assicura, imponendo una serie di comportamenti a contenuto atipico. Come è noto, nella funzione integrativa – di tali comportamenti – del contenuto del rapporto obbligatorio – in relazione alle concrete circostanze in cui esso si svolge – si individua l'essenza degli obblighi in questione. I quali, tuttavia, proprio per la predetta funzione integrativa del contenuto tipico del rapporto (di lavoro nel caso di specie) non possono debordare dal complesso di regole in cui si sostanzia la civiltà del lavoro – quale assieme dei principî giuridici – espressi dalla giurisdizione di legittimità – e dei comportamenti che in un certo contesto storico-sociale

sub-norme, che il giudice di merito crea per integrare le norme di legge elastiche, sono sindacabili in Cassazione per violazione di quelle norme di diritto che sono “i principi giuridici espressi dalla giurisdizione di legittimità”, i quali sono anch’essi, perciò, altrettante norme di diritto, ma sono norme di diritto di grado superiore, dalle quali il giudice di merito non può “debordare”»⁶⁸.

Stando così le cose, in questi casi dovrebbe ritenersi ammissibile il ricorso per cassazione di una decisione di merito che abbia violato norme di diritto, allorché queste ultime derivino, in quanto «diritto vivente», da precedenti della Corte di cassazione. «Se non è proprio lo *stare decisis* di *common law*,» – conclude suggestivamente Galgano – «è certamente la *doctrina legal* del diritto spagnolo, che impone il vincolo del precedente di Cassazione ai giudici di merito»⁶⁹.

In una seconda, più recente, occasione⁷⁰ la Corte Suprema ha rivendicato espressamente una funzione di creazione di norme giuridiche (quindi evidentemente vincolanti, altrimenti che norme sarebbero?), valorizzando, in un contesto in cui l’ordinamento si basa su una pluralità di fonti, la funzione interpretativa del giudice, fino ad attribuirle *apertis verbis* il

è ragionevole esigere dalle parti – sicché essi assumono la consistenza di *standards* – e che rispetto ai principî stessi sono in rapporto coesistente ed integrativo, così compendiando il diritto vivente del lavoro. Il giudizio sulla conformità dei comportamenti – integrativi ed atipici tenuti dalle parti – alle regole della civiltà del lavoro – e quindi alla concreta osservanza dell’obbligo di buona fede – per restare nel caso di specie – rientra nella funzione del giudice di legittimità – come ritiene un’accreditata dottrina – proprio per la valenza intrinsecamente giuridica che i comportamenti stessi assumono: sicché “il giudizio di merito applicativo di norme elastiche è soggetto al controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su qualsiasi norma di legge”».

⁶⁸ F. GALGANO, *L’efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, cit., p. 894.

⁶⁹ F. GALGANO, *ibidem*. Per alcune notizie sulla *doctrina legal* in Spagna v. *infra*, par. 3.2.4. Sulla reale portata della c.d. *doctrina legal* e sul vincolo che essa recherebbe con sé ha sollevato seri dubbi la nostra dottrina: si veda, in particolare, A. BRIGUGLIO, «Creatività» della giurisprudenza, *mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 1360 ss. e spec. pp. 1375-1377, il quale ricordava che l’impugnazione per *infracción de doctrina legal* in realtà non rivestiva quasi nessuna rilevanza autonoma, «essendo viceversa in genere tralaticciamente proposta (ed accolta) unitamente a quella per *infracción de la ley*» (*ivi*, p. 1376).

⁷⁰ Si tratta dell’importante sentenza Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, con la quale è stato riconosciuto al nascituro la titolarità, sul piano personale quale concepito, di un diritto al risarcimento del danno per le malformazioni subite a causa dell’uso di farmaci (sulle cui potenziali disastrose conseguenze i genitori non erano stati adeguatamente informati). Tale diritto veniva riconosciuto in sentenza come ulteriore e diverso rispetto al diritto al risarcimento del danno ai genitori.

compito di formare la «c.d. giurisprudenza-normativa», alla quale viene attribuito lo *status* di «autonoma fonte del diritto»⁷¹. La Cassazione in questa sentenza si esprime – contrariamente a un costume normalmente fedele a una maggior prudenza – in termini molto impegnativi, facendo apertamente uso della locuzione «giurisprudenza normativa», cioè rivendicando una funzione propriamente integrativa – e non solo interpretativa – delle norme di legge⁷². Ciò che più sorprende, peraltro, è che le affermazioni contenute in quelle che la stessa Corte definisce «ineludibili premesse argomentative» esprimono la rivendicazione di un ruolo normativo intrinsecamente afferente alla funzione giurisdizionale, specie quando operante in funzione nomofilattica⁷³. Questo ruolo estremamen-

⁷¹ Sono parole della Cassazione che si collocano in questo più ampio contesto: «L'asserzione della configurabilità del nascituro quale soggetto giuridico comporta lo sviluppo di due ineludibili premesse argomentative: l'attuale modo di essere e di strutturarsi del nostro ordinamento, in particolare civilistico, quale basato su una pluralità di fonti, con conseguente attuazione di c.d. principi di decodificazione e depatrimonializzazione e la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della c.d. giurisprudenza - normati va, quale autonoma fonte di diritto». La Cassazione poi prosegue affermando: «È indubbio che il vigente codice civile, contrariamente alle sue origini storiche sulla scia delle codificazioni europee ottocentesche che videro nel *code napoleon* la più evidente manifestazione, non rappresenta oggi più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento caratterizzato da più fonti, tra cui una posizione preminente spetta alla Costituzione repubblicana del 1948 (che ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un punto di vista giuridico dalla c.d. centralità della persona), oltre alla legislazione ordinaria (finalizzata anche all'adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), alla normativa comunitaria, ed alla stessa giurisprudenza normativa».

⁷² Ne diede puntuale riscontro, tra gli altri, F. DI CIOMMO, «*Giurisprudenza-normativa*» e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano, in *Foro it.*, 2009, I, c. 157 ss.

⁷³ Vale forse la pena di riportare un altro passo della sentenza: «In tale assetto ordinamentale rapporto della giurisprudenza, in specie di legittimità nell'espletamento della funzione di "nomofilachia" (vale a dire di indirizzo ai imi di un'uniforme interpretazione delle norme) della Corte di Cassazione, assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di *civil law* e, quindi, non basato su soli principi generati come avviene nei paesi di *common law* (Inghilterra, Stati Uniti ed altri), caratterizzati dal vincolo che una determinata pronuncia giurisprudenziale assume per le decisioni successive, si configura come semi-aperto perché fondata non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su cd. clausole generati, e cioè su indicazioni di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità delta persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi. In tal

te forte, di cui la Corte si ritiene investita, non viene, peraltro, rivendicato solo in presenza di situazioni eccezionali o di lacune normative di particolare gravità, ma viene ritenuto fisiologicamente connaturato alla ordinaria attività di interpretazione e applicazione del diritto⁷⁴.

Se ne deve concludere che, nonostante secondo l'opinione prevalente si debba escludere tanto di poter annoverare la giurisprudenza tra le fonti del diritto, quanto la vigenza nel nostro ordinamento del principio del precedente vincolante, tuttavia vi sono stati momenti storici e vi sono tuttora aree del diritto, nelle quali il formante giurisprudenziale riveste un'importanza primaria e, in qualche caso, è certamente chiamata a svolgere una funzione integrativa e suppletiva a fronte delle inerzie del legislatore⁷⁵, fino talvolta a lambire molto da vicino quell'efficacia vincolante che con pervicacia si nega alla nostra giurisprudenza.

Quanto si è detto fin qui – fatta forse eccezione per la scarsamente rilevante esperienza legata al diritto coloniale – non rappresenta nulla di sorprendente, né di sostanzialmente nuovo. Appare, invece, assai più

modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della [I]nteressenjurisprudenz (cd. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla [B]egriffsjurisprudenz o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel cd. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata. La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua *vis expansiva* sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal *Rule of law* (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice. Pertanto, proprio in virtù di una interpretazione basata sulla pluralità delle fonti e, nel caso in esame, sulla clausola generale della centralità della persona, si addivene a ritenere il nascituro soggetto giuridico» (Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, p. 10 della sentenza).

⁷⁴ Così F. DI CIOMMO, «Giurisprudenza-normativa» e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano, cit., c. 157 ss.

⁷⁵ Da ultimo, in argomento, si veda: R. PARDOLESI – G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 113 ss., un efficace contributo occasionato dalla recente Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, *ivi*, I, c. 477, con note di N. LIPARI, *Giudice legislatore*, *ivi*, e di G. AMOROSO, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*, *ivi*. Per la tesi secondo cui il “peso” del formante giurisprudenziale rispetto a quello legislativo varia al variare dei settori e delle materie (che l'a. chiama, in un'accezione peculiare, “sistemi”) v. M. LUPOI, *La percezione della funzione del precedente quale flusso giuridico*, in L. VACCA (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, cit., p. 85 ss.

trascurata l'esperienza di altri ordinamenti più e meno vicini geograficamente al nostro – ma senz'altro a noi prossimi per cultura giuridica, in quanto tutti afferenti all'area di *civil law* – nei quali le pronunce della Corte di vertice hanno (*rectius*: possono avere, a determinate condizioni) un'efficacia propriamente vincolante. Sono, queste, – in Europa –, oltre alla controversa esperienza della Spagna, quelle dell'Ungheria, della Bulgaria e dell'Unione Europea, nonché – in America Latina – quelle degli ordinamenti messicano e brasiliano.

3.2.4. Spagna

L'ordinamento spagnolo, come accennato, riteniamo costituisca un caso controverso, in quanto se, per un verso, il superamento della c.d. *doctrina legal* sembra aver consegnato al passato quella che potremmo chiamare l'"efficacia normativa" generale della giurisprudenza consolidata del *Tribunal Supremo*⁷⁶, per altro verso, l'attuale assetto normativo, confortato da un recente pronunciamento del *Tribunal Constitucional*, continua a riconoscere la sussistenza di un vincolo per i giudici inferiori, derivante dalle pronunce rese dal *Tribunal Supremo* su *Recurso en interés de la ley*⁷⁷.

⁷⁶ Un vincolo derivante non da un singolo precedente, ma dalla giurisprudenza reiterata era formalmente previsto in passato in Spagna, ove, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1881 consentiva di ricorrere per cassazione contro una sentenza di merito non solo per violazione di legge, ma anche per violazione, appunto, della c.d. *doctrina legal*, ossia di un orientamento giurisprudenziale consolidato del *Tribunal Supremo* (per un profilo storico si veda A. SERRANO, *Dogmática jurídica y análisis sociológico: el derecho histórico de la doctrina legal*, in *Doxa*, 1991, p. 173 ss.; si veda anche). Detta previsione processuale, associata all'art. 1, c. 6, del *Código Civil* – il quale, disciplinando le fonti, tuttora dispone che «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*», è stata posta a fondamento della tesi per cui non un'unica sentenza, ma una serie di sentenze reiterate nel tempo, aveva un'efficacia sostanzialmente normativa.

Sulla *doctrina legal* nella dottrina italiana si vedano: A. BRIGUGLIO, «*Creatività*» della giurisprudenza, *mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio*, cit., p. 1360 ss. e spec. pp. 1375-1377; S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 614 ss. e spec. nt. 2; F. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, cit., p. 889 ss.; V. FRANCESCHELLI, *L giurisprudenza come fonte del diritto e la doctrina legal del Tribunal Supremo spagnolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 298 ss.

⁷⁷ Oggi in Spagna, la teoria della *doctrina legal*, intesa nei termini accennati, appare superata e i giudici inferiori sono certamente liberi di discostarsi alle decisioni del *Tribunal Supremo*, fatta però eccezione – secondo una recente sentenza del *Tribunal Constitucional* –

Di questo istituto abbiamo già detto altrove⁷⁸: qui va ricordato che esso – similmente a quello (omonimo *ante* riforma del 2006) disciplinato dall'art. 363 c.p.c. – non è proposto dalle parti, né determina la cassazione o la riforma della sentenza che lo ha occasionato. L'istituto, ora regolato dagli artt. 490-493 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000, non integra un ricorso giurisdizionale in senso proprio⁷⁹, non essendo diretto alla tutela dei diritti delle parti, ma sollecita il *Tribunal Supremo* ad enunciare quale sia la corretta interpretazione di una disposizione di legge in materia processuale (civile e penale), in presenza di un contrasto emerso nella giurisprudenza dei *Tribunales Superiores de Justicia*.

Il ricorso nell'interesse della legge può essere proposto (dal Pubblico Ministero, dal *Defensor del Pueblo*, o da altri soggetti istituzionali⁸⁰) entro un anno dalla pronuncia dell'ultima delle sentenze da cui origina il contrasto di giurisprudenza⁸¹ e la sentenza che lo decide, pur non producendo alcun effetto in relazione alle situazioni giuridiche soggettive, così come definite dalle sentenze che hanno dato luogo al contrasto giurisprudenziale, indicherà quale sia l'esatto significato della disposizione da interpretare. La sentenza sarà pubblicata sul *Boletín Oficial del Estado* e, dalla data della sua pubblicazione, vincolerà tutti i giudici e i tribunali dell'ordine giudiziario, fatta eccezione per il *Tribunal Supremo*⁸².

per le sentenze pronunciate dal *Tribunal Supremo* su ricorso nell'interesse della legge. A tal proposito il *Tribunal Constitucional* ha, infatti, affermato: «*La independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores, e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (...) sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley (...) y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en interés de la ley*» (Sentencia 37/2012, de 19 de marzo, FJ 7^o). Su questo tema rimando, per maggiori approfondimenti, a G.D. PASCUAL, *Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley*, in *inDret*, 1/2013, pp. 3-37 e spec. p. 24 ss.

⁷⁸ Sull'istituto del *Recurso en interés de la ley* v. *supra*, cap. II, par. 5.

⁷⁹ Si veda il par. XV della *Exposición de motivos* che precedono la *Ley 1/2000 de Enero, de Enjuiciamiento Civil*.

⁸⁰ Per ulteriori ragguagli v. *supra*, cap. II, par. 5.

⁸¹ Art. 492 LEC.

⁸² L'art. 493 della LEC dispone: «*La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces*

3.2.5. Ungheria e Bulgaria

Ancor più eclatanti – alla luce della tralatizia opinione secondo cui agli ordinamenti di *civil law* sarebbe ignoto il sistema del precedente vincolante – risultano i casi dell'ordinamento ungherese e bulgaro, che ancora recano traccia profonda della tradizione sovietica⁸³.

Quanto al primo, l'art. 25, c. 3 della Legge Fondamentale dell'Ungheria⁸⁴ prevede che «In aggiunta alle responsabilità definite al comma (2), la Corte suprema assicura l'uniformità dell'applicazione giudiziaria del diritto e le direttive a riguardo sono vincolanti per le corti inferiori». Quanto al secondo, si deve ricordare qui, per cenni, quanto si è già detto più ampiamente nel secondo capitolo⁸⁵: l'ordinamento giudiziario bulgaro prevede che, in presenza di contrasti giurisprudenziali o in caso di interpretazione o applicazione errata della legge, debba intervenire l'assemblea generale della Corte di cassazione o della Corte suprema amministrativa al fine di comporre il contrasto e dire quale sia l'esatta interpretazione della legge, mediante una sentenza interpretativa o, quando si tratta di pronunce rese da collegi misti, composti da magistrati ordinari e amministrativi, un decreto interpretativo. Detti provvedimenti sono pubblicati su bollettini

y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo». In un primo momento sono stati espressi dubbi circa il fatto che questa sentenza del *Tribunal Supremo*, per quanto pubblicata nel Bollettino Ufficiale, potesse spiegare effettivamente un'efficacia vincolante, invocando una presunta incompatibilità del precedente vincolante con l'ordinamento giuridico spagnolo, il quale, essendo un sistema a "precedente persuasivo", non tollerebbe un vincolo di tale rigore (così M. MORÓN PALOMINO, in F. GÓMEZ DE LIANO GONZÁLEZ, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 590-591). Oggi, tuttavia, non paiono sussistere dubbi in ordine al carattere vincolante di una simile pronuncia: in questo senso si veda, infatti, la *Sentencia 37/2012, de 19 de marzo, FJ 7º del Tribunal Constitucional*, nonché, G.D. PASCUAL, *Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley*, cit., spec. p. 23 ss.

⁸³ Si veda quanto si è detto, con riferimento all'esperienza della *ex URSS*, *supra*, cap. II, par. 6.2.

⁸⁴ Il testo della Costituzione ungherese, entrata in vigore il 18 aprile 2011, si trova pubblicato con traduzione in italiano in *Eurasia. Rivista di Studi Geopolitici*, n. 2/2011, pp. 1-37. A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo "Stare decisis"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, pp. 567-590 e spec. p. 570, nt. 13 precisa che detta disposizione «riproduce nella sostanza all'art. 47 della Costituzione pre-vigente ed è ribadita dalla legislazione ordinaria (cfr. artt. 27-33 della Legge n. LXVI del 1997 sulla organizzazione e amministrazione delle corti e dei tribunali).

⁸⁵ Cfr. *supra*, cap. II, par. 6.3 al quale si rimanda anche per indicazioni normative più complete. Le norme della

ufficiali delle rispettive Corti ⁸⁶ e sono vincolanti per tutte le autorità giudiziarie ed amministrative della Bulgaria ⁸⁷.

3.2.6. Messico e Brasile

Altri due esempi interessanti, provenienti da esperienze dell'area di *civil law*, sono dati dall'ordinamento messicano e brasiliano.

L'ordinamento giuridico del Messico esibisce il singolare istituto della «giurisprudenza vincolante» ⁸⁸: quest'ultimo fu ideato da Ignacio L. Val-larta, presidente (dal 1878 al 1882) della *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, autore di un progetto, poi divenuto legge – la *Ley de Amparo* del 1882 – nella quale si prevedeva inizialmente che cinque decisioni conformi della Corte Suprema in materia costituzionale avrebbero dato luogo ad una giurisprudenza vincolante per i giudici federali di prima istanza (*Jueces de Distrito*) ⁸⁹. La versione iniziale della giurisprudenza vincolante, essendo nata nel contesto del c.d. *juicio de amparo* ⁹⁰, era limitata alle decisioni che, nell'ambito di quel giudizio, interpretavano il dettato

⁸⁶ Così dispone l'art. 131 della legge bulgara sull'ordinamento giudiziario (Закон за съдебната власт, ossia il *Judiciary System Act*, SG No. 64/7.08.2007): «*Interpretative judgments shall be published on an annual basis in a bulletin of the Supreme Court of Cassation or of the Supreme Administrative Court and interpretative decrees - in both bulletins*» (il testo della legge, nella traduzione inglese, è tratto da <https://e-justice.europa.eu>).

⁸⁷ In questo senso dispone senza lasciare dubbi l'art. 130, c. 2: «(2) *Interpretative judgments and interpretative decrees shall be binding on judicial and executive bodies, on local government bodies, as well as on all bodies issuing administrative acts*».

⁸⁸ J. OVALLE FAVELA, *Tradizioni giuridiche e processo civile: sentenza, precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 867 ss. e spec. p. 881 ss.

⁸⁹ J. OVALLE FAVELA, *op. cit.*, pp. 881-882; H. FIX ZAMUDIO, *Breves reflexiones acerca del origen y de la evolución de la jurisprudencia obligatoria de los Tribunales Federales*, in *Lecturas Jurídicas*, 41, Universidad Autónoma de Chihuahua, Chihuahua, México, Dec. 1969, pp. 87-105; J.U. CARMONA TINOCO, *La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación*, in 83 *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1995, pp. 527-531.

⁹⁰ L'*Amparo* è un rimedio, diffuso con questo nome soprattutto in America Latina, con il quale la parte, dolendosi della violazione di un diritto costituzionalmente garantito, chiede alla Corte Suprema l'annullamento di un provvedimento pronunciato da un giudice (o da altro pubblico funzionario nell'esercizio di poteri pubblici). Si tratta, in altri termini, di una forma di protezione diretta delle garanzie individuali previste dalla Costituzione (in argomento si vedano: M. CAPPELLETTI, voce *Amparo*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 329 ss. H. FIX ZAMUDIO, voce *Amparo*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, p. 1 ss.; M.A. GONZÁLEZ LLANES, *Manual Sobre el Juicio de Amparo*, ISEF, Mexico, 2004, *passim* e C.L. ARROYO, *El proceso de amparo en América Latina*, in 41 *Ius Et Veritas*, 2010, p. 113 ss.).

costituzionale. Successivamente, però, il *Código Federal de Procedimientos Civiles* del 1908 estese anche alle sentenze che interpretano la legge federale il campo di applicazione della «giurisprudenza vincolante», la cui creazione nel 1968 fu attribuita anche ai *Tribunales colegiados de circuito*⁹¹. Oggi la Corte Suprema messicana, tanto attraverso la sua più ampia e prestigiosa composizione – il c.d. *Pleno* – quanto attraverso le sue sezioni semplici – le cc.dd. *Salas* – crea «giurisprudenza vincolante» in due forme:

- a) mediante la reiterazione di cinque provvedimenti conformi (detti *ejecutorias*)
- b) mediante una sola decisione, quando risolvono un contrasto giurisprudenziale tra gli orientamenti delle singole *Salas* o dei *Tribunales colegiados de circuito*⁹².

Le sentenze pronunciate dalla Corte Suprema messicana, per concorrere alla formazione della «giurisprudenza vincolante», devono essere approvate con una maggioranza qualificata⁹³. La giurisprudenza così formata è vincolante per tutti i giudici e costituisce vera e propria fonte del diritto in senso formale; essa cessa di avere carattere vincolante quando l'organo giudiziario da cui proviene muta orientamento e viene sostituita da una nuova giurisprudenza vincolante a seguito del rispetto delle medesime formalità che hanno portato alla sua formazione.

Per quanto attiene all'ordinamento giuridico brasiliano, si deve anzitutto richiamare in questa sede quanto si è già detto *supra* nel cap. II sull'istituto della *súmula vinculante*, che, in presenza di determinate condizioni, costituisce vera e propria fonte del diritto: dalla *súmula vinculante* i giudici non possono più discostarsi, fatta salva la possibilità di promuoverne la revoca o la revisione da parte del *Supremo Tribunal Federal* per mezzo del *proceso objetivo típico*⁹⁴.

Oltre a ciò, si deve ricordare anche che il nuovo codice di procedura civile brasiliano conferisce espressamente forza vincolante alla giurispru-

⁹¹ J. OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p. 882.

⁹² J. OVALLE FAVELA, *op. cit.*, p. 883.

⁹³ In particolare dette sentenze dovranno essere approvate da otto magistrati quando sono pronunciate dal *Pleno* della *Suprema Corte de Justicia de la Nación*; da quattro magistrati quando sono pronunciate dalle *Salas* e dai tre magistrati che formano i *Tribunales colegiados de circuito* quando provengano da questi ultimi (J.U. CARMONA TINOCO, *La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación*, cit., p. 542).

⁹⁴ Si veda, per maggiori dettagli, *supra*, cap. II, par. 6.1.

denza formatasi in processi aventi ad oggetto i cc.dd. *casos repetitivos* ed in quelli cc.dd. di *incidente de assunção de competência* ⁹⁵.

3.2.7. Cuba, ex URSS e Federazione Russa

Meritano, infine, un richiamo le esperienze, di cui si è già detto nel II capitolo, di Cuba e dell'ex URSS, quest'ultima, oggi parzialmente transitata nella Federazione Russa. A Cuba il Consiglio del Governo del Tribunale Supremo Popolare ha il potere di emanare norme di attuazione obbligatoria per tutti i tribunali popolari, nonché di impartire direttive vincolanti per stabilire una prassi giudiziaria uniforme nell'interpretazione e nell'applicazione delle leggi ⁹⁶. Per quanto attiene all'esperienza dell'ex URSS, i «chiarimenti direttivi» del Plenum della Corte suprema dell'URSS costituivano pronunce vincolanti per tutti i giudici inferiori, mentre oggi i «chiarimenti» del Plenum della Corte suprema della Federazione Russa hanno formalmente perduto tale vincolatività. L'emanazione di chiarimenti vincolanti è, invece, oggi riservata alla Corte superiore d'arbitrato della Federazione di Russia e al suo *Plenum*, in forza di potere attribuito da una legge costituzionale federale, e alla Corte superiore d'arbitrato della Federazione Russa ⁹⁷.

⁹⁵ In questo senso dispone espressamente l'art. 927, c. 3, del *Novo Código de Processo Civil*, a mente del quale «*Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos*». Sui cc.dd. «precedenti obbligatori» in Brasile v., per tutti, L.G. MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, Editoria Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2010, *passim*, giunta ormai alla V ed. nel 2016. In argomento v. anche, più di recente, la breve, ma ben documentata, monografia di D. MITIDIERO, *Precedentes. Da persuasão à vinculação*, II ed., Editoria Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2017, *passim*.

⁹⁶ Si veda, per maggiori dettagli, *supra*, cap. II, par. 6.3.

⁹⁷ Sulle esperienze dell'ex URSS e della Federazione Russa v. cap. II, par. 6.2.

3.3. Il «precedente comunitario»⁹⁸

Importanti segnali del modo – in parte contraddittorio, per la verità – in cui negli ordinamenti di *civil law* viene inteso il «precedente» provengono dall'esperienza della pregiudiziale comunitaria⁹⁹, un istituto complesso e ricco di implicazioni, a cui qui non si potrà che dedicare alcuni cenni, limitati ai profili che più direttamente intercettano il tema oggetto di indagine.

L'istituto del rinvio pregiudiziale, com'è noto, fa della Corte di Giustizia il giudice a cui è demandato istituzionalmente il compito di garantire l'interpretazione e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea, sottraendo in tali casi alle corti nazionali di vertice la funzione che normalmente è loro propria. Esso, ideato dagli autori dei trattati¹⁰⁰ e da ultimo disciplinato dall'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, costituisce uno degli strumenti, per mezzo dei quali si realizza il principio della *primauté* del diritto dell'Unione¹⁰¹. Secondo la tesi attualmente più accreditata, il giudizio instaurato mediante l'istituto del rinvio pregiudiziale – volontariamente dal giudice nazionale di merito o obbligatoriamente dalla corte nazionale di vertice – ha carattere interpretativo incidentale¹⁰², ha ad oggetto una «questione esetica» –

⁹⁸ Non intendiamo occuparci in questa sede del “precedente” della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma solo di quello della Corte di giustizia UE: il primo, infatti, soffre di una collocazione sistematica assai più incerta (per limitarci a segnalare uno dei profili più problematici, si consideri che la CEDU, pur avendo un contenuto costituzionale sotto il profilo sostanziale, ha, tuttavia, la forza della legge ordinaria nel diritto interno) sicché la trattazione di quel tema richiederebbe in questa sede lo scioglimento di nodi problematici al quale andrebbe dedicato uno spazio eccessivo.

⁹⁹ La letteratura in argomento è molto ampia. Qui, non potendo certo essere richiamata esaustivamente, si ritiene opportuno limitare le indicazioni bibliografiche all'indispensabile. Uno studio della materia non può in ogni caso prescindere dalle seguenti opere monografiche: A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, Cedam, 1996, *passim*; Id., voce *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma 1997, p. 1 ss.; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*.

¹⁰⁰ A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 11.

¹⁰¹ A. BRIGUGLIO, *op. loc. ultt. citt.*

¹⁰² Ciò emerge, da ultimo, dall'indagine condotta da E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale*, *passim* e spec. cap. II, § 2 a cui si rimanda per una scrupolosa e approfondita ricostruzione del problema.

alla tedesca, una *Rechtsfrage*¹⁰³ – e realizza una forma di cooperazione tra autorità giurisdizionale nazionale e Corte di giustizia, dando luogo a quella che Calamandrei avrebbe chiamato una «sentenza soggettivamente complessa»¹⁰⁴.

A fronte di un modesto interesse per l'oggetto in sé¹⁰⁵ della pronuncia del processo¹⁰⁶ avviato su impulso del rinvio pregiudiziale, la dottrina ha recentemente soffermato l'attenzione su questo profilo, dalla cui indagine sono scaturiti dati non privi di rilevanza nell'ambito del discorso che qui si svolge. In particolare, due aspetti risultano di particolare interesse: il primo è legato al fatto che la questione rimessa dal giudice nazionale alla Corte di giustizia, pur investendo quest'ultima di un quesito essenzialmente «esegetico», non può avere carattere meramente astratto. Il secondo, collegato in qualche modo al primo – in quanto, per così dire, di esso costituisce il riflesso – concerne l'efficacia della c.d. «sentenza interpretativa».

Per quanto attiene al quesito sottoposto alla Corte di giustizia, si è recentemente sottolineato come esso, pur avendo natura esegetica, debba avere carattere *concreto*, non essendo previsto – secondo lo stesso tenore letterale dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'UE – «un ricorso alla Corte di giustizia per mere ragioni di nomofilachia»¹⁰⁷. La Corte,

¹⁰³ E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale*, cap. I, § 2 ss.

¹⁰⁴ Così P. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Id.*, *Studi sul processo civile*, vol. II, Cedam, Padova, 1930, p. 211 ss., ricordato dalla D'Alessandro.

¹⁰⁵ La dottrina anteriore si è concentrata soprattutto sui profili che attengono ai rapporti tra l'oggetto del procedimento interpretativo avanti la Corte di giustizia e l'oggetto del processo del giudice *a quo*: cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Cacucci, Bari, 1987, p. 191 ss.; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 74 ss.; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, V ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 407 ss. e spec. p. 413 ss.; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 173, spec. nt. 1.

¹⁰⁶ Non vi è concordia in dottrina circa il fatto che detto giudizio sia un vero e proprio processo (A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 92 ss.) o, piuttosto, un procedimento, ascrivibile alla giurisdizione oggettiva (E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale*, p. 15 ss.; p. 92 ss.).

¹⁰⁷ E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale*, cit., p. 37. In questo contesto Elena D'Alessandro spende il concetto di «nomofilachia», a nostro avviso, in senso riduttivo: ossia come attività, contrapposta in certa misura a quella demandata alla Corte di giustizia, volta a dire – (anche) in astratto – quale sia il «vero» (*rectius*: l'esatto) significato della disposizione da interpretare. Nonostante a noi paia, questo, il riflesso di quel progressivo distacco della funzione nomofilattica dal fatto, che porta in un certo senso all'estremo una concezione già presente in Calamandrei (cfr. ad es. P. CALAMANDREI – C. FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. II, Utet, Torino, 1958, p. 1055 ss.: cfr. *supra* capp. I e II) – anche se

d'altro canto, ha ribadito a più riprese come il suo compito non consista nell'esprimere pareri, aventi carattere consultivo, su questioni generali o ipotetiche¹⁰⁸, essendo, invece, «investita del compito di contribuire *in*

fin da allora con alcune non irrilevanti venature di ambiguità: il Maestro nella voce cit., scritta con Furno, da un lato affermava che «lo scopo caratteristico della cassazione [...] è l'esatta conoscenza della legge nel suo significato generale, la esatta e uniforme interpretazione della portata che alla legge, come norma generale ed astratta, applicabile a tutta una serie indefinita di casi», ma solo qualche riga più tardi precisava che questa interpretazione valeva solo in «casi simili» – non ci sentiamo di dividerne appieno l'utilizzo in questa accezione (come si è detto: riduttiva). Fu, peraltro, lo stesso Calamandrei a precisare che «la Corte esercita la sua funzione di *controllo sulla interpretazione giudiziaria del diritto oggettivo* con un meccanismo straordinariamente ingegnoso, di cui il ricorso in cassazione è lo strumento processuale. Essa non è posta al di fuori dell'ordinamento giudiziario: per sorvegliare l'interpretazione che alle leggi vien data dai giudici, è *essa stessa un giudice*» (P. CALAMANDREI – C. FURNO, voce *Cassazione civile*, p. 1056, corsivi degli aa.). E ancora – proseguiva il Maestro «la Corte di cassazione, astrattamente concepita come organo di controllo sull'interpretazione giudiziaria, avrebbe potuto essere concepita come un consesso posto al di fuori della gerarchia giudiziaria, e incaricato di rivedere ad una ad una, di propria iniziativa, quale Argo dai cento occhi, tutte le sentenze dei giudici nella loro motivazione di diritto. Si è preferito invece far di essa un giudice che decide sul diritto concreto delle parti e che si muove solamente quando qualcuno ne provochi occhi l'esercizio» (*op. cit.* p. 1056). Ecco, allora, che in queste parole il Calamandrei riporta la funzione nomofilattica, pur collocata in una dimensione pubblicistica, *al caso concreto*, sottolineando come la Cassazione, pur avendo l'altissimo compito di dire quale sia l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione del diritto, ciò sempre fa *solo con riferimento una controversia concreta*, nell'ambito della quale all'epoca in cui Calamandrei e Furno scrivevano (siamo, in questo caso, nel 1958) l'enunciazione del principio di diritto – fatto salvo il caso eccezionalissimo (e negletto) del ricorso nell'interesse della legge – aveva, stante la formulazione allora in vigore degli artt. 363 e 384 c.p.c., sempre anche la funzione precipua di parlare al giudice del rinvio e innestarsi nella decisione di un caso concreto.

¹⁰⁸ Si tratta di un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Si vedano, infatti, in ordine cronologico crescente: Corte di giustizia, 16 dicembre 1981, causa C-244/80, *Foglia c. Novello II*, 18; Corte di giustizia, 3 febbraio 1983, causa C-149/82, *Robards*, 19; Corte di giustizia, 21 aprile 1988, causa C-338/85, *Pardini*, 11; Corte di giustizia, 9 agosto 1994, causa C-378/93, *La Pyramide SARL*, 11; Corte di giustizia, 15 giugno 1995, cause riunite C-422/93, C-423/93 e C-424/93, *Erasun et al. c. Instituto nacional de empleo*, 28; Corte di giustizia, 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association et al. c. Bosman et al.*, 60; Corte di giustizia, 12 marzo 1998, causa C-314/96, *Djabali*, 18, 19; Corte di giustizia, 21 marzo 2002, causa C-451/99, *Cura Anlagen*, 26; Corte di giustizia, 25 marzo 2004, cause riunite da C-480/00 a C-482/00, C-484/00, da C-489/00 a C-491/00 e da C-497/00 a C-499/00, *Azienda Agricola Ettore Ribaldi et al.*, 72; Corte di giustizia, 20 gennaio 2005, causa C-225/02, *García Blanco c. INSS, TGSS*, 27, 28; Corte di giustizia, 15 giugno 2006, causa C-466/04, *Herrera*, punto 49; Corte di giustizia, 16 luglio 2009, causa C-189/08, *Zuid-Chemie BV*, spec. 35 e 36; Corte di giustizia, 11 marzo 2010, causa C-384/08, *Attanasio Group s.r.l.*, 28; Corte di giustizia, 28 ottobre 2010, causa C-20.3/09, *Volvo Car Ger-*

concreto all'amministrazione della giustizia negli Stati membri»¹⁰⁹. Da ciò discende che il quesito del rinvio pregiudiziale deve contenere tutti i fatti che, ad avviso del giudice *a quo*, dovranno essere sussunti nella disposizione generale ed astratta, sulla quale si invoca l'intervento esegetico della Corte. A questo proposito, si è sottolineata l'importanza cruciale, ai fini dell'esatta individuazione del quesito interpretativo, dell'episodio della vita reale, dell'insieme dei fatti storici allegati nel giudizio da cui è originata la controversia, in difetto dei quali non potrà che disconoscersi natura concreta al quesito di cui la Corte è investita¹¹⁰.

L'importanza di legare il quesito interpretativo a circostanze concrete viene sostenuta proprio con un suggestivo richiamo al modo di operare del precedente negli ordinamenti di *common law* e segnatamente in quello inglese¹¹¹: il vincolo derivante, allora, non già per via endoprocedurale al giudice *a quo*, ma a tutti i giudici dell'Unione, si produrrebbe solo se i fatti della causa da decidere e quelli sui quali si è fondata la *ratio decidendi* della causa decisa dalla Corte di giustizia non sono ragionevolmente distinguibili¹¹².

Quest'ultima considerazione offre l'occasione di volgere l'attenzione al secondo aspetto, per noi di particolare interesse, relativo all'istituto del rinvio pregiudiziale comunitario, concernente, come si è accennato, la natura e l'efficacia della sentenza resa dalla Corte di giustizia: è ovvio che debba essere lasciato a margine il problema dell'efficacia endoprocedurale della pronuncia della Corte di Lussemburgo, questione complessa che viene unanimemente risolta, pur con ricorso a differenti argomentazioni teoriche, nel senso della indubbia vincolatività della pro-

many GmbH, 29-31. Per la redazione di questa nota mi sono avvalso in gran parte dei numerosissimi richiami di giurisprudenza di E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 38, nt. 62, alla cui opera, *ivi*, rimando anche per ulteriori e più esaustive indicazioni

¹⁰⁹ E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 38.

¹¹⁰ Si veda ancora E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 47 ss. Con riguardo a questo particolare aspetto, non si può fare a meno di rilevare una certa consonanza con l'esigenza espressa dalla Cassazione, investita, in sede di ricorso *ex art. 420-bis c.p.c.*, della questione pregiudiziale sull'interpretazione, validità o efficacia di un contratto collettivo, di disporre, per la decisione di quella questione, di tutti gli elementi di fatto rilevanti. In questo caso la Corte di vertice ha dimostrato di prendere molto sul serio la necessità di agganciare l'interpretazione ai fatti concreti della causa, manifestando un'attitudine che altrove ha, invece, trascurato (cfr. *supra*, cap. I, par. 7).

¹¹¹ Così, in particolare, E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 39-40, testo e nt. 63.

¹¹² A.G. TOTH, *he Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects*, in *Yearbook of European Law*, vol. 4, 1984, pp. 1-77 e spec. p. 27.

nuncia della Corte per il giudice *a quo*¹¹³. Questo profilo non interessa la nostra indagine, in quanto, finchè si resta ancorati alla dimensione endoprocessuale, non si pongono i problemi tipici che attengono al c.d. «precedente». Ciò che, invece, richiama maggiormente l'attenzione è l'efficacia c.d. extraprocessuale della pronuncia della Corte di giustizia di Lussemburgo.

¹¹³ La dottrina in questo senso è compatta: v. G. TRISORIO LIUZZI, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 727 ss. e spec. par. 17, secondo il quale «La decisione della Corte ha sicuramente un'efficacia vincolante per quel che riguarda il giudice che ha disposto il rinvio, il quale è tenuto ad applicare nella risoluzione della controversia l'interpretazione data dai giudici del Lussemburgo»; nonché A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., 284 ss.; Id., voce *Pregiudizialità comunitaria*, cit., p. 12; P. BIAVATI – F. CARPI, *Diritto processuale comunitario*, II ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 423; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, cit., p. 432 ss.; P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, V, 26 ss. e spec. c. 40.

Si può pervenire a questa unica conclusione, astrattamente per mezzo di tre distinti argomenti: *a*) si può ritenere, conformemente alla tesi sostenuta dalla giurisprudenza comunitaria, (Corte di giustizia, 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. Enel*; Corte di giustizia, 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmmenthal*; Corte di giustizia, 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex v. USL 42 Pavia c. Fater S.p.a.*) che l'ordinamento dell'Unione europea dell'ordinamento nazionale costituiscano un unico sistema giuridico integrato al cui vertice si pongono le norme sovranazionali e nel cui contesto le sentenze della Corte di giustizia dovranno ritenersi dotate della medesima efficacia di quelle pronunciate da un giudice nazionale di vertice (nel nostro caso la soluzione del quesito data dalla Corte di Lussemburgo sta al giudice interno, esattamente come il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione sta al giudice del rinvio); *b*) si può ritenere, in adesione alla tesi tradizionalmente sostenuta dalla nostra Corte costituzionale, che, essendo l'ordinamento nazionale e quello comunitario tra loro distinti, ma comunicanti, le sentenze della Corte di giustizia, pur provenienti da un ordinamento differente, vincolerebbero comunque il giudice *a quo* in via diretta, in quanto interpretative di norme afferenti all'ordinamento comunitario collocate in posizione di preminenza rispetto a quelle del diritto nazionale (Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 161; più perplessa Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28, che, discorrendo di carattere sovraordinato delle norme comunitarie rispetto a quelle ordinarie potrebbe far pensare ad uno scivolamento verso la teoria dell'ordinamento giuridico unitario); *c*) infine si può ritenere che il vincolo derivante dalla pronuncia della Corte di giustizia al giudice *a quo* derivi dall'applicazione di norme comunitarie e, in particolare, dal combinato disposto di cui all'art. 19 Trattato UE (precedentemente art. 220, c. 1, Trattato CE) e all'art. 269 Trattato sul funzionamento UE (anzitutto art. 234 Trattato CE): le dette disposizioni conferirebbero efficacia automatica alle pronunce della Corte di giustizia nell'ambito degli ordinamenti nazionali dei singoli Stati membri proprio al fine di consentirle il perseguimento degli obiettivi che le sono attribuiti dal Trattato UE e dal Trattato sul funzionamento UE (per la ricostruzione ampia e approfondita di questo dibattito v. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 575 ss. e, più di recente, E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 219-225).

A questo proposito, si tende ad escludere che la pronuncia interpretativa della Corte sia idonea al giudicato sostanziale¹¹⁴, sulla scorta di una serie di argomenti concorrenti: un'autorevole dottrina esclude l'autorità del giudicato, in quanto quest'ultimo non può che riguardare, secondo un'opinione consolidata, «il giudizio concluso contemporaneamente sul fatto e sul diritto»¹¹⁵. Secondo altri, invece, si dovrebbe optare per la tesi negativa, sia sulla scorta di un dato testuale (in quanto l'art. 104, § 3, del Regolamento prevede che, in caso di riproposizione della medesima questione interpretativa, la Corte di giustizia, anziché definire il procedimento in rito – come dovrebbe accadere quella pronuncia avesse la forza del giudicato sostanziale –, debba pronunciare comunque nel merito facendo riferimento alla precedente sentenza interpretativa)¹¹⁶, sia sulla scorta di altri argomenti di carattere sistematico. Questi ultimi si compendiano essenzialmente nella intrinseca contraddittorietà tra la sclerotizzazione derivante dall'autorità della cosa giudicata – che in questo caso scenderebbe su una pronuncia interpretativa avente ad oggetto sì una *Rechtsfrage* dal carattere concreto, ma pur sempre votata ad un'ampiezza maggiore (una sorta di rastrematura invertita) di quella del *dictum* che decide direttamente una singola controversia – e la funzione propria della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, ossia quella di interpretare il diritto dell'Unione al contempo attualizzandolo e rinnovandolo. Ne deriverebbe un insanabile contrasto con le finalità proprie del rinvio pregiudiziale compendiate nell'art. 267 del Trattato sul funzionamento UE¹¹⁷.

Mentre la tesi dell'autorità della cosa giudicata – fatta eccezione per alcune voci, levatesi soprattutto nell'ambito della dottrina tedesca¹¹⁸ – non

¹¹⁴ Pur essendo questa l'opinione di gran lunga prevalente, si riscontrano tuttavia nella giurisprudenza interna e comunitaria almeno due prese di posizione che parrebbero andare in direzione opposta: si vedano, infatti, Cass. 16 maggio 2003, n. 7630 e Corte di giustizia, 5 marzo 1986, ord., causa C-69/85, *Wünsche*.

¹¹⁵ Così, testualmente, A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 250.

¹¹⁶ Lo rileva E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 246-247.

¹¹⁷ Questa, in sintesi estrema, la posizione di D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 247 ss.

¹¹⁸ L.J. COSTANTINESCO, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften – I. Das institutionelle Recht*, Nomos, Baden-Baden, 1977, p. 835; U. EVERLING, *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Praxis und Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden, 1986, p. 61; A. PIETREK, *Verbindlichkeit von Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWGV. Rechtswirkungen im Ausgangsverfahren und als Präjudiz im Lichte von Rechtsvergleichung und Rechtsprechung*, Lang, Frankfurt am Main, 1989, p. 35; C. KOENIG – C.

ha guadagnato significativamente terreno, si è fatta strada, soprattutto grazie al contributo della dottrina francese¹¹⁹, la tesi secondo la quale la sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale sarebbe munita dell'*autorité de la chose interprétée*. Secondo questa tesi, sulla quale ancora si colgono i riflessi del *décret déclaratoire de la loi*, emanato in sede di *référé législatif*¹²⁰, la pronuncia della Corte di Lussemburgo «si unirebbe alla norma di diritto dell'Unione europea interpretata divenendo un tutt'uno con quest'ultima, producendo così un'efficacia sostanziale *erga omnes*»¹²¹. In altri termini, il *dictum* della Corte di giustizia verrebbe a tutti gli effetti incorporato nella disposizione interpretata, così acquisendo una vera e propria efficacia normativa, idonea, pertanto, a vincolare tutti i giudici degli Stati membri.

Questa conclusione, ancorché per ragioni differenti da quelle legate alla tradizione culturale francese, è stata recepita anche nel nostro ordinamento¹²², ove ha ricevuto credito tanto dalla giurisprudenza costituzionale¹²³,

SANDER, *Einführung in das EG-Prozeßrecht*, Mohr, Tübingen 1997, p. 252; U. EHRICKE, *Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungs- verfahren nach deutschem Zivilprozeßrecht und nach Gemeinschaftsrecht: Vortrag gehalten am 17. Dezember 1996*, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Nr. 364, 1997, p. 40, cit. da E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 246-247, nt. 68.

¹¹⁹ Si vedano le *opp. cit.* da E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 256-257, nt. 94.

¹²⁰ V. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, III ed., tomo XII, Carnery, Paris, 1809, p. 144; nella processualistica italiana v. A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, tomo I, Giappichelli, Torino, 2005, p. 66 ss. Sull'istituto del *référé législatif* v. P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2000, *passim*; Id., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico* Giappichelli, Torino, 2005, *passim*. Nella letteratura anteriore si vedano G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 364 ss.; F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 535 ss.; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma, 1920, vol. I, ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. VII, Morano, Napoli, 1965, p. 388 ss.; F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Chevalier-Maresqu & C., Paris, 1899, p. 67 ss.

¹²¹ E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 256.

¹²² Per un'ampia e approfondita trattazione del problema con riferimento al complesso tema dei rapporti tra pregiudiziale comunitaria e questioni incidentali di legittimità costituzionale v., per tutti, A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 569 ss.; p. 608 ss; p. 622 ss.

¹²³ Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170; Corte cost., 23 aprile 1985, n. 113; Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168; Corte cost., 13 luglio 2007, n. 284.

quanto da quella ordinaria ¹²⁴, godendo altresì del conforto di parte della dottrina ¹²⁵.

In verità, quanto all'efficacia extraprocessuale della pronuncia della Corte di giustizia, la dottrina italiana pare piuttosto coesa intorno all'idea – che chi scrive ritiene condivisibile – che questa non sia dotata di «un'efficacia *erga omnes*, nel senso che i giudici che dovessero trovarsi di fronte alla stessa questione già decisa in via interpretativa dalla Corte di

¹²⁴Tra le pronunce di legittimità, si vedano: Cass., 19 febbraio 2008, n. 4056; Cass., 27 marzo 2004, n. 6173; Cass., 8 agosto 2002, n. 11987; Cass., 28 marzo 1987, n. 2787; Cass. pen., 25 gennaio 1991, n. 2708; Cons. st., 13 maggio 1992, n. 598. Merita, inoltre, di essere segnalata Cass., 30 dicembre 2003, n. 19842, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1095 ss., nella cui massima si legge «per “ramo d'azienda”, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. (come modificato dalla legge 2 febbraio 2001, n. 18, in applicazione della direttiva CE n. 98/50), come tale suscettibile di autonomo trasferimento riconducibili alla disciplina dettata per la cessione di azienda, deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità, il che presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente, e non anche una struttura produttiva creata “ad hoc” in occasione del trasferimento, o come tale identificata dalle parti del negozio traslativo; tale nozione di ramo d'azienda è utilizzabile anche quando i fatti di causa – come nella specie – sono precedenti rispetto alle modifiche legislative introdotte in attuazione della direttiva n. 98/50, in quanto tale nozione costituiva già in precedenza espressione del “diritto comunitario vivente”, sviluppato da numerose sentenze interpretative della Corte di giustizia CE, e come tale vincolante per il giudice nazionale, in virtù del principio di supremazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, da cui deriva, per il giudice nazionale, l'obbligo di una interpretazione adeguatrice» (corsivi nostri). Tra le pronunce di merito, v. Trib. Verona, decr. 21 gennaio 2009, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, pp. 698 ss.; Trib. Milano, 5 novembre 2002, in *Dir. prat. soc.*, 2002, p. 72 ss.; Pret. Trento, 5 ottobre 1994, in *Dir. lav.*, 1992, II, p. 420 ss.

¹²⁵M. MIELE, *La Corte delle Comunità europee e le giurisdizioni degli Stati membri*, in 24 *Annali dell'Università di Macerata. Facoltà giuridica*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 73 ss.; M. ZUCCALÀ, *La struttura giuridica delle Comunità europee. Di una forma di interpretazione autentica delle leggi*, in *Giur. it.*, 1959, IV, c. 140 ss.; G.M. UBERTAZZI, *La Corte di giustizia delle Comunità europee ed il suo dovere di conformarsi alle sue precedenti decisioni ex art. 177*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1977, p. 481 ss.

Nella processualcivile cfr., anche per più accurate indicazioni, A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 262 ss. e 569 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, cit., p. 727 ss.; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, cit., p. 433 ss.; G. RAITI, *La forza “di acciaio” del giudicato Lucchini nell'inatteso (temporaneo?) epilogo della vicenda pregiudiziale comunitaria dinanzi al Tribunale di Roma*, in *Int'l Lis*, 2011, pp.139-145 e spec. p. 143; E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 255 ss. e 274 ss. In argomento si vedano anche, tra gli altri, E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 41 ss.; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1193 ss.

giustizia sarebbero sempre e comunque vincolati a quella decisione, non avendo altra scelta che applicarla per la soluzione del caso concreto. Ciò non significa però che la sentenza non abbia alcuna efficacia, poiché essa vale come *precedente* per tutti gli altri giudici che si dovessero trovare di fronte alla stessa questione pregiudiziale, anche di Stati diversi da quello al quale appartiene il giudice che ha disposto il rinvio. In sostanza, gli altri giudici si trovano dinanzi ad una alternativa: o decidere la controversia sulla base della interpretazione seguita nella sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia o rinviare nuovamente alla Corte la questione, qualora ritenessero che continuino a sussistere dubbi interpretativi»¹²⁶. In altri termini, sulla scorta di due ben note sentenze della Corte di giustizia – la *Da Costa*¹²⁷ e la *Cilfit*¹²⁸ –, la miglior dottrina ritiene che alla sentenza interpretativa debba assegnarsi un'efficacia che sta per così dire “a metà” «tra la idea di un valore para-normativo, di interpretazione autentica in senso proprio [...] e la idea di un valore extraprocessuale solo “persuasivo” non dissimile da quello di qualsiasi sentenza di corte superiore di *civil law*»¹²⁹. In quest'ottica, l'effetto *erga omnes* riconducibile alle sentenze della Corte di giustizia consisterebbe nella eliminazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale e nella sua degradazione in semplice facoltà, «restando il potere della giurisdizione nazionale – in ciò l'assenza di efficacia para normativa del “precedente comunitario” – di interpellare nuovamente, sulla identica questione, la Corte comunitaria, perfino onde provocarne un *revirement*»¹³⁰. La corte nazionale di vertice parrebbe venirsi, insomma, a trovare – sotto il profilo strettamente processuale – in una situazione non dissimile da quella di fronte alla quale si trova la sezione semplice, ai sensi del novellato art. 374, c. 3, c.p.c., che non intenda condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite (che deve rimettere a queste ultime) o a quella in cui si trova il giudice del lavoro, che non intenda uniformarsi a un orientamento giurisprudenziale formatosi su una questione pregiudiziale *ex art. 420-bis c.p.c.* o *ex art. 64 d.lgs.*

¹²⁶ Così, molto chiaramente, G. TRISORIO LIUZZI, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, cit., p. 727 ss. e spec. par. 17 e A. BRIGUGLIO, voce *Pregiudizialità comunitaria*, cit., p. 12; P. BIAVATI – F. CARPI, *Diritto processuale comunitario*, cit., p. 424; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 1204 ss. P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., p. 41.

¹²⁷ Corte di giustizia, 27 marzo 1963, cause C-28-30/62.

¹²⁸ Corte di giustizia, 6 ottobre 1982, causa C-283/81.

¹²⁹ A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 263.

¹³⁰ Così, testualmente, ancora A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., *ivi*.

30 marzo 2001, n. 165 (che deve pronunciare sulla pregiudiziale con sentenza non definitiva).

Secondo una recente approfondita indagine¹³¹, tuttavia, non potrebbe a rigore discorrersi, in conseguenza di quanto statuito dalle ben note sentenze *Da Costa e Cilfit*, di una efficacia extraprocessuale *erga omnes* – nemmeno in rito¹³² – delle sentenze pronunciate da parte della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale. Si dovrebbe, invece, ricostruire detta efficacia non già in termini propriamente giuridici, ma piuttosto in termini di «effetti giuridici “di fatto”», i quali, pur trovando sovente la propria fonte in una disposizione di legge, potrebbero prodursi anche in virtù di un accordo¹³³. Quest’ultimo, che normalmente interviene tra le parti del processo, nel caso di specie sorgerebbe tra la Corte di Lussemburgo e il giudice nazionale di ultima istanza che decida (volontariamente) di conformarsi al «precedente» della Corte sovranazionale¹³⁴. Il formarsi di detto accordo, quale conseguenza dell’ossequio da parte del giudice nazionale all’interpretazione offerta dalla Corte di giustizia, determinerebbe altresì il degradarsi di una «questione pregiudiziale interpretativa» ad un mero «punto pregiudiziale interpretativo» (ossia non controverso, né autonomamente risolto dal giudice nazionale), collocando la fattispecie al di fuori dell’ambito di operatività dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento della UE¹³⁵.

A valle di una tale – per certi versi assai complessa e senz’altro ingegnosa – ricostruzione, si collocano alcuni ulteriori argomenti conclusivi, eretti a sostegno della tesi secondo la quale la pronuncia della Corte di giustizia UE sarebbe del tutto priva di efficacia di precedente vincolante¹³⁶, che risultano particolarmente utili ai fini del nostro lavoro e illumi-

¹³¹ Mi riferisco allo studio, già più volte richiamato, di E. D’ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale*, cit., p. 274 ss.

¹³² Per questa opinione cfr. ancora A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 268.

¹³³ E. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 290-291.

¹³⁴ E. D’ALESSANDRO, *op. loc. ultt. citt.*

¹³⁵ E. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 285.

¹³⁶ L’opinione della E. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 300 ss., oltre ad essere in contrasto con l’orientamento prevalente della Cassazione, che – *absit iniuria verbis* – “in qualche modo” si ritiene vincolata alle pronunce della Corte di giustizia di Lussemburgo, non è altresì condivisa da quella parte della dottrina che tende a ritenere queste ultime comunque produttive di un “vincolo” di qualche significato per il giudice nazionale: cfr. le posizioni – pur tra loro differenti, ma comunque inclini a ritenere che un qualche “effetto (giuridico) di precedente” i *dicta* delle sentenze della Corte di giustizia debbano avere per il giudice nazionale – dei seguenti autori:

nanti di come il giurista continentale è portato a ragionare. Si sostiene, dunque, che le sentenze della Corte di Lussemburgo abbiano un'efficacia meramente persuasiva per i giudici nazionali, per due ordini di ragioni: da un lato si colloca una circostanza di matrice culturale, legata all'appartenenza alla tradizione giuridica di *civil law* di tutti gli Stati membri, che originariamente firmarono il Trattato istitutivo della Comunità economica europea¹³⁷. Dall'altro lato, vengono enunciate, a sostegno di detta tesi, tre ragioni ulteriori di natura più strettamente tecnica: anzitutto – si afferma – mancherebbe un rapporto gerarchico tra la corte nazionale di vertice e la Corte di giustizia UE, ossia un tipico elemento costitutivo del precedente vincolante¹³⁸; in secondo luogo i giudici della Corte di giustizia non sono tenuti a giustificare un eventuale mutamento di giurisprudenza¹³⁹; infine diverso sarebbe «il procedimento logico che il giudice nazionale compie a fronte di una precedente pronuncia interpretativa rispetto a quello che pone in essere il giudice di una corte inferiore nell'ambito di un sistema giuridico di *common law* in cui vige il sistema del precedente vincolante»¹⁴⁰.

Tutto ciò, per quanto sorretto da argomentazioni teoriche solide e articolate, deve, però, fare i conti con un atteggiamento manifestato a più riprese, pur secondo percorsi teorici differenti, dai vari giudici nazionali¹⁴¹, di generale ossequio rispetto alle pronunce interpretative della Corte

¹³⁷E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 301.

¹³⁸E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 304; in senso conforme P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, cit. pp. 32-33.

¹³⁹E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 304-305.

¹⁴⁰Così, letteralmente, E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 306.

¹⁴¹Nella giurisprudenza interna si vedano, ad es., Cass., 19 febbraio 2008, n. 4056, la quale ha affermato che: «Ne consegue che l'art. 1751 c.c. deve interpretarsi nel senso che l'attribuzione dell'indennità è condizionata non soltanto alla permanenza, per il preponente, di sostanziali vantaggi derivanti dall'attività di promozione degli affari compiuta dall'agente, ma anche alla rispondenza ad equità dell'attribuzione, in considerazione delle circostanze del caso concreto ed in particolare delle provvigioni perse da quest'ultimo. Questo orientamento - *stante la vincolatività della pronunce della Corte di giustizia quanto all'interpretazione della normativa comunitaria* - va confermato con qualche puntualizzazione» (corsivi nostri); Cass., 30 dicembre 2003, n. 19842, che riconosce espressamente una «efficacia normativa» alle sentenze interpretative della Corte di giustizia UE; Cass., 8 agosto 2002, n. 11987, la quale, nel distinguere tra l'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e quelle della Corte di giustizia, assume una posizione più sfumata, affermando quanto segue: «ciò però che deve escludersi è, infatti, l'asserito vincolo diretto che dalla sentenza CEDU deriverebbe per il Giudice italiano. Diversamente dalle sentenze della Corte di Giustizia Europea di Lussemburgo - che al pari dei regolamenti del

di giustizia, un dato che, per quanto collocabile su un piano “meramente” fattuale ¹⁴² – ma sarà proprio così? ¹⁴³ – non può certo essere ignorato. Ne deriva la conclusione – secondo l’autrice – che il legislatore europeo, ritenendo di dover prestare fedeltà al modello tipico degli ordinamenti giuridici di *civil law* – che ripudierebbero, alcuni anche a livello costituzionale, vincoli normativi derivanti al giudice da pronunce giurisdizionali –, avrebbe optato per astenersi dal rendere obbligatori i *dicta* della Corte di giustizia, al contempo prevedendo regole procedurali al fine di ottenere, così, su un piano di fatto, il medesimo effetto, ossia: un’applicazione generalizzata del «precedente europeo» da parte dei giudici nazionali ¹⁴⁴.

Consiglio CE, hanno (per i profili dell’interpretazione della normativa comunitaria) diretta efficacia nell’ordinamento interno ai sensi dell’art. 189 del Trattato CEE (cfr. Corte Cost. n. 113/85 in relazione a n. 170/84) e, se pronunciate in sede di rinvio pregiudiziale, vincolano il giudice rimettente». Quest’ultima sentenza, infatti, discorre di una «efficacia diretta» che avrebbero le sentenze della Corte di giustizia nell’ordinamento interno, come qualcosa di distinto dal vincolo derivante al giudice *a quo*, un *distinguo* comprensibile e giustificato, ma probabilmente non tale da smentire un qualche effetto vincolante per il giudice nazionale diverso da quello che ha dato avvio al rinvio pregiudiziale.

¹⁴² Non così – come suggerisce e documenta puntualmente la stessa E. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 274, ntt. 132 e 133; p. 255 ss. e spec. testo e nt. 94 – per: a) l’ordinamento giuridico bulgaro, nel quale, ai sensi dell’art. 633 c.p.c. in vigore dal 24 luglio 2007 si prevede che la pronuncia interpretativa della corte di giustizia sia vincolante per tutte le autorità giurisdizionali; b) il Regno Unito, ove art. 3, (1) dello *European Communities Act* prevede che le autorità giurisdizionali del Regno Unito siano tenute, in difetto di nuovo rinvio pregiudiziale, a conformarsi alle pronunce della corte di giustizia UE; c) non così, tuttavia, nemmeno per l’ordinamento giuridico francese, ove dottrina e giurisprudenza sono compatte nel ritenere che le pronunce interpretative della Corte di giustizia UE abbiano addirittura un’efficacia normativa, in quanto destinate ad essere incorporate nell’enunciato interpretato.

¹⁴³ Si anticipa qui, con questa piccola provocazione e con le indicazioni bibliografiche che seguono (la cui pertinenza in questa sede potrebbe risultare di non immediata percezione), un discorso critico che verrà sviluppato nei prossimi paragrafi e successivi capitoli. V., istruttivamente, il libretto di N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942, *passim* (ora ripubblicato per i tipi della Giappichelli nel 2010, con una preziosa introduzione di Paolo Grossi), la cui convinta impostazione fu, poi, se non proprio rinnegata, almeno minimizzata dallo stesso a. nelle successive voci enciclopediche redatte un ventennio dopo: N. BOBBIO, voce *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 431 ss. e Id., voce *Fatto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 988 ss. Ma vedi anche il recente, davvero illuminante, M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, cit., pp. 67-101.

¹⁴⁴ E. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 308-309. Potremmo, a questa conclusione, replicare con una affermazione, tratta da M. TROPER, *La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto*, in *Ragion pratica*, 1996/6, pp. 65-75, il quale – dopo aver ricordato che in Francia, ove non c’è nessuna disposizione che vincoli i giudici al rispetto del precedente, tuttavia la dottrina

In definitiva, l'aver dimostrato che il precedente europeo ha una forza meramente fattuale non consente di negarne qualche forma di vincolatività sul piano giuridico, se è vero, come si vedrà *infra*, che la stessa regola anglosassone dello *stare decisis* ha un'origine consuetudinaria, quindi, *de facto*.

4. Inattendibilità (e inutilità) della distinzione tra “precedente vincolante” e “precedente persuasivo”

A valle dell'indagine fin qui condotta sul precedente in alcuni paesi di *civil law*, risulta ora opportuno passare all'esame della contrapposizione alla quale più comunemente si fa riferimento per distinguere i vari tipi di precedente e che solleva numerosi dubbi e alimenta discussioni, se non proprio vacue, non di rado frutto di rilevanti fraintendimenti.

È molto comune in letteratura l'affermazione, secondo la quale negli ordinamenti di *common law* vige la regola del c.d. precedente vincolante, mentre negli ordinamenti di *civil law* il precedente ha natura meramente persuasiva¹⁴⁵. Tale ricorrente affermazione, sulla scorta della pur limitata indagine che si è fin qui condotta, non può essere considerata attendibile¹⁴⁶.

insegna che la giurisprudenza è fonte del diritto – sostiene: «sarebbe assolutamente inutile presentare questa situazione semplicemente come il risultato dell'opposizione fra fatto e diritto, poiché se le disposizioni che mirano ad evitare che ci sia un sistema di precedenti sono di “diritto”, ciò che si produce “nei fatti” non è per questo meno “giuridico”».

¹⁴⁵ L'affermazione, con le dovute eccezioni, è così diffusa nella nostra dottrina da non richiedere citazioni *ad hoc* (da ultimo si veda P. COMOGLIO, in A. DONDI – V. ANSANELLI – L.P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, cit., p. 319, il quale sostiene che «pur nella consapevolezza delle significative differenze nell'applicazione della dottrina dello *stare decisis* riscontrabili anche negli ordinamenti di matrice anglosassone, sembra tuttora possibile individuare proprio nell'efficacia vincolante del precedente una caratteristica distintiva di tali ordinamenti») ma è altrettanto comune nella dottrina, più e meno recente, di *common law*: si vedano, ad es., J. SALMOND, *Jurisprudence*, X ed., Sweet & Maxwell, London, 1947, p. 176, testo e nt. a); R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., pp. 3-24, anche per una differenziazione tra l'uso del precedente in Inghilterra e in altri paesi di *common law*, di cui già si è detto nel par. 3.1.

¹⁴⁶ Detta contrapposizione è già stata ritenuta ampiamente inattendibile anche per altre ragioni: cfr. G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma, 1990, pp. 1-14; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 709 ss. e, da ultimo, in *Id.*, *Note sparse sul precedente giudiziale*, *ivi*, 2018, p. 111 ss.; S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 614 ss.

Se di precedente vincolante in senso stretto sicuramente non può parlarsi negli ordinamenti francese, italiano e tedesco ¹⁴⁷, vi sono, invece, ordinamenti giuridici certamente afferenti alla tradizione di *civil law*, nei quali vige una disposizione addirittura di origine legislativa che sancisce la vincolatività, a determinate condizioni, delle pronunce di alcuni giudici: ciò vale senz'altro in Europa per la Spagna, la Bulgaria e l'Ungheria e, in America Latina, per il Messico e il Brasile. Vi è, poi, il caso, del tutto peculiare, ma certamente anch'esso profondamente radicato nella cultura giuridica di *civil law*, della "efficacia vincolante *di fatto*" dei precedenti interpretativi della Corte di giustizia, di cui si è già ampiamente detto e che, pur nella sua ambiguità di fondo, può prestarsi a letture che la accostano – per quanto si dirà *infra*: solo superficialmente e apparentemente ¹⁴⁸ – al sistema dello *stare decisis*.

Per altro verso, se in Inghilterra nessuno dubita che viga la regola del precedente vincolante, questa regola ha un valore assai più limitato – almeno sotto un profilo quantitativo – negli ordinamenti del *Commonwealth* e viene applicato con grande flessibilità – per le ragioni già dette – negli Stati Uniti d'America.

Ma ciò non è tutto: anche nella parte in cui la contrapposizione tra precedente vincolante e precedente persuasivo rifletta effettivamente (ma dovremmo forse dire: formalmente) lo stato delle cose e non possa essere considerata di per sé erronea, perché corrisponde – ancora una volta, formalmente – all'assetto della teoria delle fonti, dando conto della (a detta di molti: maggior o minor, quantitativamente parlando) "forza" con cui i "precedenti" possono imporsi nei differenti ordinamenti, tuttavia, ad avviso di chi scrive, anche in questi limitati casi essa è sopravvalutata, sovente fraintesa e, per queste ragioni, in buona misura dannosa.

Giustificiamo, in primo luogo, la nostra affermazione secondo la quale vi sarebbe una sopravvalutazione della contrapposizione – tanto

¹⁴⁷ Per quanto attiene all'ordinamento svizzero – del quale finora nulla si è detto – esso appare esente dalla regola del precedente vincolante; tuttavia non va dimenticato che l'art. 1, c. 2, del c.p.c. svizzero contempla la giurisprudenza come fonte di diritto in senso stretto in caso di lacuna («*défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*») e in ogni caso prevede che dottrina e giurisprudenza siano sempre "fonti in senso lato" del diritto, facendo ricorso alla seguente prescrizione di ordine generale per il giudice, il quale: «*s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence*».

¹⁴⁸ Cfr., sul punto, A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione anglo-americana e il diritto sovranazionale europeo*, Cedam, Padova, 2017, *passim* e spec. p. 191 ss.

da renderla sostanzialmente inutile, come si afferma nel titolo di questo paragrafo –, quale conseguenza di un frequente fraintendimento della distinzione tra precedente vincolante e precedente persuasivo. Per comprendere le ragioni di questa presa di posizione, occorre domandarsi anzitutto sulla scorta di quali basi normalmente si afferma che in determinati ordinamenti vige la regola del precedente vincolante, mentre in altri vige la regola (apparentemente opposta) del precedente persuasivo. La risposta che di solito viene data è allo stesso tempo semplice e (apparentemente) convincente: per sapere se in un dato ordinamento vige o meno la regola dello *stare decisis*, è necessario accertare se in quell'ordinamento vi sia una norma giuridica che obbliga i giudici a osservare i precedenti.

Poiché, secondo una risalente tradizione, talvolta messa in discussione, ma generalmente accettata, l'elemento che tipicamente distingue la norma giuridica da tutte le altre è la sua "coercitività", ossia la sua idoneità a determinare, ove trasgredita, l'applicazione di una sanzione, per verificare la vigenza della regola dello *stare decisis*, si deve andare alla ricerca all'interno dell'ordinamento giuridico indagato della presenza di una norma che, da un lato, prescriva al giudice il rispetto del precedente e, dall'altro lato, sanzioni il giudice che tale precetto violi¹⁴⁹. Nel nostro ordinamento, viene in rilievo il dibattito scaturito dal nuovo testo dell'art. 374, c. 3, c.p.c.¹⁵⁰, un dibattito che si è concentrato soprattutto sulla natura del vincolo delle sezioni semplici al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite. Si sono, così, contrapposte le opinioni di coloro che hanno derubricato detto vincolo ad un mero espediente processuale – che determinerebbe l'insorgenza di un vincolo sì giuridico, ma non normativo¹⁵¹, avente contenuto essenzialmente negativo¹⁵² – a quelle di chi, valorizzando

¹⁴⁹ Sotto questo profilo, appare denso di significato il dibattito sviluppatosi intorno al (presunto) "vincolo" (variamente qualificato dalla dottrina: giuridico, normativo, processuale ecc.) delle sezioni semplici al "precedente" delle Sezioni Unite, il quale si è svolto in parte anche intorno al quesito della possibilità di sanzionare, quanto meno sotto il profilo disciplinare, i magistrati della sezione semplice che, omettendo la rimessione al consesso più qualificato, si fossero resi responsabili, in contrasto con quel precetto senza sanzione contenuto nell'art. 374, c. 3, c.p.c., di "disobbedienza" rispetto a un precedente *dictum* delle Sezioni Unite.

¹⁵⁰ Mi riferisco al testo dell'art. 374, c. 3, c.p.c., risultante dalla modifica introdotta dall'art. 8 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, il quale, com'è noto, dispone che: «Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

¹⁵¹ A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle sezioni unite civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 16 ss.

¹⁵² La disposizione non sacrificerebbe, dunque, l'autonomia della sezione semplice,

soprattutto l'effetto ablativo della *potestas iudicandi* alla sezione semplice¹⁵³, ne ha sottolineato la forza¹⁵⁴, ipotizzando conseguenze di natura disciplinare per i giudici delle sezioni semplici disobbedienti¹⁵⁵. Il dibattito sorto intorno al nuovo c. 3 dell'art. 374 – quale che sia la lettura che del vincolo che da esso scaturisce si voglia dare – reca con sé un punto fermo: la conseguenza più grave che si possa immaginare per i magistrati della sezione semplice che decida il ricorso in difformità ad un principio di diritto stabilito dalle Sezioni Unite consiste in una sanzione disciplinare¹⁵⁶.

ma ne imporrebbe un coordinamento con quella delle sezioni unite, determinando, così, il superamento dei profili di incostituzionalità adombrati in un primo tempo (soprattutto in ragione dell'utilizzo della parola «vincolo» nel testo della legge, poi soppresso): cfr. F.P. LUIO, *Sulla riforma del giudizio di cassazione - Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, p. 817 ss.; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 238 ss.; A. TEDOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di Cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.*, 2006, p. 2011.

¹⁵³ Così, specialmente F. AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»*), in E. FAZZALARI (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 1 ss. e spec. p. 17 ss.

¹⁵⁴ A. CARRATTA in S. CHIARLONI (a cura di), *Le nuove riforme del processo civile*, Bologna, 2006, p. 422 ss.

¹⁵⁵ Sulla portata e sulla natura del vincolo delle sezioni semplici al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite si è sviluppato un ampio dibattito, sul quale si vedano, oltre alle *opp. citt.* nelle ntt. precedenti, senza pretesa di completezza: R. TISCINI, *Giudizio di cassazione*, in F.P. LUIO – R. VACCARELLA (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino 2013, p. 321 ss. e spec. p. 426 ss.; G. AMOROSO, *Commento all'art. 374*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, tomo I, Cedam, Padova, 2009, p. 195 ss.; G. PRESTIPINO, *Il nuovo ruolo delle Sezioni Unite*, in G. IANNIRUBERTO – U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 60; G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 943 ss.; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., p. 238 ss.; A. TEDOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di Cassazione: esegesi e spunti*, cit., p. 2011; C. CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1189 ss. e spec. p. 1193; M. DE CRISTOFARO, *L'edificazione della Corte Suprema tra risolutezza e «timidezze» del legislatore delegato*, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 1760 ss.; F. TOMMASEO, *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia*, in *Giur. it.*, 2003, p. 827. In dottrina hanno ritenuto che la violazione del dovere di rimessione possa determinare conseguenze sul piano deontologico: A. CARRATTA in S. CHIARLONI (a cura di), *Le nuove riforme del processo civile*, cit., p. 422 ss.; F. AULETTA, *Profili del nuovo principio di diritto*, cit., p. 17 ss.; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 279.

¹⁵⁶ Ad oggi – salvo mio errore – non risultano, tuttavia, procedimenti disciplinari a carico di magistrati derivanti da tale condotta.

Nessun'altra conseguenza può derivare dalla mancata applicazione di un principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite della Cassazione¹⁵⁷. Tale sanzione, però, non deriverebbe, in ipotesi, dal mancato rispetto del precedente, ma dal mancato rispetto della norma processuale che obbliga la sezione semplice a rimettere alle Sezioni Unite (che, ipoteticamente, potrebbe integrare l'illecito, previsto dall'art. 2 lett g) dlgs 109/06: "grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile"). Se ne deve concludere che non esiste nel nostro ordinamento nessuna disposizione che preveda una qualche sanzione per il giudice che non rispetti un precedente.

Ciò – si può ragionevolmente ritenere – non sorprenderà nessuno, ma potrà forse sorprendere il fatto che una norma simile non vi è nemmeno in quell'ordinamento che, come si è visto, più di ogni altro al mondo, applica con rigore la regola del precedente vincolante. Il giurista positivista, che si chiedesse come venga sanzionato il giudice inglese che "disobbedisca" a un precedente vincolante, troverebbe una deludente risposta nelle parole di una delle fonti più autorevoli in materia, che qui vale la pena di riportare: «*If a judge persistently and vociferously declined to follow cases by which he was bound according to countless statements of other judges, it is possible that steps would be taken to remove him from his office, but it would be a mistake to think in terms of such drastic sanctions for the judge's obligation to act according to the rules of precedent. Those rules are rules of practice, and, if it is thought to be desirable to speak of a sanction for the obligation to comply with them, it is sufficient to say that non-compliance might excite adverse comment from other judges. Needless to say, there are not many examples of such comment in the law reports because the obligation to follow a practice derives its force from the fact that the practice is followed with a high degree of uniformity*»¹⁵⁸. In definitiva, esclusa la sanzione della rimozione dall'incarico – che, oltre a non essere espressamente prevista, Cross e Harris non riescono nemmeno ad immaginare in atto¹⁵⁹ – la conseguenza più grave a cui un giudice inglese, che

¹⁵⁷ Vi è chi ha ingegnosamente tentato di ottenere una riforma della pronuncia della Cassazione che avesse ignorato un orientamento consolidato mediante la revocazione per errore di fatto, ma è noto come questa tesi – di per sé, oltre che suggestiva, teoricamente coerente con alcune soluzioni escogitate dalla stessa Cassazione – sia stata respinta (Cass., 29 dicembre 2011, n. 29922).

¹⁵⁸ Il brano è tratto da R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 99.

¹⁵⁹ In sintesi – e forse questo è l'aspetto più interessante – ciò che emerge da una lettura più ampia del testo citato è il rifiuto da parte della dottrina inglese di immaginare come (per enfatizzare potremmo dire: ontologicamente) possibile che un giudice ripetutamente

non presti ossequio alla regola del precedente vincolante, potrà andare incontro consiste nell'«*adverse comment from other judges*»¹⁶⁰!

Ne deriva che, secondo la prospettiva tipica del giurista continentale, non è dato rinvenire alcuna significativa differenza – sotto il profilo strettamente normativo – tra il modo in cui stanno le cose in Inghilterra e il modo in cui stanno le cose negli ordinamenti – come quello italiano – in cui non vige la regola del precedente vincolante: né là, né qua è in vigore una norma dotata di sanzione che imponga al giudice il rispetto dei pre-

ed esplicitamente rifiuti di applicare i precedenti, ossia: «*persistently and vociferously declined to follow cases by which he was bound*» (R. CROSS – J.W. HARRIS, *op. loc. ultt. citt.*). Le ragioni di ciò vengono spiegate meglio da N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 16, il quale dà atto di come l'interrogativo tipico dei giuristi continentali («come sanzionate i giudici che violano il precetto del precedente vincolante?»), sia fonte per i giuristi inglesi di sconcerto e disorientamento, per un motivo molto semplice: perché i giudici non disapplicare hanno mai (*rectius*: non dichiareranno mai apertamente di disapplicare) la regola dello *stare decisis*: «*The idea of the doctrine of precedente creating an occasion for judicial lawbreaking is treated by Cross and Harris with near bewilderment. The question of what ought to be done about a judge who flagrantly abuses the doctrine does not tax them for the simple reason that judges do not behave this. Although a formal sanction could be applied to a judge for eschewing precedent, the likelihood of this occurring is remote because concerns about matters such as reputation and fear of informal criticism motivate judges to treat precedents as binding upon them*».

¹⁶⁰ Per comprendere come – in termini giuridici, non sociologici – possano le severe critiche dei colleghi rappresentare una sanzione per i giudici inglesi, così da rendere giuridicamente rilevante quella che ad un giurista continentale può apparire una norma sociale (non più vincolante della regola che impone di coprirsi la bocca quando si sbadiglia), dovremmo rileggere H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, trad. it. (di M. Cattaneo), *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, *passim*, il quale, ritenendo che la «norma di riconoscimento» (quella che dà validità a tutte le altre norme, ossia, in sostanza, l'omologo della «norma fondamentale» di Kelsen) non vada postulata (come per Kelsen), ma vada accertata empiricamente, ci consente di spiegare perché un determinato comportamento, ancorché non ne sia sanzionata formalmente l'omissione, possa essere percepito come obbligatorio sulla base della (sola) disapprovazione sociale. Il discorso, a questo punto dovrebbe proseguire, necessariamente complicandosi, con ulteriori riferimenti al c.d. punto di vista esterno e al c.d. punto di vista interno della norma – che del pensiero di Hart costituiscono due concetti portanti –, ma la digressione sarebbe davvero eccessiva in questa sede e ci porterebbe troppo lontano. Ciò che, però, di più importa è osservare che nel pensiero di Hart possiamo trovare sì una saldatura tra precedente vincolante e positivismo giuridico, una saldatura che, al contempo, però, mette in luce come il linguaggio del positivismo giuridico classico – che, come si è detto più volte nel corso di questo lavoro, ancora oggi trova posto nel pensiero di molti giuristi e giudici – non consenta (anzi probabilmente precluda) la comprensione di che cosa sia veramente e in che cosa consista per gli inglesi l'autorità del precedente vincolante (N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 22).

cedenti. Quel che cambia, quindi, non è la presenza o meno di una siffatta norma, ma – forse: perché si tratta di assunto da sottoporre a verifica – solo quello che accade nella realtà: l'unica cosa di cui sono veramente certi gli inglesi è, infatti, che i loro giudici applicano la regola del precedente vincolante, ma se si chiede loro di isolare una norma che prescriva una simile condotta e ne punisca la disobbedienza, essi non saranno in grado di consegnarcela. Sicché, secondo i canoni del positivismo giuridico, di cui giuristi e giudici continentali tuttora quotidianamente si servono, di vincolatività non si potrebbe parlare nemmeno con riferimento all'ordinamento inglese.

Se si volesse soprassedere su ciò e ritenere non risolutivi gli argomenti appena esposti, non resterebbe che approfondire ulteriormente l'indagine, cercando di comprendere in che cosa consistano rispettivamente la *vincolatività* e la *persuasività* di un precedente. Anche senza arrivare ad aderire alla prospettiva iper-scettica di Marshall che, in una sorta di mini-dizionario, ha illustrato le trentatré cose che si possono fare con un precedente (anziché applicarlo), si deve prendere atto che i dibattiti dottrinali più accesi e appassionati relativi al precedente in Inghilterra sono fioriti, oltre che sui limiti del vincolo – ed in particolare sui criteri per la definizione della *ratio decidendi* – su una sorta di contro-teoria dello *stare decisis*, ossia sulle eccezioni alla regola ¹⁶¹. A voler andare in profondità, superando le prime impressioni di cui si può restare prigionieri mantenendosi troppo in superficie, si scoprirà che il giudice inglese dispone di un ricchissimo e complesso armamentario concettuale per svincolarsi dal precedente, senza aver bisogno – se non in casi eccezionalissimi – di disattenderlo o di modificarlo ¹⁶². Insomma, in altre parole, il giudice inglese

¹⁶¹ In argomento si veda il capitolo *Exceptions to stare decisis*, in R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., pp. 125-164. In questo contesto appaiono significative le parole di Mario Serio, che vale la pena di riportare: «non è facile resistere alla tentazione di studiare le pagine del diritto inglese dedicate al precedente giudiziale come se i loro autori, giudici o teorici, abbiano dispiegato la maggior parte delle forze per stabilirne i punti di debolezza o le condizioni derogatorie dell'applicabilità. [...] [L]a sensazione che si ricava [...] è che, a fianco della teoria del precedente come vincolo per la decisione dei casi futuri, si sia andata costruendo, e via via rafforzando, una contro-teoria, diretta allo scopo di erodere il vincolo secondo le modalità più varie e con risultati di maggiori o minori effetti radicali a seconda delle concezioni» (M. SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, cit., p. 91).

¹⁶² La ferma riluttanza dei giudici inglesi a fare *overruling* è documentata in un primo tempo da Cross e Harris, i quali registrano 8 casi di mutamento di giurisprudenza nella *House of Lords* dal 1966 al 1990 (R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 135) e, successivamente, da Neil Andrews, il quale ha censito tra il 1966 e il 2009 21 casi in

se potrà sempre, approntando un'adeguata giustificazione, decidere (del tutto legittimamente) di non applicare un precedente (evidentemente solo all'apparenza, ma questa è questione – come si sa – opinabile all'infinito) pertinente.

In conclusione, citando una celebre frase di Richard A. Wasserstrom, potremmo dire che «*precedents ought always to be followed except when they should not*»¹⁶³. L'affermazione potrebbe sembrare un eccesso o una stravaganza di chi scrive, ma si potrebbe ricordare come Walter Bigiavi in tempi – per così dire – non sospetti (siamo nel 1933) affermasse con certezza che i giudici anglo-americani «riescono ad evitare l'applicazione di un precedente obbligatorio attraverso quelle distinzioni di fatto, che hanno meritatamente reso celebre la finezza di quei giuristi. Molto spesso tali distinzioni sono prive di reale contenuto e hanno valore puramente formale; ma anche in tali ipotesi esse rivestono importanza, in quanto servono a sottrarre un caso pratico all'impero di una regola, che non gli si adatterebbe»¹⁶⁴. Bigiavi si riferiva all'arte del *distinguishing* che, in connessione con le tesi sviluppatesi sulla definizione della *ratio decidendi*, consente di perimetrare l'area di vincolatività del precedente e a qualsiasi giudice con un po' di esperienza di collocare il caso da decidere fuori da quest'area¹⁶⁵.

cui la *House of Lords* ha espressamente modificato o ignorato un precedente, avvalendosi del *Practice Statement* del 1966: cfr. N. ANDREWS, *The United Kingdom Supreme Court: A Final Appellate Court Created in Haste and Without Manifest Need*, in C. BESSO – S. CHIARLONI, *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 107 ss. Se ne deduce che la propensione a modificare i propri precedenti, pur rimanendo modesta (specie se confrontata ai quotidiani *revirement* a cui siamo disgraziatamente abituati), è andata aumentando con il trascorrere del tempo.

¹⁶³R.A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford Ca., 1961, p. 46.

¹⁶⁴W. BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi urbinati*, Urbino, 1933, poi ristampato nel 1989 per i tipi della (fu) Cedam, con prefazione di Marino Bin, quale volume (1) di apertura della collana *I classici di Contratto e impresa. Collana di riletture proposte da Francesco Galgano*, p. 56, nt. 50. Bigiavi qui richiamava in sintesi la tecnica – ingegnosa e raffinata – con la quale giudici anglo-americani evitano di applicare un precedente, accostandola alla vanificazione del vincolo all'analogia di chi, ritenendo che il giudice fosse tenuto a «sentenziare secondo l'analogia», poi ammetteva «la validità della sentenza data *contra simile legis* per il fatto che era rimesso al criterio del giudice il determinare volta per volta se in una legge non appropriata al caso singolo esistesse, o meno, una ragione di analogia; espediente, questo che riduceva a ben poca cosa l'obbligo di cui sopra, anzi praticamente lo distruggeva» (Id., *ibidem*).

¹⁶⁵Nella dottrina italiana ha messo in luce questo paradosso della «vincolatività» del precedente inglese, sottolineando – in certo senso specularmente – la natura giuridica della

Ancora, la letteratura inglese offre ulteriori conferme in questo senso: in una ben nota e prestigiosa raccolta di saggi, curata da Lawrence Goldstein¹⁶⁶, lo stesso Goldstein e Theodore Benditt spiegano chiaramente che il carattere vincolante del precedente consiste nell'obbligo in capo al giudice, che si trovi a dover decidere un caso simile a quello deciso con la sentenza invocata come precedente, di *giustificare adeguatamente* la scelta di disapplicarlo¹⁶⁷.

Infine, la stessa vincolatività del precedente inglese – assurda a vero e proprio mito, specie tra i *civil lawyers* – poggia, in realtà, su basi assai instabili, tanto da ingenerare sovente il richiamo al paradosso del mentitore (credimi, mento sempre!),¹⁶⁸ per descrivere in modo critico quanto stabilito dalla *House of Lords* prima in *London Tramways Co. v. London County Council* nel 1898 e poi nel *Practice Statement* del 1966. Ci si chiede, infatti: dopo che la *House of Lords* si era proclamata vincolata ai propri precedenti nel 1898, come avrebbe la stessa potuto da sola sciogliersi dal predetto vincolo nel 1966? E ancora: se è vero che la *House of Lords* – oggi *Supreme Court of the United Kingdom* – non è più vincolata ai propri precedenti, che valore può avere la statuizione contenuta nel *Practice Statement* del 1966¹⁶⁹? Sono interrogativi che, pur potendo apparire esercizi di logica impiegati “ad effetto”, si prestano quantomeno a mostrare come lo stesso *ubi consistam* della dottrina del precedente vincolante – sul quale non pochi giuristi continentali sarebbero disposti a giurare – possa essere messo seriamente in discussione¹⁷⁰.

persuasività tipicamente attribuita al precedente continentale, S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 614 ss.

¹⁶⁶ L. GOLDSTEIN, *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, *passim*.

¹⁶⁷ Si vedano L. GOLDSTEIN, *Introduction*, in ID., *Precedent in Law*, cit., p. 4, il quale spiega, richiamando Benditt, l'efficacia del precedente vincolante come segue: «*Any judge deciding a similar case in the future would have to justify his departure from the rule if he wished to depart from this line of decisions*» (corsivo – qui tondo – dell'a.). Più ampiamente v. T.M. BENDITT, *The Rule of Precedent*, in L. GOLDSTEIN, *Precedent in Law*, cit., pp. 89-106.

¹⁶⁸ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 139 ss.; per un rapido richiamo al paradosso del mentitore a questo proposito si veda S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, p. 614 ss.

¹⁶⁹ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 139 ss.

¹⁷⁰ Il vero limite di queste obiezioni – si può ben sostenere – è che esse riguardano solo il c.d. precedente orizzontale (o autoprecedente), mentre non intaccano formalmente la portata del c.d. precedente verticale (per questi concetti v. M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., pp. 411-430). Per i giudici inferiori, tuttavia, restano rilevanti tutti gli argomenti portati *supra* nel testo.

Volgendo ora l'attenzione all'ordinamento interno, ci si deve chiedere, per converso, in che cosa consista quella mera *persuasività*, che – secondo un assunto così radicato da costituire un luogo comune e da rendere superflue citazioni sul punto – costituisce tratto caratterizzante del precedente in *civil law*. Va detto fin da subito che si ritrovano, nella giurisprudenza e nella dottrina intente a spiegare in cosa si traduca il c.d. precedente persuasivo, affermazioni del tutto simili a quelle che si rinvencono nel contesto di *common law* e perfino, come si è visto, in Inghilterra per dire cosa sia il precedente vincolante. In dottrina è molto frequente e – possiamo affermare con un buon grado di approssimazione – nella sostanza consolidata l'opinione, secondo la quale nel nostro ordinamento, ove vige, appunto, il principio comunemente detto del “precedente persuasivo”, il giudice non può essere ritenuto vincolato ad una precedente isolata sentenza, né ad un precedente orientamento consolidato, ma, al contrario, si deve ritenere che abbia «facoltà di discostarsene soltanto per gravi ragioni da formulare espressamente in motivazione»¹⁷¹. In definitiva, dunque, dev'essere respinta la tesi secondo la quale nel nostro ordinamento il precedente avrebbe un'efficacia di *mero fatto*¹⁷²: quali che siano

¹⁷¹ Abbiamo richiamato qui le parole usate da A. BONSIGNORI, *L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 510, ma si tratta di una posizione sostanzialmente condivisa dalla dottrina più autorevole: cfr. M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, cit., p. 37 ss. e spec. p. 50, il quale, dopo aver negato in linea generale che il precedente abbia efficacia vincolante, chiarisce che ciò, tuttavia, «non significa dire che esso non ha *nessuna* efficacia. Bisogna invece riconoscere che esso può avere una sua *forza* nei confronti dei giudici successivi. Si tratta, in altri termini, di ammettere che il precedente può *influenzare*, ma non formalmente *determinare* le decisioni di questi giudici. Parlare di forza del precedente significa allora riconoscere che esso ha un'efficacia puramente *persuasiva*, e quindi considerare che questa efficacia può sussistere in *grado* di molto diversi a seconda di come operano vari fattori [...]. Ne deriva la conseguenza che in linea di massima il giudice successivo non è mai veramente obbligato a sottomettersi al precedente. Piuttosto egli è obbligato a *giustificare* adeguatamente la sua decisione quando sceglie di *non* uniformarsi al precedente, esprimendo le ragioni per le quali compiere questa scelta». Non molto diversamente N. PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, cit., p. 201 ss. La medesima opinione, in sostanza, era sostenuta anche dal Gorla, espressa in vari luoghi, e da ultimo in G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, cit., pp. 1-14 e spec. p. 5; F. GALGANO, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, cit., p. 29 ss. e spec. p. 40 ss.; G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, cit., p. 799 ss.; F. DE FRANCHIS, *L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di "civil law" e di "common law" (accenni comparatistici)*, cit., pp. 91-103.

¹⁷² Così, espressamente, N. PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, cit., p. 201 ss. e spec. pp. 206-207; S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 614 ss..

i termini impiegati, non avrebbe senso affermare che il giudice ha facoltà di discostarsi dai precedenti per ragioni da articolare nella motivazione, se tale facoltà sussistesse anche in tutti gli altri casi.

D'altro canto, la stessa Cassazione ha ripetutamente affermato di non essere vincolata ai propri precedenti, ma al contempo ha ritenuto di non potersene discostare se non per gravi ragioni che ha il dovere di esplicitare¹⁷³. La giurisprudenza di legittimità¹⁷⁴ (ed anche quella di merito¹⁷⁵) hanno anche espressamente stabilito che il giudice del merito che non intenda seguire l'interpretazione proposta dalla Corte di cassazione sia tenuto a dichiararlo in modo esplicito, evitando di sottacere i precedenti contrari, avendo viceversa l'obbligo di addurre ragioni congrue e convincenti a contestare l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato¹⁷⁶.

Prendere consapevolezza di quanto si è fin qui ricordato non implica soltanto imporsi di abbandonare definitivamente la contrapposizione, ormai ridotta a poco più di un simulacro, tra *precedente vincolante* e *precedente persuasivo*, ma anche e soprattutto – giacché l'abbandono di questa contrapposizione, a ben vedere, è stata patrocinata da tempo – obbliga a porre (*rectius*: a porre nuovamente¹⁷⁷) al centro dell'attenzione la motivazione della sentenza, soprattutto di quella del giudice del merito, per consentire al giudice superiore di comprendere se le ragioni in essa articolate siano in grado di sorreggere una decisione che – si potrebbe scoprire: solo

¹⁷³ Da ultimo, in questo senso, v. Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675; in precedenza si vedano: la risalente Cass. 30 luglio 1953, n. 2593 e, successivamente, Cass., 5888/94; Cass. 18 maggio 1996, n. 4620.

¹⁷⁴ Cass. 3 dicembre 1983, n. 83, in *Mass. Foro it.*, 1983.

¹⁷⁵ Trib. Firenze, 23 aprile 1996 (citata da P. CHIASSONI, *I precedenti civili sono vincolanti? Considerazioni sull'art. 360-bis c.p.c.*, in *Id.*, *diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, Aracne, Roma, 2011, p. 140).

¹⁷⁶ P. CHIASSONI, *I precedenti civili sono vincolanti?*, cit., p. 140. Deve, quindi, considerarsi definitivamente superato quell'orientamento giurisprudenziale risalente, secondo il quale «esposti in modo conciso i motivi di fatto e di diritto della propria decisione, il giudice non deve dimostrare esplicitamente l'infondatezza o la non pertinenza della giurisprudenza eventualmente difforme, poiché i motivi della decisione tanto possono essere viziati in quanto siano di per sé erronei in fatto o in diritto in relazione alla fattispecie concreta, non già in quanto eventualmente in contrasto con quelli addotti in decisioni riguardanti altre fattispecie analoghe, simili o addirittura identiche» (Cass., 17 marzo 1980, n. 1772, in *Mass. Foro it.*, 1980).

¹⁷⁷ È noto infatti che per molto tempo il sindacato di legittimità per violazione o falsa applicazione di norme di diritto era statisticamente quasi sempre sollecitato insieme al vizio di motivazione, il quale, però, oggi deve considerarsi scomparso (quanto meno) dall'art. 360, c. 1, n. 5) c.p.c.

apparentemente – ha disatteso un precedente. La centralità della motivazione per verificare l'esattezza dell'interpretazione di una disposizione di legge contrasta, però, con la tendenza del legislatore a ridurre gli spazi di controllo del giudice di legittimità sulla motivazione della sentenza¹⁷⁸. Su questo aspetto, che appare centrale per evitare che i valori dell'uniformità e della prevedibilità dell'interpretazione¹⁷⁹ si traducano surrettiziamente in conformismo giudiziario, si tornerà nel capitolo conclusivo, ma esso va fin d'ora tenuto a mente al fine di poter valutare criticamente l'operato di un legislatore che, per un verso, dichiara di voler irrobustire la forza del precedente e, per altro verso, priva il giudice di legittimità dello strumento principale di verifica della sua esatta applicazione.

¹⁷⁸ Sul nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. si vedano, senza pretesa di completezza: 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. BORSSELLINO, *La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale*, in B. BISCOTTI – P. BORSSELLINO – 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.; M. TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 383 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.; 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.; C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, BUP, Bologna, 2016, *passim* e spec. p. 276 ss.

¹⁷⁹ Sono, questi, valori da ultimo ribaditi da Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675.

5. «*Culture del precedente*»: differenze più attendibili (e più utili) tra precedente in civil law e in common law

Se l'indagine che si sta conducendo si arrestasse a questo punto, si potrebbe a ragione maturare la convinzione che – come a più riprese la dottrina ha da tempo messo in luce – in fondo il precedente di civil law e quello di common law finiscono con l'assomigliarsi assai più di quanto non si differenzino. Questa conclusione, tuttavia, avrebbe qualche possibilità di rivelarsi fondata solo se ci si limitasse a prendere in considerazione il precedente nella dimensione che attiene alla sua vincolatività o – per meglio dire, utilizzando una parola più neutra – alla sua forza: da un lato, infatti, si è visto che vi sono paesi di civil law nei quali alcuni precedenti sono propriamente vincolanti – così smentendosi che questa sia una prerogativa tipica dell'ordinamento inglese o di quelli da esso derivati – e che vi sono paesi di common law in cui la regola dello stare decisis viene applicata con grande flessibilità; dall'altro lato, si è dovuto prendere atto che, sia che il precedente venga ritenuto vincolante, sia che esso venga ritenuto meramente persuasivo, al giudice che a quella forza – quale che essa sia – voglia sottrarsi si impone un onere (che in verità è, più propriamente, un obbligo) di dar conto delle ragioni di una tale scelta. Se, quindi, si resta nella prospettiva di misurarne la forza, possiamo concludere che la contrapposizione tra precedente in common law e precedente in civil law non ha – né probabilmente ha mai avuto – sufficienti giustificazioni per essere sostenuta. La domanda, però, alla quale ora vorremmo cercare di dare una risposta è se abbia senso, per questa ragione, andare nella direzione di equiparare il precedente di common law e quello di civil law o se sussistano altre ragioni, più fondate e più utili, per continuare a distinguerli. Non si tratta solo di fare un esercizio teorico, ma di creare i presupposti affinché siano chiariti alcuni possibili equivoci culturali che rischiano di impedire un approccio davvero maturo al tema.

A questo proposito, dobbiamo osservare che la contrapposizione tra precedente vincolante e precedente persuasivo non solo – come già si è visto – è scarsamente utile, ma, di più, risulta dannosa: essa, infatti, essendo talvolta erroneamente percepita come in grado di esprimere la fondamentale distinzione tra i precedenti di *common law* e quelli di *civil law*, si presta ad oscurare una serie di altre differenze che assumono un'importanza – a nostro avviso – molto maggiore rispetto a quella che attiene al piano della sua *forza*. Superando questa prospettiva – che è, poi, quella tradizionale – e perseverando in un'indagine meno superficiale, riteniamo possano essere fatti oggetto di studio profili in grado di svelare

alcuni degli equivoci più vistosi che inquinano il tema del precedente. Questi profili attengono essenzialmente al modo in cui il precedente viene percepito nei differenti ordinamenti e al modo in cui esso “funziona”: più in particolare, emergono alcune significative – talvolta parrebbero incolumabili – differenze che allignano, a monte, nel momento della genesi e, a valle, nel momento dell’utilizzo del precedente, il cui disvelarsi fa sorgere il sospetto che da più parti si sia avuta la pretesa di chiamare con lo stesso nome cose molto diverse tra loro.

Al fine di tentare un approfondimento che non risulti eccessivamente dispersivo, nei paragrafi che seguono si farà principalmente riferimento all’ordinamento italiano e a quello inglese, che, in una certa misura, possono essere considerati – con tutti i *caveat* di cui si è già dato atto – espressivi di quelle che vedremo essere (almeno) due differenti *culture del precedente*.

5.1. *L'estensione del precedente: ratio decidendi e obiter dictum*

Un primo aspetto che vale la pena di sottolineare concerne la fondamentale distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*. In particolare, il concetto di *ratio decidendi* negli ordinamenti di *common law* non si limita a costituire un corollario della dottrina dello *stare decisis*, ma ne è il vero e proprio cuore. Per i giuristi inglesi non si può nemmeno parlare di precedente al di fuori della *ratio decidendi*: quest’ultima, infatti, costituisce nella teoria di Goodhart¹⁸⁰ – il principale animatore di un acceso dibattito sull’argomento, iniziato intorno agli anni Trenta e protrattosi fino alla fine degli anni Sessanta¹⁸¹ – un vero e proprio controlimita alla “vincolatività” del precedente¹⁸².

¹⁸⁰ A.L. GOODHART, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, cit., p. 161 ss.; ID., *Precedent in English and Continental Law*, cit., p. 40 ss.; ID., *The Ratio Decidendi of a Case*, in 22 *Mod. L. R.*, 1959, p. 117 ss.

¹⁸¹ Oltre ai saggi di Goodhart di cui alla nt. precedente cfr. J.L. MONTROSE, *Ratio Decidendi and the House of Lords*, cit., p. 124 ss.; ID., *The Ratio Decidendi of a Case*, *ivi*, p. 587 ss.; ID., *The Language Of, and a Notation For, the Doctrine of Precedent.*, cit., p. 301 (*Part I*) e p. 504 ss. (*Part II*); A.W.B. SIMPSON, *The Ratio Decidendi of a Case*, cit., p. 413 ss.; ID., *The Ratio Decidendi of a Case*, cit., p. 155 ss.; J. STONE, *The Ratio of the Ratio Decidendi*, *ivi*, p. 597 ss.

¹⁸² Nella dottrina italiana ha sottolineato in particolare questo aspetto M. SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza*, cit., p. 91 ss. e spec. 99 ss.

Questo dato, che a prima vista può apparire un'ovvietà, costituisce invero un elemento fondamentale su cui riflettere per comprendere che cosa realmente intendano i *common lawyers* quando discorrono di precedente e per misurare le reali distanze fra "quel" precedente e il "nostro". Le prospettive sulle quali concentrare l'attenzione sono due: da un lato è indispensabile verificare se l'importanza che viene data, nel contesto di *common law*, alla distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* sia in qualche modo equiparabile a quella che si dovrebbe attribuire o che effettivamente viene attribuita ad essa nel nostro ordinamento. Dall'altro lato risulta altrettanto essenziale accertare quali siano i criteri in base ai quali si "costruisce" la *ratio decidendi*, un profilo sul quale presso di noi si è discusso molto poco e alla cui trascuratezza si devono alcuni dei più gravi fraintendimenti nei quali, ancorché in buona fede, si rischia di restare intrappolati.

Per quanto attiene all'importanza attribuita alla distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, è opportuno trattare partitamente ciò che la dottrina prescrive e ciò che accade nella realtà: vi sono, infatti, buone ragioni per ritenere che questi due profili non vadano di pari passo. Come già si è visto nel capitolo che precede, nel nostro ordinamento si riscontra un generale consenso della dottrina in ordine alla opportunità di continuare a distinguere tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*. In particolare, la tesi della rilevanza di detta distinzione è stata sostenuta – anche in difesa di quella che, a quanto consta, è stata l'unica voce ad andare in direzione contraria¹⁸³ – sottolineandosi che, essendo la *ratio decidendi* la vera base della decisione nel caso concreto, essa costituirà oggetto da parte del giudice di maggior ponderazione e verrà assunta con un maggior senso di responsabilità rispetto a quello che il giudice avvertirà quando pronuncia *in obiter*¹⁸⁴. Noi stessi abbiamo sostenuto l'opportunità di valorizzare questa

¹⁸³ Mi riferisco a V. DENTI, *Relazione di sintesi*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, p. 113 ss., secondo il quale sarebbe perfino consigliabile un abbandono della distinzione tra *ratio decidendi* ed *obiter dictum*. Questa tesi prende le mosse dall'assunto che le massime operano tutte sullo stesso piano, avendo nel nostro ordinamento un'efficacia meramente persuasiva: e, così, i principi di diritto enunciati come *obiter dicta* o come *rationes decidendi* vengono rispettivamente elevati o ridotti a massima e, per così dire, riportati tutti indifferentemente al medesimo "livello di persuasività". La tesi di Denti, oltre a non convincere per le ragioni già esposte *supra* (cap. III, par. 7.2), non può essere accolta anche perché si fonda sulla contrapposizione tra precedente persuasivo e precedente vincolante, di cui si è già messa in discussione la fondatezza.

¹⁸⁴ M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 545 ss. e spec. p. 552 ss., poi riportato anche in *Id.*, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Cedam, Padova, 1995, p. 150 ss.; G. GORLA, *Lo studio*

distinzione, sulla scorta di considerazioni che attengono al ruolo istituzionale del giudice nel quadro degli equilibri costituzionali, già svolte nel capitolo precedente e alle quali non resta che rinviare¹⁸⁵.

Se questa è la posizione della dottrina, è lecito, tuttavia, sospettare che le cose non stiano in questo modo nella realtà: le ragioni che inducono a dubitare di ciò sono legate principalmente ai rapporti, per certi versi patologici, tra precedente e massima.

A questo proposito, si deve premettere che discernere la *ratio decidendi* dall'*obiter dictum* non è operazione semplice per una serie di differenti circostanze: anzitutto, anche nel nostro ordinamento non vi è certezza assoluta su che cosa debba intendersi per *ratio decidendi*, tanto che vi è chi ne ha registrato non meno di sette diverse definizioni¹⁸⁶; inoltre nella motivazione della sentenza sovente si trovano sovrapposti e intrecciati argomenti che effettivamente sono posti a sostegno della decisione ad altri che vengono articolati solo a scopo argomentativo; infine, non è raro che nella sentenza possano rinvenirsi non una ma più *rationes decidendi*¹⁸⁷. Riteniamo non spetti a noi – sarebbe, infatti, compito davvero troppo oneroso – fare chiarezza su cosa realmente debba intendersi (o anche solo che cosa effettivamente si intenda) per *ratio decidendi*, potendoci accontentare, ai fini che qui interessano, di far capo a una definizione, che

interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze, in *Foro it.*, 1964, V, c. 73 ss., ora anche in ora in *Id.*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 322, nt. 34; F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 701 ss. e spec. p. 705.

¹⁸⁵ V. *supra* cap. III, par. 7.2. Vi è, addirittura chi si è domandato sotto questo profilo se il giudice che formula l'affermazione *in obiter* sia veramente lo stesso giudice che ha deciso la causa e, di più, fino a che punto nel motivare incidentalmente il giudice sia veramente giudice (G. CASELLI, *Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 675 ss.).

¹⁸⁶ Rimando, su questo punto, all'accurata analisi di P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 147 ss., il quale, a valle del censimento delle varie definizioni di *ratio decidendi*, osserva: «a) non c'è uniformità di opinioni, fra i giuristi italiani, quanto alla nozione di *ratio decidendi*; b) in alcuni casi, le definizioni appaiono fra loro inconciliabili; c) in tutti i casi, le definizioni presentano un non trascurabile margine di vaghezza; d) pare possibile distinguere, in particolare, non meno di tre diverse accezioni di *ratio decidendi*» (p. 148). Lo stesso Chiassoni, più di recente, enuclea tre nozioni analitiche di *ratio decidendi*, in P. CHIASSONI, *I precedenti civili sono vincolanti? Considerazioni sull'art. 360-bis c.p.c.*, in *Id.*, *diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, cit., p. 120.

¹⁸⁷ Si vedano in argomento: M. LUPOI, *Pluralità di "rationes decidendi" del precedente giudiziario*, in *Quaderni Foro it.*, 1967, c. 203 ss.; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 709 ss.

ci appare quella che meglio rappresenta il modo comune di intenderla, secondo la quale la *ratio decidendi* è costituita dalle regole o dai principi che siano condizioni necessarie per pervenire ad una determinata decisione¹⁸⁸. Ciò che qui più importa non è tanto concentrarsi sulla miglior definizione possibile di *ratio decidendi*, ma, piuttosto, sottolineare che – quale che sia il modo di intenderla – essa non può essere ricavata dalla sola massima: la sua individuazione, infatti, presuppone necessariamente l'esame del provvedimento nella sua integrale estensione¹⁸⁹.

Ciò premesso, si deve segnalare che i due concetti di *precedente* e di *massima* – i quali, anche per le ragioni che tra breve vedremo, non potrebbero essere più distanti tra loro – vengono, invece, spesso trattati come se fossero sovrapponibili e sono talvolta presentati come perfettamente equivalenti¹⁹⁰. Sarebbe riduttivo ricondurre l'equiparazione tra massima e

¹⁸⁸ Si tratta di una definizione che combina gli elementi di varie definizioni di *ratio decidendi* proposte in dottrina e, nello specifico, acquisisce i termini «regole o principi» dalla definizione di G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 799 ss. – che ci appaiono preferibili, nell'ottica del giurista continentale, a quelli che per Galgano sono più genericamente «premesse e passaggi logici» – e recepisce dalla definizione di da quest'ultimo (F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 701 ss.) il requisito della «necessità», non apparendo che, perché si possa parlare di *ratio decidendi* in senso proprio possa bastare la sussistenza in alternativa dei requisiti della necessità o della sufficienza.

¹⁸⁹ Così già G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, c. 87 ss.; si vedano, successivamente, senza pretese di completezza, G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, cit., p. 799 ss. e spec. p. 780 ss.; A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, in *Giust. civ.*, 1983, pp. 379-386; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, cit., p. 58 ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, cc. 305-311 e spec. cc. 309-310; C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 82 ss.

¹⁹⁰ Cfr., ad es., U. MORCAVALLO, *Nomofilachia e massimazione*, in G. IANNUBERTO – U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, I ed., Giuffrè, Milano, 2007, pp. 103-132, il quale ha teorizzato l'importanza di un'intima correlazione fra precedente e massimazione, proponendo metodi per la costruzione di un sistema di precedenti basato sulle massime; A. SCRIMA, *Il Massimario della Corte Suprema di Cassazione tra storia e attuali prospettive*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 278 ss. La tendenza ad equiparare la massima al precedente, tuttavia, ha radici lontane ed è rinvenibile anche nel pensiero di alcuni grandi Maestri: Andrioli, ad es., pur criticando il fenomeno delle «massime consolidate», le definiva «precedenti», di cui (lamentava) la più intensa autorità – rispetto a quella delle massime pure e semplici, in quanto «confortata dalla reiterazione delle applicazioni» (V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, p. 249 ss. e spec. p. 252).

precedente a una svista terminologica: questa – che talvolta assurge a vera e propria equivalenza – emerge, più o meno esplicitamente, dalla lettura di parte della dottrina e tradisce a nostro avviso la consapevolezza diffusa che nella realtà gli operatori del diritto, per una serie di ragioni già esposte¹⁹¹, fanno un uso del precedente per così dire “appiattito” sulla massima. Ebbene, quest’ultima resta, nonostante gli innumerevoli auspici di segno contrario¹⁹², nella maggior parte dei casi un enunciato generale ed astratto, tendenzialmente sganciato dai fatti che caratterizzano il caso concreto da cui il precedente è scaturito. D’altro canto, è l’enorme mole di provvedimenti che alimentano il flusso costante di giurisprudenza proveniente dalla Corte di vertice ad essere, nei fatti, incompatibile con uno studio approfondito e meditato delle sentenze e delle ordinanze nella loro estensione integrale, di cui la massima dovrebbe essere, al più, espediente mnemonico¹⁹³. Sicché l’uso della massima *in luogo del* precedente, da prassi tollerata *oborto collo*, è a poco a poco confluito nei discorsi che intorno al precedente si svolgono, fino a divenire patrimonio comune a molta parte della dottrina.

In sintesi:

- a) secondo le prescrizioni diffuse in letteratura, si dovrebbe continuare a distinguere tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* allo scopo di stabilire che cosa “fa” precedente e che cosa no;
- b) per far questo è necessario andare oltre l’uso della massima e utilizzare la decisione da cui si vuol ricavare il precedente nella sua estensione integrale;
- c) tutto ciò, però, parrebbe contrastare con la prassi quasi obbligata e diffusissima di fare utilizzo, non già dei provvedimenti per esteso, ma delle sole massime.

La presunta incompatibilità – *supra*, lett. c) – tra la necessità di ricostruire la *ratio decidendi* e l’uso delle massime potrebbe, tuttavia, rivelarsi infondata: se, ad es., si pervenisse alla conclusione che la massima è fedele rappresentazione della *ratio decidendi*, bisognerebbe dar credito a chi equipara il precedente alla massima. Bisognerebbe, in altri termini, ritenere che nel nostro ordinamento giuridico l’individuazione della *ratio decidendi* (o delle *rationes decidendi*) dei precedenti sia, in virtù di una sorta di delega permanente, rimessa in via istituzionale all’Ufficio del

¹⁹¹ V. il cap. III e spec. il par. 5 (*Massima e tempo*).

¹⁹² Si vedano le *opp. citt. infra*, nt. 192.

¹⁹³ R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1387 ss.

Massimario ¹⁹⁴. Va detto fin da ora che, a parere di chi scrive, le cose non stanno così. Tuttavia, allo scopo di dimostrarlo, è necessario un ulteriore supplemento di indagine, avente ad oggetto, come si è già anticipato, i criteri in base ai quali si “costruisce” la *ratio decidendi*.

Si deve registrare, a questo proposito, un certo disinteresse da parte della dottrina italiana circa l’individuazione dei criteri e delle modalità che consentono di circoscrivere, tra le molte affermazioni contenute in una sentenza, quelle che costituiscono la *ratio decidendi*. Può darsi che, come aveva a suo tempo sostenuto Denti, ciò sia dovuto al fatto che nel nostro ordinamento, non essendo percepito il precedente come vincolante, si sia avvertita con minor intensità l’esigenza di affinare le tecniche di estrazione della *ratio decidendi*. Ma, se così davvero fosse, non si comprenderebbe allora perché la stessa dottrina abbia per molto tempo insistito e tuttora insista sull’importanza di tenere distinta la *ratio* dall’*obiter*. Comunque stiano le cose, non resta che prendere atto che, ad un certo disinteresse da parte della dottrina italiana, che tende ad accontentarsi di definizioni piuttosto imprecise, si contrappone un ricco dibattito, sviluppatosi in Inghilterra, avente proprio ad oggetto i criteri di formazione e di interpretazione della *ratio decidendi* ¹⁹⁵. Ripercorrere anche solo per sommi capi le tappe di un tale dibattito sarebbe in questa sede un’impresa improba, oltre che inutile, avendovi già provveduto altri, ai cui lavori si rimanda ¹⁹⁶. Qui basti ricordare che, a differenza di quello che accade nel nostro ordinamento, in Inghilterra le varie, talora contrastanti ¹⁹⁷,

¹⁹⁴ Su questi profili, di cui si è già detto si veda *supra*, cap. III, par. 2. Una tale “delega permanente”, in realtà, sembra da molti sottintesa: il rischio, però, – che a chi scrive appare tutt’altro che scongiurato – è che l’attività di massimazione sia sottratta a forme adeguate di controllo e trasparenza.

¹⁹⁵ Si vedano le *opp. citt. supra* alle ntt. 180 e 181.

¹⁹⁶ Si vedano G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, cit., p. 344 ss. soprattutto per una ricognizione delle varie posizioni assunte dalla giurisprudenza; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto: l’esperienza inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 133 ss. e spec. p. 143 ss. per una efficace sintesi delle differenti tesi elaborate dalla dottrina. Da ultimo si veda M. SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza*, cit. p. 91 ss., che coglie esattamente nella rilevanza del fatto l’elemento essenziale della struttura del precedente giudiziario inglese.

¹⁹⁷ Non si creda che la dottrina in Inghilterra avesse in passato (né probabilmente abbia ora) un’idea univoca di che cosa sia una *ratio decidendi*: valga come monito ciò che di essa disse Goodhart «with the possible exception of the legal term “malice”, it is the most misleading expression in English law» (A.L. GOODHART, *Determining the ratio decidendi of a case*, cit., p. 162).

definizioni di *ratio decidendi* ruotano tutte intorno al problema del rapporto tra il principio espresso nella *ratio* e i fatti del caso concreto, «un rapporto che si supponeva caratterizzato dalla influenza determinante esercitata dai secondi ai fini della formulazione del primo»¹⁹⁸. Sono eloquenti in questo senso le parole usate da Cross e Harris per descrivere uno dei principi che reggono la teoria del precedente e l'individuazione della *ratio decidendi*: «*the probability that a court will decide a new case in the same way as would the court which decided one of the cases cited becomes less and less as the differences between the facts of the two cases increase*»¹⁹⁹.

Nonostante una parte della diatriba sull'individuazione della *ratio decidendi* si fosse svolta intorno alla rilevanza (esclusiva) dei *material facts*²⁰⁰ o dei principi di diritto da questi ricavati dal giudice²⁰¹, la discussione più accesa si era concentrata, in realtà, sul diverso problema della scelta se attribuire il compito di provvedere alla ricostruzione della *ratio decidendi* e all'individuazione dei *material facts* al giudice che aveva pronunciato il precedente o al giudice del caso successivo. Insomma, come è stato recentemente affermato, in definitiva – posto che anche per l'individuazione dei principi affermati nel precedente continuano ad avere un peso determinante i fatti – può ragionevolmente ritenersi che le tesi alternative, per le quali la dottrina inglese si è battuta intorno al concetto di *ratio decidendi*, vertessero soprattutto «sul criterio dell'emersione del *material fact*, rispettivamente individuato da Goodhart nell'indagine a tal proposito compiuta dal giudice precedente, come ricostruita dal successivo, e da Stone nella capacità dello stesso di prestarsi, in virtù di un processo di generalizzazione condotto dal giudice successivo, ad un'applicazione estensiva a fattispecie future»²⁰². In definitiva, prendendo ancora una volta a prestito le parole di Mario Serio, possiamo concludere che «il fatto

¹⁹⁸ M. SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, cit., p. 99.

¹⁹⁹ Così, letteralmente, R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 43, nel paragrafo sotto il titolo *Judgements must be read in the light of the facts of the cases in which they are delivered*, che non può dare adito a dubbi.

²⁰⁰ La rilevanza dei *material facts* così come accertati dal giudice del precedente è sostenuta con forza da A.L. GOODHART, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, cit., p. 161 ss.; ID., *Precedent in English and Continental Law*, cit., p. 40 ss.; ID., *The Ratio Decidendi of a Case*, in 22 *Mod. L. R.*, 1959, p. 117 ss.

²⁰¹ J. STONE, *The Ratio of the Ratio Decidendi*, *ivi*, p. 597 ss.

²⁰² M. SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, cit., p. 114.

continua, insomma, ad essere considerato fattore decisivo nella teoria del precedente giudiziario inglese»²⁰³.

Da quanto si è fin qui esposto si deve dedurre che i margini di ampiezza del precedente vengono nell'ordinamento inglese ristretti o ampliati a seconda di come vengano individuati, ricostruiti, interpretati i fatti concreti del singolo caso, i quali – quale che sia la teoria prescelta per la “costruzione” della *ratio decidendi* – continuano a restare al contempo il fondamento e il limite di quella che si usa chiamare la forza vincolante del precedente di *common law*. In buona sostanza, ciò che governa l'applicazione della *ratio decidendi* di un precedente a casi futuri è un processo analogico, che in estrema sintesi può essere così descritto: se i fatti rilevanti di un precedente vengono letti al loro livello massimo di concretezza, l'estensione della *ratio* sarà praticamente impossibile, poiché in natura due fatti perfettamente identici non esistono. Se, invece, questi stessi fatti vengono letti al loro livello massimo di astrazione, allora la *ratio* del precedente potrà essere estesa a un grande numero di casi²⁰⁴. Volendo spiegare meglio a un giurista di *civil law* su quale direttrice si muova l'interpretazione dei precedenti basata sui fatti, potremmo affermare che, una volta individuati i c.d. *material facts*, si tratterà per il giudice che deve applicare il precedente di trovare un punto di equilibrio sull'ideale linea retta che collega i due estremi del *giudicato* (in cui si compendia l'applicazione del diritto a fatti concreti) e della *norma generale ed astratta*. Questo esempio, tuttavia, è buono solo per dare un'idea, come si è detto, di quale sia la direttrice lungo cui si muove il giudice inglese nell'interpretazione del precedente, ma non è idoneo a stabilire, invece, i confini entro i quali i giudici (rispettivamente di *common law* e di *civil law*) debbono attener-

²⁰³ M. SERIO, *ibidem*.

²⁰⁴ In argomento si vedano L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto: l'esperienza inglese*, cit., p. 144; W. TWINGING – D. MIERS, *How To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1976, nella (trad. it. di C. Garbarino), *Come fare cose con regole*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 356 e spec. p. 363 ss. Twining e Miers mettono magistralmente in luce questo processo argomentativo, al quale il giurista continentale non è abituato, mostrando come esso possa cogliersi addirittura nell'uso della differente terminologia impiegata nell'ambito di una medesima sentenza: per restare nell'ambito di *Donoghue v. Stevenson*, è possibile rinvenire nelle parole dello stesso Lord Buckmaster differenti livelli di astrazione dei fatti concreti di causa, sicché ciò che prima è una «bottiglia di birra, prodotta dal convenuto [...] e acquistata presso un dettagliante da un amico della ricorrente» diviene poi «un articolo destinato al consumo e confezionato in un contenitore»; allo stesso modo «i resti decomposti di una lumaca» divengono, qualche riga più tardi «sostanza nociva». Per ulteriori esemplificazioni rimando a G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, cit., p. 357 ss.

si: mentre il primo, infatti, normalmente ha come (unico) limite i fatti del caso precedente, il secondo di regola è tenuto, nell'interpretazione e nell'applicazione del precedente, ad osservare comunque i limiti – che operano (solo) su un piano linguistico – derivanti dal tenore letterale della disposizione normativa da applicare²⁰⁵. Ciò che importa è, comunque, aver ben presente che il processo analogico attraverso il quale si delimita l'area di applicazione del precedente e si stabilisce, di conseguenza, se la nuova fattispecie concreta sottoposta al giudice ricada o meno nei confini di quell'area è un processo che si muove tra particolarismo e universalismo²⁰⁶, tra *fatti concreti* intesi nella loro componente naturalistica e *fatti astratti* intesi come categorie in grado di includere un numero potenzialmente indefinito di fatti concreti.

Ebbene, volendo ora andare verso una conclusione, possiamo affermare che i criteri impiegati dagli inglesi per l'individuazione della *ratio decidendi* e, quindi, della maggiore o minore ampiezza dell'area di operatività del precedente non hanno davvero molto a che fare con il modo in cui la nostra dottrina intende la *ratio decidendi* e la sua capacità di determinare l'ambito di applicazione del precedente. Ne costituisce, per tutte, una prova significativa il fatto che nelle tre nozioni di *ratio decidendi* che la filosofia analitica più all'avanguardia ci ha consegnato, ricorrono sempre i seguenti elementi definatori, sicché essa – in tutte le tre differenti versioni in cui viene concettualizzata – è sempre «norma generale (massima, principio), *espressa* da un enunciato nel testo di una sentenza o *implicita* nel suo contenuto, in relazione a un insieme di fatti F_j e a una questione di

²⁰⁵ Questo aspetto è, a nostro avviso, molto importante per comprendere una delle differenze più rilevanti tra il precedente di *common law* e di *civil law*. Questo accenno, che qui serve solo come *caveat* nell'ambito di un diverso discorso, sarà sviluppato più approfonditamente *infra* nel par. 5.3.

²⁰⁶ Che il tema del precedente involga una permanente tensione tra particolarismo e universalismo è stato sottolineato specialmente da M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, cit., p. 51 ss.; recentemente ha insistito sul carattere essenzialmente particolaristico dell'intero *common law*, definendolo al contempo «casistico e olistico», M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, cit., p. 75. In argomento, più in generale, v. 50 Nell'ampia letteratura in argomento cfr. inoltre H.G. BOUVIER, *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, *passim* e p. 19 ss. e p. 38 ss., nonché le lezioni magistrali raccolte in P. GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, *passim*; R. SACCO, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, *passim*.

diritto QD_j»²⁰⁷. Nelle tre nozioni analitiche di *ratio decidendi* proposte da Chiassoni, quest'ultima e il precedente che ne deriva si assumono essere sempre enunciati normativi di carattere generale.

Se si considera che la gran parte delle considerazioni che abbiamo svolto, con riferimento al precedente in Italia, possono probabilmente estendersi a molti altri ordinamenti di *civil law*, anche a quelli nei quali vige il principio del precedente vincolante – si pensi, emblematicamente al Brasile – possiamo ipotizzare di aver (almeno contribuito a) mettere in luce una delle differenze tra il precedente di *civil law* e quello di *common law*, la cui importanza supera a nostro avviso di gran lunga quella della classica contrapposizione tra precedente persuasivo e precedente vincolante.

Non solo: quanto si è detto nelle pagine che precedono dovrebbe altresì essere in grado di spiegare per quale ragione sia così diffusa, ancorché sovente sottotraccia, l'equiparazione tra precedente e massima. In sintesi estrema: se il precedente è dato dalla *ratio decidendi* e se quest'ultima – a differenza di quanto accade negli ordinamenti di *common law* – è concepita come enunciato normativo avente carattere tendenzialmente generale ed astratto, si deve ritenere che la massima, per così come si presenta normalmente, sia idonea a rappresentare e a veicolare quel precedente.

Restano, tuttavia, pesanti contraddizioni a turbare questa apparente “quadratura del cerchio”. In sintesi, se si accetta l'equiparazione tra precedente e massima, e se si accetta che sia proprio la *ratio decidendi* a veicolare e a fondare questa equiparazione, si fatica a comprendere:

- a) per quale ragione generazioni di giuristi hanno insistito e tuttora insistono sull'importanza di ricavare il precedente e la sua *ratio decidendi* dall'esame accurato della sentenza per esteso, predicando a più riprese di diffidare da un uso acritico delle massime²⁰⁸;
- b) perché sia tuttora invalsa – nonostante ripetute raccomandazioni in senso contrario – la prassi di massimare *obiter dicta* e, soprattutto, di omettere qualsiasi segnalazione che renda riconoscibile l'*obiter* dalla *ratio*²⁰⁹;
- c) come sia possibile che la funzione di rafforzamento della nomofilia – attraverso una cura che a più riprese il legislatore ha sommi-

²⁰⁷ P. CHIASSONI, *I precedenti civili sono vincolanti?*, cit., p. 120 ss.

²⁰⁸ Di ciò si è già detto ampiamente *supra*, cap. III, par. 7, al quale si rinvia.

²⁰⁹ Per questi aspetti v. *supra*, cap. III, par. 7.3.

nistrato nel dichiarato intento di irrobustire il precedente – sia stata affidata a principi di diritto enunciati dalla Corte suprema *motu proprio* (anche quando non decide, perché il ricorso è inammissibile) o su sollecitazione del Procuratore Generale (per avere ormai le parti perduto, o non avere mai avuto, il diritto di impugnare): in tutti questi casi, infatti, in cui il principio di diritto viene enunciato nel (solo) interesse della legge (cfr. art. 363 c.p.c.), dov'è la *ratio decidendi*? E, se la *ratio decidendi* non c'è, com'è possibile da essa ricavare una massima che “fa” precedente ²¹⁰?

- d) analogo quesito, infine, si pone quando la Cassazione affida – come di recente più volte è accaduto – un proprio importante *revirement* a un precedente applicabile solo per il futuro, mediante il ricorso all'espedito del *prospective overruling*: in questi casi, infatti, la *ratio decidendi* viene degrata artificialmente ad *obiter* ²¹¹.

Questi interrogativi, a nostro avviso, non vanificano le indagini fin qui compiute sui diversi modi di intendere la *ratio decidendi*; consentono però – e, per certi versi, impongono – di non accogliere supinamente la più o meno esplicita (ma senz'altro diffusa) equivalenza «precedente = *ratio decidendi* = massima» e, anzi, incoraggiano – anche alla luce di altri elementi che si discuteranno *infra* – a metterla in discussione, almeno in un'ottica prescrittiva. È, infatti, altamente probabile che, per una serie di ragioni – alcune contingenti, tra le quali primeggia l'enorme quantità di provvedimenti pronunciati dalla Cassazione civile italiana (circa 76 al giorno), altre assai più profonde, legate all'*habitus* culturale tipico del *civil lawyer* – la realtà delle cose sia ben descritta da quell'e-

²¹⁰Si tratta di profili già discussi *supra*, cap. I, par. 3 e cap. II, par. 4. Meritano a questo proposito di essere rilette alcune riflessioni già svolte da G. COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 301ss., il quale ipotizzava, a proposito della regola dello *stare decisis*: «Quest'ultima [...] dovrebbe accompagnarsi a quella della *prospective overruling*, per la quale i mutamenti di giurisprudenza valgono per il futuro; non dovrebbe spiazare coloro che fanno affidamento sul “diritto vivente”, né essere mai il fondamento di illusorie speranze in improvvisi *revirements*, fonte della moltiplicazione dei ricorsi; dovrebbe essere espressamente limitata alle questioni effettivamente decise, con esclusione degli *obiter dicta*, nonché dei principi affermati “nell'interesse della legge”, ai sensi dell'art. 363 c.p.c.». Invece, secondo L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017, p. 26, poiché la sentenza non dovrebbe contenere *obiter dicta*, quando ciò accada, essi non vanno riportati nella massima, fatto salvo il caso in cui la Corte pronunci ai sensi dell'art. 363 c.p.c. (si parla in tal caso di nomofilachia prospettica). In questo modo un *obiter* entra nel circuito delle massime, senza essere segnalato come tale.

²¹¹Sul *prospective overruling v. infra*, cap. V.

quivalenza, ma non è detto che tutto questo sia desiderabile o, perfino, che sia accettabile ²¹².

5.2. *La direzione del precedente: chi «fa» il precedente?*

Un ulteriore profilo in grado di differenziare significativamente il precedente di common law da quello di civil law ha a che vedere con ciò che qui si è scelto di chiamare sinteticamente la «direzione del precedente». Con questa espressione, che indica l'oggetto di indagine del presente paragrafo, intendiamo individuare quale sia il soggetto legittimato alla «creazione» ²¹³ del precedente. Porsi un tale interrogativo, al quale solo raramente la dottrina italiana ha prestato attenzione ²¹⁴, non è ozioso e sterile esercizio, poiché sono assai diverse le implicazioni a seconda che si ritenga che sia il giudice che pronuncia la sentenza che poi diverrà precedente a doverle imprimere ab initio questo blasone, oppure che siano i giudici successivi a dover eleggere a posteriori quella sentenza a precedente ²¹⁵.

La differenza tra il primo e il secondo modo di intendere il precedente è un marcatore molto efficace nel rivelare l'attitudine – che chiameremmo culturale, se non temessimo di usare un termine troppo evanescente – con la quale ci si accosta e si interpreta la funzione giurisdizionale. Per spiegare, più concretamente, a che cosa alluda questa differente attitudine culturale sono necessarie ancora alcune considerazioni.

Sotto questo profilo occorre osservare che sembra vada radicandosi

²¹² Si spiegherà a tempo debito per qualche ragione questa concezione del precedente non può essere accettata

²¹³ Il termine «creazione» è già di per sé orientato e forse non è il più appropriato, ma qui viene utilizzato, per così dire, «senza impegno», solo allo scopo di descrivere ciò che solo in seguito verrà meglio spiegato.

²¹⁴ Su questo profilo ha, invece, più volte richiamato l'attenzione Taruffo, da ultimo in M. TARUFFO, *Note sparse sul precedente giudiziale*, cit., p. 111 ss.

²¹⁵ Vale la pena di precisare che questo è problema diverso, anche se all'apparenza simile, a quello affrontato dalla dottrina inglese tra gli anni Trenta e gli anni Sessanta del XX secolo di cui si è già detto sopra (v. par. precedente), relativo alla scelta se attribuire il compito di provvedere alla ricostruzione della *ratio decidendi* e all'individuazione dei *material facts* al giudice che aveva pronunciato il precedente o al giudice del caso successivo. Le due opzioni discusse dalla dottrina inglese, infatti, presupponevano che in ogni caso fosse il giudice successivo a *eleggere* la decisione anteriore a *precedente*, mentre era incerto se la ricostruzione della *ratio* potesse avvenire da parte del giudice successivo in via autonoma o se questi dovesse attenersi alla *ratio* così come individuata dal giudice del caso precedente.

con sempre maggiore insistenza nel nostro ordinamento, specie in tempi recenti, la convinzione – accreditata almeno presso il legislatore, ma anche presso la Cassazione – che debba essere la Corte suprema ad indicare agli altri giudici dell’ordinamento *quali* sono i suoi *precedenti*, ossia debba segnalare in qualche modo quali – tra le innumerevoli decisioni pubblicate – sono quelle che, con un’espressione che sta diventando di moda, hanno «valenza nomofilattica». Il consolidarsi di questa opinione è il precipitato di spinte provenienti da fonti diverse, ma che convergono in un’unica direzione.

Per un verso, il legislatore ha introdotto varie modifiche al codice di rito che testimoniano questo tipo di atteggiamento: si pensi, ad es., alla disposizione – contenuta nell’art. 363, c. 3, c.p.c.²¹⁶ – che attribuisce alla Corte di cassazione poteri d’ufficio nella pronuncia dei principi di diritto, che oggi possono essere enunciati non solo quando la Corte decide il ricorso (accogliendolo o rigettandolo) ma anche quando, in presenza di un ricorso inammissibile (ossia: senza decidere il ricorso), ritenga di farlo in considerazione della *particolare importanza* della questione²¹⁷. Il medesimo atteggiamento può cogliersi, inoltre, nella scelta compiuta dal legislatore di prevedere, con una disposizione innovativa rispetto al passato²¹⁸, che la richiesta – si badi: non più il ricorso – del Procuratore generale presso la Corte di cassazione di pronuncia del principio di diritto nell’interesse della legge va rivolta al primo presidente, il quale potrà disporre che la Corte si pronunci a sezioni unite, qualora ritenga che la questione sia di *particolare importanza*. Analoghe considerazioni valgono per la previsione – contenuta nell’art. 384, c. 1 c.p.c. – laddove si prescrive che il principio di diritto debba essere enunciato dalla Corte di cassazione, oltre che quando essa decide il ricorso proposto a norma dell’art. 360, c. 1, n. 3), c.p.c., anche in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi di ricorso, risolva una questione di diritto di *particolare importanza*. Nella stessa direzione, infine, si muove anche la più recente riforma sul rito di Cassazione, che, come si è visto, sarà celebrato nelle forme auliche del rito pubblico solo quando la questione da decidere sia di *particolare rilevan-*

²¹⁶ L’art. 363 c.p.c., com’è noto, è stato sostituito dall’art. 4 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

²¹⁷ Su questi profili, sui quali non è necessario intrattenersi ulteriormente, si rimanda a quanto si è già detto *supra*, cap. I, par. 2 e cap. II, par. 4.

²¹⁸ Si tratta, com’è noto, del nuovo c. 2 dell’art. 363 c.p.c., così come sostituito dall’art. 4 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

za²¹⁹. In tutti questi casi la Cassazione gode, nella sostanza, di una grande libertà nel decidere in che cosa consista la particolare importanza o la particolare rilevanza della questione e nell'imprimere, per conseguenza, una «tendenziale destinazione di quella decisione ad inserirsi nell'ambito dei precedenti»²²⁰. La dottrina, a questo proposito, ha proposto di non esasperare la differenza tra il concetto di particolare importanza (di cui all'art. 363, cc. 2 e 3, c.p.c. e dell'art. 384, c. 1, c.p.c.) e quello di particolare rilevanza (di cui all'art. 375, c. 2), ritenendo che con queste espressioni il legislatore abbia voluto riferirsi a questioni che presentano un «interesse nomofilattico»²²¹. In altri termini, la Corte Suprema dovrà provvedere in questo senso in tutti i casi in cui «la risoluzione della questione di diritto consente alla Cassazione di formulare un "precedente" in grado di orientare la prassi e di coerenzare l'attività dei giudici di merito»²²². Si coglie, in questo modo, l'intento del legislatore di gravare la Cassazione del compito non solo – ai sensi di quanto dispone l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario – di fare nomofilachia, ma anche di *dire* quando la fa e quando no. Secondo questa concezione, la direzione del precedente procede dalla Corte suprema verso i giudici di merito: è la prima che dice ai secondi quali sono, tra le numerosissime pronunce, quelle che vanno considerate *precedenti*. In questa logica è la Cassazione che *fa* il *precedente*, non, invece, il giudice che lo deve applicare.

Per altro verso è la stessa Cassazione ad avvalorare l'idea che spetti proprio alla Corte Suprema il compito di "segnalare" le pronunce che vanno prese in considerazione come precedenti. In tal senso non potrebbe essere più chiaro il decreto n. 136/2016 emanato dal primo presidente della Corte stessa²²³, il quale, nel dettare alcune direttive per la redazione della motivazione delle sentenze civili, pone particolare attenzione su quella che viene chiamata la «valenza nomofilattica» delle sentenze civili,

²¹⁹ A questo proposito si rinvia al cap. I, par. 8.

²²⁰ Così, testualmente, N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Cedam, 2017, p. 9 ss.; R. VACCARELLA, *Le ombre del recente passato sulla riforma della Cassazione*, *ivi*, p. 33 ss. e spec. p. 36. Per osservazioni critiche su questo punto v.

²²¹ In questo senso, tra la nutrita dottrina, già formatasi sul punto, v. specialmente A. PANZAROLA, *La Cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 269 ss. e spec. p. 285.

²²² Così, letteralmente, A. PANZAROLA, *La Cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli*, *cit.*, p. 285.

²²³ Decreto n. 136/2016, emanato dal primo presidente della Corte di cassazione, il 14 settembre 2016.

raccomandando che questa venga «individuata in sede di deliberazione della decisione in camera di consiglio, esplicitata in motivazione e documentata mediante indicazione specifica nello statino/dispositivo e nell'oggetto della intestazione»²²⁴. Ecco, dunque, che il legislatore, la magistratura e, di ciò prendendo atto, anche la stessa dottrina appaiono allineati nel ritenere che debba spettare proprio alla Corte di vertice il compito di dire quali siano i precedenti.

Una simile modo di pensare probabilmente risente dell'indelebile calco culturale tipico dei giuristi di *civil law*, i quali tendono a ragionare in termini di costruttivismo²²⁵ o – meglio, secondo una recente proposta definitoria – di creazionismo giuridico²²⁶, restando legati alla «concezione di diritto più diffusa qui e oggi: un mix di positivismo e di realismo giuridico – continentali – che riduce il diritto a legislazione, l'interpretazione a esegesi della legge»²²⁷. Per i giuristi continentali è nell'ordine delle cose che il diritto proceda nella direzione che va da chi lo crea a chi lo deve applicare. Sarebbe, tuttavia, un errore ritenere che questa concezione sia condivisa in *common law* e, in particolare, quando si tratta di “lavorare” con i precedenti. Tutta la storia dei precedenti nel *common law* è la storia di come i giudici successivi hanno fatto applicazione di un precedente ed è da questa che origina la stessa teoria del precedente: gli esempi potrebbero essere numerosissimi, ma qui basterà il riferimento a quello che, fra tutti, è probabilmente il più celebre, avendo dato vita alla responsabilità oggettiva del produttore. Come si sarà già intuito mi riferisco al precedente costituito dalla decisione *Donoghue v. Stevenson*²²⁸, il celeberrimo caso della vedova scozzese che, ordinata al pub una *ginger beer*, offertale da un amico, si accorse mentre la consumava che sul fondo della bottiglia di vetro opaco che la conteneva giaceva una lumaca in decomposizione, aven-

²²⁴ Decreto n. 136/2016, cit., p. 2. Ma in questo senso v. già G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 305 ss.

²²⁵ Così lo chiama F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge & Kegan Paul Ltd., London, 1982, *passim* e spec. p. 24 ss.

²²⁶ Si tratta della proposta di M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, cit., p. 67 ss. Questo accenno al “creazionismo giuridico” verrà poi ripreso e approfondito nelle conclusioni di questo capitolo, in quanto a noi pare possa giocare un ruolo di non poco conto nello spiegare le ragioni di molti equivoci, offrendo così un punto di partenza utile per il loro disvelarsi e per il loro superamento.

²²⁷ Così, letteralmente, M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, cit., p. 68.

²²⁸ *Donoghue v. Stevenson*, [1932] AC 562.

done, come conseguenza, uno *shock* e una gastrite ²²⁹. La *House of Lords*, in questa famosa e sofferta sentenza – pronunciata a stretta maggioranza, di tre su cinque –, stabilì che, nonostante non vi fosse alcun rapporto contrattuale tra la signora Donoghue e il convenuto, quest'ultimo dovesse comunque essere ritenuto responsabile (*in tort*) per il danno fisico e psichico riportato dalla consumatrice. La decisione si reggeva sull'enunciazione di una regola più specifica e di un principio più ampio: in forza della prima «un produttore che commercializza le proprie merci in modo tale da evidenziare la volontà che esse raggiungano il consumatore nelle stesse condizioni in cui egli le ha vendute, senza una ragionevole probabilità di controllo intermedio, sapendo che la mancanza dell'ordinaria diligenza nella preparazione nell'imballaggio del prodotto può causare un danno alla salute o alla proprietà del consumatore è tenuto all'ordinaria diligenza nei confronti» ²³⁰ di quest'ultimo. In forza del secondo, comunemente denominato «*neighbour principle*», «il precetto “ama il prossimo tuo” diventa in ambito giuridico “non danneggiare il prossimo tuo”», sicché, si deve usare l'ordinaria diligenza «per evitare azioni od omissioni che si possa ragionevolmente prevedere possano danneggiare il prossimo. Chi è allora il mio prossimo secondo il diritto? [...] Le persone che sono colpite in modo così immediato e diretto dalle mie azioni, che io dovrei ragionevolmente tenere in considerazione quando sto progettando le azioni o le omissioni in questione» ²³¹. Nel caso di specie il prossimo

²²⁹ Cfr. P.G. MONATERI, *Il precedente in Inghilterra*, in L. VACCA (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, cit., p. 103 ss.; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto: l'esperienza inglese*, cit., p. 133 ss. e spec. p. 144 ss.; R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 43 ss.

²³⁰ Ho utilizzato la buona traduzione di L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *op. cit.*, p. 145, da cui sono tratti anche gli altri virgolettati. Il testo originale è il seguente: «*a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination, and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer's life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care*» (*Donoghue v. Stevenson*, cit., Lord Atkin, p. 599).

²³¹ Il testo originale è il seguente: «*The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am*

del produttore è chiaramente il consumatore²³². Successivamente il caso *Donoghue* costituì la base non solo per costruire un vero e proprio sistema di responsabilità civile del produttore, ma, più in generale, il «*neighbour principle*»²³³ divenne, attraverso le sentenze che in seguito ne fecero applicazione, criterio e misura degli obblighi di diligenza.

Nei giudici che decisero il caso della lumaca putrefatta nella *ginger beer* non vi era nessun intento – come diremmo noi giuristi continentali – nomopoietico: è stata tutta la giurisprudenza successiva a collocare nel Gotha dei precedenti *Donoghue v. Stevenson*, facendo del «*neighbour principle*» applicazioni che i giudici di *Donoghue* non avevano immaginato, né avrebbero potuto immaginare²³⁴. Discorsi analoghi a questo possono essere estesi a praticamente tutti i precedenti inglesi, che sono divenuti tali non in virtù del fatto che chi li ha pronunciati li abbia per così dire in tal modo “classificati” *ab initio*, ma in virtù della applicazioni che di essi hanno fatto i giudici successivi.

Se ciò è esatto, si deve allora concludere che assai diversa è, sotto sotto questo profilo, la *direzione* in cui muove il precedente negli ordinamenti di *civil law* e in quelli di *common law*: nei primi, esso, fin dal momento in cui la pronuncia che lo contiene viene ad esistenza, tendere ad essere (pre)destinato dal soggetto che lo pronuncia a “fare” precedente; nei secondi esso viene, per così dire, “trovato” dai giudici successivi – e ciò può accadere anche molto tempo dopo – che di esso, avendone bisogno, si serviranno. A noi pare legittimo trarre questa conclusione di ordine più generale, in quanto molte delle considerazioni che si sono svolte rispettivamente per l’ordinamento italiano e per quello inglese possono essere estese alle altre esperienze alle quali si è fatto riferimento nei precedenti

directing my mind to the acts or omissions which are called in question» (Donoghue v. Stevenson, cit., Lord Atkin, p. 580).

²³² P.G. MONATERI, *Il precedente in Inghilterra*, cit., p. 107.

²³³ A questo proposito si deve segnalare che non vi è concordia circa il fatto che il c.d. *neighbour principle* costituisse *ratio decidendi* o *obiter dictum*: vi è, infatti, chi ha ritenuto che la formulazione del *neighbour principle* fosse troppo ampia perché quel principio potesse essere considerato veramente *ratio decidendi* del caso deciso, che, invece, sarebbe stata espressa dalla successiva più specifica formulazione della regola (*Donoghue v. Stevenson*, cit., p. 599). In argomento cfr. R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, cit., p. 44.

²³⁴ Per l’applicazione di *Donoghue v. Stevenson* in cause successive, nello specifico riguardanti casi (i cc.dd. *cable cutting cases*) in cui un soggetto, eseguendo lavori sulla sua proprietà, aveva colpevolmente reciso cavi che conducevano l’energia elettrica ad un’impresa vicina v. J. STAPLETON, *Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda*, in 107 *Law Quart. Rev.*, 1991, p. 249 ss.

paragrafi. In particolare, l'attitudine a concepire il precedente come qualcosa che genera *intenzionalmente* norme emerge non solo dalle tendenze manifestatesi nel nostro ordinamento in occasione delle più e meno recenti riforme della Cassazione, ma anche in tutti i paesi che, pur rientrando nell'area di *civil law*, hanno attribuito forza vincolante al precedente, come accade, ad es., nel caso eclatante della *súmula vinculante* brasiliana, ma anche nelle esperienze del Messico di Cuba o in quelle della Bulgaria o della Federazione Russa o, più limitatamente, della Spagna.

Viceversa, nel caso dell'Inghilterra, la *House of Lords* (prima) o la *Supreme Court* (ora) non "generano" propriamente precedenti: la Corte di vertice non si metterà mai "in cattedra" per pronunciare una sentenza che ritiene di "particolare importanza" o di "particolare rilevanza", ma lascerà che siano i giudici che verranno a decidere *se e come* quella sentenza debba, per così dire, diventare un *precedente*. Con una battuta, rubata a Mauro Barberis, alla domanda se un precedente sia vincolante per i giudici inglesi, non si potrebbe che rispondere: aspetta e vedrai²³⁵!

Per sintetizzare in conclusione questo concetto sia, infine, consentito richiamare le parole di Neil Duxbury, autore di una delle monografie più fortunate sul precedente, che, a nostro avviso, sono illuminanti: «*The primary objective of the court which produced the precedent was to decide a dispute, not issue an edict which later courts can readily identify and accept; and so, even when a precedent is followed, the judges who followed it know that they must do much of the working out of principle for themselves*»²³⁶. In queste poche righe Duxbury, non solo ci informa con chiarezza del fatto che saranno i giudici successivi a decretare che ne sarà di una sentenza, facendo di essa, attraverso successive applicazioni, un precedente, o lasciandola cadere nell'oblio – dando così conferma dalla tesi sostenuta in questo paragrafo – ma ci spiega la ragione per la quale le cose stiano

²³⁵ M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, cit., p. 84.

²³⁶ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, cit., p. 150. D'altro canto, questo modo di intendere il ruolo del giudice – che sta nel substrato profondo dei sistemi giuridici e risulta, quindi, meno esposto (se non addirittura, talvolta, del tutto insensibile) ai mutamenti più superficiali e contingenti che questi esibiscono – è coerente, come da tempo ha insuperabilmente dimostrato Mirjan Damaška, con i modelli di organizzazione del potere e con i modelli di Stato, gerarchico e paritario, ai quali sono rispettivamente riconducibili – *cum grano salis*, naturalmente – gli ordinamenti di *civil law* e di *common law* (si veda M.R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven, 1986, *passim*, anche nella ottima (ancorché difficilissima) trad. it. di A. Giussani e F. Rota, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991, *passim*).

così: tale ragione consiste nel fatto che la sentenza che poi potrà essere applicata a titolo di precedente molto raramente include quello che noi chiameremo un “principio di diritto” o, comunque, una regola giuridica di pronta applicazione. Al contrario essa costituisce, per così dire, un “prodotto normativo semilavorato”, talvolta molto prossimo allo stato grezzo, che richiede per essere applicato a casi successivi operazioni interpretative estremamente complesse rispetto a quelle, più semplici, che il giudice (o lo studioso del diritto) sono chiamati a compiere di fronte a un “enunciato normativo finito”, come quello che si può trovare in un codice, in una legge o – anche – in repertorio di massime. È chiaro, quindi, che in un contesto simile, in cui il “lavoro” per estrarre una regola o un principio da ciò che si presenta come la semplice decisione di un caso concreto, deve essere normalmente svolto dal giudice successivo che dovrà fare applicazione di quel precedente, non è concepibile – a un livello, si direbbe, ontologico – che il precedente si imponga fin dall’inizio come una regola o come un principio di diritto con aspettative di osservanza da parte dei giudici successivi.

5.3. *La posizione del precedente: tra fatto e diritto*

In questo paragrafo si discuterà della posizione del precedente rispetto ai fatti e rispetto al diritto. Lo svolgimento dell’indagine chiarirà meglio che cosa si intenda per “posizione” del precedente e quale ruolo abbia nel distinguere ancora una volta – molto meglio di quanto non faccia la classica dicotomia vincolante/non vincolante – il modo in cui questo viene inteso negli ordinamenti di *common law* e in quelli di *common law*.

È, a questo punto, opportuno tracciare un’importante distinzione che affonda le proprie radici nella teoria delle fonti e si riverbera sulla stessa tecnica, oltre che sulla teoria, del precedente: consideriamo che nel diritto continentale i giudici – di vertice, come quelli di merito – normalmente nella decisione di un caso sono chiamati ad interpretare un enunciato normativo, contenuto in una disposizione, il quale, pertanto, si trova già verbalizzato nella forma generale ed astratta tipica della legge. Ne consegue che il giudice, quando nel decidere un caso debba o voglia seguire un precedente, si troverà normalmente – indossando l’*habitus* tipico del giuspositivista – a ragionare tra l’interpretazione della disposizione da applicare data dal giudice della decisione precedente e l’enunciato normativo generale ed astratto, così come si trova verbalizzato nel testo della disposizione da applicare. Insomma egli si muoverà tra due

enunciati normativi: quello risultante dall'interpretazione della sentenza a cui si guarda come precedente (= norma) e quello contenuto nella legge da applicare (= disposizione). Questo "muoversi" tra due enunciati normativi risulta ancor più chiaro ed evidente se si pone mente al fatto che in molti ordinamenti di *civil law* – si pensi emblematicamente all'Italia o al Brasile – la giurisprudenza e i precedenti vengono ridotti in massime (in *súmulas* nell'ordinamento brasiliano), che molto spesso hanno i caratteri di un enunciato generale ed astratto che tende, quindi, a presentarsi come la esatta interpretazione della disposizione di legge o come una sua specificazione.

Nella tradizione di *common law*²³⁷, viceversa, il precedente nasce talvolta addirittura come prima verbalizzazione di un diritto all'origine non verbalizzato²³⁸, sicché esso – pur avendo, secondo la teoria classica, valore meramente dichiarativo di un diritto preesistente²³⁹ – non è chiamato ad interpretare un enunciato normativo generale ed astratto, fatto,

²³⁷ L'espressione *common law* viene utilizzata qui nella sua concezione più classica, intesa, come fu utilizzata «sin dal tempo di Edoardo I (1272-1307), per indicare la parte del diritto inglese c.d. "non scritto" o di derivazione giudiziale, in antitesi al diritto statutario o di creazione legislativa, che, come sappiamo, costituisce il diritto "scritto" d'Inghilterra» (così, alla lettera, G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, cit., p. 65, al quale si rimanda anche per l'individuazione degli altri significati con i quali può essere utilizzata l'espressione *common law* (v. spec. pp. 64-68). Chi scrive è ben consapevole che in tutti gli ordinamenti giuridici di *common law* e, tra questi, anche in Inghilterra, ha assunto via via un ruolo sempre più importante il diritto di derivazione legislativa (c.d. *statute law*). Riteniamo, tuttavia, plausibile che il modo stesso in cui il *common law* è nato costituisca una marca indelebile, tuttora in grado di influire sul modo in cui ragionano i giudici inglesi, della quale, pertanto, non si può non tener conto.

²³⁸ Per una recente dimostrazione di questo assunto è imprescindibile la lettura di M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, cit., pp. 67-101, al quale rimando. Sui rapporti tra diritto e parola, in generale, v. R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Il Mulino, Bologna, 2015, *passim*.

²³⁹ La c.d. *declaratory theory of adjudication* – alla quale più volte si farà riferimento nel prossimo capitolo – risulta talvolta piuttosto difficile da cogliere (e ancor più difficile da condividere) per un giurista continentale, poiché essa appare in insanabile contraddizione con una funzione che, in un contesto culturale di *civil law*, assume tutti i contorni di creazione di norme giuridiche. Tali difficoltà sono connesse al fatto che i giuristi continentali sono portati a concepire il diritto (esclusivamente) come qualcosa di verbalizzato, relegando la consuetudine a un'anomalia. Se, viceversa, si considera che il *common law* è un diritto fondamentalmente consuetudinario, che preesiste alla verbalizzazione operata dai precedenti, allora non sarà difficile cogliere la natura dichiarativa di questi ultimi. Su questo tema si tornerà ancora in sede di conclusioni, alle quali, quindi, si rinvia per qualche ulteriore approfondimento.

quindi, di parole che ad esso preesiste²⁴⁰, ma a *dire* quale sia il diritto applicabile, senza poter contare su una precedente verbalizzazione, o, al massimo, potendo contare sulla verbalizzazione prodotta da altre sentenze anteriori, che, però, come si è visto, non offrono all'interprete più che un materiale normativo "semilavorato". Questo modo di essere del diritto inglese è in grado, a nostro avviso, di far emergere alcune fondamentali differenze con gli ordinamenti di *civil law* che altrimenti rischiano di restare occulte, assorbite da una visione del diritto "normocentrica" e creazionista, e consente anche di spiegare alcuni fenomeni che per il giurista continentale risultano difficili da comprendere.

Sotto il primo profilo, quanto si è appena ricordato permette di capire per quale ragione sia addirittura impossibile per i giuristi inglesi anche solo concepire che una pronuncia resa da un giudice (magari destinata a divenire precedente) possa nascere sganciata dalla *decisione* di un caso concreto, un fenomeno che invece il nostro legislatore, come si è visto, ritiene perfettamente possibile, tanto da averlo incoraggiato con le riforme più recenti, sganciando l'enunciazione del principio di diritto – proprio quando la questione da decidere è di particolare importanza – dalla decisione di un caso concreto.

Sotto il secondo profilo, il fatto che il giudice inglese possa non trovare nessun diritto verbalizzato alle proprie spalle, già pronto per essere applicato – così accade, ad es., se si tratta di un caso di c.d. *first impression* – o, nella migliore delle ipotesi, possa trovare una verbalizzazione del diritto molto peculiare, consistente nella decisione di un caso concreto (nella quale il giudice ben difficilmente troverà verbalizzata una norma, così come la intendiamo noi giuristi continentali²⁴¹), spiega la ragione per cui un giudice inglese possa trovarsi a dover decidere senza disporre di enunciati normativi generali ed astratti. Egli, al contrario, potrà trovarsi di

²⁴⁰ Cfr. G. RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1956, (trad. it. a cura di A. Baratta), *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1962, *passim* e spec. p. 34 ss., dal quale vale la pena di trarre un brano: «Il metodo del *case law*, a cui si è accennato, non vuole, essere un metodo di produzione creativa del diritto movente dall'idea del diritto, ma vuole essere un ritrovamento empirico induttivo dalla massima di decisione a partire dalla natura dei fatti. Perciò il pensiero giuridico inglese è assai più vicino alla realtà di quanto non lo sia il pensiero giuridico occidentale. Il giudice inglese è assai più interessato al dato di fatto che è alla base della sentenza di quanto non lo sia il giudice tedesco».

²⁴¹ Non pare un caso che anche il diritto derivato da decisioni giudiziali sia per gli inglesi «*unwritten law*», inteso come «*unenacted law*» (cfr. J. SALMOND, *Jurisprudence*, X ed., cit., p. 95; P.S. JAMES, *Introduction to English Law*, VIII ed., Butterworths, London, 1972, p. 7).

fronte a due situazioni alternative: se il caso è di c.d. *first impression*, egli dovrà decidere solo sulla base dei fatti rilevanti in causa²⁴² e sulla base di un diritto non verbalizzato, perché essenzialmente consuetudinario²⁴³; se il caso, invece, può essere deciso alla luce di un precedente, egli dovrà decidere sulla base dei fatti rilevanti in causa e sulla base del diritto così come verbalizzato nel precedente di cui ritiene di poter fare applicazione, ma sempre tenendo conto dei fatti della causa decisa con il precedente. Il riferimento ai fatti di causa è imposto dalla circostanza, di cui già si è detto e che vale la pena di sottolineare, che i *fatti* costituiscono nel diritto inglese al contempo fondamento, veicolo e limite dell'applicazione dei precedenti²⁴⁴. Tutta la teoria del precedente ruota intorno alla comparazione tra i fatti della causa da decidere e i fatti che hanno costituito la base della decisione del precedente²⁴⁵. Ne deriva che, se quest'ultimo, nella componente rilevante per il diritto inglese, consiste nella *ratio deci-*

²⁴² G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part I), in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2002, 2, p. 155 ss. dà atto di come alle origini furono proprio i giurati e non i giudici a conoscere del fatto concreto facendo a quest'ultimo applicazione di un diritto originariamente consuetudinario e di come il *common law* sia nato da giudizi resi sulle consuetudini (spec. pp. 159-160). Vi è anche traccia di decisioni costituite solo da fatti, in cui la *ratio decidendi* doveva essere ricava solo da questi ultimi (p. 159 e M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, cit., p. 74, nt. 21).

²⁴³ M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico*, cit., p. 78 ci ricorda: che «nella dottrina classica del *common law* il giudice [...] formula [la consuetudine] in riferimento al caso concreto. Alla consuetudine, per esempio, si riferisce la famosa sezione 39 della *Magna Charta* (1215), che proibisce di privare i sudditi del re d'Inghilterra di «libertatibus vel liberis consuetudinibus suis». Si pensi anche al titolo dell'opera di Bracton *De legibus et consuetudinibus Angliae* (s.d., ma prima del 1235): la locuzione che permette di ipotizzare la coincidenza della *lex terrae*, la *law of the land* degli inglesi, con leggi e consuetudini [...]. Il *common law* è sempre lo stesso diritto, come la nave di Teseo è sempre la stessa nave, nonostante il cambiamento delle parti: ma presenta due forme, una scritta, la legge, l'altra non scritta, la consuetudine». Cfr. ancora G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, cit., p. 34. Tutto ciò è confermato, peraltro, dalla celebre affermazione di Lord Mansfield, secondo cui i precedenti non sono il diritto, ma prova della sua esistenza: cfr. *Jones v. Randall* (1774) 1 Cowp 37 e dall'analoga affermazione di W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, vol. I, Oxford, 1765, p. 69. Da ultimo in argomento si veda N. DUXBURY, *Custom as Law in English Law*, in 76 *Cam. L.J.*, 2017, pp. 337-359.

²⁴⁴ La stessa verifica se il caso sia di *first impression* o meno avviene sulla base dei fatti: se i fatti del nuovo caso possono essere in qualche modo equiparati ai fatti della causa presa a (ipotetico) precedente, il caso andrà deciso in conformità a quel precedente; diversamente, essa andrà decisa conformemente ad altro precedente o, se non ve ne siano di disponibili, sarà un caso di *first impression*

²⁴⁵ Si veda quanto si è detto *supra*, par. 5.1.

dendi del caso e se, come riteniamo di aver messo in luce, per la ricostruzione della *ratio decidendi* – quale che sia la teoria che si intenda utilizzare – costituiscono un fattore fondamentale i fatti sui quali quel precedente stato deciso, il giudice, più che con enunciati normativi, nel senso in cui li intendiamo noi, si troverà ad avere a che fare e a dover “lavorare” con fatti o, per meglio dire, con enunciati relativi a fatti o, ancora, al più, con decisioni su fatti.

Questo modo di presentare le due realtà contrapposte che caratterizzano il *legal reasoning* del giudice di *common law* e di quello continentale possono apparire estremizzate e, in effetti, lo sono: oggi nel mondo di *common law* – specialmente negli Stati Uniti, ma anche là dove esso è nato, cioè in Inghilterra – il ricorso allo *statute law* è molto frequente, sicché quel giudice si troverà in una posizione analoga a quella del giudice continentale²⁴⁶.

Per converso negli ordinamenti di *civil law* possono certamente verificarsi quelli che Joseph Raz chiama “casi non regolati”²⁴⁷, che quindi richiedono un intervento per così dire suppletivo da parte del giudice²⁴⁸. Questi ultimi possono essere involontari, in quanto derivano da vere e proprie lacune normative²⁴⁹, oppure possono essere volontari, come ac-

²⁴⁶ Ne è testimonianza il noto libro di G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1982.

²⁴⁷ J. RAZ, *The Authority of Law*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 53 ss.

²⁴⁸ Per un esempio recente in cui la Cassazione è intervenuta a supplire l'inerzia del legislatore v. Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, I, c. 477, con nt. di N. LIPARI, *Giudice legislatore* e di G. AMOROSO, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*, che ha “colmato” il vuoto normativo lasciato in materia di parto anonimo da Corte cost. n. 278 del 2013, prevedendo che sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedurali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte stessa, idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità.

²⁴⁹ Il tema delle lacune è uno dei più ostici e tormentati dell'intero sapere giuridico. La pretesa di dare indicazioni bibliografiche esaustive sarebbe vana e presuntuosa, specie in un sede come questa. Tra i testi fondamentali possono segnalarsi: E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1903, *passim*; D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società editrice libraria, Milano, 1910, *passim*; A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962, *passim*; C.A. ALCHOURRÓN - E. BULYGIN, *Normative Systems*, Springer Verlag, Wien-New York, 1971; *Siste-*

cade quando il legislatore fa ricorso a clausole generali o a concetti giuridici indeterminati²⁵⁰. La ricostruzione di due modelli nella loro versione radicale non è fatta, tuttavia, con l'intento di descrivere in modo fedele la realtà, ma di isolare alcuni tratti tipici del modo di ragionare dei giudici di *common law* e di *civil law*, al fine di mostrarne e comprenderne le più autentiche differenze. Sicché il progressivo avvicinamento dei due modelli, di cui vi sono innumerevoli testimonianze²⁵¹, non ne elimina le differenze di fondo e non toglie, a nostro avviso, pregio ad un tentativo di ricostruzione come quello che, pur in estrema sintesi, si è cercato di compiere nelle pagine che precedono.

6. Conclusioni

Sulla scorta dell'indagine condotta in questo capitolo, appare ora opportuno tentare di trarre alcune conclusioni. Gli argomenti, che si sono articolati al fine di mettere in discussione la contrapposizione tra precedente vincolante e precedente persuasivo – per il vero già ampiamente contestata in dottrina – alla quale, tuttavia, ancora si fa sovente (forse

mi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica, (trad. it. di P. Chiassoni e G. Ratti), Giappichelli, Torino, 2005, *passim* e spec. p. 121 ss.; CH. PERELMAN (a cura di), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, *passim*; P. CHIASSONI, *Lacune nel diritto. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, pp. 321-363; ID., *Lacune nel diritto. Appunti per una tipologia realistica*, in L. TRIOLO (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 37-89; R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. X, Utet, Torino, 1993, p. 268 ss.; ID., *La sintassi del diritto*, II ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 393 ss.; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 223 ss.

²⁵⁰ In argomento, per un'estesa disamina, si veda E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003, *passim*; ID., voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 183 ss. a cui si rinvia anche per un'ampia bibliografia. Nella letteratura più risalente v. F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983.

²⁵¹ Cfr., pur senza pretese i completezza, i saggi raccolti in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, cit., *passim*, nonché quelli raccolti in WALKER J. – CHASE O G., *Common Law Civil Law and the Future of Categories*, cit., *passim*; M. TARUFFO, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, cit., pp. 345-360; ID., in A. HELDRICH – T. UCHIDA, *Legal Cultures and Models of Civil Justice*, in *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996*, cit., p. 623 ss.; M. CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione «civil law» – «common law»*, cit., p. 43 ss.

sarebbe meglio dire: troppo spesso) capo, appaiono a questo punto idonei, se non proprio a cancellare questa dicotomia, quantomeno a ridurne enormemente il ruolo nel far emergere le differenze più significative tra il precedente di common law e quello di civil law. Ciò risulta, peraltro, confermato per un verso dalla frequente presenza di “precedenti vincolanti” negli ordinamenti di civil law e, per altro verso, dalla progressiva riduzione della vincolatività del precedente negli ordinamenti di common law diversi da quello inglese. Anche rispetto a quest’ultimo, tuttavia, le differenze non sono spiegabili tanto in termini di vincolatività/persuasività: si deve, infatti, constatare come il precedente inglese sia veicolato per mezzo dei fatti, operando, quindi, la vincolatività, che gli è normalmente riconosciuta, secondo canali strettamente legati ai fatti di causa e a forte connotazione argomentativa, canali, pertanto, affatto diversi e peculiari rispetto a quelli ai cui sono abituati i giuristi di civil law, tanto da erodere l’accezione “normativa” nella quale il civil lawyer è abituato a collocare il predicato della vincolatività di un precedente²⁵². Il giurista continentale, infatti, tende sempre più a identificare il precedente con un enunciato normativo, normalmente avente carattere generale ed astratto, consacrato – nel caso italiano – in una massima che solo raramente reca traccia della singola fattispecie oggetto di giudizio. E anche quando accade che la massima faccia riferimento ai fatti, ciò avviene quasi sempre in modo tale che questi ultimi, lungi dall’essere descritti nella loro concretezza, siano già ridotti a fattispecie astratta, quindi già portati al loro livello più

²⁵² Per offrire al lettore un’ennesima riprova di ciò si considerino le parole di W. TWINING – D. MIERS, *Come fare cose con regole*, cit., p. 356 e spec. p. 365: «Il caso *Donoghue v. Stevenson* ed il caso *Allen* sono entrambi ottimi esempi di come la dottrina del precedente in Inghilterra, anche se presentata in termini rigorosi, conceda invero un ampio spazio per l’adozione di interpretazioni di pronunzie precedenti le più disparate e talvolta confliggenti. Per molti versi la dottrina si presenta come permissiva, vaga, o entrambe le cose. E così avviene che determinati casi che sono considerati rilevanti dagli interpreti in sede esclusivamente argomentativa si rivelano poi dotati di mero valore persuasivo. La dottrina del precedente consente l’adozione di una vasta gamma di tecniche per trattare queste pronunzie, e cioè consente l’utilizzo di vari tipi di argomentazioni, per attribuire un significato alla pronunzia, e per determinarne il valore. [...] Anche quando il giudice o l’interprete si trovano di fronte ad un precedente potenzialmente “vincolante”, la dottrina è vaga riguardo a vari aspetti, in quanto non definisce alcun criterio per determinare quale sia la parte della pronunzia che abbia efficacia vincolante. L’interprete può differenziare i vari casi con riferimento al fatto, ma non dispone di indicazione alcuna né circa il livello di generalità col quale effettuare l’attività di interpretazione della pronunzia, né circa il valore da attribuire alle espressioni effettivamente adottate nella pronunzia precedente, né se egli debba predisporre alla risoluzione di conflitti tra pronunzie che appaiono avere “valore vincolante”».

elevato di astrazione. Ne deriva che, detto in sintesi, i giuristi di civil law tendono ad applicare il precedente come applicherebbero una norma. Le conferme di un simile approccio sono molteplici: nel nostro ordinamento esse derivano dall'uso diffuso e radicato delle massime come surrogati – per taluni, sempre più numerosi, come veri e propri equivalenti – dei precedenti; nell'ordinamento brasiliano l'idea di ridurre il precedente a enunciato normativo generale ed astratto trova la sua espressione più evidente ed estrema nell'istituto della *súmula* vincolante²⁵³, che, appunto, è una vera e propria norma, creata artificialmente, la cui applicazione è obbligatoria per i giudici inferiori. Nella dottrina e nella giurisprudenza francese, infine, questo atteggiamento emerge in maniera inequivocabile dall'elaborazione della teoria della *autorité de la chose interprétée* tributata ai precedenti della Corte di giustizia. Come s'è visto, infatti, secondo questa tesi, sulla quale ancora rilucono i bagliori dell'antico *décret déclaratoire de la loi*²⁵⁴, la pronuncia della Corte di Lussemburgo si unisce alla disposizione interpretata e diviene un tutt'uno con essa, acquisendo, per questa via, un'efficacia *erga omnes*²⁵⁵.

Al contrario, tutto il processo di interpretazione dei precedenti operato dal giudice di *common law* ruota intorno al confronto tra i fatti sui quali si è formato il precedente e i fatti del caso al quale il precedente dovrà essere applicato: maggiore è il grado di astrazione al quale si è disposti a sottoporre i fatti sui quali si è formato il precedente, più ampia è l'area di applicazione – o l'estensione, come si è detto – della regola o del principio in esso contenuta; minore è il grado di astrazione che si applica ai fatti del precedente, più ristretto sarà il suo ambito di applicazione²⁵⁶.

²⁵³ L'art. art. 926, § 2° del nuovo c.p.c. brasiliano del 2015, nell'intento di fare della *súmula* qualcosa di più vicino ad un precedente, ha imposto che nella redazione delle *súmulas* si dia conto delle circostanze di fatto del caso. Il tentativo di forzare i fatti di causa in una *súmula* costituisce una contromisura diretta – se non proprio a colmare, almeno – a ridurre la distanza tra la prima e il secondo. Tuttavia – duole dirlo – si tratta di poco più che un'ingenuità: si tratterà, infatti, pur sempre di fatti "liofilizzati" e sterilizzati dalla decisione di uno o dei più casi concreti dai quali è tratta. La formulazione della *súmula* continua ad essere attività che si svolge, per così dire, "a tavolino", lontano dai fatti, il cui recupero "*sumulare*" – si può ipotizzare ragionevolmente – non potrà che essere artificioso e frutto, a sua volta, di un'astrazione. Con il che si finisce col delegare al redattore della *súmula* l'attività di interpretazione dei precedenti che spetta, invece, nel mondo anglosassone, al giudice successivo.

²⁵⁴ Si veda, anche per riferimenti bibliografici, *supra*, par. 3.3.

²⁵⁵ Non è opportuno tornare sull'argomento, già trattato *supra*, par. 3.3 al quale si rimanda.

²⁵⁶ Di ciò si è già più volte detto, *supra* in vari luoghi e spec. par. 5.1.

Se ne deduce che, mentre il carattere vincolante o meno funziona bene come comodo stereotipo semplificatore, ma è, nella sostanza, poco perspicuo, al fine di meglio cogliere le differenze tra i vari modelli di precedenti, appare molto più utile – ancorché più complessa da delineare – la distinzione che concerne modalità di ricostruzione dell’ambito di applicazione del precedente e che, negli ordinamenti di *common law*, è fatta di raffinate, complesse e talvolta – va detto – affabulatorie tecniche argomentative. Tutto ciò implica che la *forza* del precedente – quale che essa sia – in quegli ordinamenti sia veicolata attraverso meccanismi molto diversi da quelli ai quali i giuristi continentali sono da tempo legati e ai quali continuano ad affidarsi, modellati sull’applicazione di norme generali ed astratte a fatti concreti e sulla sussunzione dei secondi nelle prime.

Tale punto di arrivo è, peraltro, coerente con le indagini che hanno avuto ad oggetto la c.d. “direzione” del precedente, che hanno messo in luce come, mentre negli ordinamenti di *civil law* e senz’altro in quello italiano si tende a pensare al precedente come a qualcosa a cui viene impresso questo *status* fin da quando viene pronunciato, nei sistemi di *common law* sono i giudici successivi a fare di una precedente sentenza un vero e proprio precedente. La diversa “direzione” in cui muove il precedente in *civil law* e in *common law* è anche strettamente connessa al fatto che il diritto emergente dai precedenti negli ordinamenti di matrice anglosassone non è un diritto, per così dire, pronto all’uso, ma è un “semilavorato” che richiede un intervento sapiente e impegnativo da parte del giudice successivo, che non potrà limitarsi – come potrebbe ingenuamente crederci – ad applicare un precedente già confezionato, ma dovrà prima fare una ragionata estrazione della regola o del principio da applicare e, solo dopo, potrà farne motivata applicazione al caso che deve giudicare. Viceversa, il giudice di *civil law* tenderà, come abbiamo visto, a conoscere e ad applicare i precedenti attraverso le massime, tant’è che ormai molti chiamano queste ultime precedenti, con quella che riteniamo essere una grave improprietà di linguaggio, che, data la sua penetrazione nel lessico specialistico non può certo essere derubricata a mera svista. Le massime, infatti, al pari di altri enunciati normativi generali ed astratti che si ritrovano in diverse esperienze di ordinamenti di *civil law* (in alcune delle quali addirittura acquistano forza vincolante) sono applicabili mediante meccanismi molto simili a quelli che vengono utilizzati per l’applicazione delle disposizioni di legge, senza che sia richiesto al giudice che deve applicarla, alcuno sforzo interpretativo. Anzi: mentre il giudice di *common law* davanti al precedente dovrà “lavorare” duramente per andare alla ricerca della soluzione del caso che sta decidendo,

spingendosi in profondità nell'esame dei fatti concreti alla ricerca della *ratio decidendi*, comparando quelli della causa da decidere con quelli decisi dalla sentenza presa a precedente, il giudice italiano troverà nella massima un materiale normativo pressoché finito, che – tutt'al contrario rispetto al precedente di *common law* – aspira ad offrirgli quell'interpretazione che, fra le molte possibili, la Cassazione avrà certificato come "esatta" e tanto più esatta quante più volte sarà ripetuta in un breve lasso di tempo²⁵⁷. Ecco, allora, che, chiarito questo contesto, è perfettamente comprensibile il fatto che il precedente sia "dettato" dalla Cassazione la quale, per fare di una sentenza un precedente si avvale di meccanismi interni di natura procedurale o istituzionale²⁵⁸, senza bisogno di attendere – come accade per una Corte suprema di *common law* – che siano i giudici successivi – forse anche posteri – ad eleggere quella sentenza a precedente.

In questo modo, oltre a risultar chiara la ragione della differente "direzione" in cui si muove il precedente, si spiega anche il motivo per cui è affatto peculiare la "posizione" che il precedente occupa negli ordinamenti di derivazione anglosassone. Talvolta, come abbiamo visto, il giudice di *common law* trova dietro di sé un diritto verbalizzato solo mediante la decisione di un caso: così accade quando nel materiale normativo siano disponibili precedenti pertinenti. Ma quando ciò non avviene, perché non vi sono precedenti che abbiano attinenza con il caso da decidere, il giudice non deciderà in base al proprio arbitrio, ma pur sempre in base al diritto. Ma: quale diritto – si chiederà il *civil lawyer* – se non ci sono precedenti applicabili? La risposta è semplice – sorprendente solo per chi abbia una visione del diritto ipotecata dal creazionismo giuridico²⁵⁹ – e si ricava dal carattere proprio del *common law*: esso è, all'origine – non solo in senso cronologico, ma anche in senso ontologico –, un diritto a matrice consuetudinaria e, come tale, muto. È, questo, secondo Radbruch, lo spirito del *common law*²⁶⁰. Così, il giudice che debba decidere un caso di c.d. *first impression* dovrà cercare il diritto da applicare nel *common law* non verbalizzato. Certamente oggi tutto ciò accade molto di

²⁵⁷ Si ricordi quanto si è detto *supra*, cap. III, par. 4.3 specie sul sistema CERTANET.

²⁵⁸ Di questi profili si è già detto nel cap. I ed in questo cap. *supra*, par. 5.2.

²⁵⁹ Rinvio ancora a M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, cit., pp. 67-101, il quale riprende la distinzione tracciata da Gardner J. GARDNER, *Some Types of Law* in D.E. EDLIN, *Common Law Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 51-77 al quale pure rinvio (spec. p. 60 ss. sul *customary law*).

²⁶⁰ Cfr. G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, cit., *passim* e spec. p. 32 ss.

rado, poiché quasi tutte le aree del diritto sono ormai coperte da precedenti o da *statutes*, ma il modo in cui quel diritto si è formato ha lasciato traccia profonda nel modo di ragionare e di rapportarsi con il diritto di giudici e giuristi, la cui distanza con l'approccio del *civil lawyer* resta, per chi la voglia vedere, di tutta evidenza e – forse – incolmabile.

CAPITOLO V

**MUTAMENTI DI GIURISPRUDENZA
E DIRITTO PROCESSUALE:
IL «PROSPECTIVE OVERRULING»**

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. – 2. Origini ed evoluzione dell'istituto del *prospective overruling* negli Stati Uniti. – 3. Eccentricità dell'istituto e sua diffusione in *civil law* e in *common law*. – 4. Il *prospective overruling* in Italia. – 4.1. Genesi: bisogno di *prospective overruling*. – 4.2. Tecniche di attuazione del *prospective overruling*. – 4.3. Un *prospective overruling* all'italiana? – 5. Cautele a «doppio taglio» per gli *overruling* processuali. – 5.1. Resistenza della giurisprudenza e forza del precedente – 5.2. *Prospective overruling*, precedente vincolante e diritto processuale civile. – 6. Un male da curare o da prevenire? – 6.1. Processo civile e principio di legalità. – 6.2. Etica del cambiamento e direttive interpretative. – 6.3. Diritto processuale civile e interpretazione: un problema (anche) istituzionale. 6.4. Modelli prescrittivi dell'interpretazione e formanti nel sistema del diritto processuale civile.

1. *Posizione del problema*

Un contributo allo studio della dimensione giurisprudenziale del diritto e delle sue correlazioni con il processo civile non può permettersi di trascurare uno dei fenomeni più interessanti e critici che l'esperienza recente ha consegnato ai pratici e agli studiosi del diritto processuale e che comunemente viene identificato – come si vedrà, talvolta con una qualche imprecisione – con l'anglicismo *prospective overruling*¹. Più che

¹Si tratta di una locuzione praticamente sconosciuta alla giurisprudenza anteriore al 2010. Da quella data ad oggi, essa, invece, compare in 86 provvedimenti della Cassazione (fonte: CED – ultimo provvedimento rilevato 24.1.2018, data deposito). L'utilizzo che di essa fa la giurisprudenza è scarsamente problematica, tendendo a trascurare i *caveat* sottesi a certi (giustificati) scetticismi manifestati dalla dottrina: v., per tutti, G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 6 ss., ora anche in *Id.*, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 93.

aspirare ad una completa ed esaustiva ricognizione del fenomeno – peraltro già molto indagato e discusso in dottrina² – chi scrive auspica di offrire una prospettiva che sposti l'attenzione, per così dire, dalla cura al male: la tesi che si intende sostenere qui è che – quali che siano gli istituti ai quali si voglia affidare il funzionamento del *prospective overruling* – quest'ultimo è stato escogitato, non senza notevoli sacrifici, su più fronti, sul piano della coerenza sistematica, come rimedio a mutamenti giurisprudenziali cc.dd. "lesivi"³, dei quali, invece, ad avviso di chi scrive ci si dovrebbe piuttosto liberare⁴. In altri termini e più precisamente,

² Oltre ai contributi che saranno citati *infra*, si vedano, anche V. VARANO, *Overruling e affidamento nei sistemi di common law*, in Aa.Vv., *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 41 ss.; E. CALZOLAIO, *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 912 ss.; F. VIGLIONE, *L'overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 669 ss.

³ Sulla distinzione tra *overruling* "lesivi" e "innocui" si veda, per il vero in senso critico, C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3166 ss. Prima, nello stesso senso e non meno chiaramente, ancorché senza ricorso a questa terminologia, cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *La dimidiazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo torna alle Sezioni Unite unitamente agli effetti del mutamento di giurisprudenza*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 441 ss.

⁴ La dottrina unanime ha insistito sull'importanza della certezza della regole del processo, tant'è che le voci in questo senso sono davvero moltissime e sarebbe qui impresa eccessiva e vana pretendere di menzionarle tutte. Qui valga la pena ricordare almeno: V. DENTI, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, c. 417 ss.; M.G. CIVININI, *Dichiarazione giudiziale di genitura naturale e rito applicabile innanzi al tribunale per i minorenni*, *ivi*, 1996, I, c. 3077 ss.; C.M. BARONE – R. CAPONI – G. COSTANTINO – D. DALFINO – A. PROTO PISANI – G. SCARSELLI, *Le Sezioni Unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3034; G. TRISORIO LIUZZI, *La dimidiazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo torna alle Sezioni Unite unitamente agli effetti del mutamento di giurisprudenza*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 441 ss.; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali e "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1390 ss. e spec. p. 1394; A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1165 ss.; R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come «ius superveniens» irretroattivo*, *ivi*, c. 314; A. PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, *ivi*, 2011, I, c. 119; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1074 ss.; C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, *cit.*, p. 3166 ss. e spec. p. 3168; F. SANTANGELI, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling, con particolare riguardo al precedente in materia processuale*, in *www.judicium.it*, 2011, pp. 1-42, spec. 26 ss. Parti-

da un lato, l'invenzione (anche, ma non solo, in senso etimologico⁵) del *prospective overruling* presuppone implicitamente l'adesione a teorie normalmente ripudiate nel nostro ordinamento; dall'altro lato, detta invenzione rischia di costituire *a posteriori* un salvacondotto che autorizza la Cassazione a percorrere itinerari interpretativi che, in una prospettiva di maggior rigore, dovrebbero forse essere evitati. Non che siano mancati moniti anche di origine giurisprudenziale in questo senso⁶ – non scevri, a onor del vero, da una qualche ambiguità di fondo⁷ e rivelatori del fatto che, evidentemente, di moniti vi è bisogno – ma, a fronte di una certa disinvoltura nell'interpretazione delle regole del processo, talvolta emersa da pronunce di legittimità dalla portata dirompente⁸, si rende forse opportuno un supplemento di riflessione al quale in questa sede si intende portare un contributo.

Come meglio si vedrà *infra*, il ricorso al *prospective overruling* è emerso nell'ordinamento italiano, in conseguenza di alcuni importanti *arrêt* giurisprudenziali, che nell'ultimo decennio hanno comportato repentini e imprevedibili mutamenti nell'interpretazione di disposizioni processuali, e che hanno messo in luce con una certa prepotenza il problema della tutela dell'affidamento della parte (e dell'avvocato), che, a fronte delle modalità con cui è intervenuto il nuovo orientamento giurisprudenziale, rischiavano (e, forse sarebbe più prudente affermare che: tuttora rischiano) di restare frustrate e, con esse, la tutela giurisdizionale dei diritti.

colarmente interessanti, sul rapporto tra giudice e legge, sono le osservazioni critiche di M. MARINELLI, *Il "crepuscolo" della norma di legge*, in *GT*, 2014, p. 751 ss. e spec. p. 754 (con riferimento alla applicabilità anche ai giudizi tributari della riforma dell'art. 360, c. 1, n. 5, introdotta dall'art. 54 d.l. 83/2012).

⁵Invenzione in senso etimologico, in quanto la giurisprudenza ha "trovato" l'istituto nel diritto straniero, ma invenzione anche in senso non etimologico, perché, nel farne applicazione nel nostro ordinamento, i giudici ne hanno, appunto, *inventato* una versione parzialmente diversa (cfr. *infra*, par. 4.3). Su questi profili, in generale, cfr. B. MARKESINIS – J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, UCL Press, London, 2006, *passim*, nonché (nella trad. it. di A. Taruffo), *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009, *passim*.

⁶Ne costituisce un autorevole esempio Cass., sez. un., ord., 6 novembre 2017, n. 23675, sulla quale si tornerà ancora in questo capitolo.

⁷Se ne vedranno le ragioni *infra* al par. 5.

⁸Si è parlato efficacemente, in dottrina, di «propensione al sommovimento improvviso e pesante degli orientamenti in ordine alle "regole del gioco processuale", con la quale le Sezioni Unite hanno ormai abituato l'operatore del diritto a dover convivere» (C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, cit., p. 3166 ss.).

Al fine di prevenire ricadute potenzialmente contrastanti con i principi costituzionali che presidiano lo stesso diritto di azione, la Cassazione ha fatto ricorso ad un meccanismo – nato nell’ambito della giustizia statunitense, ma conosciuto anche in altri ordinamenti – che prende il nome di *prospective overruling*. L’interesse per l’argomento non deriva tanto dalla sua intrinseca importanza – posto che, come si vedrà, esso ha natura eccezionale e viene impiegato ovunque con parsimonia – quanto piuttosto dal fatto che il *prospective overruling* si pone al crocevia di uno dei problemi di fondo che da sempre tormentano i giuristi e che, nell’ambito di questa indagine, assume particolare rilievo: ossia il ruolo del giudice nell’interpretazione della legge⁹ e, nello specifico, il ruolo di quei giudici molto particolari che sono le corti di vertice nell’interpretazione delle regole del processo¹⁰. Non solo: nell’ambito della tradizione giuridica italiana – e veniamo così a meglio chiarire le contraddizioni teoriche che, come si è anticipato, l’adozione di questo congegno implica – l’impiego di concetti quali *overruling* o *prospective overruling* risulta altamente problematico poiché (il primo) contraddice la – tanto ribadita – natura meramente persuasiva del precedente e (il secondo) si presta a tradire una funzione nomopoietica della Cassazione, che a parole viene disconosciuta alla giurisprudenza.

Con l’espressione *prospective overruling* ci si riferisce comunemente a quel fenomeno in forza del quale un giudice, normalmente una Corte suprema, muta il proprio orientamento giurisprudenziale, stabilendo però al contempo che esso si applichi solo ai casi futuri e decidendo il caso sot-

⁹ Si tratta di un tema che, per sua natura, è continuamente al centro del dibattito teorico. Tra la nutrita letteratura in argomento pare opportuno richiamare l’attenzione su G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., *passim*. Per due diverse voci su questo dibattito v., di recente, P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 1135-1152 e L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, pp. 13-32, nonché i gli altri saggi raccolti nel numero monografico *Il giudice e la legge di Questione giustizia 2016*. Sul tema, in rapporto al ruolo dei giudici di ultima istanza, cfr. E. OTEIZA, *L’uso del precedente nel dialogo tra Corti nazionali e transnazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 463 ss.

¹⁰ Sul ruolo delle corti supreme in prospettiva comparata v., da ultimo, in lingua spagnola i saggi di Perez Ragone, Kern, Mitidiero, Oteiza, Nieva Fenoll, Cadiet, Marinoni, Taruffo, Andrews, Chase e Alvim Wambier raccolti in M. TARUFFO – L.G. MARINONI – D. MITIDIERO (coords), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, 2016, *passim*. Per una distinzione tra corti supreme e corti superiori si veda D. MITIDIERO, *Cortes superiores e cortes supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, *passim*.

toposto al suo esame sulla base del “vecchio” orientamento¹¹. Il *prospective overruling* soddisfa il bisogno al quale va incontro la tendenza comune agli ordinamenti contemporanei di evitare che le leggi abbiano efficacia retroattiva. Quest’ultimo è un principio generale di civiltà giuridica, in forza del quale si tende ad impedire che le scelte compiute dai consociati in buona fede sulla base di un determinato assetto normativo siano valutate davanti a un giudice in base a norme entrate in vigore in epoca successiva. Esso, tuttavia, per un verso, riguarda disposizioni introdotte in via legislativa e, per altro verso, normalmente non gode dello *status* di garanzia costituzionale se non per le leggi penali: così è, ad es., negli Stati Uniti, dove questa regola, pur essendo espressa in Costituzione¹², viene ritenuta dalla giurisprudenza costante della Corte Suprema riferita solo alle leggi penali¹³; in Italia, analogamente, l’art. 25, c. 2, Cost. prevede che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», mentre il principio generale di irretroattività delle leggi è contemplato in una legge ordinaria (art. 11, prel. c.c.). La circostanza che il principio generale di irretroattività della legge non sia costituzionalizzato non ne sopprime, però, l’importanza: esso può essere a ragione considerato un baluardo di civiltà giuridica, senza che sia necessario spendere altre parole per giustificarlo.

¹¹ Esistono differenti tipi di *prospective overruling*: nella sua forma più semplice (“*pure*” *prospective overruling*) prevede che il nuovo orientamento si applichi solo per il futuro e il caso pendente davanti al giudice viene deciso sulla base del vecchio orientamento giurisprudenziale. Vi è poi il c.d. *limited, qualified* o *selective prospective overruling*, in forza del quale il nuovo orientamento si applica oltre che in futuro, anche al caso *sub iudice*, ma non a tutti gli altri casi pendenti, ai quali continuerà ad applicarsi il vecchio orientamento. Esiste infine un terzo tipo di *prospective overruling*, proposto in una causa di alcuni anni fa (*Banco Popolare di Cremona v. Agenzia Entrate Ufficio Cremona* (Case C-475/03, 17 March 2005)) dall’Avvocato Generale Jacobs presso la Corte europea di Giustizia, che ne costituisce per così dire una variante radicalizzata: è stato ipotizzato che l’effetto retrospettivo e prospettivo di una decisione della Corte di giustizia possa essere soggetto ad una sospensione per un certo tempo, al fine di dare la possibilità allo Stato membro di adeguare il proprio ordinamento interno (v. in particolare parr. 72-88). In questo capitolo, per ragioni di semplicità, si farà riferimento solo al c.d. *pure prospective overruling*.

¹² L’art. 1, della Costituzione federale degli Stati Uniti, alla sez. 9, cl. 3 testualmente prevede «*No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed*», con riferimento alle leggi federali e alla sez. 10, cl. 1, dispone, con riferimento alle leggi dei singoli Stati che: «*No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility*».

¹³ In questo senso già il risalente *leading case* *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798).

Le cose, però, stanno diversamente quando si discute non già di leggi, ma di orientamenti giurisprudenziali. Infatti, in base alla nota *declaratory theory of adjudication*, diffusa tanto nel mondo anglosassone a partire da Blackstone¹⁴, quanto in quello di *civil law* – ancorato, qui, al principio della separazione dei poteri – i giudici interpretano e non creano il diritto¹⁵. Ne consegue logicamente che la nuova interpretazione di una vecchia regola (legislativa) non può che avere un'efficacia retroattiva o, come pure si dice, forse con un termine più appropriato, *retrospettiva*¹⁶.

Questo modo di intendere il rapporto tra giurisprudenza e legge, tuttavia, risulta da più parti percepito come un anacronismo, frutto di un dogma che ormai fatica ad essere accettato, non solo se si guarda alla realtà, ma, talvolta, anche al cospetto di istanze teoriche¹⁷. A prescindere dal fatto che vi sono autorevoli costituzionalisti che sostengono apertamente la natura di fonte del diritto della giurisprudenza¹⁸, secondo un dato ormai acquisito della teoria generale del diritto, confermato dalla stessa teoria del diritto vivente, le norme non sono l'oggetto dell'interpre-

¹⁴ Si veda 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'affermazione di analogo tenore v. Lord Mansfield in *Jones v. Randall* (1774) 1 Cowp 37.

¹⁵ Nella processualistica, possiamo trovarne un esempio, in parziale polemica con Capelletti, nelle parole di E.T. LIEBMAN, «Giudici legislatori?», in Riv. dir. proc., 1984, 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, è integrale, 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»

¹⁶ R. CAPONI, *Prospective overruling: bilancio di una vicenda*, in *www.astrid-online*, 2012, nonché, sotto il titolo, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in nota a Cass. 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 3344 (*infra* si citerà quest'ultimo); ID., *Il mutamento di giurisprudenza costante della corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 311 ss.

¹⁷ Cfr. R. CAPONI, *opp. citt.* alla nt. precedente; F. SANTANGELI, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling, con particolare riguardo al precedente in materia processuale*, cit., p. 24 ss.

¹⁸ V., per tutti, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, II ed., Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna - Roma, 2011, p. 670 ss.

tazione, ma ne sono il risultato. In questa prospettiva, «l'interprete rileva, o decide, o propone il significato da attribuire a un documento, costituito da uno o più enunciati, di cui il significato non è affatto precostituito all'attività dell'interprete, ma anzi ne è il risultato; prima della attività dell'interprete, del documento oggetto dell'interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o quali queste norme siano: "norma" significa semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base di indizi formali esprima una qualche direttiva d'azione»¹⁹. Sicché – si potrebbe a questo punto affermare – se le norme sono il prodotto dell'interprete ed in particolare, per quanto qui interessa, del giudice e se siamo disposti a prendere sul serio il principio di irretroattività, allora l'efficacia retroattiva (o retrospettiva) dovrebbe essere preclusa anche alle norme che l'interprete "crea" nel momento in cui attribuisce un *nuovo* significato ad un enunciato normativo²⁰.

Le cose, tuttavia, non sono così semplici e queste due prospettazioni non fanno che formalizzare due contrapposte esigenze al crocevia delle quali si trovano proprio le corti di vertice: da un lato la necessità della stabilità e della conservazione; dall'altro lato il bisogno di evoluzione e di trasformazione di un ordinamento²¹. Vedremo ora come questo dilemma abbia trovato una parziale risposta nell'impiego della tecnica del c.d. *prospective overruling*. Prima di esaminare l'utilizzo che di detta tecnica si

¹⁹ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 63-64.

²⁰ Peralto, si è sostenuto che, almeno limitatamente al giudizio di rinvio (o a quello di merito in cui si sia riproposta la domanda dopo l'estinzione *ex art.* 193 c.p.c.), il legislatore negli ordinamenti di «civil law non incontrerebbe teoricamente, nella struttura e nella logica del processo, alcuna barriera e potrebbe ben imporre al successivo giudice del merito un vincolo di tipo normativo alla nuova giurisprudenza, assimilandola pertanto alla posizione di nuove norme» (così, testualmente, A. BRIGUGLIO, «Creatività» della giurisprudenza, *mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 1360 ss. e spec. p. 1386, nell'ambito di un più ampio discorso, a valle del quale l'a. *de iure condito* ha, tuttavia, ritenuto correttamente che, se due principi di diritto contrastanti «si succedono nel tempo, il primo conserva il proprio valore nel relativo giudizio di rinvio, nel quale dunque non dovrà tenersi conto del mutamento di giurisprudenza»).

²¹ Cfr. ancora E. OTEIZA, *L'uso del precedente nel dialogo tra Corti nazionali e transnazionali*, cit., p. 463 ss.; v., inoltre, L.G. MARINONI, *O precedente na dimensão da segurança jurídica*, in *Id.*, *A força dos precedentes*, Editora Podivm, 2010, p. 211-226. La tensione tra trasformazione e conservazione, d'altro canto, è alla base dello stesso funzionamento del diritto: è molto istruttivo in questo senso il paragrafo *Trasformazione e conservazione di un sistema normativo*, in BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XX, Utet, Torino, 1960, pp. 530 ss.

fa nel nostro ordinamento, riteniamo utile illustrare alcuni profili che attingono alle sue origini e alla sua evoluzione nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America e alla sua diffusione in altri paesi, temi ai quali, pertanto, saranno dedicati i prossimi paragrafi.

2. *Origini ed evoluzione dell'istituto del prospective overruling negli Stati Uniti*²²

Il problema della retroattività delle pronunce giudiziali emerge negli Stati Uniti intorno agli anni Trenta del novecento²³, in un caso²⁴ relativo alle tariffe di carico merci, in cui la Corte suprema del Montana veniva sollecitata a mutare un proprio precedente orientamento, in forza del quale, quando le tariffe originariamente praticate per il trasporto merci fossero state in seguito ridotte dalla Commissione amministrativa competente, i clienti avrebbero potuto recuperare le somme pagate in eccesso per le spedizioni già effettuate. La Corte Suprema statale del Montana ritenne effettivamente di modificare il proprio orientamento, stabilendo che non fosse più possibile per i clienti recuperare le differenze tra le somme già pagate sulla base delle vecchie tariffe e le somme effettivamente dovute in base alle nuove tariffe, ma al contempo applicò il vecchio orientamento alla controversia pendente, condannando la società Great Northern Railways a restituire le somme percepite in eccesso. Il caso approdò alla Corte Suprema Federale, su ricorso della società convenuta, la quale si doleva del fatto di subire una perdita in spregio al principio del due process of law: la Great Northern Railways, infatti, veniva per assurdo condannata a rifondere i pagamenti in eccesso in virtù di una interpretazione della legge che la Corte Suprema del Montana con quella stessa sentenza riconosceva essere errata. La Corte Suprema federale venne così chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità costituzionale del prospecti-

²² Per una sintesi della storia dell'istituto si veda B.H. LEVY, *Realist Jurisprudence and Prospective overruling*, in 109 *Un. Penn. L. R.*, 1960, pp. 1-30.

²³ C'è traccia del *prospective overruling* già in una pronuncia della Corte Suprema dell'Ohio della metà dell'Ottocento (*Bingham v. Miller* 17 Ohio 445 (1848)), ma ritengo inopportuno richiamarla nell'ambito di questo lavoro, in quanto riguarda una pronuncia di incostituzionalità e mi pare ci siano ragioni sufficienti per tenere distinto il problema dell'efficacia delle pronunce "interpretative" da quello dell'efficacia delle pronunce "demolitorie" di enunciati legislativi.

²⁴ *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* 287 U.S. 358 (1932)

ve overruling: in motivazione il Giudice Benjamin Cardozo si esprime a favore dell'istituto e affermò che le Corti supreme statali sono libere di decidere se attribuire efficacia retroattiva o meno al mutamento di giurisprudenza, potendo decidere che un precedente, anche se successivamente modificato, continui comunque ad applicarsi ai rapporti pendenti. Vi sono casi nei quali – sosteneva Cardozo – le Corti statali addirittura devono limitare l'efficacia retroattiva del mutamento giurisprudenziale in ragione delle conseguenze troppo gravi che diversamente si produrrebbero, ma nessuno ha mai messo in dubbio che le stesse corti possano applicare il prospective overruling quando lo ritengano opportuno²⁵.

La presa di posizione di Cardozo è chiara e si richiama a ragioni di giustizia, che a prima vista sono persuasive e di buon senso. Tuttavia l'istituto, come si è detto, si pone in realtà al centro di argomenti che spingono

²⁵Di seguito riporto la parte di motivazione redatta da Cardozo che sarebbe poi divenuta celebre come una sorta di *manifesto* del *prospective overruling*: «*A state in defining the limits of adherence to precedent may make a choice for itself between the principle of forward operation and that of relation backward. It may say that decisions of its highest court, though later overruled, are law none the less for intermediate transactions. Indeed, there are cases intimating, too broadly (cf. Tidal Oil Co. v. Flanagan, supra), that it must give them that effect; but never has doubt been expressed that it may so treat them if it pleases, whenever injustice or hardship will thereby be averted. Gelpcke v. Dubuque, 1 Wall. 175, 17 L.Ed. 520; Douglass v. County of Pike, 101 U.S. 677, 687, 25 L.Ed. 968; Loeb v. Columbia Township Trustees, 179 U.S. 472, 492, 21 S.Ct. 174, 45 L.Ed. 280; Harris v. Jex, 55 N.Y. 421, 14 Am.Rep. 285; Menges v. Dentler, 33 Pa. 495, 499, 75 Am.Dec. 616; Com. v. Fidelity & Columbia Trust Co., 185 Ky. 300, 215 S.W. 42; Mason v. Cotton Co., 148 N.C. 492, 510, 62 S.E. 625, 18 L.R.A.(N.S.) 1221, 128 Am.St.Rep. 635; Hoven v. McCarthy Bros. Co., 163 Minn. 339, 204 N.W. 29; Farrior v. New England Mortgage Security Co., 92 Ala. 176, 9 So. 532, 12 L.R.A. 856; Falconer v. Simmons, 51 W.Va. 172, 41 S.E. 193. 1 On the other hand, it may hold to the ancient dogma that the law declared by its courts had a Platonic or ideal existence before the act of declaration, in which event the discredited declaration will be viewed as if it had never been, and the reconsidered declaration as law from the beginning. Tidal Oil Co. v. Flanagan, supra; Fleming v. Fleming, supra; Central Land Co. v. Laidley, 159 U.S. 103, 112, 16 S.Ct. 80, 40 L.Ed. 91; see, however, Montana Bank v. Yellowstone County, supra. 2 The alternative is the same whether the subject of the new decision is common law (Tidal Oil Co. v. Flanagan, supra) or statute. Gelpcke v. Dubuque, supra; Fleming v. Fleming, supra. The choice for any state may be determined by the juristic philosophy of the judges of her courts, their conceptions of law, its origin and nature. We review, not the wisdom of their philosophies, but the legality of their acts. The state of Montana has told us by the voice of her highest court that, with these alternative methods open to her, her preference is for the first. In making this choice, she is declaring common law for those within her borders. The common law as administered by her judges ascribes to the decisions of her highest court a power to bind and loose that is unextinguished, for intermediate transactions, by a decision overruling them. As applied to such transactions, we may say of the earlier decision that it has not been overruled at all. It has been translated into a judgment of affirmance and recognized as law anew».*

in direzioni contrastanti: se, infatti, è vero che l'applicazione retroattiva di una *nuova norma* può essere lesiva del principio dell'affidamento, per altro verso l'applicazione di una *norma* ormai *vecchia*, e ritenuta superata nel caso pendente davanti al giudice, frustra le aspettative di chi ha intrapreso quel giudizio proprio per provocare e per giovare del nuovo orientamento.

Per queste ragioni, successivamente la Corte Suprema, resasi conto delle potenziali controindicazioni del *prospective overruling*, è tornata sull'argomento con la sentenza *Chevron Oil Co. v. Huson*²⁶, al fine di contemperare le varie esigenze in conflitto, fissando dei limiti e prevedendo, in particolare, che per decidere se limitare gli effetti della decisione ai soli casi futuri, si debbano tenere in conto i seguenti fattori:

- 1) se la decisione che non deve essere applicata retroattivamente stabilisca un nuovo principio di diritto, sia modificando un precedente orientamento consolidato, sia decidendo una questione nuova;
- 2) se, alla luce dello scopo e dell'effetto della "nuova norma", l'efficacia retroattiva della stessa ne rinvii o ne ritardi le ricadute applicative;
- 3) le conseguenze ingiuste determinate dalla applicazione retroattiva della nuova norma.

È, quindi, opportuno svolgere alcune precisazioni per evitare che si abbia l'impressione (errata) di un diffuso e ampio utilizzo dell'istituto del *prospective overruling*, il quale invece continua a rivestire un carattere del tutto eccezionale anche negli Stati Uniti.

In primo luogo, la Corte Suprema ha sottolineato che la retroattività deve essere fermamente considerata la regola, sicché la parte, che ambisca ad ottenere una pronuncia che si applichi solo per il futuro, avrà l'onere di persuadere la Corte, dimostrando la sussistenza dei presupposti del c.d. *Chevron Oil test*.

In secondo luogo, va precisato che non esiste alcuna "teoria generale" del *prospective overruling*: le decisioni vengono assunte caso per caso sulla scorta di ragioni di opportunità contingenti e mutevoli.

Infine, non si può trascurare che, pur essendo superata la vecchia concezione blackstoniana dichiarativa delle pronunce giudiziali, resta assai controverso che un giudice, per quanto dotato di una legittimazione politica, com'è la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, possa effettivamente comportarsi come un legislatore, immettendo nell'ordinamento una nuova norma (anche se ricavata in via interpretativa), al contempo

²⁶ *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971)

stabilendo la vigenza di questa nuova norma solo per il futuro, applicando, però, al caso che sta decidendo la vecchia.

È un fatto che qualche anno fa il giudice Scalia, un fervente sostenitore della *declaratory theory of adjudication*, affermava: «*I am not so naive (nor do I think our forebears were) as to be unaware that judges in a real sense “make” law. But they make it as judges make it, which is to say as though they were “finding” it — discerning what the law is, rather than decreeing what it is today changed to, or what it will tomorrow be. Of course this mode of action poses “difficulties of a... practical sort,” ante, at 4, when courts decide to overrule prior precedent. But those difficulties are one of the understood checks upon judicial law making; to eliminate them is to render courts substantially more free to “make new law,” and thus to alter in a fundamental way the assigned balance of responsibility and power among the three Branches*»²⁷. In questo passo Scalia manifestava la consapevolezza, tipica del giudice di *common law*, che una cosa è interpretare la legge, talvolta anche in maniera creativa, giudicando un caso che si è svolto nel passato; altra cosa è dettare la legge per il futuro. In queste poche parole si condensa un dissenso culturale forte rispetto alla pretesa della Corte suprema di indossare – di fatto – gli abiti del legislatore, che è, in fondo, un dissenso verso quello che è stato recentemente chiamato il creazionismo giuridico²⁸. Il giudice, in quest’ottica, disconosce a se stesso un ruolo “creazionista” e rifiuta in sostanza l’idea che egli possa, appunto, creare intenzionalmente il diritto.

3. Eccentricità dell’istituto e sua diffusione in civil law e in common law

Il *prospective overruling*, come si è visto, è nato negli Stati Uniti per soddisfare istanze di giustizia in senso lato, ma è un istituto che non ha mai persuaso i giuristi inglesi. Certo, in Inghilterra il problema si è posto, ma il dogma blackstoniano della *declaratory theory* non ha ceduto il passo, nemmeno in tempi recenti, a modelli meno ortodossi, anche se – forse – più rispondenti a istanze di *Realpolitik*.

Le resistenze verso una concezione dichiaratamente “creatrice” del di-

²⁷ *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia* (89-680), 501 U.S. 529 (1991).

²⁸ M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLIV, 2015, pp. 67-101.

ritto giurisprudenziale sono state manifestate dai giudici sia in passato ²⁹, che in occasione di una sentenza relativamente recente pronunciata dalla *House of Lords* nel 2005. In quest'ultima (si tratta della sentenza *National Westminster Bank v. Spectrum* ³⁰), Lord Nicholls ha sviluppato alcuni interessanti argomenti, sulla base dei quali ha sostenuto che il *prospective overruling*, per ragioni di natura costituzionale, non sia compatibile con l'esercizio delle funzioni giudiziarie. Si tratterebbe, infatti, di un istituto che sottrae alla decisione del giudice il carattere che le è proprio: i giudici esistono per stabilire quali sono le conseguenze giuridiche di fatti che appartengono al passato. A fronte di questa constatazione l'obiezione che si muove al *prospective overruling* consiste nel fatto che una sentenza che utilizzi questa tecnica, in realtà, non decide la controversia tra le parti, ma sancisce la vigenza di una nuova regola all'interno dell'ordinamento, continuando, però, ad applicare il vecchio diritto alle parti in causa e decidendo quali sono i diritti e doveri delle parti sulla base di una regola, che ritiene non più corretta. Ciò è contraddittorio e difficilmente compatibile con l'assetto costituzionale dell'ordinamento inglese.

Nonostante nella cultura giuridica di *civil law* si tenda talvolta a guardare semplicisticamente agli ordinamenti di *common law* come a qualcosa di unitario, le differenze, che emergono con riferimento all'Istituto di cui ci stiamo occupando negli Stati Uniti e in Inghilterra, rappresentano un'ennesima utile occasione per prendere atto dell'esistenza di diversità sostanziali tra i due sistemi, che solo un approccio superficiale consente ancora di accomunare sotto l'unico "ombrello" della "*common law*". Ciò non significa che la tradizionale contrapposizione *civil law/common law* non abbia più alcun senso – v. infatti quanto si dirà nell'ultimo paragrafo – ma non va dimenticato che la stessa ha oggi una valenza prevalentemente storica, potendo continuare ad essere utilizzata con diverse riserve e come criterio orientativo ³¹.

²⁹ Si veda, per tutti, Lord DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, in 39 *Mod. L. Rev.*, 1976, p. 1 ss.

³⁰ *National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others and others (Appellants)* [2005] UKHL 41.

³¹ Su questi problemi v. M. TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 345 ss.; A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in A. DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Giuffrè, 2011, p. 3 ss e spec. p. 11; ID., in A. DONDI – V. ANSANELLI – P. COMOGLIO P., *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1-26 e spec. p. 5 ss.; i saggi raccolti in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*,

Non è possibile addentrarsi qui nelle ragioni profonde che stanno alla base di questo differente approccio circa la possibilità (o meno) che la pronuncia giudiziale di un organo di vertice produca effetti solo per il futuro. Esse coinvolgono vari profili, di cui non è possibile dar conto compiutamente in questa sede. Preme, tuttavia, attirare l'attenzione almeno su un aspetto, che ci pare rivestire un rilievo fondamentale anche ai fini che qui interessano: si tratta della "natura" delle due Corti Supreme, quella degli Stati Uniti e quella inglese. Mentre quest'ultima, oggi anche più che in passato, ha un'indole tipicamente giurisdizionale, la Corte Suprema statunitense ha senza dubbio un carattere più autenticamente politico e manifesta un approccio coerente con tale carattere alle questioni, che le vengono sottoposte. Le ragioni di questa differenza sono diverse, ma una sopra tutte mi pare che possa essere considerata decisiva ed emblematica: mi riferisco alle modalità e ai criteri di nomina dei giudici della corte. I *Lords* e le *Ladies Justices* della *Supreme Court of the United Kingdom*, che nel 2009 ha sostituito la vecchia *House of Lords*, sono formalmente nominati dalla regina su indicazione del primo ministro, ma in realtà vengono scelti normalmente fra avvocati con almeno 15 anni di esperienza, che abbiano proposto la propria candidatura, da una commissione convocata dal *Lord Chancellor*, che sceglie i giudici sulla base del merito, e non in base a considerazioni di natura politica³². Diversamente, la nomina dei giudici della Corte Suprema statunitense è affidata dalla Costituzione al Presidente, che vi provvede con un atto, che per essere efficace deve essere confermato dal senato: ha, dunque, natura autenticamente politica.

Ciò spiega, con ogni probabilità, le ragioni per cui la Corte Suprema nordamericana ha molti meno problemi ad utilizzare un istituto, che ne avvicina il ruolo a quello di vero e proprio *law maker*, e, per converso, mette in luce la natura fortemente giurisdizionale e scarsamente politica della *House of Lords* prima e *a fortiori* della *Supreme Court of the United Kingdom* oggi, che spinge nella direzione opposta. In particolare, in Inghilterra la consapevolezza del fatto che la Corte Suprema è fuori dal circuito democratico, associata al rispetto assoluto per la sovranità del Parlamento di Westminster, determina un atteggiamento di scetticismo e in fin dei conti di rigetto per il *prospective overruling*. Nelle pagine che seguono si darà brevemente conto dello stato dell'arte in altri paesi del

Giuffrè, Milano, 2009 e in WALKER J. – CHASE O G., *Common Law Civil Law and the Future of Categories*, Lexis-Nexis Canada, Toronto, 2010 *passim*.

³² Si vedano le *Sections* da 25 a 31 e la *Schedule 8*, del *Constitutional Reform Act 2005*, come modificato dal *Crime and Courts Act 2013*.

Mondo: ne emergerà un quadro che conferma la vocazione tendenzialmente trasversale dell'istituto, la quale per certi versi può sorprendere, considerando le implicazioni ideologiche correlate al fatto che a una corte di vertice venga consentito di "interpretare" il diritto solo per il futuro.

Per quanto attiene alla diffusione del *prospective overruling* in *civil law*³³, nell'Europa continentale si registra l'utilizzo dell'istituto nei seguenti paesi:

- a) in Francia, a partire da una sentenza del *Conseil d'Etat*³⁴ e da una sentenza della Cassazione³⁵, entrambe del 2004, poi confermate dalla giurisprudenza successiva³⁶, seguite tuttavia da non poche critiche da parte della dottrina³⁷;
- b) nei Paesi Bassi l'utilizzo del *prospective overruling* è noto, ma risulta assai limitato il numero dei casi in cui è impiegato³⁸;
- c) in Germania l'istituto è stato utilizzato soprattutto negli anni Set-

³³ Molte delle informazioni sullo stato della diffusione del *prospective overruling* negli ordinamenti di *civil law* sono state tratte dai saggi raccolti in E. STEINER (ed.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, 2015, *passim* ed *ivi* la sintesi di ID., *Judicial Rulings with Prospective Effect—from Comparison to Systematisation*, pp. 1-23. Lo studio è molto interessante e vale la pena di essere consultato. Solleva, però, qualche perplessità la scelta di trattare congiuntamente, in maniera scarsamente problematica, il fenomeno del *prospective overruling* in senso proprio, applicato al mutamento di giurisprudenza, da quello connesso alla declaratoria di incostituzionalità delle leggi. Può darsi che la spiegazione di tale approccio derivi proprio dal fatto che la creatrice di questo istituto è la Corte Suprema degli Stati Uniti che è al contempo una corte suprema e una corte costituzionale, però si tratta di due fenomeni diversi che ad avviso di chi scrive non possono essere equiparati, tanto più in relazione ai profili di efficacia della pronuncia nel tempo.

³⁴ *Conseil d'Etat*, Ass. 11 mai 2004.

³⁵ Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426, *Bull. civ.*, n° 387, in *D.* 2004, p. 2956 ss.

³⁶ Si vedano: Cass. Assemblée Plénière, 21 décembre 2006 (pourvoi no 00-20.493, *Bull.* 2006, Ass. plén., no 15 ; in *D.* 2007, p. 835, con nt. di P. MORVAN; *JCP éd. G* no 11, 14 mars 2007, II, 10.040, con nt. di E. Dreyer; in *JCP éd. G* no 25, 20 juin 2007, II, 10111, con nt. di X. Lagarde; in *RTDC*, 2007, p. 72, con nt. di P. Deumier). In materia processuale v., più di recente, Cass. 28 mars 2012 (pourvoi no 10-28.032); Cass. 26 septembre 2012 (in *Bull.* 2012, I, no 181); Cass. 5 juillet 2012 (pourvoi no 11-18.132, in *Bull.* 2012, I, no 157, *Rapport annuel* 2012, p. 462 ss.).

³⁷ Cfr. P. MORVAN, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, in *Dalloz*, 2005, n. 4, p. 247 ss.; C. ATIAS, *Moyens de dire le droit «et façon de parler» de la Cour de cassation: une distinction nécessaire*, in *Dalloz*, 2008, n. 3, p. 177 ss.

³⁸ C.H. VAN REE – W. VAN DER WOUDE, *Effects in Time of Judgments in the Netherlands: Prospective Overruling and Related Techniques*, in E. STEINER (ed.), *op. cit.*, pp. 65-80.

tanta, un periodo di fortuna, a cui è seguito un orientamento più severo e restrittivo che, a partire dagli anni Novanta fino ai giorni nostri, ne ha limitato l'ambito di applicazione³⁹;

- d) nella Repubblica ceca il *prospective overruling* conosce un'applicazione estremamente sporadica, poiché solo in casi eccezionali si impedisce a un nuovo orientamento giurisprudenziale di essere applicato retrospettivamente: ciò accade in quelle rare ipotesi in cui nel frattempo sono sorti diritti o aspettative a fronte dei quali l'applicazione del nuovo orientamento risulta contraria ragioni di ordine pubblico. Si tratta, quindi, di casi molto marginali⁴⁰.

Alle corti ordinarie non è invece consentito fare utilizzo del *prospective overruling*:

- a) In Irlanda, ove questo potere è stato utilizzato solo in sede di sindacato costituzionale delle leggi⁴¹;
- b) in Belgio, dove per legge le pronunce della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato possono in determinate circostanze essere private della loro natura l'efficacia retrospettiva, mentre non è ammesso l'impiego di questa tecnica da parte delle corti ordinarie⁴²;
- c) in Grecia, dove l'istituto è sostanzialmente sconosciuto⁴³.

³⁹Attualmente la posizione del *Bundesgerichtshof* sul punto è ben rappresentata dalla sentenza BGH, 19.07.2011 - II ZR 300/08, nella quale la Corte Suprema federale ha stabilito che linea generale il c.d. effetto "pseudo-retrospettivo" della giurisprudenza non rappresenta un problema sotto il profilo teorico: i giudici infatti – afferma il BGH – non sono vincolati dalla giurisprudenza della corte federale, che, essendo stata superata, non è più persuasiva. E tuttavia il principio di legalità e la tutela dell'affidamento impongono che la corte in ciascun singolo caso, individualmente considerato, debba valutare se l'effetto sostanzialmente retrospettivo del nuovo orientamento debba essere limitato per dare continuità alle situazioni giuridiche in essere, le quali, in base ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, vengano giudicati prevalenti rispetto alla giustizia sostanziale del nuovo orientamento. Per una sintesi v. A. SAGAN, *Changing the Case Law pro futuro – a Puzzle of Legal Theory and Practice*, in E. STEINER (ed.), *op. cit.*, pp. 115-142.

⁴⁰Si veda Z. KÜHN, *Towards a Sophisticated Theory of Precedent? Prospective and Retrospective Overruling in the Czech Legal System*, in E. STEINER (ed.), *op. cit.*, pp. 143-161.

⁴¹Cfr. N. CONNOLLY, *The Prospective and Retrospective Effect of Judicial Decisions in Ireland*, in E. STEINER (ed.), *op. cit.*, pp. 27-63.

⁴²S. VERSTRAELEN – P. POPELIER – S. VAN DROOGHENBROECK, *The Ability to Deviate from the Principle of Retroactivity: A Well-Established Practice Before the Constitutional Court and the Council of State in Belgium*, in E. STEINER (ed.), *op. cit.*, pp. 81-113.

⁴³A. KARAMPATZOS – G. MALOS, *The Role of Case Law and the Prospective Overruling in the Greek Legal System*, in STEINER (ed.), *op. cit.*, pp. 163-184.

Per quanto riguarda l'America latina, citerò per brevità i casi di Brasile e Argentina:

- a) in Brasile il *prospective overruling* è utilizzato dal Supremo tribunale federale soprattutto nell'ambito delle sue funzioni di corte costituzionale e sono noti casi di utilizzo dell'istituto da parte del Tribunale superiore di giustizia in materia penale ⁴⁴;
- b) in Argentina due casi interessanti hanno in qualche modo a che vedere con il *prospective overruling*: i casi sono *Strada* e *Tellez*. Nel primo (*Strada*) la Corte suprema ha deciso una questione di competenza, modificando un precedente orientamento consolidato, e nel secondo (*Tellez*) ha ritenuto di non applicare il nuovo orientamento a un caso sottoposto alla sua attenzione, per evitare che la parte rimanesse senza tutela o, per meglio dire, addirittura senza giudice, posto che i termini per adire il giudice competente erano ormai spirati ⁴⁵.

Questi, pur brevissimi, cenni di diritto comparato dimostrano come il *prospective overruling* conosca, in fondo, una discreta diffusione negli ordinamenti di *civil law*, mentre nella madre di tutti gli ordinamenti di *common law* – l'Inghilterra – è stato, addirittura, ripudiato. E la cosa, a valle di quanto si è già detto nei capitoli che precedono, non deve sorprendere: proprio gli ordinamenti di *civil law*, infatti, sono i più inclini ad aderire al creazionismo giuridico, una concezione che implica l'idea che vi sia un'entità – che, alla pari del mitico Codificatore benthamiano – crea ogni norma ⁴⁶: in questa logica, quell'entità può astrattamente anche essere un giudice. Il creazionismo è un modo di pensare, che forse, per il suo profondo, quasi atavico radicamento, potrebbe addirittura essere definito un calco culturale, di cui è difficilissimo liberarsi, che impedisce di pensare che il diritto possa venire ad esistenza, non per un atto volontario, ma come effetto non voluto di atti volontari, quali sono, senz'altro, i provvedimenti giurisdizionali ⁴⁷.

L'idea del *prospective overruling* scandalizza gli inglesi proprio per la

⁴⁴ H. DALLA BERNARDINA DE PINHO, *Judicial Rulings with Prospective Effect in Brazilian Law*, in E. STEINER (ed.), *op. cit.*, pp. 285-312.

⁴⁵ A. RODRÍGUEZ GALÁN, *Judicial Rulings with Prospective Effect in Argentina*, in E. STEINER (ed.), *op. cit.*, pp. 263-284.

⁴⁶ P. SCHOFIELD – J. HARRIS, *J. Bentham "Legislator of the World": Writings on Codification*, Clarendon Press, Oxford, 1998, *passim*.

⁴⁷ M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, cit., pp. 67-101.

loro estraneità culturale al creazionismo, specialmente quando si tratta di “creazionismo giudiziario”, e avvalora, invece, le opinioni di Hobbes e di Bentham secondo i quali i giudici legifererebbero, generando una sorta di legislazione giudiziale che, tuttavia, costituisce un vero ossimoro per qualsiasi giurista inglese, tanto da essere nell’area di *common law* concepibile «solo da filosofi creazionisti affascinati dall’assolutismo continentale e strutturalmente incapaci di comprendere il *common law*»⁴⁸. Per questo probabilmente, a dispetto del suo nome, esso ha avuto una significativa diffusione anche negli ordinamenti di *civil law*, tra i quali oggi figura anche quello italiano, di cui ci si occuperà più approfonditamente nelle pagine che seguono.

4. *Il prospective overruling in Italia*

In questo paragrafo saranno prese in esame le ragioni per le quali si è fatto ricorso nel nostro ordinamento alla tecnica del *prospective overruling*, gli istituti di diritto interno con i quali si realizza presso di noi questa tecnica, le peculiarità che caratterizzano quello che potremmo chiamare, con licenza, il “*prospective overruling* all’italiana”, che finiscono con l’allontanarlo non poco dalla sua versione originale, costituendone una declinazione (solo concettualmente) edulcorata, che qualche malpensante potrebbe perfino tacciare di ipocrisia.

4.1. *Genesis: bisogno di prospective overruling*

Maurizio Lupoi, nell’ambito della sua originale teoria dei flussi giuridici, ha spiegato in vari luoghi che un flusso giuridico non si verifica mai senza una necessità⁴⁹. Qualcosa di molto simile accade per i cc.dd. *legal*

⁴⁸ M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico*, cit., p. 85. Barberis allude chiaramente soprattutto al pensiero di Jeremy Bentham.

⁴⁹ Che il *prospective overruling* costituisca un vero e proprio flusso giuridico nei termini in cui Lupoi lo intende è fuor di dubbio, se è vero che, come si è osservato in apertura del presente capitolo, la giurisprudenza fa ormai un uso massiccio di questa espressione (v. *supra*, nt. 1): l’a., infatti, afferma che «una sicura spia dell’ingresso di un flusso giuridico proveniente da sistemi appartenenti ordinamenti diversi dal nostro è il linguaggio» (M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Na-

*transplants*⁵⁰. Per Lupoi un “flusso giuridico” è un qualsiasi dato dell’esperienza giuridica (ossia: una tesi dottrinale, un rimedio processuale, un particolare assetto delle fonti o di una fonte, un singolo termine, un principio di diritto, una tecnica di analisi, una struttura negoziale ecc.) il quale, proprio di un sistema, sia percepito in un altro e qui introduca un elemento di squilibrio. La nozione di flusso giuridico, per varie ragioni che si andranno chiarendo, è particolarmente utile ai nostri fini. Il *prospective overruling*, infatti, risponde a tutti i requisiti tipici del “flusso giuridico”: esso è una tecnica, nata nell’ordinamento statunitense, che è stata percepita come idonea anche a soddisfare un certo bisogno sorto nel nostro ordinamento. Va precisato che, poiché ciascun sistema tende alla stabilità, il flusso giuridico, provenendo dall’esterno, destabilizza il sistema introducendo un elemento di squilibrio, sicché alla fine quel flusso verrà respinto o metabolizzato. Non è necessario in questa sede prendere posizione sulla validità generale della teoria dei flussi elaborata da Lupoi; essa, tuttavia, risulta qui particolarmente congeniale al fine di mettere in luce alcuni dei profili più interessanti e, al contempo, più critici che attengono al *prospective overruling* e alla sua importazione – ancorché, come si vedrà, “geneticamente modificata” – nel nostro ordinamento.

Il punto di partenza, come si è già anticipato, attiene alle ragioni per le quali si è invocata la tecnica del *prospective overruling*: appare di una certa importanza procedere a individuare il bisogno che l’importazione di questa tecnica è stata chiamata a soddisfare.

È a tutti noto che, a partire dalla fine del primo decennio del XXI secolo, la giurisprudenza della Cassazione, abbandonando interpretazioni consolidate di disposizioni processuali, ha creato i presupposti affinché dette regole del processo, interpretate secondo il nuovo orientamento, potessero dar luogo – ora per allora – a decadenze verificatesi in costanza di un precedente orientamento, per così dire, più garantista⁵¹. Ecco, allora,

poli, 2001, p. 63 ss. nonché p. 73 ss.); con specifico riferimento al tema qui trattato v. *Id.*, *La percezione della funzione del precedente quale flusso giuridico*, in in L. VACCA (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC – Perugia, 25-26 giugno 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 85 ss.)

⁵⁰ Per un approccio critico al tema v. P. LAGRANDE, *The Impossibility of ‘Legal Transplants’*, in 4 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 1997, p. 111 ss.; M. TARUFFO, *Alcuni trapianti processuali*, versione scritta – che ho potuto leggere per cortesia dell’a. – della Relazione che sarà presentata al *XI Congresso Internacional de Derecho Procesal*, che si terrà nei giorni 16-18 agosto 2018 presso l’Università di Medellin (Colombia), in corso di pubblicazione negli atti del congresso.

⁵¹ Ricorda G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (conside-*

affacciarsi nella stessa giurisprudenza la necessità di trovare un espediente in grado di coniugare l'evoluzione giurisprudenziale del diritto con la tutela dell'affidamento delle parti⁵². Infatti, a fronte dell'opinione consolidata secondo la quale nel nostro ordinamento la giurisprudenza non *crea*, ma *interpreta* norme, con la conseguenza che il *dictum* che incorpora una nuova interpretazione non può che avere un'efficacia retroattiva, si è – in concreto – posto il problema di tutelare l'affidamento incolpevole della parte che avesse legittimamente confidato in un consolidato orientamento venuto improvvisamente meno⁵³. Che questa sia un'esigenza insopprimi-

razioni sul difficile rapporto fra giudice e legge), in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 6 ss., ora anche in *Id.*, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., p. 93 ss. che il problema del mutamento di giurisprudenza in ordine a disposizioni processuali si è posto: *a*) in relazione alla impugnazione del provvedimento di liquidazione delle competenze al c.t.u. (Cass., sez. un., 3 settembre 2009, n. 19161); *b*) all'ammissibilità dei ricorsi per motivi attinenti alla giurisdizione, quando la questione non sia stata proposta in appello (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883); *c*) alla tempestività della notificazione non andata a buon fine (Cass., 25 febbraio 2011, n. 4687); *d*) all'improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo per tardiva costituzione dell'opponente (Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246); *e*) alla forma della domanda con cui si chiede l'annullamento di una deliberazione condominiale (Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8491); *f*) alla decorrenza del termine per l'iscrizione a ruolo della causa quando la citazione sia notificata a più convenuti (Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864); *g*) alla decorrenza del termine breve per l'impugnazione delle sentenze del Tribunale superiore delle acque pubbliche in unico grado, decorrente dalla notifica della copia integrale del dispositivo, indipendentemente dalla registrazione della sentenza stessa (Cass., sez. un., 30 marzo 2010, n. 7607).

⁵² Si vedano, per due soluzioni diverse – di cui si darà più compiutamente conto *infra* – Cass., 2 luglio 2010, n. 15812, valorizzata in questo senso, con osservazioni adesive, da G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali e "giusto processo"*, cit., p. 1390; A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, cit., p. 1165 ss.; C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali*, in *Riv. dir. Proc.*, 2011, p. 1337 ss., nonché, per una soluzione di diverso tenore, Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, propiziata da R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 311 ss. e, poi, dallo stesso particolarmente apprezzata (cfr. *Id.*, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro it.*, 2011, I, c. 3344 ss.).

⁵³ Il punto più alto del conflitto tra le ragioni dell'evoluzione e quelle dell'affidamento, aggravato, nel caso specifico, dall'inconsistenza delle prime (a dirlo chiaramente, tra i primi, A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, cit., p. 1165 ss.), è stato probabilmente toccato con Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, che, oltre ad aver provocato un vero e proprio terremoto processuale, ha dato la stura – per continuare nella metafora – ad uno sciame sismico di notevoli proporzioni, rendendo necessa-

mibile lo dimostrano gli sforzi che, con approccio realistico, la quasi totalità della giurisprudenza di merito ha profuso in molte direzioni, a valle di Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, per impedire che fossero dichiarati inammissibili i giudizi di opposizione a d.i. in cui la costituzione dell'opponente era avvenuta, secondo la consolidata lettura degli artt. 163 e 645 c.p.c., tra il sesto e il decimo giorno successivi alla notifica, in assenza di abbreviazione del termine dilatorio di 90 gg.⁵⁴

4.2. *Tecniche di attuazione del prospective overruling*

Delineate, così, in sintesi le ragioni che stanno alla base del bisogno al quale il *prospective overruling* risponde, va svolta qualche riflessione sulle modalità con le quali questo – almeno apparente – *legal transplant* riceve attuazione nel nostro ordinamento. Come si è già detto in apertura di questo capitolo, di *prospective overruling* si discorre ormai correntemente in giurisprudenza e in dottrina. Tuttavia, poiché si tratta di una pratica che è nata e si è diffusa in altri ordinamenti, la sua importazione nel nostro deve fare certamente i conti – pena un potenziale rigetto – con gli istituti che le regole del processo offrono. Si sono, quindi, fatte strada due diverse soluzioni teoriche che hanno animato il dibattito dottrinale, fin quasi a determinare la formazione di due contrapposti “schieramenti”.

Secondo una prima proposta teorica, continuare ad attribuire efficacia meramente dichiarativa all'interpretazione giudiziale configurerebbe

ri ulteriori interventi delle sezioni unite, un intervento del legislatore (l. 29 dicembre 2011, n. 218 che all'art. 1 ha soppresso l'inciso «ma i termini si comparizione sono ridotti alla metà» nell'art. 645, c. 2, c.p.c. e con l'art. 2 ha dato un'interpretazione autentica dell'art. 165, c. 1, c.p.c.), nonché un intervento della Corte costituzionale (Corte cost., ord., 6 marzo 2013, n. 35 e Corte cost., ord., 10 aprile 2014, n. 92).

⁵⁴ Ciò è avvenuto, come correttamente sintetizza Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144: «In taluni casi, invero, attestandosi sulla praticabilità dell'istituto della rimessione in termini; in altri casi, attribuendo efficacia vincolante alla giurisprudenza precedente ed assimilando il nuovo arresto ad una sorta di *ius superveniens*, operante, come tale, solo pro futuro; in altri ancora, ravvisando nella giurisprudenza della Corte Europea, che impone la “conoscibilità della regola di diritto e la ragionevole prevedibilità della sua applicazione”, un ostacolo insormontabile alla retroattività del *dictum* di Sez. un. 19246/2010; in altri casi, infine, privilegiando la lettura esegetica precedente all'*overruling* (sulla base, per altro, di argomenti che trovano eco nella ordinanza interlocutoria n. 6514 del 22 marzo 2011, con cui la Sezione Terza ha nuovamente rimesso a queste Sezioni unite la questione interpretativa dell'art. 645 c.p.c.).».

una mistificazione della realtà e renderebbe necessario – allo scopo di offrire adeguate tutele – il ricorso a più d’una finzione⁵⁵. Ne deriverebbe l’opportunità di modificare la teoria, tenendo debitamente in conto quelli che vengono denominati fatti “tiranni”, i quali, in ragione della loro eccezionalità, legittimerebbero l’invocazione del principio del giusto processo, al fine di sottrarre vicende come quelle scaturite da Cass. n. 19246 del 2010 alla regola della retroattività del mutamento di giurisprudenza. In quest’ottica – si sostiene – «se il giusto processo è una norma giuridica (una sintesi di norme giuridiche) e se le norme giuridiche hanno la virtù di disciplinare direttamente i fatti della vita, non vi è dubbio che la garanzia del giusto processo impone di limitare, in questo caso, l’efficacia retroattiva del mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione [...], senza necessità di richiedere la dimensione in termini, poiché l’affidamento nel precedente orientamento di giurisprudenza [...] è *in re ipsa* incolpevole»⁵⁶.

L’impostazione teorica, che sta dietro questa tesi, in qualche modo rievoca l’idea – sostenuta soprattutto da Pizzorusso⁵⁷ – che il precedente, anche laddove abbia un’efficacia meramente persuasiva, possa ben essere considerato fonte di norme dirette ad integrare l’ordinamento giuridico di riferimento, ma non si regge su di essa, poiché, essendo la giurisprudenza pur sempre fonte di «norme interpretative», alle pronunce giudiziarie dovrebbero comunque essere riconosciuti *naturaliter* effetti retroattivi⁵⁸. Le cose, però – secondo questa tesi – cambiano quando il mutamento di giu-

⁵⁵ Riteniamo di poter affermare che il più convinto sostenitore di questa tesi è probabilmente Remo Caponi, che in più occasioni l’ha patrocinata con solidi argomenti anche di teoria generale, i quali, tuttavia, non hanno persuaso altra parte della dottrina (cfr. *infra* nel testo e nelle note): cfr. R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, cit., c. 311 ss.; ID., *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, cit., p. 3344 ss. Cfr. anche A. PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, cit., 117 ss., spec. 119; C.M. BARONE – R. CAPONI – G. COSTANTINO – D. DALFINO – A. PROTO PISANI – G. SCARSELLI, *Le Sezioni Unite e i termini di costituzione dell’opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., c. 3031 ss.; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, cit., p. 1074 ss.; ID., *La data certa del credito nell’accertamento del passivo: “della corte il fin è la meraviglia”*, in *Foro it.*, 2011, I, c. 74 ss.

⁵⁶ R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, cit., p. 3344 ss.

⁵⁷ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, II ed., Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 2011, p. 723 ss.

⁵⁸ R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, cit., p. 3344 ss. L’aveva già in passato più ampiamente indagato il problema della retroattività in ID., *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1332 ss.

risprudenza abbia ad oggetto l'interpretazione di norme processuali: in questo caso, l'economia dei giudizi⁵⁹ e il principio del giusto processo⁶⁰ dovrebbero impedire che quello che viene denominato, ancorché di fonte giurisprudenziale, *ius superveniens* finisca col rimettere in discussione l'unità e la coerenza dell'interattività processuale o – meglio – l'unità e la coerenza dell'attività processuale già svolta con quella futura⁶¹. Ne deriverebbe la necessità di applicare, in caso di mutamenti di giurisprudenza costante sull'interpretazione di norme processuali, un nuovo principio di diritto intertemporale, che, con un adattamento dell'antico principio *tempus regit actum*, potrebbe efficacemente esprimersi con il neo-brocardo *tempus regit processum*⁶².

Questa tesi, fatta propria – almeno in parte – da Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144⁶³, non è stata, tuttavia, ritenuta condivisibile dalla

⁵⁹R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza*, cit., c. 311 ss. e spec. § 7.

⁶⁰R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, cit., p. 3344 ss. e spec. §§ 8 e 9.

⁶¹R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza*, cit., c. 311 ss.

⁶²Così, ancora, R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza*, cit., c. 311 ss., spec. § 7, ma anche, anteriormente, ID., «*Tempus regit processum*» – *Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 449 ss.; in senso adesivo v. COMOGLIO P., *La «puntualizzazione» delle sezioni unite sui termini di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo: nomofilchia o nomoprotagonismo?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 257 ss.; *contra*, invece, oltre gli altri aa. che si indicheranno *infra*, v. specialmente B. CAPPONI, *Il diritto processuale civile «non sostenibile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 855 ss., che ha recisamente negato il fondamento positivo del principio in parola.

⁶³In questo senso v. R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, cit., p. 3344 ss.; *contra* C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, cit., p. 3166 ss. La sentenza in parola, in effetti, presenta profili di ambiguità: per un verso nel testo si legge, infatti, che «Ad una diversa conclusione potrebbe invero giungersi solo ove si ritenga che la precedente interpretazione, ancorché poi corretta, costituisca il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con essa (*ut lex temporis acti*). Ma con ciò, all'evidenza, si trasformerebbe una sequenza di interventi accertativi del contenuto della norma in una operazione di creazione di un *novum ius*, in sequenza ad un *vetus ius*, con sostanziale attribuzione, ai singoli arresti, del valore di atti fonte del diritto, di provenienza dal giudice: soluzione non certo coniugabile con il precetto costituzionale dell'art. 101 Costituzione», ma poco dopo si afferma «la considerazione dell'esigenza, su cui induce a riflettere autorevole dottrina, del non alterabile parallelismo tra legge retroattiva ed interpretazione giurisprudenziale retroattiva, per il profilo dei limiti, alla retroattività della regola, imposti dal principio di ragionevolezza, quali enucleati, al riguardo, da copiosa giurisprudenza della Corte Costituzionale (nn. 118/57; 349/85; 822/88; 233/89; 155/90; 402/93 *ex plurimis*) [...] autorizza a ritenere che ciò che non è consentito alla legge non possa similmente essere consentito alla giurisprudenza»; ed infine: «il valore del giusto

dottrina maggioritaria⁶⁴, la quale la ripudia, principalmente per il fatto che il nostro ordinamento disconosce alle pronunce della Corte suprema un'efficacia vincolante, anche quando provengano dalle sezioni unite. Ciò discende dal fatto che l'art. 101, c. 2, Cost., assoggetta i giudici soltanto alla legge e consente, pertanto, loro di interpretarla anche in modi differenti, ma pur sempre in applicazione di criteri di conformità alla legge stessa⁶⁵. Detto principio – si è giustamente osservato – non è scalfito né

processo può trovare diretta attuazione attraverso l'esclusa operatività, come detto, della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa» (Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, pubblicata in *Foro it.*, 2011, I, c. 2254, con note di G. COSTANTINO e G. MAZZULLO, e *ivi*, c. 3343, con nota R. CAPONI; in *Corriere giur.*, 2011, 1392, con nota di F. CAVALLA – C. CONSOLO – M. DE CRISTOFARO, *Le sezioni unite aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*; in *Mass. giur. lav.*, 2011, p. 857, con nota di G. IANNIRUBERTO, *Mutamenti di giurisprudenza e diritto di difesa delle parti*; in *Guida al dir.*, 2011, fasc. 32, p. 38, con nota di E. SACCHETTINI, *Le buone intenzioni del collegio di legittimità mettono a rischio i cardini dell'ordinamento*; in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1078, con nota di M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*). La sentenza, invero, aspira a salvare sia la tesi della rimessione in termini, sia la tesi dello *ius superveniens*, predicando la percorribilità della prima quando venga in rilievo la *forma* dell'atto (come accadde con Cass., 17 giugno 2010, n. 14627, in *Foro it.*, 2010, I, c. 6050 ss.; in *Rass. trib.*, 2011, p. 181, con nota di Biavati) e della seconda quando, invece, come nel caso deciso, venga in rilievo la *tempestività* dell'atto. Il *distinguo*, tuttavia, lascia perplessi e appare forse troppo esile per reggere, su due fronti, approcci così – almeno all'apparenza – radicalmente diversi sotto il profilo teorico.

⁶⁴ Non condividono, tra gli altri, la tesi dello *ius superveniens* irretroattivo: G. TRISORIO LIUZZI, *La dimidiazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo torna alle Sezioni Unite unitamente agli effetti del mutamento di giurisprudenza*, cit., p. 441 ss.; A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, cit., p. 1165 ss.; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali e "giusto processo"*, cit., p. 1390; C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali*, cit., p. 1337 ss.; C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, cit., p. 3166 ss. e spec. p. 3168; M. BOVE, *Per evitare improcedibilità di massa l'unica via di uscita sembra la dimensione*, in *Guida dir.*, 2010, 42, p. 30 ss. Per riferimenti giurisprudenziali v. *infra* testo e note.

⁶⁵ Così, in sintesi, G. TRISORIO LIUZZI, *La dimidiazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo torna alle Sezioni Unite unitamente agli effetti del mutamento di giurisprudenza*, cit., p. 441 ss. e spec. p. 447. Meritano qui, inoltre, di essere ricordate le parole di C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, cit., p. 3166 ss., secondo il quale «Il nostro sistema costituzionale – ed in particolare l'art. 101 Cost. – non tollera la postulata sovrapposizione tra funzione legislativa e funzione giudiziale; e ciò ancorché qualsiasi

dall'art. 374, c. 3, c.p.c., (che, com'è noto, prevede che la sezione semplice della cassazione, se non condivide il principio enunciato dalle sezioni unite, debba rimettere a queste ultime decisione del ricorso), né dall'art. 360-*bis* c.p.c., che disciplina il c.d. "filtro" in Cassazione, prevedendo sì l'inammissibilità del ricorso, quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Cassazione, ma senza per ciò istituire alcun vincolo formale in grado di contraddire il principio generale di cui all'art. 101 Cost.⁶⁶.

A queste considerazioni si è aggiunto – a rafforzare un'affermazione contenuta nella appena citata Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144 (di cui si è già segnalata qualche ambiguità), secondo cui «una interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo che sia poi riconosciuta errata, e quindi *contra legem*, non può, per la contraddizione che non lo consente, essere considerata la *lex temporis*» – che la tesi dello *ius superveniens* è in contrasto con i principi inderogabili del nostro ordinamento, tanto da condurre a conseguenze inique e irragionevoli, del tutto incompatibili con l'obiettivo del giusto processo⁶⁷. In tal senso si pone in luce come essa finisca per andare a detrimento della tutela di colui che, con successo, abbia sollecitato un mutamento di giurisprudenza da parte della Cassazione, invocando (quella che poi si rivelerà effettivamente) una corretta interpretazione delle disposizioni processuali: l'accoglimento, infat-

decisione giudiziale sia ascrizione del senso ad un progetto normativo, e quindi nella sostanza abbia un certo grado di innovatività. L'agire dei giudici e del Legislatore può essere molto simile, ma i due piani devono comunque essere tenuti distinti, perché la creazione di senso decisorio da parte dei giudici deve avvenire attraverso l'esercizio della congenialità con il precetto, ossia con il programma decisorio normativo, ed è quindi qualitativamente diversa dalla scelta che è insita in ogni atto di normazione. La tesi della dichiaratività di ogni pronuncia giurisprudenziale va dunque tenuta ferma (pur se entro certi limiti risulta una consapevole e benefica *factio*): ogni pronuncia giurisprudenziale vale nell'ordinamento come dichiarativa, anche se fatalmente ha un portato innovativo».

⁶⁶ G. TRISORIO LIUZZI, *La dimidiazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., p. 448. In senso conforme: M. BOVE, *Per evitare improcedibilità di massa l'unica via di uscita sembra la dimensione*, cit., p. 30 ss. L'argomento, però, è "a doppio taglio": se è vero che nel nostro ordinamento il precedente non ha efficacia vincolante, così come non vi sarebbe bisogno di applicare la tesi dello *ius superveniens* irretroattivo (perché di nuovo *diritto* non si può – forse: deve? – parlare), non vi sarebbe nemmeno la necessità – anzi: forse mancherebbero proprio i presupposti – per applicare l'istituto della rimessione in termini. Ne costituisce conferma il rigetto da parte dell'ordinamento inglese – ove certamente vige la regola dello *stare decisis* – del *prospective overruling* (di ciò già si è detto *supra*, par. 3 al quale si rimanda).

⁶⁷ Così, quasi testualmente, G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali e "giusto processo"*, cit., p. 1390 ss. e spec. p. 1399.

ti, della tesi dello *ius superveniens* si tradurrebbe in tal caso nel dovere del giudice di legittimità di cassare una sentenza di merito che, anticipando un mutamento giurisprudenziale poi avallato dalla Corte stessa – quello che in *common law* prende propriamente il nome di *anticipatory overruling*⁶⁸ – aveva formulato un’interpretazione corretta della norma processuale, così in definitiva privando il ricorrente vittorioso del – per così dire – “giusto premio” per aver insistito in Cassazione nel patrocinare un orientamento giurisprudenziale infine ritenuto esatto dalla stessa Corte⁶⁹. Questa tesi, insomma, finirebbe col perpetuare l’applicazione di norme processuali che, per quanto frutto di interpretazioni consolidate, sono tuttavia «ritenute dalla Corte errate o comunque non più compatibili con il mutato quadro costituzionale o legislativo»⁷⁰. In definitiva, in quest’ottica, la teoria criticata sarebbe contrastante non solo con il principio dell’assoggettamento del giudice soltanto alla legge, di cui all’art. 101 Cost., ma anche con il canone del giusto processo consacrato dall’art. 111 Cost.

Ne discende che il rimedio appropriato non sarebbe quello del c.d. «*ius superveniens* irretroattivo», ma quello – già a suo tempo adombrato dalla Cassazione⁷¹ e successivamente fatto proprio dalla giurisprudenza che appare prevalente⁷² – della rimessione in termini, oggi disciplina-

⁶⁸ Si ha *anticipatory overruling* quando una corte inferiore, anticipando – appunto – un futuro prevedibile mutamento di giurisprudenza della Corte suprema, si discosta da un precedente, ritenendo assai probabile, in base allo stato della giurisprudenza (inclusiva delle *dissenting opinion*), che questo verrà a breve superato: in argomento v., nella letteratura in lingua italiana, per tutti U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IV ed., vol. XIV, 1996, Utet, Torino, p. 151 ss. e spec. p. 162; ID., *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 295 ss.

⁶⁹ Così, ancora, G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza*, cit., p. 1400. Ha condiviso questa prospettiva in giurisprudenza Cass., sez. un, ord. 11 aprile 2011, n. 8127.

⁷⁰ G. RUFFINI, *op. loc. ultt. citt.*

⁷¹ Ci si riferisce a Cass., 2 luglio 2010, n. 15812 (COSÌ A. BRIGUGLIO, *L’overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell’opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, cit., p. 1165 ss.)

⁷² In giurisprudenza la tesi dello *ius superveniens*, già implicitamente respinta da Cass. 12 giugno 2010, n. 14627 a favore del rimedio della rimessione in termini, è stata poi espressamente ripudiata da Cass., 25 febbraio 2011, n. 4687, la quale ha statuito che «Il tema, della tutela dell’affidamento nel precedente orientamento giurisprudenziale, non è risolvibile con gli strumenti adoperati negli ordinamenti in cui la giurisprudenza è considerata, anche formalmente, quale fonte del diritto oggettivo (ad es., nel sistema statunitense, con la *prospective overruling*), soccorrendo, piuttosto, la categoria dell’errore incolpevole

to dall'art. 153, c. 2, c.p.c.⁷³. Quest'ultimo, infatti, in virtù degli effetti necessariamente bilaterali che lo connotano, si presta non solo a salvaguardare l'interesse della parte pregiudicata dal mutamento di giurisprudenza, ma a proteggere anche la controparte, interessata a compiere attività processuali non ancora compiute che potrebbero rendersi, tuttavia, necessarie od opportune a seguito della attività processuale che «la parte incolpevolmente decaduta sia ammessa a compiere tardivamente o che, per effetto della rimessione, sia considerata tempestivamente compiuta»⁷⁴. L'istituto di cui all'art. 153, c. 2, c.p.c., peraltro, andrebbe interpretato e applicato nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, sicché, nel caso in cui si ponga solo un problema di tempestività dell'atto, la rimessione in termini, eventualmente riconosciuta sulla base della tutela dell'affidamento incolpevole, si ridurrebbe a negazione della decadenza che, invece, si produrrebbe in virtù della nuova interpretazione giurisprudenziale⁷⁵. Un espediente, quest'ultimo, certamente in grado di scongiurare un'applicazione irragionevole dell'istituto, ma al contempo fatalmente rivelatore della fragilità, specie in questo frangente, del crinale che dovrebbe separare con una certa robustezza la tesi dello *ius superveniens* da quella della rimessione in termini, spesso presentate come incompatibili, ma qui pericolosamente prossime. La differenza – si dirà – tra le due impostazioni è certamente più profonda, legata alla concezione della natura dell'attività giurisdizionale e del formante giurisprudenziale⁷⁶, e tuttavia in momenti come questo, in cui la rimessione in termini si traduce nella inapplicabilità della nuova regola a un atto già

e la conseguente esclusione della rilevanza preclusiva per la parte che, conformatasi alla consolidata interpretazione giurisprudenziale delle norme regolatrici del processo data dalla Corte di cassazione, sia successivamente travolta dal mutamento, *l'overruling*, ad opera della stessa corte (di recente, v. Cass. 17 giugno 2010, n. 14627, [in *Foro it.*, 2010, I, c. 3050]; Cass. 2 luglio 2010, n. 15809, [in *Foro it.*, 2011, I, c. 144], e n. 15811, [in *Foro it.*, 2010, I, c. 3050]). Sulle oscillazioni della giurisprudenza v. *infra* testo e note.

⁷³ In generale sulla rimessione in termini nel processo civile v. R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1996, *passim*; F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 1997, *passim*; E. BALBI, voce *Rimessione in termini (diritto processuale civile)*, in *Encicl. giur.*, vol. XXVI, Treccani, Roma, 1993, p. 1 ss. e, più di recente, R. CAPONI, voce *Rimessione in termini nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, IV ed., agg. Vol. IV, Utet, Torino, 2010, pp. 5-16.

⁷⁴ G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza*, cit., p. 1404.

⁷⁵ G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza*, cit., p. 1405; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, cit., p. 1074 ss. e spec. p. 1089.

⁷⁶ Anche se, per la verità, si è cercato giustamente di tenere distinti i due profili: cfr. R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, cit., p. 3344 ss. e spec. § 5.

compiuto, si fa più ardua l'impresa di vedere con chiarezza quelle differenze cruciali che dovrebbero contrapporre le due teorie. L'evanescenza di tali differenze alimenta il sospetto che la contrapposizione teorica celi in qualche modo una contrapposizione più schiettamente ideologica, al centro della quale si pongono forse anche alcuni tabù culturali difficili – qualcuno potrà dire: per fortuna! – da rimuovere: mi pare, ad es., evidente che chi patrocina la tesi della rimessione in termini non sia disposto ad accettare, nemmeno come eccezione alla regola, che un pronunciamento giurisprudenziale possa avere efficacia solo per il futuro, ripudiandosi l'idea che quest'ultimo possa essere equiparato, anche solo *quoad effectum*, ad una norma di legge. Resta in ogni caso il fatto che, a differenza dello *ius superveniens*, l'applicazione della rimessione in termini *ex art. 153, c. 2, c.p.c.*, per un verso, presuppone l'istanza di parte e l'allegazione (e la prova) dell'errore incolpevole, causato dall'affidamento in un'interpretazione consolidata di una regola del processo, poi superata⁷⁷, sulla quale anche controparte deve poter interloquire, e, per altro verso, impone, in virtù del principio di parità delle armi, al giudice che la conceda di consentire a controparte di compiere le attività processuali non compiute ed eventualmente da compiersi in seguito alla rimessione in termini⁷⁸. Quest'ultima appare, quindi, ai più lo strumento migliore e meno problematico, di cui dispone il nostro ordinamento per la tutela dell'affidamento incolpevole, a fronte di mutamenti giurisprudenziali nell'interpretazione delle regole del processo⁷⁹.

⁷⁷ G. RUFFINI, *op. loc. ultt. citt.*; G. COSTANTINO, *op. ult. cit.*, p. 1074 ss. e spec. pp. 1089 e 1092; *contra* A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, cit., p. 1165 ss., secondo il quale la rimessione è «praticabile, nel nostro caso, anche *ex officio*, visto che il presupposto della rimessione in termini officiosa che la Sezione Seconda [l'a. si riferisce a Cass. Sez. II, 2.7.2010, n. 15812] considera – la normale e fisiologica conoscibilità della giurisprudenza pregressa e di quella innovativa della Suprema Corte, piuttosto che una causa non imputabile appartenente alla sfera privata della parte – può e deve predicarsi per il giudice di merito non meno che per la stessa Suprema Corte»; dubitativamente, ma parrebbe favorevole alla rimessione *ex officio* E. D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1480 ss., adombrando istanze pubblicistiche che potrebbero imporre al giudice il giudice, non solo su istanza di parte, ma d'ufficio, di rimettere in termini la parte pregiudicata, così ristabilendo la garanzia del giusto processo.

⁷⁸ G. RUFFINI, *op. loc. ultt. citt.*

⁷⁹ *Contra*, invece, R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza*, cit., c. 311 ss., di cui vale la pena di riportare il pensiero alla lettera: «Pur con tutta la simpatia che possiamo nutrire nei

A fronte delle riflessioni maturate in dottrina, riconducibili, pur con diverse sfumature, essenzialmente a due differenti, ma chiari, orientamenti, la giurisprudenza ha manifestato, dal canto suo, posizioni meno manichee e più ecumeniche, più ispirate probabilmente da istanze di concretezza che da preoccupazioni teoriche, sì da rendere *prospective overruling* e *ius superveniens*, da un lato, e rimessione in termini, dall'altro, non sempre nettamente distinguibili⁸⁰. La commistione risulta ancor più evidente considerando che la locuzione *prospective overruling* è usata ormai molto di frequente dalla giurisprudenza di legittimità, ove non di rado si discorre perfino di un «principio del *prospective overruling*»⁸¹, da attuarsi mediante.... rimessione in termini⁸²!

confronti di un istituto come quello della rimessione in termini, quasi tutti i tratti salienti di quest'ultimo non quadrano se applicati a questa fattispecie. La rimessione in termini presuppone: a) l'inosservanza di un limite temporale assegnato al compimento di un atto processuale; b) il verificarsi di un impedimento di fatto puntuale e tendenzialmente limitato alla parte, non imputabile a quest'ultima; c) l'apprezzabilità dell'impedimento, in quanto tale, con una valutazione già coeva al verificarsi di quest'ultimo; d) l'accertamento in concreto dell'impedimento, sulla base degli elementi forniti dall'istanza della parte, che lasci al giudice significativi margini di valutazione circa la sussistenza o meno del fatto che ha impedito il tempestivo compimento dell'atto. Viceversa, in questa fattispecie: a) il limite temporale previsto per la costituzione in giudizio dell'opponente è stato a suo tempo osservato; b) non si è verificato un impedimento incolpevole, bensì non si è verificato nessun impedimento; non c'è errore scusabile, bensì manca proprio l'errore; c) l'impedimento viene supposto come esistente unicamente con una valutazione ex post, dettata dal sopravvenire di un evento (mutamento dell'orientamento costante di giurisprudenza sull'interpretazione di una norma processuale), che viene artificiosamente qualificato come «venir meno dell'impedimento»; d) l'accertamento in concreto dell'impedimento è superfluo, come è superflua l'istanza della parte, né sussiste un significativo margine di apprezzamento da parte del giudice. In altri termini, applicare la rimessione in termini in questa fattispecie è una vera e propria finzione. Non ho nulla contro le finzioni giuridiche, se non è possibile o opportuno ricorrere alla realtà giuridica, ma in questo caso ricorrere alla realtà giuridica è possibile ed opportuno».

⁸⁰ Può darsi che non abbia contribuito a chiarire il sottile *distinguo* a suo tempo operato da Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144 (sul quale v. *supra*, nt. 62).

⁸¹ Così, ad es., Cass., 21 gennaio 2015, n. 950 e, nella giurisprudenza amministrativa, Cons. St., ad. pl., 27 luglio 2016, n. 19

⁸² Si prenda ad es. il seguente passo tratto da Cass., ord., 20 dicembre 2017, n. 30622: «Ai fini [...] di una rimessione in termini non appare infine invocabile – come invece dedotto dal ricorrente – un incolpevole affidamento dell'impugnante in applicazione del cd. *prospective overruling*»; o quello tratto dalla appena cit. Cass., ord., 24 marzo 2014, n. 6862, secondo la quale i ricorrenti «non possono invocare per conseguire la rimessione in termini [...] i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in materia di *prospective overruling*, che non si applicano ad una scelta interpretativa di merito»; o, ancora, Cass., 28 febbraio 2012, n. 3042 in cui si fa riferimento ad altra precedente pronuncia (Cass., 7

È piuttosto evidente, allora, che la giurisprudenza ritiene che la seconda costituisca (o, quantomeno, possa costituire) strumento di attuazione del primo, ma forse non si avvede che, a rigore, si dovrebbe negare la compatibilità logica tra *prospective overruling* e rimessione in termini: se, infatti, l'applicazione del nuovo orientamento giurisprudenziale vale solo per il futuro – in questo propriamente consiste, come si è visto, il *prospective overruling* – non vi sarà la necessità di ricorrere alla rimessione in termini; viceversa, quest'ultima sarà necessaria e utile solo se si continuerà a predicare, secondo la teoria classica – che i *common lawyer* denominano «*declaratory theory of adjudication*» – e senza eccezioni la natura dichiarativa e la correlativa efficacia retroattiva del nuovo orientamento.

La giurisprudenza se, per un verso, ha manifestato – come si vedrà: non per caso – queste incertezze sotto il profilo concettuale (e terminologico), ha, tuttavia, per altro verso, avuto certamente il merito di mettere in chiaro i presupposti che legittimano la parte ad invocare la tutela dell'affidamento incolpevole in presenza di un intervenuto mutamento giurisprudenziale⁸³, cosa che ci consente di tirare le fila e chiudere l'indagine sui profili istituzionali di quello che viene ormai considerato un principio di diritto (processuale). La Cassazione, a questo proposito, ha ribadito, a partire da Cass., 27 dicembre 2011, n. 28967, che «affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattivo come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, ovvero affinché si possa parlare di “*prospective overruling*”, devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti:

- 1) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo;
- 2) che tale mutamento sia stato imprevedibile⁸⁴ in ragione del caratte-

febbraio 2011, n. 3030), che avrebbe «escluso un'applicazione – mediante rimessione in termini – di *prospective overruling*».

⁸³Uno dei saggi che meglio illustrano in senso critico, anche con venature di sagace ironia, la posizione della Cassazione sul punto resta, ad avviso di chi scrive, quello di C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, cit., p. 3166 ss. (in nota a Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n.151 e a Cass., sez. un., 12 ottobre 2012, n.17402), il quale esprimeva la propria critica anche rispetto a posizioni che la Corte suprema avrebbe consolidato in seguito.

⁸⁴La giurisprudenza esclude fermamente che si possa discorrere di imprevedibilità quando vi fossero già contrasti giurisprudenziali: da ultimo v. Cass., ord., 12 gennaio 2018, n. 704, che ha ribadito come si debba escludere che il ricorrente possa versare in una condizione di pregiudizio tale da risultare meritevole di tutela, quando le sezioni unite siano intervenute in una situazione di contrasto giurisprudenziale che non rendeva – proprio per

- re lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso ⁸⁵;
- 3) che il suddetto “*overruling*” comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte» ⁸⁶.

Questo orientamento – che, peraltro, sembrerebbe abbracciare la tesi dello *ius superveniens* irretroattivo – è stato successivamente ribadito da varie altre sentenze a sezioni semplici ⁸⁷, nonché da Cass., sez. un., 16 giugno 2014, n. 13676.

questo – affatto imprevedibile la soluzione dello stesso per effetto dell'intervento nomofilatico. In dottrina *contra* E. D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, cit., p. 1480 ss.

⁸⁵ C. CONSOLO, *op. loc. ultt. citt.* ebbe già, come detto, a criticare il criterio distintivo che dovrebbe consentire di sceverare tra *overruling* “innocuo” e “lesivo”, così opinando: «non è la possibilità di “fiutare” il mutamento di giurisprudenza che può fare da discriminare tra casi meritevoli e non meritevoli di rimessione in termini, ma la circostanza che vi sono casi che si pongono al di fuori di quella cornice valoriale senza la quale l'invocazione della rimessione in termini “a maglie larghe”, ossia non solo per caso fortuito o forza maggiore ma anche per errore scusabile, non ha senso. Non qualunque errore astrattamente scusabile può fondare la rimessione in termini, ma solo quell'errore scusabile che, se non ovviato, penalizza la parte incidendo sull'effettività della tutela».

⁸⁶ Il testo virgolettato è tratto dalla massima; la numerazione è aggiunta. La sentenza è pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 412, con nt. di Viale. In questo caso il ricorrente invocava l'applicazione del *prospective overruling* in presenza di un mutamento di giurisprudenza relativamente alle garanzie procedurali di cui alla l. n. 300 del 1970, art. 7, cc. 2 e 3, giudicate poi dalla Corte non equiparabili a regole processuali.

⁸⁷ Si vedano, in particolare, Cass., 4 maggio 2012, n. 6801 e Cass., 11 marzo 2013, n. 5962 (nelle quali, analogamente al caso deciso con Cass., 27 dicembre 2011, n. 28967, cit., si tentava di far valere il *prospective overruling* in presenza di un mutamento di giurisprudenza relativo alle garanzie procedurali di cui alla l. n. 300 del 1970, art. 7, cc. 2 e 3); Cass., 25 luglio 2012, n. 13087 (nella quale veniva invocata l'applicazione del *prospective overruling* in un caso di mutamento di giurisprudenza da parte della Corte di giustizia in relazione a un'imposta sul consumo degli olii lubrificanti che, come precisato da corte di giustizia Ce 25 settembre 2003 C-437/01, contrasta con l'art. 3, n. 2 direttiva 92/12/Cee); Cass., 3 settembre 2013, n. 20172 (in cui si invocava l'applicazione del *prospective overruling* ancora una volta per un mutamento di giurisprudenza nel diritto sostanziale e segnatamente in materia di contratti bancari); Cass., 9 gennaio 2015, n. 174, pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 501 ss., con nt. di G. MOLINARO, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell'affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, *ivi*, p. 505 ss. (ove il ricorrente tentava di far valere il *prospective overruling* in un caso di mutamento giurisprudenziale relativo alla proroga di un termine de credenziale per l'esercizio della potestà impositiva dell'Agenzia delle entrate). In tutti i casi menzionati il tentativo di far valere l'applicazione non retroattiva di un nuovo orientamento giurisprudenziale ha dato esito negativo e occasionato la reiterazione del principio in base al quale il c.d. *prospective overruling* è invocabile soltanto in materia processuale.

Poiché in questi casi è evidentemente necessario individuare un *dies a quo*, a partire dal quale non deve più considerarsi giustificato l'affidamento che la parte (*rectius*: il suo avvocato) fa sul precedente orientamento, la Cassazione ha avuto modo di precisare che detto *dies a quo* va ricavato tenendo conto del momento in cui il mutamento di indirizzo giurisprudenziale viene segnalato agli utenti nel servizio novità del sito web della Corte di cassazione, accompagnato da un *abstract* di presentazione, curato dall'ufficio del massimario della corte⁸⁸.

Dunque, in sintesi, il nuovo orientamento darà diritto alla rimessione in termini solo se avrà ad oggetto una norma processuale, se sia stato totalmente imprevedibile, se abbia un effetto preclusivo del diritto d'azione o di difesa della parte e se possa essere ritenuto fonte di errore scusabile per l'avvocato, essendo stato l'atto compiuto dopo la pubblicazione della sentenza che quel nuovo orientamento ha inaugurato sul sito web della Cassazione. Quest'ultimo profilo solleva non poche perplessità, non solo perché, com'è stato giustamente osservato, la soluzione adottata appare contrastare con il canone della ragionevolezza, ma anche per il fatto che

⁸⁸ Così ha stabilito Cass., 7 febbraio 2011, n. 3030, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1075, seguita (il giorno dopo) da Trib. Brindisi-Francavilla Fontana, 8 febbraio 2011, in *Giur. it.*, 2011, p. 1600 ss., con nt. di E. DALMOTTO, *Dimidiazione dei termini di costituzione dell'attore oppo- nente a decreto ingiuntivo e principio dell'affidamento nella giurisprudenza conoscibile*, *ivi*, p. 1600 ss. Al riguardo, la dottrina ha assunto posizioni diverse: si è espresso in senso favorevole G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, *cit.*, p. 1074 ss. e spec. p. 1094, il quale ha ritenuto esigibile dall'avvocato un dovere di informazione circa lo stato della giurisprudenza fino all'ultimo momento prima della notificazione del ricorso; ancorché con qualche perplessità, in senso complessivamente favorevole si è espresso anche G. TRISORIO LIUZZI, *La dimidiazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo*, *cit.*, p. 441 e spec. pp. 451-452, ritenendo che la soluzione adottata dalla Cassazione, pur essendo problematica in mancanza di uno strumento legale di conoscenza (equivalente, in sostanza, alla pubblicazione delle leggi in *Gazzetta Ufficiale*), debba essere valutata in senso positivo, costituendo la pubblicazione della sentenza sul sito Web della Corte un elemento oggettivo sul quale valutarne la conoscibilità e, di conseguenza, la scusabilità dell'errore, anche in rapporto con l'interesse della controparte a vedere applicato il nuovo orientamento. G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza*, *cit.*, p. 1398, invece, ha ritenuto contrastante con il principio della ragionevolezza e con il comune senso di giustizia la soluzione che escluda la rilevanza dell'errore da chi abbia fatto affidamento su un orientamento giurisprudenziale consolidato, superato solo di recente da un *revirement* giurisprudenziale non ancora pubblicato sulle riviste giuridiche più diffuse, ma segnalato tra le novità del sito web della Cassazione. Critico anche C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, *cit.*, p. 3166 ss., il quale ha opportunamente segnalato che, nella specie, il testo integrale della sentenza era disponibile sul sito web della Cassazione a partire dal 13 ottobre 2009 e il ricorso era stato depositato il 4 novembre 2009.

assimila in sostanza la vigenza di un nuovo orientamento giurisprudenziale alla vigenza di una norma di legge, in difetto, però, delle garanzie che assistono nel nostro ordinamento la pubblicazione delle leggi e degli atti aventi forza di legge o, in altri ordinamenti, le sentenze dotate di efficacia vincolante⁸⁹. Tutto ciò, oltre ad essere irragionevole, appare disomogeneo e perfino paradossale in un ordinamento, come il nostro, in cui si nega fermamente il carattere vincolante dei precedenti e la natura di fonte del diritto alla giurisprudenza.

4.3. *Un prospective overruling all'italiana?*

Quanto si è appena illustrato consente di trarre alcune conclusioni intorno ai caratteri, che va assumendo quello al quale ormai la giurisprudenza si riferisce correntemente con la locuzione *prospective overruling*, e di evidenziarne, rispetto alla sua versione originale di cui si è già dato detto, alcune peculiarità, delle quali si ritiene opportuno dar conto.

Anzitutto, si deve segnalare che nell'esperienza degli Stati Uniti d'America, ove l'istituto è nato – con un meccanismo invertito rispetto a quanto accade normalmente – è la corte che pronuncia il precedente a stabilire fin dal principio che quel mutamento di giurisprudenza, che essa stessa ha provocato, varrà soltanto per il futuro, in questo modo non tanto rendendolo inapplicabile per il passato, quanto piuttosto decidendo il caso di specie sulla base del precedente orientamento. Si tratta, quindi, di una valutazione di *policy*, che attiene alle conseguenze concrete di un *overruling*, di cui pertanto si annuncia l'efficacia *prospective*. Al contrario, nel nostro ordinamento si sperimenta di frequente un meccanismo inverso, in forza del quale la Cassazione modifica un proprio orientamento, senza preoccuparsi di stabilire fin dall'inizio se questo debba essere *prospective* o meno. Saranno, invece, i giudici successivi a doversi occupare dell'eventuale rimessione in termini della parte pregiudicata dal nuovo orientamento, così determinandone *ex post* la inapplicabilità al caso da decidere.

Un'altra differenza che caratterizza il *prospective overruling* nel nostro ordinamento, così allontanandolo non solo dal modello statunitense, ma

⁸⁹ Si pensi, ad es., alla garanzia che assiste nell'ordinamento spagnolo la pubblicazione sul *Boletín Oficial del Estado* delle sentenze del *Tribunal Supremo* che decidano sul ricorso nell'interesse della legge (cfr. *supra*, cap. II, par. 5); oppure, ancora, la garanzia della pubblicazione sul Bollettino Ufficiale della Corte suprema ungherese delle sentenze o dei decreti interpretativi (cfr. *supra*, cap. IV, par. 3.2.5)

anche da quello vigente in altri paesi europei ed extraeuropei⁹⁰, è la circostanza che esso, come la giurisprudenza tiene a ribadire con forza, può essere solo ed esclusivamente applicato a interpretazioni giurisprudenziali di disposizioni processuali, né si presta ad applicazioni estensive⁹¹. Al contrario, quasi ovunque l'istituto viene impiegato proprio con riferimento alle norme sostanziali e non, invece a quelle processuali.

Le ultime due differenze derivano, invero, dall'utilizzo improprio della locuzione *prospective overruling*, che talvolta risulta abusata: un fenomeno che può essere tranquillamente degradato a peccato veniale, risolvendosi essenzialmente sul piano terminologico, ma che dimostra come alcuni scetticismi, manifestati al riguardo, non siano privi di giustificazione⁹² e come questo sia un terreno particolarmente "scivoloso", davvero colmo di insidie e contraddizioni difficili da dipanare. In dottrina, ad es., si è fatto uso di questa espressione anche con riferimento ad un caso in cui, in realtà, la Cassazione pronunciava *in obiter*⁹³. Qui l'equi-

⁹⁰ V. *supra*, par. 2 e 3.

⁹¹ Cfr. spec. Cass., 27 dicembre 2011, n. 28967; Cass., 4 maggio 2012, n. 6801; Cass., 11 marzo 2013, n. 5962; Cass., 25 luglio 2012, n. 13087; Cass., 9 gennaio 2015, n. 174.

⁹² G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, cit., p. 93.

⁹³ Ci si riferisce a Cass., sez. un., 20 giugno 2012, n. 10143, pubblicata con nota di C. RASIA, *L'elezione di domicilio sul banco di prova delle comunicazioni e notificazioni effettuate a mezzo posta elettronica certificata: una prospective overruling delle sezioni unite*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, pp. 169-179, la quale, «nel comporre il denunciato contrasto di giurisprudenza» ha enunciato «il seguente principio di diritto: "Il R.D. n. 37 del 1934, art. 82 - che prevede che gli avvocati, i quali esercitano il proprio ufficio in un giudizio che si svolge fuori della circoscrizione del tribunale al quale sono assegnati, devono, all'atto della costituzione nel giudizio stesso, eleggere domicilio nel luogo dove ha sede l'autorità giudiziaria presso la quale il giudizio è in corso, e che in mancanza della elezione di domicilio, questo si intende eletto presso la cancelleria della stessa autorità giudiziaria - trova applicazione in ogni caso di esercizio dell'attività forense fuori dalla circoscrizione cui l'avvocato è assegnato per essere iscritto al relativo ordine professionale del circondario e quindi anche nel caso in cui il giudizio sia in corso innanzi alla corte d'appello e l'avvocato risulti essere iscritto ad un ordine professionale di un tribunale diverso da quello nella cui circoscrizione ricade la sede della corte d'appello, ancorchè appartenente allo stesso distretto della medesima corte d'appello. Tuttavia, dopo l'entrata in vigore delle modifiche degli artt. 366 e 125 c.p.c., apportate rispettivamente dalla L. 12 novembre 2011, n. 183, art. 25, comma 1, lett. i), n. 1), e dallo stesso art. 25, comma 1, lett. a), quest'ultimo modificativo a sua volta del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, art. 2, comma 35-ter, lett. a), conv. in L. 14 settembre 2011, n. 148, e nel mutato contesto normativo che prevede ora in generale l'obbligo per il difensore di indicare, negli atti di parte, l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine, si ha che dalla mancata osservanza dell'onere di elezione di domicilio di cui

voco nell'utilizzo dei termini – che comunque, a rigore, non riteniamo esatto – è generato e, in certa misura, giustificato da un altro più ampio problema concettuale, pure molto diffuso, che concerne la rilevanza della distinzione – da sempre predicata dalla dottrina, ma spesso trascurata – tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*⁹⁴. Per sua natura, infatti, il *prospective overruling* degrada la *ratio* a *obiter*, sicché, quando la Corte pronuncia *in obiter*, non si dovrebbe a rigore nemmeno parlare di *overruling*. Ma tutto ciò, come si è visto, non “quadra” con la tendenza recente ad attribuire un “peso nomofilattico” sempre maggiore a quelle interpretazioni sganciate dalla decisione di casi concreti, quindi, per definizione, pronunciate *in obiter*. E, infatti, nella sentenza, alla quale ci si riferisce, il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite era (solo) nella prima parte *ratio decidendi*, mentre nella seconda costituiva un *obiter* (finito puntualmente in massima, senza segnalazione)⁹⁵, riferendosi all'interpretazione di una norma, alla luce di modifiche normative (di natura processuale) interve-

all'art. 82 per gli avvocati che esercitano il proprio ufficio in un giudizio che si svolge fuori della circoscrizione del tribunale al quale sono assegnati consegue la domiciliazione *ex lege* presso la cancelleria dell'autorità giudiziaria innanzi alla quale è in corso il giudizio solo se il difensore, non adempiendo all'obbligo prescritto dall'art. 125 c.p.c., non abbia indicato l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine”». Il virgolettato è tratto dal testo integrale della sentenza; per la massima v. *infra* testo e note.

⁹⁴ Si tratta di un tema di cui si è già discusso più volte *supra* al cap. III, parr. 7.2, 7.3 e al cap. IV, par. 5.1, sul quale non è opportuno ritornare nuovamente in questa sede.

⁹⁵ Questo il testo della massima ufficiale, che riproduce in sostanza letteralmente il principio di diritto, senza distinguere tra *ratio* e *obiter*: «L'art. 82 r.d. 22 gennaio 1934 n. 37 - secondo cui gli avvocati, i quali esercitano il proprio ufficio in un giudizio che si svolge fuori della circoscrizione del tribunale al quale sono assegnati, devono, all'atto della costituzione nel giudizio stesso, eleggere domicilio nel luogo dove ha sede l'autorità giudiziaria presso la quale il giudizio è in corso, intendendosi, in caso di mancato adempimento di detto onere, lo stesso eletto presso la cancelleria dell'autorità giudiziaria adita - trova applicazione in ogni caso di esercizio dell'attività forense fuori del circondario di assegnazione dell'avvocato, come derivante dall'iscrizione al relativo ordine professionale, e, quindi, anche nel caso in cui il giudizio sia in corso innanzi alla corte d'appello e l'avvocato risulti essere iscritto all'ordine di un tribunale diverso da quello nella cui circoscrizione ricade la sede della corte d'appello, ancorché appartenente allo stesso distretto di quest'ultima; tuttavia, a partire dalla data di entrata in vigore delle modifiche degli art. 125 e 366 c.p.c., apportate dall'art. 25 l. 12 novembre 2011 n. 183, esigenze di coerenza sistematica e d'interpretazione costituzionalmente orientata inducono a ritenere che, nel mutato contesto normativo, la domiciliazione *ex lege* presso la cancelleria dell'autorità giudiziaria, innanzi alla quale è in corso il giudizio, ai sensi dell'art. 82 r.d. n. 37 del 1934, consegue soltanto ove il difensore, non adempiendo all'obbligo prescritto dall'art. 125 c.p.c. per gli atti di parte e dall'art. 366 c.p.c. specificamente per il giudizio di cassazione, non abbia indicato l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine».

nute in epoca successiva rispetto ai fatti di causa, quindi a questi ultimi inapplicabili⁹⁶.

Infine, come si è già rilevato, la stessa cassazione non di rado sovrappone il *prospective overruling* con l'istituto della rimessione in termini, affermando o sottintendendo che il secondo sarebbe strumento di attuazione del primo: anche in questo caso siamo di fronte a un equivoco, in quanto, mentre il *prospective overruling* è un nuovo orientamento che vale solo per il futuro, al contrario la rimessione in termini presuppone proprio che il nuovo orientamento sia applicato retrospettivamente. E non potrebbe essere altrimenti: diversamente di rimessione non vi sarebbe nemmeno bisogno.

5. *Cautele a «doppio taglio» per gli overruling processuali*

La Cassazione si è certamente resa conto della pericolosità di alcuni suoi interventi, per così dire, “a gamba tesa”, sull'interpretazione di regole del processo, tant'è che non sono mancate prese d'atto, da parte della Corte, del travaglio che ha caratterizzato negli ultimi anni l'evoluzione giurisprudenziale delle sezioni unite con riguardo al c.d. *overruling* in materia di interpretazione di norme processuali, né si sono fatte attendere pronunce, nelle quali le stesse sezioni unite hanno invocato il i valori dell'equilibrio e della misura e fatto al contempo professione di prudenza.

In un primo momento, si è detto che quando «la formula di un segmento di legge processuale, la cui interpretazione è nuovamente messa in discussione, è rimasta inalterata, una sua diversa interpretazione non ha ragione di essere ricercata e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo da preferire – e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario – l'interpretazione, sulla cui base si è, nel tempo, formata una pratica di

⁹⁶ Con la seconda parte del principio di diritto, infatti, le sez. un., come puntualmente osserva il commentatore, «con una decisa volontà di generale nomofilachia, anche per l'evidente ragione che buona parte del percorso argomentativo non rilevava ai fini della decisione della causa poiché anteriore alle modifiche normative delle quali poi la stessa Corte si è occupata», ha offerto un'interpretazione dell'art. 82 del r.d. n. 37/1934, alla luce del nuovo testo dell'art. 125 c.p.c., come modificato dall'art. 25, c. 1, lett. a) della l. n. 183/2012, in vigore dal 1 febbraio 2012 e non applicabile al giudizio pendente (v. ancora C. RASIA, *L'elezione di domicilio sul banco di prova delle comunicazioni e notificazioni effettuate a mezzo posta elettronica certificata: una prospective overruling delle sezioni unite*, cit., spec. pp. 176-177).

applicazione stabile», ma poi si è aggiunto che «soltanto fattori esterni alla formula della disposizione di cui si discute – derivanti da mutamenti intervenuti nell’ambiente processuale in cui la formula continua a vivere, od all’emersione di valori prima trascurati – possono giustificare l’operazione che consiste nell’attribuire alla disposizione un significato diverso»⁹⁷. Successivamente – ed è ciò che qui più interessa – le sezioni unite⁹⁸ hanno particolarmente insistito sull’importanza che, anche alla luce delle recenti novità normative (in particolare quelle derivanti dal d.lgs. n. 40 del 2006, dalla l. n. 69 n. 2009 con particolare riguardo la modifica dell’art. 374 c.p.c. e all’introduzione dell’art. 360-bis c.p.c.), assume la salvaguardia dell’unità e della stabilità dell’interpretazione giurisprudenziale quale criterio legale di assoluto rilievo nell’interpretazione delle norme. Si è, dunque, ritenuto che, per derogare a detto criterio, la Cassazione debba avere buone ragioni e che, quando si tratta di interpretazione di norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni. Subito dopo si precisa, però, che alla giurisprudenza va comunque riconosciuta un’importante funzione di aggiornamento, di adattamento e adeguamento delle norme; che tutto ciò può determinare interventi anche in certa misura creativi della giurisprudenza, che va colta nella sua dimensione costituzionalmente legittima (e, si intende, anche doverosa), la quale a sua volta giustifica l’innovazione giurisprudenziale, quale connotato proprio naturale e non eversivo della giurisdizione.

A valle di queste considerazioni, non si nega, quindi, che alla giurisprudenza debba essere riconosciuto un ruolo creativo nell’interpretazione anche della legge processuale, né si afferma che gli *overruling* in materia processuale debbano sempre essere evitati o sempre operare solo per il futuro, ma si sottolinea che tale creatività e innovatività della giurisprudenza deve fare appello al «senso di misura», al «senso di respon-

⁹⁷ Così Cass., 18 maggio 2011, n. 10864, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1864, con note di Poli e Consolo; in *Corr. giur.*, 2012, p. 373, con nota di Paoletti; in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 198; in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1137 con nota di Asprella. Detto assunto è stato poi condiviso da Cass., sez. un., ord. 6 novembre 2014, n. 23675.

⁹⁸ Ci si riferisce, in particolare, a Cass., sez. un., ord. 6 novembre 2014, n. 23675, che, apparendo espressiva di una posizione emblematica e di importante significato, merita ad avviso di chi scrive di essere valorizzata e tenuta debitamente in considerazione quando si discute del valore del precedente e della sua forza, specie nell’ambito del diritto processuale. In precedenza si vedano in senso analogo: Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144; Cass., 31 luglio 2012, n. 13727; Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864, quest’ultima in *Foro it.*, 2012, I, c. 1864 ss., con note di C. CONSOLO, *Può, «de iure condendo» almeno, procedersi ancora ad un impiego tanto esiziale della nozione di improcedibilità del gravame?*, *ivi*, c. 1875 e di G.G. Poli.

sabilità dell'interprete», essendo, questo, in fondo, «un problema di [...] responsabilità». Insomma, si conclude, «un *overruling* delle sezioni unite in materia processuale può [...] essere giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o “ingiusti”»⁹⁹.

Il messaggio, che attraverso questa presa di posizione, la Cassazione nella sua composizione più autorevole sembra voler inviare ai suoi naturali destinatari – non certo, o almeno non solo, alle parti in causa, ma a tutti i cc.dd. operatori del diritto –, al contempo indirizzando un monito a se stessa, si risolve, in definitiva, in un appello forte alla prudenza e alla misura, quali criteri che devono necessariamente presidiare il mutamento di giurisprudenza, che può essere anche repentino e radicale, purché debitamente giustificato, dell'interpretazione delle regole del processo.

Volendo, però, andare un poco oltre il messaggio “esplicito” della Cassazione, si colgono anche profili sui quali la Corte non insiste, ma che di questo “messaggio” costituiscono, anche sotto un profilo logico, ovvie – ancorché a prima vista forse non del tutto evidenti – implicazioni. Di queste ultime, due in particolare ci appaiono di assoluto rilievo nel contesto dell'indagine che si sta conducendo.

La prima implicazione è che, pur con tutte le professioni di cautela e di prudenza, che effettivamente si trovano espresse nel provvedimento a cui ci siamo riferiti, la Cassazione non esita ad attribuire a se stessa – anzi, per la verità dà per scontato di avere – ciò che, senza falsi pudori, possiamo chiamare il *potere* di modificare, con una sola sentenza, specialmente se pronunciata dalle sezioni unite, un precedente orientamento giurisprudenziale, anche quando quest'ultimo sia consolidato.

La seconda ha a che vedere con i criteri che la stessa Cassazione indica (prima di tutto a se stessa) come legittimanti l'*overruling*: come si è visto, al di là dei casi in cui l'interpretazione consolidata di una regola processuale sia manifestamente arbitraria e pretestuosa (casi che devono ritenersi per definizione di assoluta rarità), si afferma che un precedente orientamento può essere modificato – come si è appena detto anche con una sola pronuncia – se l'interpretazione che si intende abbandonare produce «risultati disfunzionali, irrazionali o “ingiusti”», da valutarsi come tali anche alla luce «di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella

⁹⁹Tutti i virgolettati sono tratti ancora da Cass., sez. un., ord. 6 novembre 2014, n. 23675.

società». Questi ultimi criteri hanno una natura intrinsecamente elastica e valutativa, sicché, se da un lato si rinforzano gli appelli al senso di responsabilità, dall'altro lato, la Cassazione di fatto legittima se stessa ad intervenire, con approccio ermeneutico¹⁰⁰, sull'interpretazione delle norme processuali, per adeguarle ai mutamenti della legge (non si dice se processuale o meno) o della società, il che, si converrà, significa tutto e niente.

Se ne deve, in definitiva, dedurre che nell'interpretazione delle norme processuali i valori, ricavati dalle novità legislative e dai cambiamenti sociali, hanno un peso rilevante. Il che, però, rischia di entrare in rotta di collisione con alcune avvedute raccomandazioni, che la dottrina più accorta ha formulato, ribadendo che «l'affidamento delle parti su di una interpretazione giurisprudenziale consolidata di norme processuali è valore che va preservato, quantomeno ove l'interpretazione abbia ad oggetto norme schiettamente, diremmo “nudamente”, procedurali non innervate da valori. L'impegno profuso nella ricerca della soluzione interpretativa astrattamente più corretta si rivela qui in ultima istanza inutilmente laborioso, poiché attiene a profili procedurali che non modificano la qualità della tutela delle parti (né sostanziale né processuale)»¹⁰¹.

Premesso che non è certo cosa facile dire quali norme processuali siano «innervate da valori» e quali no, va però rilevato che nella presa di posizione della Cassazione questo *distinguo* non compare, con la conseguenza che i predetti mutamenti nella legge o nella società parrebbero legittimare, senza distinzione, mutamenti interpretativi anche radicali nelle regole del processo. E, ancora, viene spontaneo domandarsi quali garanzie vi siano, se ve ne sono, a presidio del dovere dei giudici di legittimità di attenersi alle raccomandazioni delle sezioni unite, quindi a presidio del dovere di astenersi dal proporre nuove interpretazioni di rego-

¹⁰⁰ Non pare un caso che all'interno della sentenza l'aggettivo «ermeneutico» ricorre almeno cinque volte: si discorre, infatti, di «sforzo ermeneutico», «attività ermeneutica», «contesto ermeneutico», e in due occasioni di «opzioni ermeneutiche». Si tratta di un lesico colto, il cui utilizzo non appare frutto del caso; esso, anzi, sembra alludere a quella branca della filosofia del diritto, che va sotto il nome di ermeneutica giuridica, la quale, contrastando il c.d. formalismo interpretativo, tra l'altro (ma in questa sede questo profilo è ciò che più interessa) predica – detto con una brutale semplificazione – la rilevanza dei giudizi di valore nell'interpretazione giuridica (abbiamo già fatto riferimento altrove a varie opere; qui basti rimandare a G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, *passim* e spec. p. 197 e a B. PASTORE – F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017, *passim*).

¹⁰¹ C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, cit., p. 3166 ss.

le del processo, in assenza delle condizioni prescritte. La risposta, come ognuno sa, è che queste garanzie non ci sono, sicché, in ultima istanza, si dovrà pur sempre fare appello a quel senso di equilibrio e di misura più volte ribadito dalla Suprema Corte, che si compendia nell'agire responsabile dei magistrati che la compongono.

5.1. *Resistenza della giurisprudenza e forza del precedente* ¹⁰²

Le considerazioni che precedono offrono un altro utile spunto alla nostra indagine: la Cassazione, come si è visto, insiste molto su quella che potremmo chiamare la “resistenza passiva” della giurisprudenza, ossia sulla capacità di quest'ultima, quale fonte di un orientamento consolidato – una «catena di precedenti» nel lessico dei magistrati del Massimario – di resistere alle innovazioni portate da una (anche singola) pronuncia giurisprudenziale di segno opposto, che viene chiamata con il nome di *overruling*. Allo stesso tempo, tuttavia, la Corte precisa che in presenza di determinate circostanze, date da un mutato contesto normativo, culturale e sociale di riferimento, la resistenza passiva della giurisprudenza è destinata a cedere il passo e, in sostanza, ad essere – appunto – *overruled* da un nuovo orientamento interpretativo – ci si passi il termine – *introdotto* da una nuova sentenza, magari a sezioni unite.

Se ne ricava che un orientamento consolidato è in grado di resistere ai tentativi (dei ricorrenti o dei resistenti) di sovvertirlo, fintanto che, non sussistendo – si deve ritenere – i presupposti che la stessa Cassazione ha enucleato, non intervenga una pronuncia di segno contrario. Tuttavia, quando la Cassazione reputi opportuno fare *overruling* di un orientamento, ancorché consolidato, la “forza attiva” del – questo sì – precedente supererà la “resistenza”, opposta dall'interpretazione consolidatasi nella giurisprudenza anteriore. Tutto ciò, in altri termini, significa – se non ci si inganna – che il presente, quando c'è, conta più del passato ed è capace di “dettar legge” per il futuro (oltre che per il passato), lasciandosi alle spalle interpretazioni che, per quanto consolidate, devono ritenersi (forse giustamente, ma senz'altro insindacabilmente) superate da un nuovo *dictum*, che in questo caso possiamo certamente chiamare «precedente». Nel paragrafo che segue si cercherà di spiegare perché questa conclusio-

¹⁰² Si utilizzano qui i termini «precedente» e «giurisprudenza» nel senso chiarito da M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss., al quale, pertanto, si rinvia.

ne, che può apparire a prima vista eccessiva, costituisca in realtà un'implicazione necessaria del c.d. principio del *prospective overruling* con il quale si intreccia inestricabilmente.

5.2. Prospective overruling, precedente vincolante e diritto processuale civile

Se quanto si è detto a conclusione del paragrafo che precede non fosse vero, non si spiegherebbe l'*invenzione* – nel duplice senso già chiarito – del *prospective overruling* da parte della Cassazione italiana.

L'idoneità di una sola sentenza della Corte suprema, che contenga quello che ormai viene comunemente definito un *overruling*, a cancellare il passato è confermata, a posteriori, proprio dal c.d. *prospective overruling*. Di quest'ultimo, infatti, non vi sarebbe alcun bisogno se i giudici successivi restassero liberi – come si dice che siano – di applicare o meno il nuovo orientamento interpretativo: se vi è la necessità di prevedere che quest'ultimo, in presenza di determinate condizioni, si applichi solo per il futuro, è evidente che si dà per scontato non solo che, com'è ovvio (o, almeno, così si dice), l'interpretazione giurisprudenziale non possa che essere per sua natura retroattiva (o retrospettiva), ma anche che quel nuovo orientamento interpretativo debba essere guardato come vincolante da parte degli "altri" giudici. Non vi sarebbe, altrimenti, nessuna ragione per predisporre – con così tanta enfasi, peraltro, e destinato a tanta risonanza – un rimedio come quello di cui si discute, che salvi i giudizi pendenti da inaspettate e repentine svolte giurisprudenziali, aventi carattere preclusivo o ablativo del diritto d'azione o di difesa delle parti. Se, infatti, l'orientamento interpretativo dettato dal nuovo precedente avesse davvero un carattere meramente persuasivo, i giudici successivi disporrebbero già di tutti gli strumenti per disapplicare *de plano* la nuova lettura della norma processuale, ritenendola semplicemente non persuasiva per ragioni, per così dire, contingenti ma non per questo meno meritevoli di essere tenute in conto. E invece no: si è voluto approntare un rimedio *ad hoc*, quello che viene presentato come un baluardo di civiltà giuridica, volto ad evitare che la parte resti soccombente per il fatto di subire la fittizia imputazione di un errore processuale mai commesso, in quanto inficiante un atto compiuto nella "vigenza" (?) di un orientamento giurisprudenziale ormai superato. L'importazione del *prospective overruling*, peraltro accompagnato da un grande dibattito teorico, in definitiva, si giustifica e si spiega solo se si ritiene che i giudici, che dovranno giudicare dopo l'intervento dell'*over-*

ruling, restino in qualche modo vincolati a quest'ultimo, senza potersi da esso svincolare con i normali strumenti dell'interpretazione.

Si potrà obiettare – e vi è ragione di credere che siano in molti a pensarlo – che le osservazioni che si sono appena svolte e le allusioni, nemmeno troppo velate, a quello che diventerebbe, anche grazie al *prospective overruling*, un vero e proprio precedente vincolante, possano agevolmente essere respinte sulla scorta del fatto che, in realtà, quello che – a questo punto dovremmo dire impropriamente – viene detto *prospective overruling*, in realtà si realizza nel nostro ordinamento per mezzo di un istituto, la rimessione in termini, il quale non implica affatto che si debba riconoscere la natura di *ius superveniens* all'*overruling*, come invece è costretto a fare chi voglia attribuirgli il predicato della irretroattività. Vi è, però, in questo ragionamento, ad avviso di chi scrive, un fraintendimento di fondo: si confonde, infatti, l'efficacia vincolante del precedente con la sua natura normativa (o para-normativa), ossia la sua capacità di dettare regole solo per il futuro. La prima non interferisce nel senso indicato da parte della dottrina con il tema del *prospective overruling* (lo dimostra il fatto che in Inghilterra, patria del precedente vincolante, la dottrina del *prospective overruling* è ripudiata, mentre negli Stati Uniti, ove il precedente è “meno” vincolante, essa è accolta). La seconda – ossia, la natura normativa (o para-normativa) della giurisprudenza –, invece, ha implicazioni molto forti con il tema qui trattato: se, infatti, si ritiene che le sentenze producano, in senso proprio, diritto (e non si limitino ad interpretare un diritto che ad esse preesiste), si potrà agevolmente accettare che i nuovi orientamenti giurisprudenziali possano operare solo per il futuro; se, invece, non si è disposti ad accettare – nemmeno in via d'eccezione – che i precedenti possano operare solo per il futuro, significa che si intende – come fanno i giuristi inglesi proprio per questa ragione – restare fedeli fino in fondo alla *declaratory theory of adjudication*, disconoscendo per così dire ad oltranza, a costo di qualche ingiustizia, la natura nomopoietica della giurisdizione.

Chiarito ciò, sono ora indispensabili due osservazioni critiche per concludere il discorso che si va svolgendo.

1) Se si predispongono strumenti specifici per la tutela della parte pregiudicata *ex post* dal nuovo orientamento giurisprudenziale su una regola del processo civile – sia che si sposi la tesi dello *ius superveniens* irretroattivo, sia che si sposi la tesi della rimessione in termini – significa che di detta tutela vi è bisogno. E di detta tutela vi è necessità se – e solo se – si presuppone che i giudici successivi (rispetto al giudice che ha pronunciato il precedente che ha prodotto l'*overruling*) non dispongano, attraverso i

normali mezzi dell'interpretazione, di strumenti sufficienti per applicare il "vecchio" orientamento. Sicché, ci si può anche astenere per pudore dal chiamare la sentenza che fa *overruling* con il nome di "precedente vincolante", ma la sostanza ad avviso di chi scrive non cambia o, almeno, non di molto. Infatti, per poter concedere alla parte pregiudicata la rimessione in termini, si dovrà per forza di cose preventivamente fare applicazione del nuovo orientamento interpretativo, in ciò inverandosi una vincolatività che al nostro precedente tuttora si nega con insistenza.

2) Una convinta – e non solo esibita – adesione alla *declaratory theory of adjudication* dovrebbe comportare la stoica accettazione delle conseguenze negative che un nuovo precedente produce retroattivamente o, se si preferisce, retrospettivamente. Questa "stoica accettazione" (che altrove – ad es. in Inghilterra – si verifica senza eccezioni) non ha, però, solo il significato di un sacrificio pagato sull'altare dell'ideologia della natura meramente dichiarativa della giurisdizione, ma ha un significato più profondo e più concreto, poiché essa costituisce una sorta di freno a mutamenti di giurisprudenza repentini, inaspettati, non solo imprevisi, ma addirittura imprevedibili. Se si opta – come la maggior parte della dottrina ritiene sia doveroso fare – per l'istituto della rimessione in termini al fine ottenere in sostanza lo stesso risultato – salve alcune pur rilevanti differenze, su tutte la necessità dell'istanza di parte ¹⁰³ e qualche fatale, non trascurabile forzatura ¹⁰⁴ – che si otterrebbe applicando la tesi dello *ius superveniens* irretroattivo (cioè il *prospective overruling* in senso proprio), non si fa che coprire la realtà con un velo d'ipocrisia, tutto sommato non difficile da squarciare. In sostanza: il precedente ha normalmente efficacia retroattiva, ma, al ricorrere di determinate circostanze – cioè quando *a)* introduce una nuova interpretazione di una regola del processo civile; *b)* determina un mutamento di giurisprudenza imprevedibile, innovando un precedente orientamento dal carattere lungamente consolidato, tale da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; *c)* comporta un effetto preclusivo per il diritto di azione o di difesa della parte, ossia proprio quando

¹⁰³ G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza*, cit., p. 1405; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, cit., p. 1074 ss. e spec. p. 1092. Favorevoli invece alla rimessione *ex officio*, A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, cit., p. 1165 ss.; e, seppur dubitativamente, E. D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, cit., p. 1480 ss.

¹⁰⁴ Cfr. in particolare R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza*, cit., c. 311 ss.

il precedente si fa più “pericoloso” – esso produrrà effetti soltanto per il futuro. Anzi no: per la verità, per chi ripudia la tesi dello *ius superveniens* irretroattivo, il precedente avrà sì efficacia retroattiva, ma è come se non l’avesse perché, attraverso l’istituto della rimessione in termini, si riesce ad ottenere di fatto il medesimo risultato di preservare la parte (e il suo atto) dagli effetti deleteri, che si produrrebbero ai suoi danni applicando retroattivamente il nuovo orientamento giurisprudenziale. Se la tesi della rimessione in termini, allora, può salvare – ma è davvero, a nostro avviso, una protezione fragile – dall’attribuzione (anche) formale del predicato della creatività al formante giurisprudenziale, essa, però, non costituisce efficace riparo da quelle che sono – per assurdo: retrospettivamente – le conseguenze sistemiche di un simile, ancorché ingegnoso, rimedio. Nel paragrafo che segue si cercherà di spiegarne meglio le ragioni.

6. *Un male da curare o da prevenire?*

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, è possibile descrivere la situazione italiana con riferimento al problema dei mutamenti giurisprudenziali e della loro efficacia nel tempo come segue: anzitutto, va considerato un dato acquisito che le ragioni esibite in pressoché tutti gli ordinamenti, sia di *civil law* che di *common law*, che ripudiano la tecnica del *prospective overruling* ed anche quelle manifestate da coloro che, negli ordinamenti in cui essa viene applicata, la criticano, fanno capo essenzialmente ad un unico decisivo argomento, secondo il quale consentire a una Corte suprema di mutare un orientamento giurisprudenziale solo per il futuro equivarrebbe a trasformarla in un legislatore¹⁰⁵. Il medesimo argomento anima, più o meno esplicitamente, anche le numerose critiche che nel nostro ordinamento si sono levate contro la tesi dello *ius superveniens* irretroattivo, una tesi per la verità inseparabile dal *prospective*

¹⁰⁵ Valga qui, per quanto riguarda gli Stati Uniti, il richiamo alle parole critiche del giudice Scalia in *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia* (89-680), 501 U.S. 529 (1991), già ricordate *supra*, par. 2 al quale si rinvia. Per l’Inghilterra per il ripudio del *prospective overruling* si vedano in dottrina Lord DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, cit., p. 1 ss. e, in giurisprudenza, *National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others and others (Appellants)* [2005] UKHL 41. Su questo tema v., in generale, J. NIEVA FENOLL, *¿Un juez supremo o un legislador «supremo»?* , in M. TARUFFO – L.G. MARINONI – D. MITIDIERO (coords), *La misión de los tribunales supremos*, cit., p. 157 ss.

overruling in senso proprio¹⁰⁶. Ma, come già si è detto, ciò che distingue il nostro ordinamento dagli altri è che il ripudio – assai chiaro per parte della dottrina, più ambiguo per gran parte della giurisprudenza – della tesi del *prospective overruling* in senso stretto intesa non si è tradotta nell'accettazione coerente di un'applicazione sempre retroattiva dei mutamenti giurisprudenziali, ma si è convertita in un adattamento del *prospective overruling* – che, principalmente (ma non solo) per questo, *retro* abbiamo chiamato «all'italiana» – finalizzato a renderlo compatibile con il contesto normativo, istituzionale e culturale dell'ordinamento nel quale è chiamato ad operare¹⁰⁷. Si tratta di espedienti ingegnosi, ai quali va certamente riconosciuto il merito di impedire il rigetto di questo *legal transplant* che, in assenza dei menzionati adattamenti, sarebbe probabilmente andato verso un fatale epilogo¹⁰⁸. Cosicché, non potendosi applicare, per le ragioni già dette, la tesi dello *ius superveniens* irretroattivo, che rischierebbe di trasformare il giudice in legislatore, si prevede che il *prospective overruling* (impropriamente detto) si realizzi mediante il ricorso alla rimessione in termini. Insomma: si è trovata la “quadratura del cerchio” sulla quale – pur con alcune, già segnalate, rivelatrici incertezze terminologiche – anche la giurisprudenza nella sostanza converge. Ma – sembra opportuno chiedersi – davvero ciò basta a scongiurare la irretroattività del nuovo orientamento? È difficile dare a questa domanda una risposta schiettamente positiva.

È possibile, tuttavia, a nostro avviso porre il problema in termini differenti, ridimensionando, in questa diversa prospettiva, l'importanza dell'esacerbata contrapposizione sorta intorno a questo tema, che si risolve, in definitiva, in una spaccatura piuttosto netta tra, da un lato, coloro che ritengono preferibile la tesi dello *ius superveniens* irretroattivo e coloro che, dall'altro lato, ritengono invece di gran lunga più opportuno percor-

¹⁰⁶ Di questo dibattito, che qui si richiama, si è già dato conto nel par. 4.2.

¹⁰⁷ Non a caso, a questo proposito si è parlato di «una via sicuramente più farraginoso, ma di profilo meno compromettente i massimi sistemi, per giungere nella sostanza, e perfino con qualche elasticità maggiore [...] al risultato auspicato», ossia a quello «di temperare *ratione temporis* gli effetti della propria giurisprudenza innovativa, *massime* quando essa incida sulle regole del gioco ed in particolare comporti l'inasprimento di una decadenza o comunque di un onere processuale» (A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, cit., p. 1165 ss.).

¹⁰⁸ Cfr. P. LAGRANDE, *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, cit., p. 111 ss.; M. TARUFFO, *Alcuni trapianti processuali*, cit, *passim* e spec. part. 3 e 4.; M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, cit., p. 73 ss.;

rere la via della rimessione in termini. Il dibattito al quale si è più volte fatto riferimento, infatti, si è concentrato soprattutto intorno alla “cura” da somministrare in caso di repentini *overruling*. A chi scrive, invece, pare che si debba guardare, piuttosto, al male che questi rimedi intendono curare, che forse, pur in buona fede, troppo spesso si trascura, dando per scontato che si tratti sì di un male, ma necessario. Il male di cui si parla è diagnosticato dalla stessa Cassazione con precisione, nel momento in cui modella – quasi chirurgicamente – quello che chiama con il nome di *prospective overruling* (talora elevandolo perfino a principio) e consiste in *pronunce della Corte che interpretano una disposizione processuale in modo tale da attribuirle un significato del tutto nuovo e imprevedibile (nel senso di impossibile da prevedere anche per il più diligente degli avvocati), che comporti un effetto preclusivo per il diritto di azione o di difesa*.

Il male, così identificato, piuttosto che curato, andrebbe prevenuto. La ragione di questa tesi è legata a doppio filo con il rimedio che oggi si utilizza per curarlo e in esso trova la sua stessa ragion d'essere: infatti, quale che sia la tecnica utilizzata per attuarlo (rimessione in termini o irretroattività dello *jus superveniens*), il *prospective overruling* inteso in senso ampio, come mostra di intenderlo la giurisprudenza, oltre che tutelare la parte pregiudicata dalla (nuova, ma retroattiva) decadenza, libera la Cassazione dal peso della responsabilità di “dettar legge” anche per il passato (per quanto qui interessa: per i processi in corso), come sarebbe coerente che fosse se davvero si crede alla *declaratory theory of adjudication*. Il fatto che le parti restino tendenzialmente impregiudicate dalla nuova interpretazione, “certificata” dalla Cassazione come “esatta”, è certamente coerente con i canoni del giusto processo – da più parti, infatti, invocati¹⁰⁹ –, ma anche fonte di alleggerimento della responsabilità della Corte suprema: quest'ultimo aspetto, però, ad avviso di chi scrive costituisce, proseguendo nella metafora, uno degli effetti collaterali più preoccupanti, che nella scienza medica prende il nome di «effetto paradossoso». La responsabilità delle conseguenze dell'interpretazione della legge *in potenza*, talvolta visibili *in atto* solo quando questa diviene applicazione – alla quale i giudici inglesi rifiutano di sottrarsi, accettando le logiche implicazioni del

¹⁰⁹ Se appaiono qui inutili ulteriori indicazioni bibliografiche, per le quali v. *supra*, non sarà, invece, di troppo ricordare le significative parole spese dalla già più volte citata Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144: «nel caso [...] in cui venga in rilievo un problema di tempestività dell'atto [...] il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione attraverso l'esclusa operatività [...] della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa» (p. 14).

ripudio del *prospective overruling* – costituisce un impedimento o almeno un freno ad accedere ad interpretazioni repentine e imprevedibili di norme processuali, tanto più quando queste siano ablative o restrittive del diritto di azione o di difesa. In altri termini, l'«effetto paradosso» a cui si allude potrebbe essere così volgarmente descritto: i mutamenti giurisprudenziali nell'interpretazione delle disposizioni processuali possono anche essere repentini e imprevedibili, ablativi o restrittivi del diritto di azione o di difesa, perché in ogni caso il sistema dispone di strumenti – il *prospective overruling* – che impediscono al nuovo *dictum* di produrre effetti per il passato. È pur vero che la stessa Cassazione ¹¹⁰, facendo professione di equilibrio, ha espressamente affermato che un *overruling* delle sezioni unite in materia processuale può giustificarsi *solo* – oltre che quando l'interpretazione che si intende superare sia manifestamente arbitraria e/o pretestuosa – quando la nuova interpretazione sia diretta a rimuoverne una vecchia, che dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o “ingiusti”. Ma – sia consentito domandarsi – quest'ultima è una garanzia sufficiente? Questi criteri appaiono in verità idonei a giustificare mutamenti anche radicali nell'interpretazione delle regole del processo in una molteplicità indefinita di casi: attribuire alla Cassazione il compito di rileggere le norme processuali («eventualmente anche») ogni volta che si renda opportuno ovviare a disfunzioni, esiti irrazionali o ingiusti derivanti dall'evoluzione normativa o sociale, significa lasciare oggettivamente – al di là, quindi, delle buone intenzioni – margini amplissimi alla discrezionalità del Giudice supremo nell'interpretare le regole del processo.

Si può, allora, essere d'accordo nel metodo suggerito dalla Cassazione – che ha il pregio di invocare il rispetto del principio del giusto processo fin dal momento in cui essa interpreta le disposizioni processuali e non solo al fine di impedire *ex post* applicazioni retroattive di nuovi orientamenti – ma non nel merito: se, infatti, da un lato, si lasciano margini così ampi al giudice di legittimità che voglia re-interpretare le regole del processo, e se, dall'altro lato, si introduce un “principio” del *prospective overruling* configurandolo come si è visto, ciò che si ottiene è di riconoscere alla Corte suprema il potere – al ricorrere di determinate (che tanto determinate, in verità, non sono) circostanze – di introdurre, se del caso all'improvviso, nuove interpretazioni anche imprevedibili che possono pregiudicare i diritti di azione o di difesa delle parti. Ma tutto ciò, come vedremo meglio, non pare essere compatibile con il principio del giusto

¹¹⁰ Cass., sez. un., ord. 6 novembre 2014, n. 23675.

processo, a meno di volerlo invocare solo *a posteriori*, facendolo... entrare in vigore solo a cose fatte.

Se i rilievi critici finora svolti fossero ritenuti convincenti, si potrebbe, allora, immaginare di convertire il “protocollo di cura” elaborato dalla Cassazione in un “protocollo di prevenzione”. In tal caso, il lavoro da compiere sarebbe piuttosto modesto: non resterebbe, infatti, che trasformare le condizioni, di cui la stessa Cassazione richiede la sussistenza per applicare il principio del *prospective overruling*, in limiti ai suoi poteri interpretativi e nomofilattici. Ne deriverebbe che le interpretazioni della Corte suprema di disposizioni processuali:

- a) dovrebbero essere sempre il frutto di attenta e lenta ponderazione, maturata se del caso attraverso *obiter dicta* (questa è la loro naturale funzione) e sempre nel dialogo tra e con le corti di merito (nel linguaggio corrente: divieto di *overruling* repentini);
- b) dovrebbero essere sempre prevedibili sia per la ragione di cui *sub a)*, sia per l'aderenza scrupolosa che il Giudice supremo dovrebbe osservare rispetto al testo della disposizione (nel linguaggio corrente: divieto di *overruling* imprevedibili);
- c) non dovrebbero mai comportare un effetto preclusivo o ablativo del diritto di azione o di difesa delle parti (nel linguaggio corrente: divieto di *overruling* “lesivi”).

L'elenco dei precetti che precede sembra avere contenuti ovvi, ai limiti del banale, ma così non è se, anche grazie al *prospective overruling*, si ritiene che la Cassazione sia legittimata a disattenderli. Può anche darsi che ciò debba essere accettato e considerato inevitabile, ma non si può fare a meno di osservare che, per le ragioni già dette e per altre che si diranno, il rischio è quello di ridurre per questa via la giurisprudenza e i precedenti a strumenti di legislazione giudiziale ¹¹¹.

Peraltro si tenga presente che ritenere che si debbano evitare al punto tale da considerare preclusi, nella sostanza, mutamenti repentini ed imprevedibili nella lettura delle norme processuali, costituisce un efficacissimo deterrente per i ricorsi fondati su *errores in procedendo*, proposti nella speranza – o nella presunzione – di poter far cambiare idea alla Cassazione.

¹¹¹ Usa l'espressione «legislazione giudiziale» M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, cit., p. 69.

6.1. Processo civile e principio di legalità

Il principio del giusto processo viene invocato da più parti a fondamento della necessità di evitare un'applicazione retroattiva o retrospettiva di nuovi orientamenti interpretativi, che introducono decadenze o comunque incidono variamente sul diritto di azione o di difesa¹¹². In breve: giusto processo e prospective overruling sono legati a doppio filo.

Questo principio, tuttavia, certamente garanzia delle istanze di tutela della parte pregiudicata da nuove interpretazioni di regole del processo, dovrebbe – nella prospettiva già tracciata – illuminare piuttosto l'azione dell'interprete non (o almeno non solo) *dopo*, ma *prima* che quell'interpretazione sia consacrata in un principio di diritto e gettata nel circuito delle massime o delle super-massime¹¹³.

A questo proposito, si deve ricordare che l'art. 111, c. 1, Cost., nel dettare la garanzia costituzionale del giusto processo, prevede espressamente che quest'ultimo debba essere «regolato dalla legge»¹¹⁴. Nonostante si siano

¹¹²In dottrina si vedano, tra gli altri, C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali*, cit., p. 1337 ss. e spec. p. 1342 ss.; G. TRISORIO LUIZZI, *La dimidiazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo torna alle Sezioni Unite unitamente agli effetti del mutamento di giurisprudenza*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 441 ss.; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali e "giusto processo"*, cit., p. 1390 ss. In giurisprudenza v. Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144; Cass. 2.7.2010, n. 15812; Cass., 17 giugno 2010, n. 14627; Cass. 2 luglio 2010, n. 15811.

¹¹³Con questa espressione mi riferisco a quelle massime "certificate" dai già descritti sistemi di CERTALEX e CERTANET (cfr. *supra*, cap. III, par. 4.3).

¹¹⁴La vastità della letteratura in argomento sconsiglia di fornire in questa sede indicazioni bibliografiche con pretese di completezza. Oltre alle opere segnalate nelle note che seguono e al già citato C. BESSO, *Procedimento tributario. Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, cit., p. 1610 ss., che ha una specifica rilevanza ai fini del tema qui trattato, si richiama l'attenzione su alcuni dei contributi più recenti, tra i quali: L.P. COMOLIO, *Durata «ragionevole» e processo «giusto»*. *Rilievi di diritto comparato*, in *Jus*, 2015, pp. 251-277; *Id.*, *Rigore sistematico ed etica «interna» del processo «giusto»*, *ivi*, 2013, pp. 19-45; *Id.* *Requiem per il processo «giusto»*, in *N.g.c.c.*, 2013, pp. 47-66; *Id.*, *La grande illusione (La ricerca «incompiuta» del processo «giusto»)*, in *Jus*, 2012, 3, pp. 453-460 A. TEDOLDI, *Cultura delle preclusioni, «giusto processo» e accordi procedurali (forme processuali collaborative per un rinnovato «umanesimo forense»)*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, pp. 375-406; A. PROTO PISANI, *Giusto processo e giustizia civile nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Foro it.*, 2013, V, cc. 1-6; F. DANOVÌ, *Orientamenti (e disorientamenti) per un giusto processo minorile*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1470-1492; *Id.*, *Principi e garanzie costituzionali del giusto processo minorile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, pp. 1217-1240; F.P. LUISO, *«Voilà m'sieurs dames, les jeux sont faits»! Giudicato a sorpresa e cultura del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp.

manifestate sensibilità diverse in ordine alla portata di questo precetto ¹¹⁵,

1343-1349; V VIGORITI, *Ancora a proposito della resistibile crisi del processo civile*, in *Contr. e impr.*, 2012, pp. 641-646; E. ODORISIO, *Fonti e tecniche di attuazione del giusto processo civile*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 2012, 1, pp. 5-21; R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3753-3777.

¹¹⁵ Mi riferisco, in particolare, alla contrapposizione – che si delinea, stante la molteplicità di sfumature tratteggiate dalle varie posizioni assunte dalla dottrina, al prezzo di un'inevitabile semplificazione – tra chi ritiene che il canone del giusto processo imponga una predeterminazione delle forme e dei termini del procedimento a cognizione piena (così, *in primis*, A. PROTO PISANI, *Giusto processo regolato dalla legge e valore della cognizione piena*, in *Il giusto processo (Roma, 28-29 marzo 2002)*, in *Atti dei convegni lincei 184*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2003, pp. 167-183, nonché L. LANFRANCHI, *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 40 ss.; ID., voce *Giusto processo. I) Processo civile*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, Roma, 2001, p. 1 ss.; A. CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari tra «decodificazione» e «sommarrizzazione»*, in L. LANFRANCHI - A. CARRATTA (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, 2005, p. 67 ss. ID., voce *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 877-893 e spec. 879 ss.; ID., *Struttura e funzione dei procedimenti giurisdizionali sommari*, in ID. (a cura di), *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Jovene, Napoli, 2012, p. 1 ss.; G. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile». Le garanzie*, in M.G. CIVININI - C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 255 ss.; M. BOVE, *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 479 ss. e spec. pp. 490-491 e 497, nonché, più di recente, ID., *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 55-95 e spec. p. 91 ss.) e chi, invece, ritiene che, pur nel rispetto di garanzie minime, vi sia una piena compatibilità tra la garanzia costituzionale del «giusto processo regolato dalla legge» e l'attribuzione al giudice di rilevanti poteri discrezionali di direzione del procedimento (in questo senso v. specialmente S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.; ID., voce *Giusto processo (diritto processuale civile)*, cit., pp. 403-419 e spec. p. 410 ss.; ID., *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 521-539 e spec. il par. 3; ma anche R. CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria nel processo civile*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 249-253; ID., *Rigidità e flessibilità del processo di cognizione*, p. 6 del dattiloscritto; R. MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 916-941, e sepc. p. 921 ss.; L.P. COMOGLIO, *Rigore sistematico ed etica «interna» del processo «giusto»*, in *Jus*, 2013, p. 29 ss. e N. TROCKER, *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in M.G. CIVININI - C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 41; ID., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 381-410 e spec. p. 392, cui si deve un felice richiamo ad un passo di un noto e pionieristico saggio di E.J. COUTURE, *La garanzia costituzionale del «dovuto processo legale»*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 81 ss., nel quale il maestro uruguayano affermava: «La garanzia del processo legale non ha relazione con una forma particolare di procedimento e [...] perciò i vari regimi processuali di ciascuno stato possono adottare forme interamente diverse, purché non violino le garanzie fonda-

non v'è dubbio che esso esprima un'istanza di legalità, traducendo in una norma costituzionale i valori della certezza e della stabilità che, come da più parti è stato ribadito, nel processo hanno un peso fondamentale e meritano di essere difese anche a scapito dell'interpretazione più esatta o della soluzione più giusta.¹¹⁶ È evidente che tutto ciò non possa comunque impedire che le disposizioni di legge (anche quelle processuali) siano interpretate: sarebbe assurdo pretenderlo o perfino immaginarlo e, tuttavia, ognuno sa che c'è, per così dire, "interpretazione" e "interpretazione".

La dottrina, ad es., ha ritenuto che non possa leggersi in termini troppo formalistici il canone di cui all'art. 111, c. 1, Cost., il cui significato, non sarebbe, quindi, quello di imporre che tutto il procedimento sia regolato dalla legge – sì da determinare la illegittimità costituzionale di tutti i procedimenti "a maglie aperte", cioè, ad es., dei procedimenti camerali utilizzati per la tutela dei diritti¹¹⁷ – ma, piuttosto, quello di imporre una riserva di legge in materia processuale, un principio peraltro che già appartiene a pieno titolo alla tradizione¹¹⁸. Sulla scorta di questo assunto, si può arrivare certamente a ritenere che il giudice possa legittimamente riempire i "vuoti" intenzionalmente lasciati dal legislatore, laddove sia stata dettata una disciplina non esaustiva, restando al giudicante il compito di integrarla caso per caso¹¹⁹, ma non pare si possa arrivare a consentire al giudice di andare al di là dei limiti tracciati dalla lettera della disposizione da interpretare, che dovrebbe costituirne – in materia processuale – il limite invalicabile, o di introdurre decadenze o altre forme di limitazioni al diritto di difesa o di azione, che non siano sorrette da scelte legislative chiare. Il principio del giusto processo in definitiva dovrebbe

mentali», un saggio cui è stato espressamente riconosciuto il merito di aver introdotto per la prima volta il tema del *due process* nella nostra cultura processuale (così V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 445). Quest'ultima, peraltro, è anche la posizione della Corte costituzionale: cfr., tra le più recenti, Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 10, *Giur. cost.*, 2013, p. 239 ss.

¹¹⁶V. *supra* le opp. citt. alla nt. 4.

¹¹⁷In argomento v. almeno i classici A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 475 ss. e L. LANFRANCHI, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 322 ss.

¹¹⁸S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 129 ss. e spec. p.133.

¹¹⁹Si tratta di operazioni analoghe a quelle che il giudice è chiamato a compiere quando applica il diritto sostanziale recante clausole generali o sanzioni edittali, facendo ricorso a tecniche tollerate anche nell'ambito del diritto penale, il settore che più di ogni altro esige l'applicazione del principio di stretta legalità.

impedire quelle interpretazioni delle regole processuali, che si direbbero *contra legem* o anche *ultra legem*, tutte le volte in cui ciò restringa i margini di tutela dei diritti sostanziali. E, a maggior ragione, esso dovrebbe precludere che simili interpretazioni siano veicolate da pronunce dal contenuto imprevedibile che contraddicono in modo repentino orientamenti giurisprudenziali consolidati.

Inoltre, nel dibattito più recente sul tema, è venuta affacciandosi l'idea che – ancora al fine di evitare il rischio che il principio del “giusto processo regolato dalla legge” si risolva in un'opzione interpretativa puramente formalistica¹²⁰ – sia essenziale – alla luce di tutte le norme costituzionali rilevanti, nonché dei principi generali dell'ordinamento processuale civile, desunti non solo dalle norme del codice di rito, ma anche dalle norme del codice civile – leggere il principio del giusto processo civile, regolato dalla legge, come dovere di rimuovere «ogni ostacolo a far valere le ragioni» delle parti, «ovvero più precisamente [...] ogni ostacolo al pieno esercizio di quei poteri processuali, che costituiscono la declinazione analitica del diritto di difesa e che sono diretti ad incidere sul contenuto della decisione»¹²¹. Ancor più esplicitamente si è affermato che la garan-

¹²⁰In questo senso ha insistito soprattutto S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, cit., p. 1281 ss. Per una revisione in senso problematico del “formalismo” si vedano anche Id., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 569 ss., ora in Id., *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 175 ss. Per una sintesi delle posizioni dell'a. in argomento, oltre che per una estesa ed efficace ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul giusto processo civile, v. Id., *Giusto processo (diritto processuale civile)*, cit., pp. 403-419.

¹²¹Così testualmente R. DONZELLI, *Sul «giusto processo» civile «regolato dalla legge»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 942 ss. e spec. p. 951. La lettura di Donzelli si pone dichiaratamente in linea con un orientamento interpretativo della Corte costituzionale, consolidatosi ben prima della riforma costituzionale del 1999. Si vedano, in questo senso, emblematicamente, la lontana Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46, in *Giur. cost.*, 1957, p. 587 ss., (con riferimento ai rapporti tra diritto di difesa e assistenza tecnica) che, nel decidere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 510 c.p.p. allora vigente – ritenendola, peraltro, infondata – per prima aveva testualmente affermato, pur con riferimento al processo penale, che «il diritto della difesa, pertanto, [...] deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti»; tale affermazione di principio è stata poi successivamente confermata, in differenti contesti, da: Corte cost., 27 novembre 1959, n. 59, in *Giur. cost.*, 1959, p. 1132 (nel dichiarare la illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 133, c. 1, c.p.c. riguardante la incompatibilità della difesa di più imputati affidata ad un difensore comune); Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 5, *ivi.*, 1965, p. 37 ss. (nel dichiarare infondata la

zia del giusto processo può dirsi pienamente attuata nella misura in cui il processo stesso sia strutturato in modo tale da garantire la giustizia della decisione.

Insomma, il principio del giusto processo, interpretato come dovere di rimuovere ogni ostacolo per le parti a far valere le proprie ragioni, può poi declinarsi – com'è stato recentemente proposto¹²² –, sulla scorta dei cospicui contributi che ne hanno consentito una sedimentazione anche

q.l.c. dell'art. 28 dell'allora vigente c.p.c., attributivo dell'autorità di giudicato, nel giudizio civile o amministrativo, ai fatti materiali oggetto del giudizio penale); Corte cost., 4 febbraio 1970, n. 16, in *Giur. cost.*, 1970, p. 148 ss. (nel dichiarare infondata la q.l.c. avente ad oggetto, in relazione all'art. 24 Cost. gli artt. 372, 392 e 398 c.p.p., relativi al procedimento pretorile che, a seguito di istruzione sommaria, si concludeva con la citazione a giudizio); Corte cost., 9 giugno 1971, n. 126, *ivi*, 1971, p. 1209 ss. (nel dichiarare infondata la q.l.c. dell'art. 452, u.c., c.p.p., per supposto contrasto con l'art. 24 Cost., nella parte in cui caso di non comparsa al dibattimento del consulente tecnico di parte citato ad intervenire, non consentiva al giudice qualsiasi potere di differimento per acquisirne l'audizione, anche quando il mancato intervento fosse giustificato), Corte cost., 8 novembre 1979 n. 127, *ivi*, 1979, p. 1032 ss. (nel dichiarare infondata la q.l.c. degli artt. 378, c. 1, prima parte, e 381, c. 2, ultima parte dell'allora vigente c.p.p., in quanto sospettati di essere in contrasto con i principi del giudice naturale, del diritto di difesa e di eguaglianza, sanciti dagli artt. 25, c. 1, 24, c. 2, e 3, c. 1, Cost., in quanto disponevano che il giudice istruttore e non il giudice del dibattimento doveva dichiarare non doversi procedere nei confronti di persona non imputabile perché incapace di intendere e di volere per infermità psichica e ordinarne il ricovero in manicomio giudiziario per periodo non inferiore a due anni); e, con riferimento al processo civile, Corte cost., 26 novembre 1970, n. 178, (nel dichiarare infondata la q.l.c., in relazione all'art. 24 Cost., dell'art. 301, u.c., c.p.c., laddove prevede che non siano cause di interruzione del processo la revoca o la rinuncia al mandato); Corte cost., 2 giugno 1983, n. 149, (che dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 11 del R. D. 30 dicembre 1923, n. 3282, nella parte in cui non prevedeva che il beneficio del gratuito patrocinio si estenda alla facoltà per le parti di farsi assistere da consulenti tecnici); Corte cost., 17 aprile 1985, n. 103, in *Giur. cost.*, p. 639 ss. (che dichiarava infondata – nell'ambito della disciplina volta ad evitare il frazionamento delle unità poderali assegnate a contadini diretti coltivatori – la q.l.c. della applicabilità del rito camerale per la pronuncia di provvedimenti decisori); Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 543, in *Foro it.*, 1990, I, c. 365, con nt. di PROTO PISANI, *Ancora sull'impiego del rito camerale nella giurisdizione contenziosa*; il principio è affermato, in maniera più sfumata, anche nella recente Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 10, *Giur. cost.*, 2013, p. 239 ss. (che ha dichiarato inammissibile la q.l.c. della applicabilità del rito sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c., non convertibile in rito ordinario, ai giudizi di opposizione alla stima dell'indennità di espropriazione ex art. 29, d.lgs. n. 150/2011, sulla quale è utile consultare le osservazioni adesive di R. CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria nel processo civile*, *ivi*, pp. 249-253).

¹²² Mi riferisco, in particolare, al già citato saggio di R. DONZELLI, *Sul «giusto processo» civile «regolato dalla legge»*, cit., p. 952 ss., da cui sono tratti i virgolettati riportati *infra* nel testo.

in ambito processualcivilistico, in almeno tre sotto-principi: a) deve riconoscersi alle parti «la possibilità effettiva di esercitare nel contraddittorio “tutti i poteri diretti ad incidere sul contenuto della decisione”»¹²³; b) è necessario prevedere la possibilità per la parte che ne abbia interesse «di ottenere il “controllo in punto di diritto” dell’itinerario processuale»¹²⁴; c) dev’essere, infine, garantita «anche la “previa conoscibilità delle regole del gioco”»¹²⁵. Pur nella consapevolezza che detti sotto-principi non esauriscono certo l’intera portata del canone del giusto processo, che ha uno spettro più ampio, essi tuttavia paiono cogliere l’essenza di alcune delle garanzie che da questo promanano, le quali, tuttavia, appaiono difficilmente compatibili con una pratica interpretativa come quella *a posteriori* legittimata dal *prospective overruling*.

Gli aspetti coinvolti dai temi qui poco più che accennati sono tanti e tali da rendere certamente impossibile in questa sede trarre conclusioni con qualche pretesa di completezza o di definitività. Tuttavia, appare opportuno sfruttare le considerazioni che precedono per svolgere un ulteriore supplemento di indagine che, pur affacciandosi su problemi che vanno ben oltre i limiti e gli scopi di questo studio, cercherà di restare contenuto entro i confini del pertinente e dell’indispensabile, tentando al contempo di raccogliere qualche utile risultato.

¹²³ In questo senso v. A. PROTO PISANI, *Giusto processo regolato dalla legge*, cit., p. 167 ss. Pare di poter dire che si pongono, inoltre, in questa prospettiva anche tutti gli sforzi che Chiarloni – dopo l’abbandono di una posizione più scettica, manifestata a suo tempo in S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., p. 1010 ss. e poi rivista – ha profuso nel corso degli anni per saldare il principio del giusto processo alla giustizia della decisione.

¹²⁴ In questo senso v. ancora A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 241, ove lo stesso interpretava così la garanzia del giusto processo «Garanzia significa protezione del cittadino a fronte del potere, significa disciplina delle modalità di esercizio del potere allo scopo di consentirne la controllabilità tendenzialmente piena»; A. CARRATTA, *Struttura e funzione dei procedimenti giurisdizionali sommari*, cit., p. 1 ss. e spec. p. 5 ss.; L. LANFRANCHI, «Pregiudizi illuministici» e «giusto processo civile», in *Id.*, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 475 ss. e spec. p. 496 ss. Nello stesso senso a chi scrive pare possano interpretarsi le chiare osservazioni di S. MENCHINI, *Commento all’art. 360-bis c.p.c.*, in G. BALENA – R. CAPONI – A. CHIZZINI – S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 115.

¹²⁵ La previa conoscibilità delle regole del gioco non è altro che la declinazione processuale del principio di legalità. Essa è stata espressamente ricondotta al principio del giusto processo da L.P. COMOGLIO, *Rigore sistematico ed etica «interna» del processo «giusto»*, cit., pp. 43-45

6.2. *Etica del cambiamento e direttive interpretative*

A fronte di alcuni improvvisi e radicali mutamenti giurisprudenziali, di cui si è già più volte detto, le reazioni di dottrina e giurisprudenza sono andate in una duplice direzione: da un lato, si sono approntati strumenti diretti ad evitare che i *revirement* improvvisi potessero andare a detrimento dei diritti processuali delle parti; dall'altro lato, si sono irrobustiti i richiami all'etica e, in particolare, a quella che è stata chiamata da più parti l'«etica del cambiamento»¹²⁶.

Mentre del primo aspetto si è già detto, al secondo è ora opportuno dedicare qualche attenzione. Al di là dell'uso di questa espressione – almeno una volta, secondo un'ipotesi avanzata in dottrina, declinata nel neologismo «nomofilaetica»¹²⁷ – ciò che importa in questa sede è sottolineare il messaggio che essa veicola: per ricostruire quest'ultimo, in verità, si deve far capo ad una pronuncia di poco anteriore – rispetto a quella che per

¹²⁶ In dottrina v. G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali e "giusto processo"*, cit., p. 1390 ss. e spec. p. 1394; D. GIRARDI, *L'overruling in materia processuale ed i suoi effetti sui procedimenti pendenti*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno IV, Cacucci, Bari, 2011, p. 173 ss.; A. ALPINI, *La funzione «nomofilaetica» della Corte di cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 219 ss. e spec. p. 239 ss.; in giurisprudenza v. Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144 e Cass., 31 luglio 2012, n. 13727.

¹²⁷ La parola «nomofilaetica» compare per la prima (e, a quanto consta, unica) volta in Cass. 14 aprile 2015, n. 7456 relativa al sindacato sui contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro, nella quale la Corte non parla più di nomofilachia, ma di nomofilaetica, senza esplicitare il significato del neologismo, ma – almeno così ipotizza A. ALPINI, *La funzione «nomofilaetica» della Corte di cassazione*, cit., p. 248 ss. – alludendo, stante il tenore complessivo della pronuncia, a quella che altri hanno chiamato, appunto, etica del cambiamento. In verità, come la stessa a. afferma, con questo termine la Corte parrebbe indicare una sorta di «dovere morale di svolgere il proprio compito adeguando il diritto vivente i valori che animano il sistema, tenendo conto di tutte le espressioni normative che vivono e continuamente nascono dal sistema ordinamentale e, infine, sottoponendo la propria attività interpretative di uniformazione al controllo di ragionevolezza [...] La caratterizzazione in senso etico della funzione nomofilattica segnerebbe dunque una nuova stagione della Corte di cassazione dove ai valori e ai principi si riconosce autentica valenza normativa ed ermeneutica facendoli assurgere a referenti prioritarie imprescindibili dell'attività del giudice, di un giudice colto e sensibile, consapevole del ruolo centrale che riveste nella costruzione del sistema giuridico inteso come processo vivente, continuo e complesso» (così letteralmente *op. cit.*, pp. 251-252). Alla stregua di queste considerazioni, resta, ad avviso di chi scrive, altamente dubbio che si possa attribuire a questo neologismo il significato di etica del cambiamento, come richiamo alla prudenza nell'interpretazione del norme processuali.

prima ha utilizzato la locuzione «etica del cambiamento» (Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144) – ossia Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864, che detta vere e proprie direttive per l'interpretazione delle disposizioni processuali¹²⁸. In questa sentenza – al par. 2, intitolato significativamente *Una considerazione di metodo* – la Cassazione ha espressamente affermato che «se la formula del segmento di legge processuale, la cui interpretazione è nuovamente messa in discussione, è rimasta inalterata, una sua diversa interpretazione non ha ragione di essere ricercata e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo da preferire — e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario — l'interpretazione sulla cui base si è, nel tempo, formata una pratica di applicazione stabile»¹²⁹. Fin qui la Corte esprime quelle istanze di certezza, che trovano una superiore garanzia sia nell'art. 111 Cost., sia nell'art. 6 della Cedu¹³⁰, traducendole in due (in verità tre) direttive chiare e precise per l'interpretazione delle norme processuali. Le prime due direttive sono di primo livello, mentre la seconda, formulata solo implicitamente ma con chiarezza, è di secondo livello¹³¹:

¹²⁸ Si utilizza qui l'espressione «direttiva interpretativa» così come intesa da J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, in Z. BANKOWSKI – N. MACCORMICK (eds.), *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, p. 91 ss., sul quale v. anche D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in PINO G. - SCHIAVELLO A. - VILLA V., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 300 e spec. 340 ss. e P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 72 ss. Delle direttive interpretative si è già detto *supra*, cap. II, par. 3.4.

¹²⁹ Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1864 ss., con note di C. CONSOLO, *Può, «de iure condendo» almeno, procedersi ancora ad un impiego tanto esiziale della nozione di improcedibilità del gravame?*, *ivi*, c. 1875 e di G.G. Poli.

¹³⁰ In argomento v., anche per riferimenti giurisprudenziali, da ultimo, F. SANTANGELI, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, in AA. VV., *Il controllo di legittimità avanti la Suprema Corte di Cassazione*, Pacini, Pisa, 2017, p. 25 ss. e spec. p. 37 ss.

¹³¹ Oltre a quanto si è già detto *supra*, cap. II, par. 3.4, qui si deve ricordare che, secondo Wróblewski, le direttive interpretative si distinguono in due grandi gruppi: quelle di *primo livello* e quelle di *secondo livello*. Le prime si distinguono, a loro volta in «1) *direttive linguistiche*, che prescrivono di interpretare le disposizioni giuridiche utilizzando le regole sintattiche, semantiche e pragmatiche della lingua; 2) le *direttive intenzionalistiche*, che prescrivono di interpretare le disposizioni giuridiche in modo conforme all'intenzione dell'organo che le ha emanate; 3) le *direttive sistematiche*, che prescrivono di interpretare le disposizioni giuridiche in modo da ricavare da esse norme compatibili e coerenti con le altre norme che appartengono all'ordinamento; 4) le *direttive autoritative*, che prescrivono di attribuire alle disposizioni giuridiche il significato che è stato loro precedentemente attribuito da operatori giuridici dotati di particolare autorevolezza (giurisprudenza,

- a) La prima appartiene alla famiglia delle “direttive linguistiche” e prescrive che le disposizioni debbano essere interpretate in modo tale che il risultato dell’interpretazione resti all’interno della «lettera della legge», il che significa che dovranno essere interpretate utilizzando le regole sintattiche, semantiche e pragmatiche della lingua ¹³²;
- b) la seconda appartiene alla famiglia delle cc.dd. “direttive autoritative” e prescrive di interpretare le disposizioni processuali attribuendo loro il significato fatto proprio da un orientamento giurisprudenziale consolidato;
- c) la terza direttiva – implicita, ma chiara – è di secondo livello e rientra fra le c.d. “direttive procedurali”: in base ad essa la cassazione esprime chiaramente una direttiva di preferenza, che fa prevalere la prima delle direttive di primo livello, quella appena descritta *sub lett. a)*, sulla seconda, descritta *sub b)*. Ciò implica che la preferenza per un’interpretazione consolidata in giurisprudenza (*direttiva autoritativa*), possa essere accordata soltanto nell’ambito delle possibili interpretazioni date a una determinata disposizione processuale (*direttiva linguistica* = non ci si può collocare al di fuori di tutti i possibili significati attribuibili al significante rappresentato dalle parole che compongono la disposizione di legge). Ne discende, quindi, che prima si applica la direttiva linguistica e, solo nell’ambito dei significati ricavati sulla base di questa, si dovrà

dottrina); 5) le *direttive funzionali*, che prescrivono di interpretare le disposizioni giuridiche in modo da conseguire un certo scopo» (D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 342; v. anche P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., pp. 72-75 e *amplius* V. VELLUZZI, *Argomenti interpretativi*, in PINO G. - SCHIAVELLO A. - VILLA V., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, cit., p. 352 ss.). Le seconde direttive, dette di secondo livello, si distinguono in due gruppi principali: 1) le *direttive procedurali*, che determinano l’ordine secondo il quale devono essere applicate le direttive di primo livello e 2) le *direttive di preferenza*, che costituiscono criteri diretti a guidare a giustificare la scelta della norma da applicare al caso di specie tra le più norme ricavabili dalla medesima disposizione sulla base delle direttive interpretative di primo livello (D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, cit., pp. 342-343; P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., p. 73). Una terminologia analoga è utilizzata da Alexy (R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978 (trad. it. a cura di M. La Torre), *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*, p. 177 ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., p. 75 ss.; D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, cit., pp. 338-339), ma qui si utilizza il modello di Wróblewski, poiché, essendo più rudimentale, è più semplice e sufficiente ai fini di questa esposizione.

¹³²D. CANALE, *op. loc. ultt. citt.*

scegliere quella che – per semplicità chiamiamo – l’interpretazione consolidata¹³³.

Fin qui il discorso appare chiaro, ma immediatamente dopo, va complicandosi; nella pronuncia, infatti, si legge: «*Soltanto fattori esterni alla formula della disposizione di cui si discute* — derivanti da *mutamenti intervenuti nell’ambiente processuale* in cui la formula continua a vivere, o dall’*emersione di valori* prima trascurati — possono giustificare l’operazione che consiste nell’attribuire alla disposizione un significato diverso»¹³⁴. Quest’ultima affermazione contiene due ulteriori direttive di primo livello:

- d) una *direttiva sistematica*, che prescrive di rendere coerente l’interpretazione della disposizione con il resto del sistema processuale (la Cassazione si esprime in termini di «ambiente processuale»);
- e) una *direttiva funzionale*, che prescrive di interpretare una disposizione processuale in vista di scopi che rispondono a valori emersi successivamente a quando fu scritta (o letta da un orientamento giurisprudenziale consolidato).

Questo secondo gruppo di direttive – *d*) ed *e*) – che la Cassazione, nella sua composizione più autorevole, mostra di voler dare a se stessa nell’interpretare le regole del processo, vorrebbero costituire, rispetto alle prime – *sub a*), *b*) e *c*) – un correttivo volto ad impedire che il diritto processuale civile subisca una sorta di sclerotizzazione, restando impermeabile all’evoluzione normativa dell’ordinamento e a quella assiologica della società. In altri termini, se ben s’intende, le direttive del secondo gruppo – *d*) ed *e*) – sono idonee a determinare la disapplicazione delle direttive del primo gruppo – *sub a*), *b*) e *c*) – senza che, però, soccorra alcuna indicazione (direttiva di preferenza) in grado di dire quale delle direttive di primo livello debba prevalere sulle altre.

La mancanza di una direttiva di preferenza (di secondo livello), che illumini l’interprete circa l’ordine da dare all’applicazione delle varie direttive (di primo livello) sopravvissute, si fa sentire e induce le sezioni unite, in sentenze successive, a offrire un canone che faccia da guida nella scelta della direttiva da preferire sulle altre: compare, così, l’«etica del cambiamento», la quale, governando i processi interpretativi delle disposizioni

¹³³ Ciò logicamente dovrebbe implicare che, se una data interpretazione di una disposizione processuale, pur consolidata e autorevolissima, si colloca al di fuori dei limiti della lettera della legge, l’interprete la dovrebbe abbandonare, facendo applicazione della direttiva di preferenza che impone la prevalenza della direttiva linguistica su quella autoritativa.

¹³⁴ Così, ancora, Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864, corsivo nostro.

processuali, aspira a costituire un argine agli improvvisi e inaspettati mutamenti giurisprudenziali c.d. “lesivi”, riducendo in tal modo la necessità di ricorrere allo strumento del *prospective overruling*¹³⁵. Si tratta, come meglio chiariscono le sezioni unite in un’altra occasione¹³⁶, di contenere la “creatività” dell’interpretazione giurisprudenziale, facendo appello al senso di responsabilità dell’interprete, che dovrà sempre ispirarsi ai criteri dell’equilibrio, della misura e della ragionevolezza¹³⁷.

Si tratta di raccomandazioni senza dubbio condivisibili e che meritano la più ampia approvazione. Esse, tuttavia, da un lato, tradiscono la necessità di insistere nel fare appello al senso di responsabilità – qui la Cassazione parla, in sostanza, a se stessa – e, dall’altro lato, introducono un elemento, quello dell’etica, che minaccia di far crollare l’intera struttura portante dei limiti faticosamente fissati per dare una disciplina di maggior rigore all’interpretazione delle disposizioni processuali¹³⁸.

6.3. *Diritto processuale civile e interpretazione: un problema (anche) istituzionale*

I problemi derivanti da una qualche, non del tutto irrilevante, incoerenza dei criteri guida – che abbiamo chiamato “direttive” – fissati dalla stessa Cassazione per evitare un massiccio ricorso al *prospective overruling* (una sorta di antidoto al *φάρμακον*) che si sono evidenziati nel paragrafo precedente, sollecitano, prima di avviarci verso una conclusione, qualche riflessione ulteriore.

La prima riflessione concerne ciò che la Corte di cassazione sembra dare per scontato: cioè che le spetti, nell’ambito della funzione nomofilattica che le è assegnata istituzionalmente, il compito di adattare le norme

¹³⁵ Cfr. spec. Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144 e Cass., sez. un., ord. 6 novembre 2014, n. 23675.

¹³⁶ Cass., sez. un., ord. 6 novembre 2014, n. 23675, già discussa *supra*, par. 5.

¹³⁷ Sono, questi, tutti termini che ricorrono alle pp. 6 e 7 di Cass., sez. un., ord. 6 novembre 2014, n. 23675.

¹³⁸ Altrove si è già cercato di indicare le ragioni per le quali far leva su argomenti etici per interpretare le norme processuali costituisca una scelta pericolosa e potenzialmente foriera di incertezze non tollerabili in un contesto, come quello della disciplina del processo civile, di cui oggi la stessa costituzione garantisce, attraverso il richiamo al «giusto processo regolato dalla legge», la rispondenza a criteri di stretta legalità: si veda, se si vuole, L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 303 ss.

– non solo quelle sostanziali, ma anche quelle processuali – attraverso l’interpretazione, all’evoluzione a cui è esposto il sistema normativo e di valori di una data società. Questo assunto poggia sull’idea che la norma giuridica abbia sempre una «struttura ternaria, essendo in essa individuabile un *significante* (l’insieme, cioè, dei frammenti lessicali di che si compone), un *significato*, o più possibili significati (e, cioè, il contenuto precettivo, in termini di comando-divieto-permesso, che il significante esprime) ed un *giudizio di valore* (di avvertita positività, cioè, di un dato bene-interesse, che postula la meritevolezza della creazione di un congegno di protezione del bene stesso all’interno della collettività)»¹³⁹. Ne consegue che, «in ragione, appunto, di tale collegamento tra *norma giuridica* e *valore* [...] la norma, una volta posta in essere, non resta cristallizzata in se stessa, ma è soggetta, *ex se*, a *dinamiche evolutive* [...] ed è suscettibile di assumere una molteplicità di contenuti, in relazione ed entro il limite dei *significati* resi possibili dalla plurivocità del *significante* testuale – per un duplice ordine di fattori propulsivi, *interni* ed *esterni*»¹⁴⁰.

L’approccio della Cassazione è chiaramente orientato a veicolare, attraverso l’interpretazione, la coerenza delle norme al contesto normativo e valoriale in cui devono essere applicate. Questo approccio è certamente condivisibile e rispondente alle teorie e alle tecniche più evolute dell’interpretazione, meritevole senza dubbio di approvazione quando a dover essere interpretate sono le norme sostanziali, ma – viene fatto di domandarsi – siamo davvero certi che lo stesso valga per le norme processuali?

Al di là dai problemi che attengono alla distinzione tra le une e le altre – sempre vivi, specie per alcune norme poste “al confine” – e del dibattito, tuttora irrisolto, che ne è scaturito¹⁴¹, dal quale qui si deve di necessità prescindere per ragioni di spazio e di sostenibilità dell’esposizione, si deve ricordare che le norme processuali sono norme affatto particolari, che hanno un carattere strumentale. Detta strumentalità si esprime rispetto alla tutela dei diritti riconosciuti dalle norme sostanziali e fa del processo il «momento per eccellenza [...] del formarsi dell’ordinamento giuridico»¹⁴². Il che rende evidente come l’interpretazione delle norme

¹³⁹ Così, alla lettera, Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, p. 9, corsivi dell’estensore.

¹⁴⁰ Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, p. 9, corsivi dell’estensore.

¹⁴¹ Per un esame di questi problemi e una ricostruzione del relativo dibattito, sia consentito rinviare a L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p. 92 ss.

¹⁴² C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) è il rapporto giuridico processuale*, XI ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 10; quasi tutti i manuali, in verità, si aprono con la precisazione che il diritto processuale ha

processuali muova leve potentissime, idonee a incidere sulla possibilità concreta di ottenere tutela (o meno) per un diritto riconosciuto dalle norme sostanziali. In altri termini, la strumentalità del diritto processuale lo mette, per così dire, “al servizio” dei diritti sostanziali, ma al contempo ne fa congegno capace di affermarne o negarne la tutela, ragione per cui si giustifica – come la dottrina giustamente insiste nel ribadire¹⁴³ – la assoluta prevalenza del valore della certezza delle regole del processo rispetto alla ricerca della soluzione interpretativa in astratto migliore. Si è detto che alcune di queste norme sono, in realtà, «“nudamente” procedurali» e, quindi, «non innervate da valori»¹⁴⁴ e si è precisato che il valore della certezza dovrebbe essere preferito a quello dell’interpretazione più esatta almeno con riferimento a queste ultime. Certamente questa affermazione coglie nel segno e colpisce al cuore alcune pronunce innovative più discusse e imprevedibili. Tuttavia questa direttiva può forse essere estesa anche a tutte le norme processuali, anche a quelle che siano in qualche modo «innervate da valori».

In modo particolare andrebbe sottolineato che il diritto processuale è sottoposto sia strutturalmente – dato il suo carattere strumentale – sia da un punto di vista normativo-costituzionale – cfr. art. 24 Cost. – ad una sorta di “vincolo di scopo” che è dato dalla effettiva tutela giurisdizionale dei diritti. Non si tratta qui di indagare quale sia lo scopo del processo in senso filosofico – il che peraltro obbligherebbe a ripercorrere un dibattito troppo ampio e arduo da ricostruire¹⁴⁵ – ma, più semplicemente, di

carattere strumentale, sicché le citazioni potrebbero essere numerosissime. Ci si limita qui a ricordare: F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile. I. Principi generali*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 3 ss.; C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, XXVII ed., vol. I, Giappichelli, Torino, 2017, p. 4 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Jovene, Napoli, 2014, p. 4, il quale esprime la strumentalità in questi termini: «mentre il *diritto sostanziale* è un sistema di norme dirette a risolvere i conflitti di interessi contrapposti, determinando gli interessi prevalenti attraverso la previsione di poteri, doveri e facoltà, il *diritto processuale* è costituito, invece, da un sistema di norme che disciplinano più o meno complessi meccanismi (processi) diretti a garantire che la norma sostanziale sia attuata anche nell’ipotesi di mancata cooperazione spontanea da parte di chi vi è tenuto» (corsivi dell’a.).

¹⁴³ V. *supra*, *opp. citt.* alla nt. 4.

¹⁴⁴ C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull’overruling, di nuovo propiziando la figura dell’avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, cit., p. 3166 ss.

¹⁴⁵ Valga qui solo un minimo accenno, a titolo d’esempio, ad alcune delle tesi che nel corso del tempo si sono susseguite in dottrina nel delineare gli scopi del processo: nella dottrina classica hanno abbracciato una visione del processo come strumento di attuazione della legge G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, III ed., Jovene, Napoli, rist.

verificare quale sia il fine del processo secondo lo stesso diritto positivo – inclusivo dei precetti costituzionali e sovranazionali – oggi vigente. Esso, alla luce delle norme ordinarie e di quelle costituzionali, può essere con un buon grado di certezza individuato nella tutela dei diritti, così come si può ricavare dal dettato dell'art. 2907 c.c., dell'art. 24 Cost.¹⁴⁶ e dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁴⁷. Questo fine istituzionale del processo vincola certamente l'interprete e – stante la sua dignità costituzionale – perfino lo stesso legislatore, il quale di certo non potrebbe fare del processo civile, ad es., uno strumento finalizzato alla tutela del più forte o alla protezione di situazioni di privilegio¹⁴⁸.

1965, p. 63 ss.; P. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, p. 131 ss. e spec. nt. 7 nonché ora in Id., *Opere giuridiche*, I, Morano, Napoli, 1965, p. 157 ss.; Id., *Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, ivi, p. 205 ss.; per una visione del processo come mezzo di composizione dei conflitti cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Cedam, Padova, 1936, p. 40 ss. Anche la dottrina contemporanea tende ad accreditare – pur ammettendo che non sia l'unico – tra gli scopi del processo la soluzione di conflitti (cfr. M. TARUFFO, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, vol. I, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 15-17 e 25 ss.).

¹⁴⁶ Si tratta di un'affermazione oggi generalmente condivisa dalla dottrina: v. C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, cit.; P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, III ed., Bononia University Press, Bologna, 2016, pp. 32-34 (con un interessante richiamo alla r. 1 delle *Civil Procedure Rules* inglesi); C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) è il rapporto giuridico processuale*, cit., p. 5 ss. e spec. pp. 10-11, ove più precisamente si discorre di tutele (al plurale) dei diritti; F.P. LUIO, *Diritto processuale civile. I. Principi generali*, cit., pp. 30-31;

¹⁴⁷ P. BIAVATI, *op. ult. cit.*, pp. 30-31; C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, parte introduttiva, par. 4, appendice on-line; F.P. LUIO, *op. ult. cit.*, p. 51. L'art. 6 della Cedu, d'altro canto, impone – al pari delle norme costituzionali interne (sulle quali v. già L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Cedam, Padova, 1970, *passim* e spec. p. 321 ss.) – al processo la funzione non solo di una qualsiasi tutela giurisdizionale dei diritti, ma di una tutela giurisdizionale *effettiva*; non solo: in tal senso dispone, infatti, anche l'art. 13 della Cedu (v. B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 50). La Corte di giustizia ha avuto modo di riconnettere esplicitamente l'art. 6 (e 13) della Cedu al diritto alla tutela giurisdizionale *effettiva* dei diritti comunitari nel celebre caso *Johnston (Marguerite Johnston c. Chief Contable of The Royal Ulster Constabulary)*, Sent. 15 maggio 1986, C-222/84, in *Racc.*, 1986, p. 1663 ss. su cui v. v. N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 282). Più in generale sull'evoluzione della portata dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ad opera sia della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia dell'incontro tra le culture di *civil law* e *common law* v. N. TROCKER, *op. ult. cit.*, pp. 221 ss. e 267 ss.

¹⁴⁸ Si è, peraltro, sottolineato che il processo civile può rischiare di dirigersi, per un fenomeno di eterogenesi dei fini, verso scopi che non gli sono propri ed anzi verso scopi che

Se si assume che quest'ultimo debba essere l'unico valore che guida il giudice nell'interpretazione delle norme processuali, se ne dovrebbe dedurre per l'interprete l'impossibilità di dare a dette norme – almeno rispetto al c.d. diritto vivente – una lettura che determini – per forza di cose *ex post* – un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte. Se questa strada fosse ritenuta percorribile, verrebbe definitivamente meno uno degli elementi costitutivi richiesti dalla Cassazione per la applicabilità del principio del *prospective overruling*. Si potrebbe, però, a questo punto obiettare, e probabilmente con ragione, che anche questo rimedio sarebbe peggiore del male, dato che un simile modo di procedere rischierebbe di “ingessare” il diritto processuale civile, rendendolo impermeabile ai mutamenti normativi, assiologici e sociali e perfino sottratto – si potrebbe sostenere – a quella interpretazione costituzionalmente orientata di cui la investe la stessa Corte costituzionale.

La risposta a questa obiezione si colloca, a nostro avviso, in una prospettiva più ampia di quella che finora si è adottata, legata essenzialmente all'interpretazione giudiziale delle norme processuali. Si viene, così, a discutere del secondo aspetto che costituisce l'oggetto di questo paragrafo, ossia del profilo istituzionale: se, infatti, è vero che quello dell'interpretazione delle norme processuali da parte della Cassazione è divenuto un tema cruciale, assumendo caratteri acuti e preoccupanti specie negli ultimi tempi, è altrettanto vero che ciò non può essere riduttivamente

contrastano con la sua funzione istituzionale – come negli esempi indicati nel testo – ove la garanzia del diritto di difesa venisse interpretata in senso formalistico: in tal senso in v. in vari luoghi, ma da ultimo in S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1281 ss., ove l'a. distingue un “formalismo buono” da un “formalismo cattivo”. In argomento possono essere utili le pagine scritte da C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do Formalismo no processo civil (proposta de um formalismo-valorativo)*, III ed., Saraiva, São Paulo, 2009, che può leggersi nella traduzione italiana di C. Asprella, (C.A.) ALVARO DE OLIVEIRA *Il formalismo nel processo civile (Proposta di un formalismo-valorativo)*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim* e spec. p. 295 ss. L'a. in questo interessante volume, dopo aver ricostruito storia e fondamenti del formalismo nel processo civile, tenta di dare una risposta al dilemma di fondo dei rapporti tra formalismo e giustizia, invocando, in sostanza, l'applicazione dei valori costituzionali nell'interpretazione delle forme del processo – la cui rigida applicazione può allontanare il processo dalla sua «finalità fondamentale [che] è la realizzazione del diritto» (*op. cit.*, p. 295) – un compito, che – secondo l'a. – spetta *in primis* al legislatore, ma al quale non è estraneo il giudice, se è vero, come Egli stesso si spinge ad affermare – in una prospettiva che chi scrive non condivide – che questi, quando incontra una norma processuale, ancorché costituzionalmente legittima, obsoleta, iniqua o ingiusta, la cui applicazione rigida e formale contrasta col sistema o con i principi fondamentali del processo, deve farne un'applicazione secondo giustizia e perfino, se necessario, *contra legem* (*op. cit.*, p. 347).

derubricato a un problema “interno” alla Corte, come, anche sulla base di molti degli argomenti che si sono fin qui sviluppati, si potrebbe – tuttavia erroneamente – ritenere. Il sovraccarico di responsabilità che è andato accumulandosi in capo alla Cassazione, perfino nell’interpretazione delle regole del processo civile, e che ha prodotto i guasti di cui si sta discutendo, promana anche, ad avviso di chi scrive, dalla “latitanza” – nel senso che tra un momento si cercherà di chiarire – del legislatore e della Corte costituzionale. È precisazione ovvia – ma per amor di chiarezza è opportuno esplicitarla – che qui non si intende certo distribuire responsabilità o, peggio, colpe, ma piuttosto tentare di collocare i problemi nella loro dimensione effettiva, che talvolta, grazie a qualche supplemento di indagine, può rivelarsi anche più ampia di quanto a prima vista non appaia: il che può contribuire a spiegare la soverchia difficoltà che si incontra nel trattare simili problemi e anche solo nell’ipotizzare qualche soluzione.

Il legislatore, in ormai quarant’anni di incessanti riforme fallimentari¹⁴⁹ – fatte di interventi frequenti e asistematici sul tessuto del codice, che ne hanno modificato l’aspetto, fino a sfibrarlo e, in certi snodi, perfino a deformarlo (come accade a certi irricognoscibili volti, sottoposti a molti interventi di chirurgia plastica nel disperato tentativo di sottrarli agli effetti del tempo) – non è mai riuscito a mettere capo ad alcuna riforma organica e sistematica dell’intero processo civile. Sicché è cosa ovvia che, in mancanza di una riforma complessiva e in presenza di continue novelle dettate prevalentemente da logiche emergenziali o addirittura ispirate a esigenze “altre”¹⁵⁰, la Cassazione sia investita dell’impegnativo ruolo di ricostruire, attraverso l’interpretazione, un sistema dotato di un livello minimo di coerenza.

La Corte costituzionale, dal canto suo – dopo un primo periodo di cautela iniziale, e dopo il parziale superamento della dottrina del “diritto vivente”¹⁵¹ – ha sposato la dottrina dell’*interpretazione adeguatrice*¹⁵² o

¹⁴⁹ Si tratta di un’affermazione ormai acquisita al “notorio”, tanto da rendere superfluo lo sforzo (peraltro improbo) di documentarla analiticamente.

¹⁵⁰ Cfr. R. CAPONI, *Doing Business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, cc. 10-16.

¹⁵¹ Si tratta di vicende particolarmente complesse, di cui in questa sede non si può dar conto, obbligandoci i limiti di spazio a darle per presupposte. Per una loro sintetica ed efficace ricostruzione si rinvia a R. CAPONI, «*Ciò che non fa la legge lo fa il giudice, se capace*»: *l’impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 238 ss.

¹⁵² Sottolinea opportunamente l’importanza della “interpretazione conforme” anche con riferimento alle regole del processo G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell’inter-*

dell'interpretazione conforme a Costituzione, onerandone tutti i giudici di merito e di legittimità¹⁵³, tanto da spingere il sistema del controllo di costituzionalità verso un modello (quasi-)diffuso¹⁵⁴. Anche questa vicenda – che in questa sede può essere, per evidenti ragioni, solo accennata – ha segnato un impegno sempre maggiore della Cassazione nell'elaborare interpretazioni delle regole del processo conformi ai principi costituzionali, alcune delle quali – ora allargando, ora restringendo le maglie della tutela dei diritti – hanno, per così dire, “fatto la storia” del processo civile degli ultimi anni¹⁵⁵, talvolta sconfinando ben oltre i limiti entro i quali un

pretazione di norme processuali e “giusto processo”, cit., p. 1390, denunciandone al contempo l'abuso che talvolta la Cassazione ne ha fatto (v. spec. p. 1392).

¹⁵³ Cfr. ancora A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di regole e principi*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 455 ss. Sull'interpretazione costituzionalmente orientata un richiamo alla letteratura rilevante non può qui nemmeno essere tentato per oggettive ragioni di spazio.

¹⁵⁴ A. PROTO PISANI, *op. loc. ultt. cit.*; C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali*, cit., p. 1337 ss. e spec. p. 1342; ID., *Il seguito dei provvedimenti della Corte costituzionale (rapporti tra Corte costituzionale, autorità giudiziaria e legislatore relativi al processo civile)*, ivi, 2011, p. 290 ss.; R. CAPONI, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nelle notificazioni*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3021 ss. Si tratta di una constatazione piuttosto comune in dottrina, talvolta circondata da un certo scetticismo, dovuto principalmente al dato formale del monopolio in capo alla Corte costituzionale del potere di demolire con effetto *erga omnes* le disposizioni contrarie a Costituzione (in tal senso v., ad es., F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2405 ss.). Analoghe considerazioni, fondate soprattutto su episodi di radicalizzazione della dottrina dell'interpretazione conforme, sono state recentemente svolte, con approccio saggiamente problematico, da M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, cit., p. 121 ss. In quest'ottica risultano molto istruttivi gli esempi portati da R. CAPONI, «Ciò che non fa la legge lo fa il giudice, se capace», cit., p. 223 ss.

¹⁵⁵ Si tratta di un fenomeno più diffuso – non solo nella giurisprudenza di legittimità, ma a tinte talvolta anche più forti in quella di merito – di quanto si possa a prima vista ritenere, di cui la dottrina più attenta è ben consapevole: per tutti v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., pp. 9-10. Per un interessante esame giustamente critico di casi in cui la Cassazione offre – sulla scorta di una lettura “costituzionalmente conforme”, specialmente alla luce del principio c.d. “della ragionevole durata” – interpretazioni contrarie al tenore letterale delle disposizioni del codice di rito v. R. CAPONI - D. DALFINO - A. PROTO PISANI - G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, cit., 1794 ss. Per una riflessione approfondita su questi temi v. G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, *passim* e spec. il capitolo *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, ivi, p. 49 ss. Vale la pena di ricordare qui le discusse vicende giurisprudenziali che hanno interessato gli artt. 50 e 37 c.p.c., che appaiono particolarmente istruttive ai nostri fini: in un caso la S.C. ha creato una norma inesistente, introducendo la *transatio iudicii* in ipotesi di declinatoria di giurisdizione; nell'altro caso la S.C. ha di fatto

abrogato una norma esistente, cancellando la rilevabilità in ogni stato e grado del processo del difetto di giurisdizione.

Il primo esempio è particolarmente emblematico e concerne l'introduzione in via interpretativa, mediante una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 50 c.p.c., della *translatio iudicii* per il caso di declaratoria di difetto di giurisdizione (Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1009 ss., sulla quale v., tra gli altri, R. ORIANI, *È possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, ivi; F. CIPRIANI, *La translatio tra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 249 ss.). In questo caso il fatto che la Corte fosse andata ben al di là dei margini consentiti dall'interpretazione, ancorché costituzionalmente orientata, oltre che dalle osservazioni svolte dalla dottrina, risulta evidente dal successivo intervento della Corte costituzionale, prima, e del legislatore poi. La Corte costituzionale, infatti, intervenne dopo pochi giorni dalla pronuncia della Cassazione, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 l. tar «nella parte in cui non prevede che gli effetti sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta al giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione» (Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1009 ss.), prendendo al contempo le distanze dalla possibilità, ritenuta invece dalla Cassazione, di dare a quelle disposizioni un'interpretazione adeguatrice in via ermeneutica (in dottrina nel senso che, pur essendo difficilmente ricavabile *de iure condito*, la *translatio* era auspicabile *de iure condendo* v. C. CONSOLO, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla l. n. 802005)* in *Corr. giur.*, 2005, p. 893 ss.; M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, II ed., Giappichelli, Torino, 2006, p. 94). Insomma, secondo la Corte cost. la Cassazione era andata ben oltre i suoi compiti, sicché procedeva ad una «sorta di [...] *avocazione* delle proprie attribuzioni di fronte ai giudici comuni che, *imparata la lezione* dell'interpretazione conforme, mostrino di sentirsi autorizzati a sottovalutare i vincoli testuali e farne, dunque, un uso avventurato o persino abnorme» (così, efficacemente, M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, cit., p. 130, corsivo dell'A.). Successivamente, sollecitato dal giudice costituzionale, interveniva anche il legislatore, il quale regolava la *translatio iudicii* con una disposizione collocata fuori dal codice di rito, ossia l'art. 59 della l. 18 giugno 2009, n. 69. Su quest'ultima vicenda, tra i numerosi autorevoli contributi, vanno senz'altro segnalati C. CONSOLO, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1267 ss.; G. MONTELEONE, *Difetto di giurisdizione prosecuzione del processo: una confusa pagina di anomalie processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 271 ss.; G. BATTAGLIA, *Pronuncia declinata della giurisdizione e proponibilità del regolamento preventivo dopo l'entrata in vigore dell'art. 59 l. 18 giugno 2009 n. 69*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1002 ss.

Il secondo esempio, altrettanto celebre e discusso – a ragion veduta – assai criticamente, è dato dall'intervento di Cass. sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883: la vicenda, fin troppo nota per dover essere qui riferita nei particolari, si è risolta in una *interpretatio abrogans* dell'art. 37 c.p.c. nella parte in cui la lettera dello stesso prevede, con chiarezza assoluta, che il difetto di giurisdizione è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo. La pronuncia della Cassazione ha reinterpretato, sulla scorta di una motivazione molto articolata, la disposizione del codice di rito, ritenendo, com'è noto, il difetto di giurisdizione rilevabile dalla parte o dal giudice fino a quando la causa non sia decisa nel

interprete, per quanto autorevole, dovrebbe attenersi¹⁵⁶. Per fare solo un esempio di come il ruolo minimalista che la Corte costituzionale si è ritagliata, attraverso la dottrina dell'interpretazione conforme, possa avere ricadute dirette sul tema di cui qui si discute, si immagini quanto segue: se la Consulta oggi ragionasse ancora in termini di "diritto vivente" accadrebbe che, ogni volta in cui il giudice ordinario, Cassazione inclusa, si

merito in primo grado, salvo il caso di impugnazione del relativo capo della sentenza di primo grado, pena, in difetto, il passaggio in giudicato della decisione (implicita) sulla giurisdizione. La Corte ha motivato questa decisione affermando che «nel bilanciamento tra i valori costituzionali della precostituzione per legge del giudice naturale e della ragionevole durata del processo, si deve tener conto che una piena ed efficace realizzazione del primo ben può (e deve) ottenersi evitando che il difetto di giurisdizione del giudice adito possa emergere dopo che la causa sia stata decisa nel merito in due gradi di giudizio. L'art. 37, comma 1 c.p.c., nell'interpretazione tradizionale, basata sulla sola lettera della legge, non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (art. 24 e 111 Cost.), in quanto comporta la regressione del processo allo stato iniziale, la vanificazione di due pronunce di merito e l'allontanamento *sine die* di una valida pronuncia sul merito». La dottrina prevalente ha ritenuto che in questo modo la Corte sia andata ben al di là dei suoi compiti, in sostanza sostituendosi alla Corte costituzionale. In argomento, tra i contributi più rilevanti, oltre al già citato R. CAPONI, «*Ciò che non fa la legge lo fa il giudice, se capace*»: *l'impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana*, cit., p. 223 ss., si vedano: C. CONSOLO, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle sezioni sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1141 ss.; A. CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *Giur. it.*, 2009, I, 1464 ss.; E.F. RICCI, *Le sezioni unite cancellano art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1085 ss.; G. BASILICO, *Il giudicato interno della nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 263 ss. R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e «translatio iudicii»*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 413 ss.; F. CUOMO ULLOA, *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: lettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 386 ss.; V. PETRELLA, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1088 ss.; G.G. POLI, *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 806 ss.; V. COLESANTI, *Giurisprudenza «creativa» in tema di difetto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1125 ss.; C. DELLE DONNE, *L'art. 37 c.p.c. tra giudicato implicito ed «evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione»: margine di recenti applicazioni della ragionevole durata del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 735 ss. Per un complessivo ed aggiornato esame dell'art. 37 c.p.c. si rinvia a A. GIUSSANI, in F. CARPI - M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII ed., Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 140 ss.; cfr. anche S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 26. Si veda, inoltre, la ricostruzione di G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 191 ss.

¹⁵⁶ In termini molto critici sul rapporto tra giudice e legge processuale v. M. MARINELLI, *Il «crepuscolo» della norma di legge*, cit., p. 751 ss. e spec. p. 754.

trovasse di fronte ad una interpretazione consolidata di una data norma processuale, ritenuta non più conforme all'assetto costituzionale, dovrebbe sollevare questione di costituzionalità, rimettendo gli atti al giudice delle leggi. In tal modo, in presenza di orientamenti interpretativi consolidati, ascrivibili al c.d. "diritto vivente", sarebbero scongiurati interventi interpretativi della Cassazione repentini e imprevedibili, venendo così meno un altro dei requisiti in presenza dei quali si ritiene di dover ricorrere al *prospective overruling*. Pur essendo difficile immaginare che la storia possa, per così dire, andare a ritroso e riportare la Corte costituzionale al tempo della dottrina del c.d. diritto vivente, si deve tuttavia dare atto della presenza, nella giurisprudenza costituzionale di orientamenti, ancorché non ben strutturati, che, pur nella prevalenza della dottrina dell'interpretazione conforme, lasciano ancora uno spazio al paradigma del diritto vivente proprio quando (ed è ciò che in questa sede più interessa) l'interpretazione contraria a Costituzione sia oggetto di orientamenti giurisprudenziali consolidati, nel qual caso vi è chi ha ritenuto che dovrebbe prevalere il dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale su quello di elaborare un'interpretazione conforme¹⁵⁷.

Per quanto, quindi, siano ipotizzabili spazi per un recupero da parte della Corte costituzionale di un ruolo più attivo nell'adeguamento ai valori costituzionali delle regole del processo – un terreno sul quale, come già si è visto, si sono giocati alcuni importanti *overruling* – tuttavia, va preso atto che nei fatti, in assenza di interventi di sistema da parte del legislatore

¹⁵⁷ In questo senso v. A. D'ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della corte costituzionale. Relazione conclusiva al Seminario "Corte Costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici"*, Corte costituzionale – Palazzo della Consulta, Roma, 6.11.2009, in www.cortecostituzionale.it: «Se la dottrina del dovere d'interpretazione conforme fosse la sola bussola dell'attività della Corte, il destino delle sentenze interpretative (di tutte le sentenze interpretative) sarebbe irrimediabilmente segnato. Ma la situazione non è esattamente questa. Infatti, il quadro che emerge dagli orientamenti della Corte costituzionale risulta ulteriormente complicato dalla circostanza che tale dottrina coesista con la dottrina del diritto vivente. [...] [I]n ordine alla tensione tra le due dottrine, ritengo che, nella giurisprudenza costituzionale, esse trovino un punto di conciliazione nell'idea – non sempre, peraltro, coerentemente sviluppata – che il dovere d'interpretazione conforme non sussista, qualora l'interpretazione incostituzionale, godendo del favore della giurisprudenza (soprattutto di quello delle giurisdizioni superiori), dia vita ad un diritto vivente. In questo caso la Corte potrebbe (e, forse, dovrebbe) essere investita della questione, per essere messa in condizione di depurare l'ordinamento di prassi interpretative costituzionalmente dissonanti. E lo strumento più idoneo allo scopo dovrebbe essere proprio la sentenza interpretativa di accoglimento. La quale consente di tenere in vita la disposizione, sradicandone dall'ordinamento le interpretazioni che – ad onta del loro contrasto con la Costituzione – si siano affermate come diritto vivente».

re e nel perdurare di una certa ritrosia da parte della Corte costituzionale, i compiti e le responsabilità nell'interpretazione delle norme processuali fanno sentire il loro peso sulla Cassazione, fino a mettere in crisi lo stesso rapporto tra funzione nomofilattica e regole del processo, spingendolo pericolosamente verso la soglia dell'ingovernabilità.

6.4. *Modelli prescrittivi dell'interpretazione e formanti nel sistema del diritto processuale civile*

Nonostante, come si è cercato di illustrare nel par. precedente, per certi versi la Cassazione sia "lasciata sola" nell'interpretazione delle norme processuali, non si possono, tuttavia, omettere alcune considerazioni conclusive che attengono, per un verso, ancora una volta al rapporto tra ruolo nomofilattico della Corte suprema e disposizioni processuali e, per altro verso, al ruolo giocato dai formanti nel sistema del diritto processuale civile.

Sotto il primo profilo, l'indagine condotta in questo capitolo induce a ritenere che, pur a condizioni istituzionali invariate, il *self-restraint* della Cassazione nell'interpretare le norme che disciplinano il processo civile dovrebbe andare ben oltre la raccomandata «etica del cambiamento», di cui già si è detto più volte. In un quadro come quello descritto, dominato da istanze di certezza e presidiato dal principio di legalità, appare esigibile un approccio metodologico che comporti l'adozione – al pari di quanto auspicato dalla dottrina penalistica – di modelli deontologici e prescrittivi dell'interpretazione¹⁵⁸. Se si ritiene accettabile questa proposta, almeno due prescrizioni dovrebbero essere osservate: 1) la Cassazione dovrebbe astenersi da interpretazioni (parzialmente) "creatrici" o "fuori cornice" – per cornice intendendosi, in senso kelseniano, i limiti segnati dai dati te-

¹⁵⁸ V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.penalecontemporaneo.it, pp. 1-33 e spec. p. 6, in corso di pubblicazione sulla *Riv. trim. dir. proc. pen.* In argomento si vedano, inoltre: M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in *Id.*, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, p. 2011, 63 ss., 115 ss.; F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI – C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 515 ss.; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017, 63 ss. In questo senso v. anche L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 4/2016, p. 13 ss.

stuali della disposizione di legge¹⁵⁹ – quantomeno quando dette interpretazioni siano soppressive dei diritti processuali o determinino comunque effetti preclusivi rispetto al diritto di azione o di difesa della parte¹⁶⁰; 2) la Cassazione dovrebbe altresì astenersi dal creare regole o principi processuali, che, in assenza di robusti agganci di diritto positivo, siano istitutivi di ostacoli – ad es. *sub specie* di inammissibilità – alla tutela dei diritti. A quest'ultimo proposito è opportuno ricordare le fattispecie di inammissibilità del ricorso, di matrice squisitamente pretoria, che la Cassazione ha costruito nel corso degli anni: dall'inammissibilità per difetto di autosufficienza¹⁶¹, a quella per difetto di chiarezza¹⁶², a quella per la “procura spillata”¹⁶³ a quella più recente derivante dalla violazione dell'(inventato) principio di sinteticità degli atti processuali¹⁶⁴.

Sotto il secondo profilo, concependo il diritto processuale civile come sistema, inteso in una rinnovata accezione, deve prendersi atto di come, da qualche anno a questa parte, si assista ad una progressiva erosione del

¹⁵⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Verlag Franz Deuticke, Leipzig-Wien, 1934, trad. it. (di R. Treves), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1963, p. 92 ss.

¹⁶⁰ Il più celebre esempio della violazione di questa prescrizione è probabilmente rappresentato da Cass. sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883. In questo caso l'*overruling* non fu del tutto improvviso, essendo stato all'epoca anticipato da Cass., sez. un., 18 dicembre 1998, n. 12699, *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Giurisdizione civile*, n. 183, e *Giust. civ.*, 1999, I, 1691; 28 gennaio 1998, n. 850, *Foro it.*, Rep. 1998, voce cit., n. 120; 3 febbraio 1995, n. 1311, *id.*, Rep. 1995, voce *Cosa giudicata civile*, n. 18.

¹⁶¹ Per una panoramica v. F. SANTANGELI, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., p. 25 ss. e spec. p. 73 ss. Per un'ampia ricognizione sul c.d. principio di autosufficienza si rinvia a Id., *Autosufficienza. Ieri, oggi, domani. “...Eppur si muove...”*. *Dal peccato di omissione al peccato di commissione*, in www.judicium.it;

¹⁶² In argomento si veda B. SASSANI, *Spigolature di tarda primavera sulla vocazione dei nostri tempi per la certezza del diritto processuale*, in www.judicium.it.

¹⁶³ Sulla inammissibilità derivante da “procura spillata” v., per tutti, F. CIPRIANI, *La procura su foglio autonomo tra la certificazione e gli spilli del difensore*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1087.

¹⁶⁴ Da ultimo, in giurisprudenza, v. Cass., 13 aprile 2017, n. 9570, la quale esemplifica in modo emblematico il progressivo allontanamento del diritto processuale civile dal principio di legalità, accreditando una fonte di *soft law* – qual è il “protocollo d'intesa Cassazione-Cnf sui criteri di redazione degli atti giudiziari – tra quelle da cui ricavare norme e sanzioni nel processo civile: in argomento v. I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF [Consiglio Nazionale Forense]*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2782 e ss.. Sul principio di sinteticità, in senso favorevole, v. G. FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 853 ss.; più scettico B. CAPPONI, *Sulla ragionevole brevità degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1075 ss.; fortemente critico M. TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, *ivi*, 2017, p. 453 ss.

formante legislativo a vantaggio di quello giurisprudenziale o addirittura di *soft law* ¹⁶⁵. Ci si riferisce, in particolare, alla nozione di “sistema” proposta nel diritto comparato alcuni anni or sono, quale strumento di comprensione consistente in un particolare punto di osservazione attraverso il quale si è in grado di identificare un insieme di dati della vita reale unificati sulla base di caratteristiche alle quali si attribuisce capacità discrezionale ¹⁶⁶. In quest’ottica, costituiscono sistemi «il diritto tributario federale statunitense, l’esercizio associato della professione legale, i diritti del feto verso la madre, il diritto italiano della responsabilità civile quale diritto giurisprudenziale, la pena di morte, il diritto societario del Qatar, l’ordinamento penale militare in materia di reati sessuali, il diritto inglese dei *trusts* di scopo, e molti altri» ¹⁶⁷. Scegliendo – evidentemente in ottica strumentale rispetto ai nostri fini – quale punto di osservazione il diritto processuale civile, inteso come sistema nell’accezione appena descritta, possiamo rilevare come il formante giurisprudenziale, per le ragioni che abbiamo già ampiamente esaminato, guadagna progressivamente terreno rispetto al formante legislativo, il quale, come si è accennato, subisce anche la concorrenza del formante convenzionale, quella c.d. *soft law* che va sotto il nome di “protocolli d’intesa”, dai quali la giurisprudenza non esita talvolta ma lauguratamente a ricavare vere e proprie norme giuridiche applicabili nella disciplina del processo. Questi rilievi, che hanno natura descrittiva, sollecitano, tuttavia, qualche riflessione critica, specie alla luce di quella prescrizione costituzionale che ancora alla legge la disciplina del (giusto) processo civile: in particolare, dall’analisi condotta sembra emergere una tendenza della Cassazione a fare – se non ampio, almeno – robusto ricorso alla funzione di nomofilachia nell’interpretazione delle norme processuali fino ad arrivare, di fatto, a fare – nel sistema del processo civile – del precedente una vera e propria fonte del diritto. Questo processo, come si è tentato di dimostrare ¹⁶⁸, trova paradossalmente nel congegno del *prospective overruling* uno strumento che, sebbene approntato per ovviarne le distorsioni più odiose, finisce in realtà con il portarlo a compimento, creando i presupposti affinché la Cassazione, liberata dal peso delle deleterie conseguenze di un’applicazione retrospettiva di interpretazioni innovative delle regole del processo, possa introdurre nuove norme (interpretative di vecchie disposizioni) disponendo – proprio come un legislatore – solo per il futuro.

¹⁶⁵ V. nt. precedente.

¹⁶⁶ Cfr. M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, cit., p. 122 ss.

¹⁶⁷ M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, cit., p. 123.

¹⁶⁸ V. *supra*, par. 5 e spec. par. 5.2.

POSTILLA

Sarebbe vano e fuor di luogo impegnarsi qui in una sintesi dell'indagine svolta: essa, infatti, in questo caso, a differenza che in altri, ancorché comoda, potrebbe rivelarsi ingannevole, rischiando di riportare la trattazione del tema a un livello eccessivo di semplificazione, che non solo ad essa non si addice, ma ne costituisce probabilmente il difetto peggiore e più diffuso. Altrettanto inopportuno sarebbe avere la pretesa di trarre dallo studio che precede conclusioni definitive: queste ultime, infatti, a fronte della complessità e della insopprimibile natura proteiforme del tema risulterebbero, molto probabilmente, velleitarie.

Non si rinuncia, però, a una "postilla", ove riallacciare idealmente il titolo di questo contributo ai suoi contenuti e, infine, ai suoi esiti. La scelta del titolo è stata compiuta con l'intento di esprimere icasticamente l'impossibilità per il "nostro" precedente – almeno per ciò che esso oggi è diventato, specie a seguito delle riforme processuali degli ultimi anni – di svolgere la funzione che gli è propria. Beneficiando di un'indagine che ha cercato di tener conto, nei limiti del possibile, anche degli ordinamenti stranieri di maggiore interesse, si è potuto apprendere che il precedente – in modo particolare grazie all'analisi del modo in cui esso opera nei paesi di *common law* e specialmente in Inghilterra, dove esso è nato – ha prevalentemente una funzione di insegnamento, di «ammaestramento scientifico» per dirla con Calamandrei, per mezzo della quale la Corte di vertice è chiamata, attraverso i suoi provvedimenti, a servire per tutti gli altri giudici, in particolare quelli di merito, «di direttiva e di esempio alla corretta decisione dei casi futuri». Dunque, le pronunce «della Corte Suprema, che vengono anche solennemente chiamati i suoi "responsi", esercitano di fatto su tutta la vita pratica del diritto un'efficacia di *ratio scripta* chiarificatrice, che giustamente è stata qualificata "didattica": in quanto si può dire veramente che nelle decisioni di quest'organo supremo si coordinino e si fondino con le esigenze della pratica gli insegnamenti della dottrina, e si elabori, nella sua forma essenziale, il pensiero giuridico nazionale» (tutti i virgolettati sono tratti da P. CALAMANDREI, voce *Cassazione civile*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. II, Utet, Torino, 1937, p. 985). Sicché, non solo la dottrina e l'esperienza dell'ordinamento, in cui il precedente è sta-

to inventato, ma anche il pensiero di colui, che della Cassazione fu presso di noi il padre spirituale, consegnano allo studioso un'idea di precedente grazie al quale la Corte suprema istruisce gli altri giudici, spiegando loro come debbano essere applicati gli enunciati normativi contenuti nelle disposizioni di legge.

La Cassazione di ciò è ben conscia e rivendica, perfino in materia processuale, – cosa, come si è detto, non scontata, né del tutto persuasiva – la funzione di dare una lettura evolutiva delle norme di legge, che, oltre a superare precedenti orientamenti palesemente errati, ne promuova un adeguamento al mutato contesto normativo, sociale e assiologico. Si tratta di un approccio maturo, che mostra il volto di una Cassazione ben consapevole e attrezzata a dare del diritto un'interpretazione che non sia appiattita – secondo modelli vetero-positivisti che si vorrebbero ormai archiviati – su schemi sillogistici, che riporterebbero in auge lo spettro del giudice *bouche de la loi*. Questo è il precedente così come la Cassazione lo intende nel momento in cui lo *crea*: un precedente che si giova di un approccio evolutivo, ermeneutico e anche, pur con equilibrio e responsabilità, creativo. Questo approccio al precedente, che – come insegnano le regole dell'ermeneutica – esige che siano tenuti in grande considerazione i fatti, contrasta però con la tendenza – di cui si è già più volte detto – ad allontanare progressivamente la funzione nomofilattica dai fatti di causa e a sterilizzare la pronuncia del principio di diritto dalla decisione, con tutte le conseguenze deleterie che ciò può comportare e che, talvolta, ha effettivamente comportato (il pensiero corre, ancora, al *prospective overruling*).

Non solo: questo approccio parrebbe valere, pur con l'avvertenza che si è appena formulata, solo per il “momento genetico” del precedente.

La prospettiva, infatti, tende a mutare radicalmente, fin quasi a rovesciarsi, sia nel momento in cui quel precedente dovrà essere utilizzato dagli “altri” giudici, sia quando la Cassazione, da giudice “creatore” del precedente, diviene giudice del controllo.

Sotto il primo profilo, complice l'enorme carico di lavoro della Corte suprema e l'eccezionale numero di decisioni pronunciate ogni anno, la “fruizione” del precedente avviene – e realisticamente non potrebbe essere altrimenti – per mezzo delle massime. Queste ultime, come si è cercato di spiegare, per il fatto stesso di veicolare informazioni in forma semplificata e di operare, al pari di catalizzatori, come strumenti di semplificazione della complessità, esprimono una forza – senza falsi pudori, potremmo dire: un potere – che si intensifica anche grazie a un ingegnoso sistema di marcatori (in parte già operante, in parte ancora da sviluppare), volto a segnalare prontamente quelle che enunciano principi di diritto conso-

lidati. Attraverso questo meccanismo, chi si rivolge a quel complesso e ordinato – sia sotto un profilo statico che sotto un profilo dinamico – archivio, che molti oggi non esitano a chiamare “sistema di precedenti”, potrà, ad esempio, agevolmente conoscere quali siano i principi di diritto, sulla base dei quali viene applicato il “filtro” *ex art. 360-bis c.p.c.*

Sotto il secondo profilo, il controllo della Cassazione, nel momento della verifica della «esatta osservanza» delle norme di diritto, non può più esprimersi congiuntamente a quello che fu – ma che non è più – il sindacato sul vizio di motivazione della sentenza, che veniva spessissimo denunciato, non a caso, unitamente alla violazione o falsa applicazione di norme di diritto. La Cassazione perde, così, l’opportunità di verificare se non vi siano proprio all’interno della motivazione per esteso quegli elementi che giustificano, nel caso di specie, la (apparente) “infedeltà” del giudice del merito ad un principio di diritto consolidato (o viceversa). In analoga direzione vanno, poi, le possibili storture derivanti dal c.d. principio di autosufficienza, che deve consentire al giudice di legittimità la verifica della sussistenza del vizio denunciato sulla base della sola lettura del ricorso.

Da tutto ciò, detto in forma estremamente semplificata, discende che il precedente assume aspetti molto diversi, a seconda che lo si osservi nel suo momento genetico (quello a cui si dedicano le sezioni unite o che nasce in pubblica udienza), nel momento della sua applicazione da parte del giudice successivo (il giudice del merito o la stessa Cassazione quando applica i propri precedenti) e, infine, nel momento del controllo da parte della Corte suprema dell’esatta osservanza delle norme di diritto (da parte delle sezioni semplici con rito camerale).

Il pericolo concreto, che a chi scrive pare si possa ravvisare è, che a valle di questo complesso e articolato processo, che culmina nella riduzione della sentenza a massima e nella sua equiparazione – al prezzo di una non innocua metonimia – al precedente, quest’ultimo smarrisca la sua identità fino a divenire, appunto, impossibile. Il precedente, infatti, così operante, rischia di non veicolare più nessun insegnamento e di perdere la sua vocazione “didattica”, tendendo piuttosto ad imporsi come un comando generale ed astratto, esigendo non comprensione, ma obbedienza e propiziando, in certa misura, il conformismo giudiziario, un fenomeno che impoverisce, anziché arricchire – a dispetto dei numeri – l’ordinamento giuridico.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV., *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.
- AA.VV., *Diritto privato 2001-2002*, Cedam, Padova, 2003, pp. 49-64.
- AA.VV., *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law-Atti del XX Seminario*, Giuffrè, Milano, 2009.
- AA.VV., *Il controllo di legittimità avanti la Suprema Corte di Cassazione*, Pacini, Pisa, 2017.
- AA.VV., *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, Giuffrè, Milano, 1985.
- AA.VV., *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile. Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà. Ferrara 10-12 ottobre 1985*, Cedam, Padova, 1988.
- AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958.
- AA.VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2016.
- ACIERNO M., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 437 ss.
- ACIERNO M.-CURZIO P.-GIUSTI A., *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, II ed., Cacucci, Bari, 2015.
- ADAMS K.D., *Blaming the Mirror: the Restatements and the Common Law*, 40 *Ind. L. Rev.*, 2007.
- ALCHOURRÓN C.A.-BULYGIN E., *Normative Systems*, Springer Verlag, Wien-New York, 1971 (trad. it. di P. Chiassoni e G. Ratti), *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2005.
- ALEXY R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978 (trad. it. a cura di M. La Torre), *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.
- ALLEN C.K., *Law in the Making*, III ed., Clarendon Press, Oxford, 1939.
- ALPA G., *I principi generali*, II ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- ALPINI A., *La funzione «nomofilaetica» della Corte di cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 219 ss.
- ALVARO DE OLIVEIRA C.A., *Do Formalismo no processo civil (proposta de um formalismo-valorativo)*, III ed., Saraiva, São Paulo, 2009, (trad. it. a cura di) Asprella C., *Il formalismo nel processo civile (Proposta di un formalismo-valutativo)*, Giuffrè, Milano, 2013.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di inter-*

- pretatio e “riferimento al legislatore” nell’illuminismo giuridico, Giappichelli, Torino, 2000.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Divieto di “interpretatio” e “référé législatif” nei “cahiers de doléances” del 1789*, in ‘Panta rei’. Studi dedicati a Manlio Bellomo, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2004.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico* Giappichelli, Torino, 2005.
- AMOROSO G., *Commento all’art. 360 c.p.c.*, in Cipriani F. (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Cedam, Padova 2009, p. 111.
- AMOROSO G., *Commento all’art. 374*, in Briguglio A. –Capponi B. (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, tomo I, Cedam, Padova, 2009, p. 195 ss.
- AMOROSO G., *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano 2012.
- AMOROSO G., *La Corte di cassazione ed il precedente*, in ACIERNO M. –CURZIO P. –GIUSTI A., *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, II ed., Cacucci, Bari, 2015, p. 47 ss.
- AMOROSO G., *Il progetto CERTANET nel sistema Italgire della Corte di Cassazione*, in Dalfino D. (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, RomaTre-Press, Roma, 2016, pp. 23-31.
- AMOROSO G., *Nomofilachia e Massimario*, relazione tenuta nell’ambito del seminario svoltosi presso la Suprema Corte di cassazione mercoledì 12 aprile 2017, dal titolo *L’ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro*, in www.cortedicassazione.it.
- AMOROSO G., *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 477.
- ANDREWS N., *The United Kingdom Supreme Court: A Final Appellate Court Created in Haste and Without Manifest Need*, in BESSO C. –CHIARLONI S., *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 107 ss.
- ANDRIOLI V., *Massime consolidate della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, p. 249 ss.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, Jovene, Napoli, 1956.
- ANDRIOLI V., *Tre aspetti della Corte di cassazione*, in *Dir. e giur.*, 1966, p. 189 ss.
- ANDRIOLI V., *Giudizio di rinvio e incidente di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1977, I, 575.
- ANDRIOLI V., *Cinquant’anni di dialoghi con la giurisprudenza 1931-1981*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007.
- ANTONIOLLI DEFLORIAN L., *Il precedente giudiziario come fonte del diritto: l’esperienza inglese*, in *Riv.dir.civ.*, 1993, p. 133 ss. e spec. p. 144 ss.
- ANTONIOLLI DEFLORIAN L., *Stare decisis nel restante mondo di common law*, in GALGANO F. (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2011, pp. 22-29.
- ARISTOTELE, *Analitici primi e analitici secondi*, in Id., *Organon*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 1983.

- ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- ARISTOTELE, *Organon, An. Pr.*, Bompiani, 2016.
- ARROYO C.L., *El proceso de amparo en América Latina*, in 41 *Ius Et Veritas*, 2010, p. 113 ss.
- ATIAS C., *Moyens de dire le droit «et façon de parler» de la Cour de cassation: une distinction nécessaire*, in *Dalloz*, 2008, n. 3, p. 177 ss.
- ATIENZA M., *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in *Ars int.*, 1999, pp. 293-320.
- AULETTA F., *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»)*, in FAZZALARI E. (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 1 ss. e spec. p. 17 ss.
- AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Weidenfeld & Nicolson, London 1954 (trad. it. a cura di Barberis M.), *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1995,
- BACK FURNISH D., *Le fonti del diritto negli Stati Uniti. Il caso dei restatements*, in *Soc. dir.*, 2001, p. 29 ss.
- BALBI E., voce *Rimessione in termini (diritto processuale civile)*, in *Encicl. giur.*, vol. XXVI, Treccani, Roma, 1993, p. 1 ss.
- BALENA G.-CAPONI R.-CHIZZINI A.-MENCHINI S. (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Utet, Torino, 2009.
- BALENA G., *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 791 ss.
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Cacucci, Bari 2015.
- BANKOWSKI Z.-MACCORMICK N. (eds.), *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992.
- BARBERIS M., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in COMANUCCI P.-GUASTINI R., *Analisi e diritto 2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 1.
- BARBERIS M., *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLIV, 2015, pp. 67-101.
- BARILLI R., *Corso di retorica. L'arte della persuasione da Aristotele ai giorni nostri*, Lupetti, Milano, 1995.
- BARONE C.M.-CAPONI R.-COSTANTINO G.-DALFINO D. -PROTO PISANI A. -SCARSELLI G., *Le Sezioni Unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3034.
- BARSOTTI V., *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999.
- BASILICO G., *Il giudicato interno della nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 263 ss.
- BATTAGLIA G., *Grande dizionario della lingua italiana*, XIV, Torino, 1988.
- BATTAGLIA G., *Pronuncia declinatoria della giurisdizione e proponibilità del regola-*

- mento preventivo dopo l'entrata in vigore dell'art. 59 l. 18 giugno 2009 n. 69, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1002 ss.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, in BECCARIA C., *Opere*, vol. I, Sansoni, Firenze, 1958, p. 52.
- BECCARIA C., *Opere*, vol. I, Sansoni, Firenze, 1958.
- BELVEDERE A., *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, Milano, 1977.
- BELVEDERE A., *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 2016.
- BENEDETTI, *Le traduzioni italiane da Walter Scott e i loro anglicismi*, Firenze, 1974.
- BENTHAM J., *Truth versus Ashhurst*, in BOWRING J., *The Works of Jeremy Bentham*, vol. V, Tait, Edinburgh, 1843, p. 235.
- BESSO C.-CHIARLONI S., *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, II ed., Società editrice del Foro italiano, Roma, 1936.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971.
- BIAVATI P.-CARPI F., *Diritto processuale comunitario*, II ed., Giuffrè, Milano, 2000.
- BIAVATI P., *Diritto processuale dell'Unione europea*, V ed., Giuffrè, Milano, 2015.
- BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, III ed., Bononia University Press, Bologna, 2016.
- BIAVATI P., *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1209 ss.
- BIGIAMI W., *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi urbinati*, Urbino, 1933.
- BIN M., *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 545 ss.
- BIN M., *Precedente giudiziario, «ratio decidendi» e «obiter dictum»: due sentenze in tema di diffamazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988 p. 1001 ss.
- BIN M., *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Cedam, Padova, 1995.
- BISCARETTI DI RUFFIA P.-CRESPI REGHIZZI G., *La Costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'Urss*, Giuffrè, Milano, 1979.
- BISCOTTI B.-BORSSELLINO P.-POCAR V.-PULITANÒ D., *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.
- BLACK H.C., *Law of Judicial Precedent*, St. Paul, Minn., 1912.
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the laws of England*, vol. I, Oxford, 1765.
- BLUM H., *Das Deutsche Reich zur Zeit Bismarcks. Politische Geschichte von 1871 bis 1890*, Bibliographisches Institut, Leipzig und Wien, 1893.
- BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Artigianelli, Torino, 1938.
- BOBBIO N., *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942.
- BOBBIO N., voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Utet, Torino, 1960.
- BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XX, Utet, Torino, 1960, p. 530 ss.
- BOBBIO N., voce *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961.
- BOBBIO N., voce *Fatto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967.
- BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994.

- BONSIGNORI A., *L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 510.
- BORSELLINO P., *La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale*, in BISCOTTI B.-BORSELLINO P.-POCAR V.-PULITANÒ D., *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.
- BOUVIER H.G., *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.
- BOVE M.-SANTI A., *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, Macerata, 2009.
- BOVE M., *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 479 ss.
- BOVE M., *Lineamenti di diritto processuale civile*, II ed., Giappichelli, Torino, 2006.
- BOVE M., *La riforma della procedura*, in BOVE M. -SANTI A., *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, Macerata, 2009, p. 66 ss.
- BOVE M., *Per evitare improcedibilità di massa l'unica via di uscita sembra la dimensione*, in *Guida dir.*, 2010, 42, p. 30 ss.
- BOVE M., *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.
- BOVE M., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 431 ss.
- BOVE M., *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, pp. 55-95.
- BOWRING J., *The Works of Jeremy Bentham*, vol. V, Tait, Edinburgh, 1843.
- BRACON H., *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, f. I (b), 1268, in *Compilation by M. Frances McNamara*, Matthew Bender & Co., Inc., 1960.
- BRETON A.-DERRIDA F., *Mélange*, Dalloz, Paris, 1991.
- BRIGNONE G.E., in *Giurisprudenza degli Stati sardi*, 1848-49, vol. I, cc. 576-577.
- BRIGUGLIO A.-CAPPONI B. (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Cedam, Padova, 2009.
- BRIGUGLIO A., *Appunti sulla massimazione ufficiale*, in *Giust. civ.*, 1983, pp. 379-386.
- BRIGUGLIO A., *«Creatività» della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 1360 ss.
- BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Cedam, Padova, 1996, p. 92 ss.
- BRIGUGLIO A., voce *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma 1997, p. 1 ss.
- BRIGUGLIO A., *Le funzioni della Corte di cassazione e l'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, in Perrone G.C. e Sassani B. (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Cedam, Padova, 1999, p. 19 ss.
- BRIGUGLIO A., *La Cassazione e i «quesiti»*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 2736 ss.
- BRIGUGLIO A., *Commento all'art. 360-bis*, in BRIGUGLIO A.-CAPPONI B., *Commentario*

- alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, vol. III, tomo I, Cedam, Padova, 2009, p. 50 ss. e spec. p. 53 ss.
- BRIGUGLIO A., *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1165 ss.
- BRIGUGLIO A., *Appunti sulle sezioni unite civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p.16 ss.
- BRIGUGLIO A., *Chi ha paura del filtro? (ovvero: se lo si dipinge d'ora come orribile qualcuno ci crederà e lo applicherà come tale: meglio dunque essere cautamente ottimisti e sterilizzare il "filtro" nei limiti del possibile)*, in www.judicium.it.
- BRUNO A., *Effetti vincolanti delle decisioni e tecniche di argomentazione giuridica. Uno sguardo al sistema costituzionale portoghese e a quello brasiliano attraverso istituti «perturbadoramente» problematici*, in CAVINO M., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 215 ss.
- BRUNO A.S.-CAVINO M., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2011.
- BRUZÓN VILTRES C.J., *Determinación de las fuentes del derecho: aspecto clave en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano*, in *Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, Vol. 4, n. 1, 2014, pp. 1-17.
- BUGARIADA A., *La formation pur avis de la Cour de cassation, «juge de lois»?*, in *Rev. Huissiers*, 2004, p. 137 ss.
- BURROW J., *A Series of Decisions of the Court of King's Bench upon Settlement cases*, vol. II, Worrall and Tovey, London, 1768.
- CADIET L.-JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, VIII ed., LexisNexis, Paris, 2013.
- CADIET L., *El rol institucional y político de la Corte de Casación en Francia: tradición, transición, mutación?*, in Taruffo M. –Marinoni L.G. –Mitidiero D. (a cura di), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 179-180.
- CADOPPI A. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017.
- CALABRESI G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1982.
- CALAMANDREI P.-FURNO C., voce *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. II, Utet, Torino, 1958, p. 1055 ss.
- CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, in *Riv. crit. sc. soc.*, 1914, pp. 290-260.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma, 1920, vol. I, ora in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, vol. VII, Morano, Napoli, 1965, p. 388 ss.
- CALAMANDREI P., *Per il funzionamento della Cassazione unica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, p. 317 ss., ora in CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, vol. VIII, Morano, Napoli, 1965, p. 387 ss.
- CALAMANDREI P., *Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, p. 205 ss.

- CALAMANDREI P., *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, p. 131 ss.
- CALAMANDREI P., *Studi sul processo civile*, vol. II, Cedam, Padova, 1930.
- CALAMANDREI P., *La sentenza soggettivamente complessa*, in CALAMANDREI P., *Studi sul processo civile*, vol. II, Cedam, Padova, 1930, p. 211 ss.
- CALAMANDREI P., *Cassazione civile*, in *Nuovo dig. it.*, vol. II, Utet, Torino, 1937, p. 981 ss.
- CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, pp. 105-128.
- CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954.
- CALAMANDREI P., *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 262.
- CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, I, Morano, Napoli, 1965.
- CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, II ed., Cedam, Padova, 1964.
- CALZOLAIO E., *Il valore di precedente delle sentenze della corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 41 ss.
- CALZOLAIO E., *Riforma del 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.
- CALZOLAIO E., *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 912 ss.
- CANALE D., *Il ragionamento giuridico*, in PINO G.-SCHIAVELLO A.-VILLA V., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 328 ss.
- CANTÙ P.-TESTA I., *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Bruno Mondadori, Milano, 2006.
- CANZIO G., *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 305 ss.
- CAPOGRASSI G., *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1959.
- CAPOGRASSI G., *Il problema della scienza del diritto (1937)*, Giuffrè, Milano, 1970.
- CAPONI R., *La rimessione in termini nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1996.
- CAPONI R., *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nelle notificazioni*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3021 ss.
- CAPONI R., *«Tempus regit processum» – Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 449 ss.
- CAPONI R., *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1387 ss.
- CAPONI R., *Il mutamento di giurisprudenza costante della corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 311 ss.
- CAPONI R., voce *Rimessione in termini nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, IV ed., agg. Vol. IV, Utet, Torino, 2010, pp. 5-16.
- CAPONI R.-DALFINO D.-PROTO PISANI A.-SCARSELLI G., *In difesa delle norme processuali*, in *Foro Italiano*, 2010, I, 1794 ss.

- CAPONI R., «Ciò che non fa la legge lo fa il giudice, se capace»: l'impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.
- CAPONI R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3753-3777.
- CAPONI R., *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in nota a Cass. 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 3344.
- CAPONI R., *Prospective overruling: bilancio di una vicenda*, in *www.astrid-online*, 2012.
- CAPONI R., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in Cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 149 ss.
- CAPONI R., *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria nel processo civile*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 239 ss.
- CAPONI R., *Doing Business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, cc. 10-16.
- CAPPELLETTI M., voce *Amparo*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958.
- CAPPELLETTI M., *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "civil law" – "common law"*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 36..
- CAPPONI B., *Il diritto processuale civile «non sostenibile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 855 ss.
- CAPPONI B., *Sulla ragionevole brevità degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1075 ss.
- CAPPONI B., *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.
- CARINCI F.-ZOPPOLI L. (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci. V. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004.
- CARINGELLA F.-CICIA A., *Le sentenze storiche del diritto civile*, Dike, Roma, 2008.
- CARMONA TINOCO J.U., *La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación*, in *83 Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1995, pp. 527-531.
- CARNELUTTI F., *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, p. 1 ss., ora anche in CARNELUTTI F., *Studi di diritto processuale*, vol. I, Cedam, Padova, 1930, p. 522.
- CARNELUTTI F., *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, Cedam, Padova, 1925, p. 731 ss.
- CARNELUTTI F., *Studi di diritto processuale*, vol. I, Cedam, Padova, 1930.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Cedam, Padova, 1936.
- CARNELUTTI F., *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, pp. 41-43.
- CARNELUTTI F., *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, pp. 81-106.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Morano, Napoli, 1958.
- CARNELUTTI F., *Arte del diritto*, Giappichelli, Torino, 2017.

- CARPI F.-TARUFFO M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII ed., Wolters Kluwer, Milano, 2015.
- CARPI F., *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, *Corr. giur.*, 2009, p. 1443 ss.
- CARPI F., *L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 776 ss.
- CARRATTA A., *I nuovi riti speciali societari tra «decodificazione» e «sommarrizzazione»*, in Lanfranchi L.-Carratta A. (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, 2005, p. 67 ss.
- CARRATTA A. in Chiarloni S. (a cura di), *Le nuove riforme del processo civile*, Bologna, 2006, p. 422 ss.
- CARRATTA A., *La riforma del giudizio in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1118.
- CARRATTA A., voce *Processo sommario* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 877-893.
- CARRATTA A., *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *Giur. it.*, 2009, I, 1464 ss.
- CARRATTA A., *Il «filtro» al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1563.
- CARRATTA A. (a cura di), *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Jovene, Napoli, 2012.
- CARRATTA A., *Struttura e funzione dei procedimenti giurisdizionali sommari*, in Carratta A. (a cura di), *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Jovene, Napoli, 2012, p. 1 ss.
- CARRÉ DE MALBERG R., *La loi expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, 1931, (trad. it.), *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008.
- CARROZZA P.-DI GIOVINE A.-FERRARI G.F. (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014.
- CASELLI G., *Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 675 ss.
- CASTANHEIRA NEVES A., *O problema de constitucionalidade dos assentos*, Coimbra ed., Coimbra, 1994.
- CAVALLA F.-CONSOLO C.-DE CRISTOFARO M., *Le sezioni unite aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Corriere giur.*, 2011, 1392.
- CAVINO M., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009.
- CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 475 ss.
- CHIARLONI S., *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in Visintini G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, p. 58 ss.
- CHIARLONI S., *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Giappichelli, Torino, 1995.
- CHIARLONI S., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 569 ss.

- CHIARLONI S., *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.
- CHIARLONI S., *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 614 ss.
- CHIARLONI S. (a cura di), *Le nuove riforme del processo civile*, Bologna, 2006.
- CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 129 ss.
- CHIARLONI S., voce *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. II, tomo I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 403-419.
- CHIARLONI S., *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 521-539.
- CHIARLONI S., *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1281 ss.
- CHIASSONI P., *Lacune nel diritto. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, pp. 321-363.
- CHIASSONI P., *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999.
- CHIASSONI P., *Lacune nel diritto. Appunti per una tipologia realistica*, in Triolo L. (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 37-89.
- CHIASSONI P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- CHIASSONI P., *I precedenti civili sono vincolanti? Considerazioni sull'art. 360-bis c.p.c.*, in CHIASSONI P., *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, Aracne, Roma, 2011, p. 140.
- CHIASSONI P., *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, Aracne, Roma, 2011.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale*, III ed., Jovene, Napoli, rist. 1965.
- CICCOLO P., *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.
- CICU A.-MESSINEO F.-MENGONI L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1980.
- CIPRIANI F., *La procura su foglio autonomo tra la certificazione e gli spilli del difensore*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1087.
- CIPRIANI F. (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Cedam, Padova 2009.
- CIPRIANI F., *Commentario*, Cedam, Padova, 2009.
- CIPRIANI F., *La translatio tra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 249 ss.
- CIVININI M.G., *Dichiarazione giudiziale di genitura naturale e rito applicabile innanzi al tribunale per i minorenni*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3077 ss.
- CIVININI M.G.-VERARDI C.M. (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*, Franco Angeli, Milano, 2001.
- COLESANTI V., *Giurisprudenza "creativa" in tema di difetto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1125 ss.
- COMANDUCCI P.-GUASTINI R., *Analisi e diritto 2004*, Giappichelli, Torino, 2005.

- COMOGLIO L.P.-FERRI C.-TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, vol. I, Il Mulino, Bologna, 2011.
- COMOGLIO L.P.- CONSOLO C.-SASSANI B.-VACCARELLA R., *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, Utet, Torino, 2013.
- COMOGLIO L.P., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Cedam, Padova, 1970.
- COMOGLIO L.P., *La grande illusione (La ricerca «incompiuta» del processo «giusto»)*, in *Jus*, 2012, 3, pp. 453-460.
- COMOGLIO L.P., *Requiem per il processo «giusto»*, in *N.g.c.c.*, 2013, pp. 47-66.
- COMOGLIO L.P., *Rigore sistematico ed etica «interna» del processo «giusto»*, in *Jus*, 2013, pp. 19-45.
- COMOGLIO L.P., *Durata «ragionevole» e processo «giusto»*. *Rilievi di diritto comparato*, in *Jus*, 2015, pp. 251-277.
- COMOGLIO P., *La «puntualizzazione» delle sezioni unite sui termini di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo: nomofilchia o nomoprotagonismo?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 257 ss.
- CONNOLLY N., *The Prospective and Retrospective Effect of Judicial Decisions in Ireland*, in Steiner E. (ed.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, 2015, pp. 27-63.
- CONQUEST R. (ed.), *Justice and the Legal System in the USSR*, The Bodley Head, London, 1968.
- CONSOLO C., *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla l. n. 802005)* in *Corr. giur.*, 2005, p. 893 ss.
- CONSOLO C., *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1189 ss.
- CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, III ed., Cedam, Padova 2012.
- CONSOLO C., *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze (dopo la legge n. 69 del 2009)*, Cedam, Padova, 2009.
- CONSOLO C., *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1267 ss.
- CONSOLO C., *Travagli «costituzionalmente orientati» delle sezioni sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1141 ss.
- CONSOLO C., *Una buona «novella» al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 737 ss.
- CONSOLO C., *Dal filtro in Cassazione ad un temperato «stare decisis»: la prima ordinanza sull'art. 360-bis*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1405 ss.
- CONSOLO C., *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3166 ss.
- CONSOLO C., *Può, «de iure condendo» almeno, procedersi ancora ad un impiego*

- tanto esiziale della nozione di improcedibilità del gravame?*, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1864 ss.
- CONSOLO C., *Codice di procedura civile*, Tomo II, V ed., Wolters Kluwer, Milano, 2013.
- CONSOLO C., *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo ius litigatoris*, in *Rass. for.*, 2014, pp. 621-631.
- CONSOLO C., *La Cassazione e il suo nuovo volto "gianuario" (doppio ma, infine "disambiguato"?)*, in Di Porto A. (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Cedam, 2017, p. 52.
- CONSOLO C., *La Cassazione multifunzionale nella compiuta globalizzazione socio-economica (diagnosi e prognosi progredienti, al di là del puro anelito di nomofilachia)*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 27 ss.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*. XI ed., Giappichelli, Torino, 2017.
- CONTE A.G., *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962.
- CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981.
- COSTANTINESCO L.J., *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften – I. Das institutionelle Recht*, Nomos, Baden-Baden, 1977.
- COSTANTINO G., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile». Le garanzie*, in Civinini M.G.-Verardi C.M. (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 255 ss.
- COSTANTINO G., *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 301 ss.
- COSTANTINO G., *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1074 ss.
- COSTANTINO G., *La data certa del credito nell'accertamento del passivo: "della corte il fin è la meraviglia"*, in *Foro it.*, 2011, I, c. 74 ss.
- COSTANTINO G., *Note sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 712 ss.
- COSTANTINO G., *Note sulla «inammissibilità sopravvenuta di merito»: dal ricorso «antipatico» al ricorso «sarchiapone»*, *Foro Italiano*, 2017, 1181.
- COSTANTINO G., *Note sulle «misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione»*, *Il Foro italiano-Giappichelli*, 2017.
- COUTURE E.J., *La garanzia costituzionale del «dovuto processo legale»*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 81 ss.
- CREPALDI G., *Il sistema di diritto amministrativo cubano*, Giappichelli, Torino, 2015.
- CRISAFULLI V., voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964.
- CRISCUOLI G., *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, III ed., Giuffrè, Milano, 2000.
- CRISCUOLO A., *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, in IANNIRUBERTO G. –

- MORCAVALLO U., *Il nuovo giudizio di cassazione*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010, p. 64.
- CROSS R.-HARRIS J.W., *Precedent in English Law*, IV ed., Clarendon Press, Oxford, 1991, rist. 2004.
- CUOMO ULLOA F., *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: lettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 386 ss.
- CURZIO P., *Nomofilachia e autonomia collettiva*, in Acierno M., Curzio P. e Giusti A. (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari 2015, p. 285 ss.
- D'ALESSANDRO E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Giappichelli, Torino, 2012.
- D'ANGELO A.-ROPO V., *Annuario del contratto 2016*, Giappichelli, Torino, 2017.
- D'ATENA A., *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della corte costituzionale. Relazione conclusiva al Seminario "Corte Costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici"*, Corte costituzionale – Palazzo della Consulta, Roma, 6.11.2009, in www.cortecostituzionale.it.
- DABIN J., *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruylant-Sirey, Bruxelles-Paris, 1935.
- DALFINO D. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Cacucci, Bari 2011.
- DALFINO D., *Contratto collettivo e ricorso per cassazione*, in Dalfino D. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Cacucci, Bari 2011, p. 319.
- DALFINO D. (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma Tre-Press, Roma, 2016.
- DALFINO D. (a cura di), *Il nuovo procedimento in Cassazione*, Il Foro italiano, Giappichelli, 2017.
- DALLA BERNARDINA DE PINHO H., *Judicial Rulings with Prospective Effect in Brazilian Law*, in Steiner E. (ed.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, 2015, pp. 285-312.
- DALMOTTO E., *Dimidiazione dei termini di costituzione dell'attore opponente a decreto ingiuntivo e principio dell'affidamento nella giurisprudenza conoscibile*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1600 ss.
- DAMAŠKA M.R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven, 1986 (trad. it. di A. Giussani e F. Rota), *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991.
- DANOVI F., *Orientamenti (e disorientamenti) per un giusto processo minorile*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1470-1492.
- DANOVI F., *Principi e garanzie costituzionali del giusto processo minorile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, pp. 1217-1240.
- DARNANVILLE H.M., *La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, in *Act. jur. droit adm.*, 2001, p. 416 ss.
- DAVID R.-JAUFFRET-SPINOSI C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, (trad. it. a cura di R. Sacco), Cedam, Padova, 1994.

- DAWSON J.P., *The Oracles of the Law*, The University of Michigan Law School, Cambridge, Mass., 1968.
- DE ANGELIS L., *L'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, in CARINCI F.-ZOPPOLI L. (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci. V. Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, pp. 1283-1284.
- DE CAMARGO MANCUSO R., *Sistema Brasileiro de Precedentes*, Editoria Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- DE CRISTOFARO M., *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei «concetti giuridici indeterminati» e decisione immediata della causa nel merito*, in *Foro Italiano*, 1999, c. 1912 ss.
- DE CRISTOFARO M., *L'edificazione della Corte Suprema tra risolutezza e «timidezze» del legislatore delegato*, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 1760 ss.
- DE CRISTOFARO M., *Del quesito di diritto: ovvero di come formalismi incongrui possano soffocare la garanzia del giusto processo*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 2296 ss.
- DE CRISTOFARO M., *Commento all'art. 384*, in CONSOLO C., *Codice di procedura civile*, Tomo II, V ed., Wolters Kluwer, Milano, 2013, p. 1126.
- DE CRISTOFARO M., *Giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 41-87.
- DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Giuffrè, Milano, 1984.
- DE FRANCHIS F., *L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di "civil law" e di "common law" (accenni comparatistici)*, in *Contr. e impr.*, 1986, pp. 91-103.
- DE MORAES A., *Constituição do Brasil interpretada e legislação infraconstitucional*, VI ed., Atlas, São Paulo, 2006.
- DE NOVA G., *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 799 ss.
- DE NOVA G., *L'astutezza delle massime e le origini dell'Ufficio del Massimario*, *Contr. e impr.*, 1988, p. 516 ss.
- DE RUGGIERO L., *Cosa si aspettano i giudici di merito dalla Cassazione: i "precedenti" e il controllo della motivazione*, in *Quest. giust.*, 2017, 3, p. 10 ss.
- DE SANTIS F., *La rimessione in termini nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 1997.
- DE SIQUEIRA KHOURI A. -HORTA TAVARES F., *Súmulas vinculantes e força normativa: aspectos críticos*, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação*, vol. XI, n. 2, 2014.
- DELGADO SUÁREZ C., *Sui modelli di corti supreme e la revoca dei precedenti*, in corso di pubblicazione su *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- DELL'AQUILA, *Case law e stare decisis nel diritto nord americano*, in AA.VV., *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, (con introduzione di C. Grassetti), Giuffrè, Milano, 1985.
- DELLE DONNE C., *L'art. 37 c.p.c. tra giudicato implicito ed «evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione»: margine di recenti applicazioni della ragionevole durata del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 735 ss.
- DENTI V.-NEPPI MODONA G.-BERTI G.-CORSO P., *La magistratura. Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Tomo IV, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1987.

- DENTI V., *L'interpretazione della sentenza civile. Studi nelle scienze giuridiche e sociali – Università di Pavia – Istituto di esercitazioni nelle scienze giuridiche e sociali*, Libreria internazionale A. Garzanti, Pavia, 1946.
- DENTI V., *Il processo come alienazione*, in *Sociol. dir.*, 1976, p. 149 ss.
- DENTI V., *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 445.
- DENTI V., *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, c. 417 ss.
- DENTI V., *Commento all'art. 111*, in DENTI V.-NEPPI MODONA G.-BERTI G.-CORSO P., *La magistratura. Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Tomo IV, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1987, pp. 1-39.
- DENTI V., *Relazione di sintesi*, in Visintini G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, p. 113 ss.
- DENTI V., *Sistemi e riforme. Studi sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- DESJARDINS A., *Les cahiers des États généraux en 1789 et la législation criminelle*, G. Pedone-Lauriel, Paris, 1883.
- DI CIOMMO F., «Giurisprudenza-normativa» e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano, in *Foro it.*, 2009, I, c. 157 ss.
- DI FEDERICO G., *La Corte di Cassazione*, Laterza, Bari, 1969.
- DI FEDERICO G., (a cura di), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, 2004.
- DI IASI C., *Il sindacato della Cassazione sulla motivazione*, in ACIERNO M. –CURZIO P. –GIUSTI A., *La Cassazione civile*, Bari, 2011, p. 331 ss.
- DI IASI C., *Il vizio di motivazione dopo la l. n. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1441 ss.
- DI IASI C., *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, in *Quest. giust.*, 3/2017, p. 82 ss.
- DI PORTO A. (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Cedam, 2017.
- DI SALVATORE E., *Giudici e Richterrecht tedesco nell'evoluzione della forma di Stato*, in CAVINO M., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 155 ss.
- DICIOTTI E.-VELLUZZI V. (a cura di) *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008.
- DINAMARCO C.R., *Instituições de direito processual civil*, III ed., vol. I, Malheiros, São Paulo, 2003.
- DOLCINI E.-PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006.
- DONATI D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società editrice libraria, Milano, 1910.
- DONDI A.-ANSANELLI V.-COMOGLIO P., *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Giuffrè, Milano, 2015.
- DONDI A. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Giuffrè, 2011, p. 3 ss.
- DONDI A., *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità proces-*

- suale, in Dondi A. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Giuffrè, 2011, p. 3 ss.
- DONDI A.-ANSANELLI V.-COMOGLIO L.P., *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Giuffrè, Milano, 2015.
- DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, p. 2011, 63 ss.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, p. 2011.
- DONZELLI R., *Il filtro in cassazione e la violazione dei principi regolatori del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1087 ss.
- DONZELLI R., *Sul «giusto processo» civile «regolato dalla legge»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 942 ss.
- DROYSEN J.G., *Istorica. Lezioni sulla Enciclopedia e Metodologia della Storia*, Milano-Napoli, 1966.
- DUXBURY N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- DUXBURY N., *Custom as Law in English Law*, in 76 *Cam. L.J.*, 2017, pp. 337-359.
- DWORKIN R., *No Right Answer?*, in Hacker P.M.S.-Raz J. (eds.), *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of HLA Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 58-84.
- DWORKIN R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Harvard, 1986, (trad. it. di S. Maffettone), *Questioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1990.
- Eco U., *Trattato di semiotica generale*, Bompiani, Milano, 1975.
- Eco U., *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990.
- Eco U., *Dall'albero al labirinto*, Bompiani, Milano, 2007.
- EDLIN D.E., *Common Law Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- EHRICKE U., *Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozeßrecht und nach Gemeinschaftsrecht: Vortrag gehalten am 17. Dezember 1996*, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Nr. 364, 1997.
- ESSER J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1970 (trad. it. di S. Patti-G. Zaccaria), Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.
- EVERLING U., *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Praxis und Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden, 1986.
- FABIANI E., *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1891 ss.
- FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003.
- FABIANI E., voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 183 ss.
- FARINA M.-PANZAROLA A., *Commento all'art. 384*, in COMOGLIO L.P.-CONSOLO C.-SAS-

- SANI B.-VACCARELLA R., *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, Utet, Torino, 2013, p. 1099 ss.
- FAVARA E., *Massime Consolidate o cristallizzate?*, in *Giur. it.*, 1949, IV, c. 138.
- FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Cedam, Padova, 1953.
- FAZZALARI E., *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960.
- FAZZALARI E. (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- FERRAJOLI L., *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1966, pp. 290-304.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 1989.
- FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 4/2016, pp. 13-32.
- FERRARIS F., *Primi orientamenti giurisprudenziali sul c.d. «filtro» in Cassazione*, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 205 ed in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 490 ss.
- FILIPPINI C., *Russia*, in BRUNO A.S.-CAVINO M., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2011, p. 79 ss.
- FINOCCHIARO G., *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 853 ss.
- FIX ZAMUDIO H., *Breves reflexiones acerca del origen y de la evolución de la jurisprudencia obligatoria de los Tribunales Federales*, in *Lecturas Jurídicas*, 41, Universidad Autónoma de Chihuahua, Chihuahua, México, 1969.
- FIX ZAMUDIO H., voce *Amparo*, in *Enc. giur.*, vol. I, Treccani, Roma, 1988.
- FORNACIARI M., *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 32 ss.
- FORNACIARI M., *L'inammissibilità del ricorso per Cassazione ex art. 360-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. dir. proc. civ.*, 2013, p. 645 ss.
- FORNACIARI M., *Il sindacato della Cassazione sui contratti e sugli accordi collettivi di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 625.
- FRANCESCHELLI M., *Nomofilachia e Corte di cassazione*, in *Giustizia e costituzione*, 1986, p. 39 ss.
- FRANCESCHELLI V., *La giurisprudenza come fonte del diritto e la dottrina legal del Tribunal Supremo spagnolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 298 ss.
- FREDA D., *«Una dispotica creazione». Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Giappichelli, Torino, 2012.
- FRIEDMAN L.M., *Total Justice*, Russel Sage Foundation, New York, 1985.
- GADAMER H.G., *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, V Auf., Mohr, Tübingen, 1986, (trad. it. di G. Vattimo), *Verità e metodo*, IV ed., Bompiani, Milano, 2016.
- GALGANO F., *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 29 ss.
- GALGANO F., *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 701 ss.

- GALGANO F., *Dei difetti della giurisprudenza ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 504 ss.
- GALGANO F., *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 889 ss.
- GALGANO F. (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2011.
- GALLO F., *La concretezza nell'esperienza giuridica romana*, in *Index*, 1974/75.
- GAMBA C., *Diritto societario e ruolo del giudice*, Cedam, Padova, 2008.
- GARDNER J., *Some Types of Law* in EDLIN D.E., *Common Law Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 51-77.
- GENOVESE F.A., *Per una storia della Corte di Cassazione; l'Ufficio del Massimario e del Ruolo*, in *Le carte e la storia*, 2008.
- GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013.
- GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Chevalier-Maresqu & C., Paris, 1899.
- GHERRA F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1193 ss.
- GIANFORMAGGIO L., *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Edizioni di Comunità, Milano, 1973.
- GIANFORMAGGIO L., voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. I, Utet, Torino, 1987.
- GIANFORMAGGIO L., *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in DICIOTTI E.-VELLUZZI V. (a cura di) *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 101-102.
- GIANNINI L., *El Certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*, tomi I e II, Libreria Editora Platense, La Plata, 2016.
- GIANNINI M.S., *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 516-549.
- GILARDI G., *Quale futuro per la Cassazione civile?*, in *Quest. Giust*, 2005, p. 498.
- GIOIA G., *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2009.
- GIORGETTI M., *L'inammissibilità del ricorso per cassazione e il filtro ex art. 360-bis c.p.c.*, in AA.VV., *Il controllo di legittimità avanti la Suprema Corte di Cassazione*, Pacini, Pisa, 2017, p. 121 ss.e spec. p. 122 ss.
- GIRARDI D., *L'overtuling in materia processuale ed i suoi effetti sui procedimenti pendenti*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno IV, Cacucci, Bari, 2011, p. 173 ss.
- GIRARDI D., *Accertamento pregiudiziale ex art. 420-bis c.p.c. e delibazione di questioni «preliminari»*, nota a Cass., 25 giugno 2014, n. 14356, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1735 ss.
- GIUSSANI A., *Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 235-240.
- GIUSSANI A., in CARPI F.-TARUFFO M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII ed., Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 140 ss.

- GJYLAPIAN G., *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, in Barberis M.,- Austin J. (a cura di), *Il Mulino*, Bologna, 1995, p. 235.
- GOLDSTEIN L., *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ F., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Anotaciones, concordancias, apendice legislativo y bibliografía*, Editorial Forum, Oviedo, 2000.
- GONZÁLEZ LLANES M.A., *Manual Sobre el Juicio de Amparo*, ISEF, Mexico, 2004.
- GOODHART A.L., *Case Law in England and America*, in 15 *Cornell L. Quart.*, 1930.
- GOODHART A.L., *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 40 *Yale L. J.*, 1930.
- GOODHART A.L., *Precedent in English and Continental Law*, in 50 *Law Quart. R.*, 1934, p. 40 ss.
- GOODHART A.L., *The Ratio Decidendi of a Case*, in 22 *Mod. L. R.*, 1959, p. 117 ss.
- GORLA G., *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, c. 87 ss.
- GORLA G., *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni del Foro it.*, vol. LXXXIX, 1966, cc. 6-47.
- GORLA G., *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati (prima puntata)*, Società editrice del «Foro Italiano», Roma, 1968.
- GORLA G., *Lo stile delle sentenze. Testi commentati (seconda puntata)*, Società editrice del «Foro Italiano», Roma, 1968.
- GORLA G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981.
- GORLA G., voce *Precedente giudiziale*, in *Enc giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma, 1990, pp. 1-14 e spec. p. 10 ss.
- GRIPPO G., *Travisamento e persuasività dell'obiter dictum in due casi emblematici*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 659 ss.
- GROSSI P., *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.
- GROSSI P., *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 1135-1152.
- GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2017.
- GUASTINI R., *Due modelli di analisi della sentenza*, in Visintini G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, pp. 15-24.
- GUASTINI R., voce *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. X, Utet, Torino, 1993, p. 268 ss.
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.
- GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, II ed., Giappichelli, Torino, 2014.
- HACKER P.M.S.-RAZ J. (eds.), *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of HLA Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977.
- HART H.L.A., *The Concept of Law*, London, 1961, (trad. it. di Cattaneo M.A.), *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965.

- HAYEK F.A., *Law, Legislation and Liberty*, Routledge & Kegan Paul Ltd., London, 1982.
- HAZARD J.N.-BUTLER W.E.-MAGGS P.B., *The Soviet Legal System: the Law in the 1980's*, Oceana Publications Inc., New York, 1984.
- HEIDEGGER M., *Sein und Zeit*, Niemeyer, Halle, 1927.
- HOROVITZ J., *Law and Logic*, Springer Verlag, Wien, 1972.
- HRUSCHKA J., *Die Konstitution des Rechtsfalles: Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.
- HRUSCHKA J., *Das Verstehen von Rechtstexten: zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, Vol. 22 di Volume 22 di *Münchener Universitätschriften: Reihe der Juristischen Fakultät, Universität München*, Beck, München, 1972.
- HRUSCHKA J., *La comprensione dei testi giuridici*, (trad. it. di R. De Giorgi), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983.
- HRUSCHKA J., *La costituzione del caso giuridico*, (trad. it. di G. Carlizzi), Il Mulino, Bologna, 2009.
- IACONA A., *L'argomentazione*, Einaudi, Torino, 2005.
- IANNIRUBERTO G., *Mutamenti di giurisprudenza e diritto di difesa delle parti*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, p. 857.
- IANNUBERTO G.-MORCAVALLO U. (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, I ed., Giuffrè, Milano, 2007.
- INFANTE M., *Teoria sistemica dei media. Vol. II La mosca e la ragnatela: la soggettività nel sistema della rete*, Aracne, Roma, 2012.
- IRTI N., *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in Di Porto A. (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Cedam, 2017, p. 9 ss.
- JAEGER N., *Diritto processuale civile*, rist. II ed., UTET, Torino, 1944.
- JAEGER N., *Nozione, caratteri, autorità della giurisprudenza consultiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 978 ss.
- JAMES P.S., *Introduction to English Law*, VIII ed., Butterworths, London, 1972.
- JAUERNIG O., *Zivilprozeßrechts*, XXVII ed., Velag C.H. Beck, München, 2002.
- JOLOWICZ J.A., *Too many precedents?*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1994, p. 281 ss.
- JORI M. (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto confronto*, Giappichelli, Torino, 1994.
- KALINOWSKI G., *Introduction à la logique juridique*, Pichon & Durand-Auzias, 1965, (trad. it. A cura di M. Corsale), *Introduzione alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1971.
- KARAMPATZOS A.-MALOS G., *The Role of Case Law and the Prospective Overruling in the Greek Legal System*, in Steiner E. (ed.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, 2015, pp. 163-184.
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problema-*

- tik, Verlag Franz Deuticke, Leipzig-Wien, 1934, (trad. it. a cura di R. Treves), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1963.
- KIRBY M., *Precedent Law, Practice & Trends in Australia*, in 28 *Austr. Bar R.*, 2007, p. 243 ss.
- KOENIG C.-SANDER C., *Einführung in das EG-Prozeßrecht*, Mohr, Tübingen 1997.
- KÜHN Z., *Towards a Sophisticated Theory of Precedent? Prospective and Retrospective Overruling in the Czech Legal System*, in Steiner E. (ed.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, 2015, pp. 143-161.
- LAGRAND P., *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, in 4 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 1997, p. 111 ss.
- LANFRANCHI L.-CARRATTA A. (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, 2005.
- LANFRANCHI L., «*Pregiudizi illuministici*» e «*giusto processo civile*», in Lanfranchi L., *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 475 ss.
- LANFRANCHI L., *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 322 ss.
- LANFRANCHI L., *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Giappichelli, Torino, 2001.
- LANFRANCHI L., voce *Giusto processo. I) Processo civile*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, Roma, 2001, p. 1 ss.
- LANFRANCHI L., *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2011.
- LANGBEIN J.H., *Modern Jurisprudence in the House of Lords: the Passing of London Tramways*, in 53 *Cornell Law Rev.*, 1968, p. 807 ss.
- LEVY B.H., *Realist Jurisprudence and Prospective overruling*, in 109 *Un. Penn. L. R.*, 1960, pp. 1-30.
- LIBCHABER R., *La saisin pur avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel*, in *Rev. trim. droit civ.*, 2003, p. 157 ss.
- LIEBMAN E.T., *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Cedam, Padova, 1958, p. 422.
- LIEBMAN E.T., «*Giudici legislatori*», in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 756 ss.
- LIPARI N., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.
- LIPARI N., *Giudice legislatore*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 477.
- LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.
- LIPSTEIN K., *Common Law Courts in the Age of Statutes*, in AA.VV., *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile. Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà. Ferrara 10-12 ottobre 1985*, Cedam, Padova, 1988, p. 42 ss.
- LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967.
- LOMBARDINI I., *La riforma del giudizio di cassazione alla luce del d.legisl. n. 40 del 2006*, in *Studium iuris*, 2006, p. 1236 ss.

- LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2015.
- LOPES FILHO J. M., *Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo*, Editora JusPodium, Salvador, 2016.
- LORD DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, in 39 *Mod. L. Rev.*, 1976, p. 1 ss.
- LUHMANN N.-SCHORR K.E., *Reflexionsprobleme im Erziehungssystem (suhrkamp taschenbuch wissenschaft)*, Ernst Klett, Stuttgart, 1979, (trad. it. di E.K. Cerretti-P. Cipolletta), *Il sistema educativo. Problemi di riflessività*, Armando, Roma, 1988.
- LUHMANN N., *Macht*, Enke, Stuttgart, 1975, (trad. it. di R. Schmidt e D. Zolo), *Potere e complessità sociale*, Il Saggiatore, Milano, 1979.
- LUISO F.P.-VACCARELLA R. (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino 2013.
- LUISO F.P., *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, p. 817 ss.
- LUISO F.P., «Voilà m'sieurs dames, les jeux sont faits»! *Giudicato a sorpresa e cultura del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1343-1349.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2017.
- LUPOI M., *Pluralità di "rationes decidendi" del precedente giudiziario*, in *Quaderni Foro it.*, 1967, c. 203 ss.
- LUPOI M., *Il valore del precedente giudiziale in Inghilterra ed in Francia nel ventesimo secolo*, in *Quad. Foro it.*, 1968, p. 17 ss.
- LUPOI M., *La percezione della funzione del precedente quale flusso giuridico*, in L. Vacca (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC – Perugia, 25-26 giugno 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 85 ss.
- LUPOI M., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001.
- MACCORMICK D.N.-SUMMERS R.S. (eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate Publishing, 1997.
- MACCORMICK D.N.-SUMMERS R.S.-GOODHART A.L. (eds.), *Interpreting Precedents*, Routledge, Abingdon-New York, 2016.
- MACCORMICK N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978.
- MAC CORMICK D.N., *Why Cases Have Rationes and What These Are*, in GOLDSTEIN L., *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 155 ss. e spec. p. 179 ss.
- MACCORMICK N., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (trad. it. di A. Schiavello della II ed., 1984), Giappichelli, Torino, 2001.
- MACIOCE L., *Il «filtro» per l'accesso al giudizio di legittimità*, in ACIERNO M. –CURZIO P. –GIUSTI A., *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, II ed., Cacucci, Bari, 2015, p. 385.
- MANDRIOLI C. -CARRATA A., *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2017.
- MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.penalecontemporaneo.it.

- MANIACI A., *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo "Stare decisis"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, pp. 567-590.
- MANNELLA F. (a cura di), *Unità della scienza giuridica. Problemi e prospettive. Giornata di studi in onore di Margherita Raveraira*, Editoriale Scientifica, Roma, 2016.
- MARAZZA M., *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi nazionali*, in *ADL*, 2006, p. 1102 ss.
- MARINELLI M., *Il "crepuscolo" della norma di legge*, in *GT*, 2014, p. 751 ss.
- MARINELLI V., voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002.
- MARINONI L.G., *A força dos precedentes*, Editora Podivm, 2010.
- MARINONI L.G., *O precedente na dimensão da segurança jurídica*, in MARINONI L.G., *A força dos precedentes*, Editora Podivm, 2010, p. 211-226.
- MARINONI L.G., *Precedentes Obrigatórios*, Editoria Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2010.
- MARKESINIS B.-FEDTKE J., *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, UCL Press, London, 2006, (trad. it. di Taruffo A.), *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- MARTINO R., *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 916-941.
- MATTEI U., *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988.
- MATTEI U., *Common Law: il diritto anglo americano*, Utet, Torino, 1992.
- MATTEI U., voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IV ed., vol. XIV, 1996, Utet, Torino, p. 151 ss.
- MAZZARESE T., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino, 1996.
- MENCHINI S., *Commento all'art. 360-bis c.p.c.*, in BALENA G.-CAPONI R.-CHIZZINI A.-MENCHINI S. (a cura di), *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 115.
- MENCHINI S., *Inammissibilità del ricorso*, in BALENA G.-CAPONI R.-CHIZZINI A.-MENCHINI S. (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Utet, Torino, 2009, p. 110 ss.
- MENGONI L., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 26.
- MENGONI L., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985.
- MENGONI L., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1 ss.
- MEYER M., *La retorica*, Il Mulino, Bologna, 1997.
- MICHELI G.A., *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto. «Case law» e «stare decisis»*, *Pubblicazioni della r. Università di Pavia – Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Libreria Internazionale F.lli Treves, Pavia, 1938-XVI.

- MIELE M., *La Corte delle Comunità europee e le giurisdizioni degli Stati membri*, in *24 Annali dell'Università di Macerata. Facoltà giuridica*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 73 ss.
- MITIDIERO D., *Cortes superiores e cortes supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
- MITIDIERO D., *Precedentes. Da persuasão à vinculação*, II ed., Editoria Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- MITIDIERO D., *Corti supreme, precedenti e giurisprudenza nel nuovo c.p.c. brasiliano*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- MODUGNO F., *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2405 ss.
- MODUGNO F., *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio Costituzionale*, 3/2014, pp. 1-28, ora anche in Mannella F. (a cura di), *Unità della scienza giuridica. Problemi e prospettive. Giornata di studi in onore di Margherita Ravera*, Editoriale Scientifica, Roma, 2016.
- MOLINARO G., *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell'affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 501 ss.
- MONATERI P.G., *Il precedente in Inghilterra*, in Vacca L. (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC – Perugia, 25-26 giugno 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 103.
- MONTELEONE G., *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 943 ss.
- MONTELEONE G., *Difetto di giurisdizione prosecuzione del processo: una confusa pagina di anomalie processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 271 ss.
- MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 1 ss.
- MONTELEONE G., *Il controllo della Corte Suprema sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 871 ss.
- MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, Cedam, Padova 2015.
- MONTROSE J.L., *The Language Of, and a Notation For, the Doctrine of Precedent*, in *2 Univ. of West. Austr. L.R.*, 1953, p. 301 (Part I) e p. 504 ss. (Part II).
- MONTROSE J.L., *Ratio Decidendi and the House of Lords*, in *20 Mod. L. R.*, 1957, p. 124 ss.
- MONTROSE J.L., *The Ratio Decidendi of a Case*, in *20 Mod. L. R.*, 1957, p. 587 ss.
- MORCAVALLO U., *Nomofilachia e massimazione*, in IANNUBERTO G.-MORCAVALLO U. (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, I ed., Giuffrè, Milano, 2007, pp. 103-132.
- MORCAVALLO U., *L'interpretazione del contratto collettivo di diritto comune nella giurisprudenza di legittimità*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 327.
- MORELLI M. R., *L'enunciazione del principio di diritto*, in ACIERNO M.-CURZIO P.-GIUSTI A., *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, II ed., Cacucci, Bari, 2015, p. 415 ss.

- MORÓN PALOMINO M., in GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ F., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Anotaciones, concordancias, apendice legislativo y bibliografía*, Editorial Forum, Oviedo, 2000, p. 588.
- MOROZZO DELLA ROCCA F., *Le modificazioni in materia di processo di cassazione tra nomofilachia e razionalizzazione dell'esistente*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 449 ss.
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, Vallardi, Milano, s.d. (ma 1923).
- MORVAN P., *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, in *Dalloz*, 2005, n. 4, p. 247 ss.
- MOSSINI L., *La lingua delle sentenze*, in *Studi Parmensi*, XVII, Milano, Giuffrè, 1976.
- NANNI L., *Ratio decidendi e obiter dictum nel giudizio di legittimità*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 865 ss.
- NAZZICONE L., *Tecniche di massimazione delle sentenze*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017.
- NIEVA FENOLL J., *¿Un juez supremo o un legislador «supremo»?* , in TARUFFO M.-MARINONI L.G.-MITIDIERO D., *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, 2016, p. 157 ss.
- NISTICÒ M., *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2015.
- NODIER, *Examen critique des dictionnaires de la langue française*, Paris, 1828.
- NORMAND J., *La saisine pur avis de la Cour de cassation*, in *Ann. Fac. Droit de Louvain*, 1998, II.
- ODORISIO E., *Fonti e tecniche di attuazione del giusto processo civile*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 2012, 1, pp. 5-21.
- ORIANI R., *È possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro Italiano*, 2007, c.1023.
- ORRÙ G., *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Giuffrè, Milano, 1983.
- OTEIZA E., *L'uso del precedente nel dialogo tra Corti nazionali e transnazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 463 ss.
- OVALLE FAVELA J., *Tradizioni giuridiche e processo civile: sentenza, precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 867 ss.
- PACE A., *Una proposta: introdurre il référé législatif*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 959 ss. ed in *Quest. giust.*, 2003, p. 1105 ss.
- PAGNI I., *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF [Consiglio Nazionale Forense]*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2782 ss.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996.
- PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *DOLCINI*

- E.-PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 515 ss.
- PALAZZO F., *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.
- PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in Cadoppi A. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017, 63 ss.
- PALUMBO C., *Norma diritto interpretazione. Grammatica e filosofia del diritto a partire da Salvatore Pugliatti*, Giappichelli, Torino, 2017.
- PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, tomo I, Giappichelli, Torino, 2005.
- PANZAROLA A., *Commento all'art. 384*, in BRIGUGLIO A.-CAPPONI B., *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, vol. III, tomo I, Cedam, Padova, 2009, p. 282 ss.
- PANZAROLA A., *La Cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 269 ss. e spec. p. 285.
- PARDOLESI R.-PINO G., *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 113 ss.
- PARSONS T., *On the Concept of Political Power*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1963, CVII (3), pp. 232-262.
- PARSONS T., *Sociological Theory and Modern Society*, Free Press, New York, 1967.
- PASCUAL G.D., *Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley*, in *inDret*, 1/2013, pp. 3-37.
- PASSANANTE L., *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.
- PASSANANTE L., *Inghilterra*, in AA.VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2016.
- PASSANANTE L., *La prova illecita nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017.
- PASTORE B.-VIOLA F.-ZACCARIA G., *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996.
- PASTORE B., *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2015.
- RESCIGNO P.-PATTI S., *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna, 2016.
- PEDRINI F., *Contro "le clausole generali" (sans phrase). Precauzioni per l'uso d'una categoria dottrinale ancora troppo vaga*, in *Rivista AIC*, 3/2017, pp. 1-37.
- PELLEGRINO G., *La «nuova retorica» di Chaim Perelman*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, 1960, pp. 634-655.
- PERELMAN C.- OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1958 (trad. it. di C. Schick ed E. Barassi), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 1966.
- PERELMAN C., *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Routledge Kegan & Paul, London, 1963.

- PERELMAN C. (a cura di), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968.
- PERELMAN C., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique (Méthodes du droit)*, Dalloz, Paris, 1976, (trad. it. a cura di G. Crifò, con presentazione di A. Giuliani), *Logica giuridica. Nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979.
- PERLINGERI P., *Obbligazioni e contratti*, in D'ANGELO A. - ROPPO V., *Annuario del contratto 2016*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 212-213.
- PERRONE G.C.-SASSANI B. (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Cedam, Padova 1999.
- PESCATORE G., *I principi certificati di diritto civile*, Nel Diritto Editore, Molfetta, 2015.
- PESCATORE P., *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, V, 26 ss.
- PETRELLA V., *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1088 ss.
- PIANO MORTARI V., voce *Analogia. Premessa storica*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 344-348.
- PICARDI N., *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 201 ss.
- PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano 2010.
- PICCININI A., *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.
- PIETREK A., *Verbindlichkeit von Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWGV. Rechtswirkungen im Ausgangsverfahren und als Präjudiz im Lichte von Rechtsvergleichung und Rechtsprechung*, Lang, Frankfurt am Main, 1989.
- PIN A., *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Cedam, Padova, 2017.
- PINO G.-SCHIAVELLO A.-VILLA V., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013.
- PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto*, II ed., Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2011.
- PLUCKNETT T., *A Concise History of The Common Law*, IV ed., Butterworth & c., London, 1948.
- POLI G.G., *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 806 ss.
- POLI R., *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 9 ss.
- POLI R., *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 374 ss.
- POSTEMA G., *Classical Common Law Jurisprudence (part I)*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2002, 2, p. 155 ss.
- PRESTIPINO G., *Il nuovo ruolo delle Sezioni Unite*, in IANNIRUBERTO G.-MORCAVALLO U. (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 60.
- PROTO PISANI A.-SCARSELLI G., *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle sezioni unite*, in www.judicium.it, 2017.
- PROTO PISANI A., *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione: contra-*

- sti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in *Foro It.*, 1988, V, cc. 28-29.
- PROTO PISANI, *Ancora sull'impiego del rito camerale nella giurisdizione contenziosa*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 365.
- PROTO PISANI A., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 241.
- PROTO PISANI A., *Giusto processo regolato dalla legge e valore della cognizione piena*, in *Il giusto processo (Roma, 28-29 marzo 2002)*, in *Atti dei convegni lincei 184*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2003, pp. 167-183.
- PROTO PISANI A., *Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 252 ss.
- PROTO PISANI A., *Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 122 ss.
- PROTO PISANI A., *Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 65.
- PROTO PISANI A., *Un nuovo principio generale del processo* in *Foro it.*, 2011, I, c. 117.
- PROTO PISANI A., *Giusto processo e giustizia civile nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Foro it.*, 2013, V, cc. 1-6.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Jovene, Napoli, 2014.
- PROTO PISANI A., *Brevi note in tema di regole e principi*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 455 ss.
- PUGLIATTI S., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978.
- PUGLIATTI S., *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 49 ss. e spec. p. 58 ss.
- PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Giappichelli, Torino 2010.
- PUNZI C., *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1337 ss.
- PUNZI C., *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte del diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 657 ss.
- PUNZI C., *Il seguito dei provvedimenti della Corte costituzionale (rapporti tra Corte costituzionale, autorità giudiziaria e legislatore relativi al processo civile)*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 290 ss.
- RADBRUCH G., *Der Geist des englischen Rechts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1956, (trad. it. a cura di Baratta A.), *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 1962.
- RAIMONDI E., *Retorica come filosofia. La tradizione umanistica*, Città del Sole, Napoli, 1999.
- RAITI G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003.
- RAITI G., *Brevi note sul "filtro" in Cassazione secondo la legge di riforma del codice di rito civile 18 giugno 2009, n. 69*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1601 ss.
- RAM J., *The Science of Legal Judgement. A Treatise designed to show the materials whereof, and the process by which, the courts of Westminster Hall, construct their Judgments: and adapted to practical and general Use in the Discussion, and Determination, of Questions of Law*, Maxwell, London, 1834.

- RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, BUP, Bologna, 2016.
- RASIA C., *L'elezione di domicilio sul banco di prova delle comunicazioni e notificazioni effettuate a mezzo posta elettronica certificata: una prospective overruling delle sezioni unite*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, pp. 169-179.
- RAZ J., *The Authority of Law*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.
- REDENTI E., *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 120 ss.
- RESCIGNO P.-PATTI S., *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna, 2016.
- RICCI E.F., *Le sezioni unite cancellano art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1085 ss.
- RICCI E.F., *Il giudizio civile di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2016.
- RICCI G.F., *Diritto processuale civile. Vol. II. Il processo di cognizione e le impugnazioni*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2017.
- RIGONI A., *Common-Law Judicial Reasoning and Analogy*, in *20 Legal Theory*, 2014, vol. 2, pp. 133-156 e spec. p. 139.
- RIZZARDI B., *Il giudice del merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta*, in *Quest. giust.*, 3/2017, pp. 19-21.
- RIZZARDO D., *Accertamento pregiudiziale ai sensi dell'art. 420 bis c.p.c.: la Suprema Corte detta le istruzioni per l'uso*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 1258 ss.
- ROCCO A., *La sentenza civile. Studi*, Bocca, Torino, 1906.
- RODINGEN H., *Rhetorik im Recht: Ortsbestimmung und Überblick*, in *Rhetorik*, 1981.
- RODRÍGUEZ C.F.-HERNÁNDEZ R.M., *La jurisprudencia como fuente complementaria del Derecho. Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1997.
- RODRÍGUEZ GALÁN A., *Judicial Rulings with Prospective Effect in Argentina*, in Steiner E. (ed.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, 2015, pp. 263-284.
- ROMANO A.A., *Le misure straordinarie per la riduzione del contenzioso civile pendente in grado d'impugnazione, di cui all'art. 26 l. 12 novembre 2011, n. 183*, in 2012 www.judicium.it
- RONCO A., *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)*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2618 ss.
- RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 279.
- RORDORF R., *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 124 ss.
- ROSELLI F., *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983.
- ROSELLI F., *La violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in IANNIRUBERTO G.-MORCAVALLO U. (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 243.

- ROTA F., *Contratti collettivi*, in *Cassazione tra nomofilachia e "autosufficienza del ricorso"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1373.
- ROTA F., voce *Motivazione [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line*, Treccani, 2015.
- ROUHETTE G., *Une fonction consultative pour la Cour de cassation?*, in BRETON A.-DERRIDA F., *Mélange*, Dalloz, Paris, 1991, p. 343 ss.
- RUBINACCI ROBERTI M.C., *Una non recente protesta contro il metodo delle massime vaghe e generiche*, in *Foro it.*, 1966, V, cc. 63-64.
- RUFFINI G., *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali e "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1390 ss.
- RUFFINI G., *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 214-218.
- RUFFINI G., *La sentenza "nata" due volte (in attesa della nuova decisione delle Sezioni Unite)*, in 2016, www.judicium.it.
- RUGGERI E., *Passata la tempesta: note (parzialmente) critiche in ordine al recente intervento delle sezioni unite sull'art. 645 cpv. del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 210.
- RUSCIANO S., *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Giappichelli, Torino, 2013.
- SACCHETTINI E., *Le buone intenzioni del collegio di legittimità mettono a rischio i cardini dell'ordinamento*, in *Guida al dir.*, 2011, fasc. 32, p. 38.
- SACCO R., *La massima mentitoria*, in Visintini G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, p. 51 ss.
- SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in 39 *Am. J. Comp. L.*, 1991, p. 84 ss.
- SACCO R., voce *Formante*, in *Dig. disc. priv.*, IV ed., vol. VIII, Utet, Torino, 1992, p. 428 ss.
- SACCO R., *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.
- SACCO R., *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- SAGAN A., *Changing the Case Law pro futuro – a Puzzle of Legal Theory and Practice*, in Steiner E. (ed.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, 2015, pp. 115-142.
- SALETTI A.-SASSANI B. (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Giappichelli, Torino, 2009.
- SALMOND J., *Jurisprudence*, X ed., Sweet & Maxwell, London, 1947.
- SALTELLI C., *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.
- SALVIOLI G., *Interpretazione di sentenze nella giurisprudenza internazionale*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei. III. Diritto processuale*, Cedam, Padova, 1958, pp. 679-687.
- SANTAGADA F., *Il sindacato della Cassazione sui contratti collettivi*, in Tiscini R. (a cura di), *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, Jovene, Napoli, 2015, p. 26 ss.

- SANTANGELI F., *L'interpretazione della sentenza civile*, Giuffrè, Milano, 1996.
- SANTANGELI F., *Commento agli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.*, in *N.L.C.C.*, 2010, p. 822 ss.
- SANTANGELI F., *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling, con particolare riguardo al precedente in materia processuale*, in *www.judicium.it*, 2011.
- SANTANGELI F., *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, in AA.VV., *Il controllo di legittimità avanti la Suprema Corte di Cassazione*, Pacini, Pisa, 2017, p. 25 ss.
- SANTANGELI F., *Il controllo del giudizio di fatto in Cassazione e le sentenze delle Sezioni Unite*, in *www.judicium.it*.
- SANTANGELI F., *Autosufficienza. Ieri, oggi, domani. "...Eppur si muove....". Dal peccato di omissione al peccato di commissione*, in *www.judicium.it*.
- SASSANI B.-PARDOLESI R., *Motivazione, autorevolezza interpretativa e «trattato giudiziario»*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 299 ss.
- SASSANI B.-TISCINI R., *Commento all'art. 360-bis*, in SALETTI A.-SASSANI B. (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Giappichelli, Torino, 2009, 155 ss.
- SASSANI B., *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 238 ss.
- SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639 ss.
- SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 849 ss.
- SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 50.
- SASSANI B., *Giudizio sommario di cassazione e illusione nomofilattica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 35 ss.
- SASSANI B., *Spigolature di tarda primavera sulla vocazione dei nostri tempi per la certezza del diritto processuale*, in *www.judicium.it*.
- SBISÀ G., *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civile law)*, *Contr. e impr.*, 1988, p. 519 ss.
- SCARPELLI U., *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milano, 1955, ora ripubblicato in SCARPELLI U., *Filosofia analitica del diritto*, Pisa, ETS, 2014.
- SCARPELLI U., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982.
- SCARPELLI U., *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*, in SCARPELLI U., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982 pp. 251-285.
- SCARPELLI U. (a cura di), *Diritto, e analisi del linguaggio*, Giuffrè, Milano, 1976.
- SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, Milano, 1985.
- SCARPELLI U., *Filosofia analitica del diritto*, Pisa, ETS, 2014.
- SCARSELLI G., *Il processo in cassazione riformato*, in *Foro Italiano*, 2009, V, c. 310.
- SCARSELLI G., *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.

- SCARSELLI G., *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della recente riforma del giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 355 ss.
- SCHOFIELD P.-HARRIS J., *J. Bentham "Legislator of the World": Writings on Codification*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- SCODITTI E., *Ontologia della motivazione semplificata*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 677 ss.
- SCRIMA A., *Il Massimario della Corte Suprema di Cassazione tra storia e attuali prospettive*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 278 ss.
- SEMAMA P., *Argomentazione e persuasione*, Giuffrè, Milano, 1974.
- SENESE S., *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 256 ss.
- SERIO M., *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in Vacca L. (a cura di), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC – Roma 22-23 febbraio 2013*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 91-125.
- SERRANO A., *Dogmática jurídica y análisis sociológico: el derecho histórico de la doctrina legal*, in *Doxa*, 1991, p. 173 ss.
- SILVESTRI E., *Le novità in tema di giudizio di cassazione*, in TARUFFO M., *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 409 ss.
- SILVESTRI E. –FERRARIS F., *Commento all'art. 384*, in CARPI F. –TARUFFO M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII, 2015, Cedam, Padova, p. 1529 ss.
- SIMPSON A.W.B., *The Ratio Decidendi of a Case*, in 20 *Mod. L. R.*, 1957, p. 413 ss.
- SIMPSON A.W.B., *The Ratio Decidendi of a Case*, in 21 *Mod. L. R.*, 1958, p. 155 ss.
- STANZIONE P., *Situazioni creditorie meramente potestative*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982.
- STAPLETON J., *Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda*, in 107 *Law Quart. Rev.*, 1991, p. 249 ss.
- STEINER E. (ed.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, 2015.
- STELLA RICHTER M., *Problemi attuali della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 513 ss.
- STERN K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, *Die geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts*, C.H.Beck, München, 1999.
- STONE J., *The Ratio of the Ratio Decidendi*, in 22 *Mod. L. R.*, 1959, p. 597 ss.
- STUČKA P.I., *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, (trad. it. di U. Cerioni), Einaudi, Torino, 1967.
- TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974.
- TARELLO G., *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in Scarpelli U. (a cura di), *Diritto, e analisi del linguaggio*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 406 ss.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in CICU A.-MESSINEO F.-MENGONI L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 344 ss.
- TARUFFO M.-MARINONI L.G.-MITIDIERO D. (a cura di), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

- TARUFFO M., *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 438 ss.
- TARUFFO M., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 436 ss.
- TARUFFO M., *Calamandrei e l'unificazione della Cassazione*, in Taruffo M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 51 ss.
- TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991.
- TARUFFO M., *La Corte di cassazione e la legge*, in TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 59 ss.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, in CICU A.-MESSINEO F.-MENGONI L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 105 ss.
- TARUFFO M., *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 411-430.
- TARUFFO M., *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 19 ss.
- TARUFFO M., voce *Giurisprudenza*, in *Enc. Treccani scienze soc.*, vol. IV, Treccani, Roma, 1994.
- TARUFFO M., in HELDRICH A.-UCHIDA T., *Legal Cultures and Models of Civil Justice*, in *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996*, p. 623 ss.
- TARUFFO M., *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, pp. 345-360.
- TARUFFO M., *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 759 ss.
- TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss.
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009
- TARUFFO M., *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010.
- TARUFFO M., *La motivazione della sentenza*, in Taruffo M. (a cura di), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 377 ss.
- TARUFFO M., *La riforma delle norme sulla motivazione della sentenza*, in *Giur. it.*, 2011, p. 243 ss.
- TARUFFO M. (a cura di), *La prova nel processo civile*, in CICU A.-MESSINEO F.-MENGONI L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 413 ss.
- TARUFFO M., *Il fatto e l'interpretazione*, in BISCOTTI B.-BORSSELLINO P.-POCAR V.-PULITANO D., *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. 123 ss.
- TARUFFO M., *Le novità nel giudizio di cassazione*, in *Libro dell'anno 2013*, Treccani, Roma, 2013.
- TARUFFO M., *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 383 ss.
- TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 37 ss.
- TARUFFO M., *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 453 ss.

- TARUFFO M., *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 111 ss.
- TEDOLDI A., *La nuova disciplina del procedimento di Cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.*, 2006, p. 2011.
- TEDOLDI A., *Un discutibile obiter dictum delle Sezioni Unite: nell'opposizione a decreto ingiuntivo il termine di costituzione è sempre dimezzato a pena d'improcedibilità*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1455 ss.
- TEDOLDI A., *Cultura delle preclusioni, «giusto processo» e accordi procedurali (forme processuali collaborative per un rinnovato «umanesimo forense»)*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, pp. 375-406.
- TIRIO F., *Il writ of certiorari davanti alla Corte Suprema. Principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milano, 2000.
- TISCINI R., *Commento all'art. 360 c.p.c.*, in Comoglio L.P.– Consolo C. –Sassani B. –Vaccarella R., *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, Utet, Torino 2013, p. 581.
- TISCINI R., *Commento all'art. 360-bis*, in Comoglio L.P.– Consolo C. –Sassani B. – Vaccarella R., *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, Utet, Torino, 2013, p. 612 ss.
- TISCINI R., *Giudizio di cassazione*, in Luiso F.P. –Vaccarella R. (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino 2013, p. 321 ss.
- TISCINI R. (a cura di), *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, Jovene, Napoli, 2015.
- TOMMASEO F., *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia*, in *Giur. it.*, 2003, p. 827 ss.
- TOTH A.G., *he Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects*, in *Yearbook of European Law*, vol. 4, 1984, pp. 1-77.
- TOTH A.J.W., *Clarifying the Role of Precedent and the Doctrine of Stare Decisis in Trial and Intermediate Appellate Level Charter Analysis*, in *22. Dalhousie Jour. of Leg. Stud.*, 2013, p. 34 ss.
- TRIOLO L. (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino, 2001.
- TRISORIO LIUZZI G., *La sospensione del processo civile di cognizione*, Cacucci, Bari, 1987.
- TRISORIO LIUZZI G., *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 727 ss. e spec. par. 17.
- TRISORIO LIUZZI G., *Le azioni seriali nel contenzioso del lavoro*, in *Le azioni seriali*, ESI, Napoli 2008, p. 230.
- TRISORIO LIUZZI G., *Commento agli artt. 420-bis c.p.c. e 146-bis disp. att. c.p.c.*, in Cipriani F., *Commentario*, Cedam, Padova, 2009, p. 462 ss.
- TRISORIO LIUZZI G., *La dimezzazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, pp. 541-550.
- TRISORIO LIUZZI G., *La dimezzazione del termine di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo torna alle Sezioni Unite unitamente agli effetti del mutamento di giurisprudenza*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 441 ss.

- TRISORIO LIUZZI G., *Contenuto ed effetti delle decisioni nel processo del lavoro*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 13 ss e spec. p. 27 ss.
- TRISORIO LIUZZI G., *La Corte di Cassazione e la violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro*, in Dalfino D. (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, RomaTre-Press, Roma, 2016, pp. 619-633.
- TROCKER N., *Processo civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974.
- TROCKER N., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 381-410.
- TROCKER N., *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in Civinini M.G.-Verardi C.M. (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 41.
- TROCKER N., *La formazione del diritto processuale europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 282.
- TROPER M., *La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto*, in *Ragion pratica*, 1996/6, pp. 65-75.
- TWINING W.-MIERS D., *How To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation*, II ed., Weidenfeld & Nicolson, London, 1982, (trad. it. a cura di C. Garbarino), *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988.
- TWINING W., *Il precedente nel diritto inglese: una demistificazione*, in Visintini G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, p. 33 ss.
- UBERTAZZI G.M., *La Corte di giustizia delle Comunità europee ed il suo dovere di conformarsi alle sue precedenti decisioni ex art. 177*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1977, p. 481 ss.
- VACCA L. (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC – Perugia, 25-26 giugno 1999*, Giappichelli, Torino, 2000.
- VACCA L. (a cura di), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC – Roma 22-23 febbraio 2013*, Jovene, Napoli, 2014.
- VACCARELLA R., *Lezioni sul processo civile di cognizione. Il giudizio di primo grado e le impugnazioni*, Zanichelli, Bologna 2006.
- VACCARELLA R., *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e «translatio iudicii»*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 413 ss.
- VACCARELLA R., *Le ombre del recente passato sulla riforma della Cassazione*, in Di Porto A. (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Cedam, 2017, p. 33 ss.
- VALLEBONA, nota a C. cost. 17 luglio 2007, n. 298, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, p. 936 ss.
- VAN REE C.H.-VAN DER WOUDE W., *Effects in Time of Judgments in the Netherlands: Prospective Overruling and Related Techniques*, in Steiner E. (ed.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, 2015, pp. 65-80.

- VANZ M.C., *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1078.
- VARANO V.-BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, V ed., Giappichelli, Torino, 2014.
- VARANO V., *Overruling e affidamento nei sistemi di common law*, in Aa.Vv., *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 41 ss.
- VARGA C., *The Mental Transformation of Facts into a Case*, in 77 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1991, pp. 59-68.
- VARGA C., *Theory of the Judicial Process. The Establishment of Facts*, Akadémiai Kiadó, Budapest 1995.
- VELA A., *La Corte suprema di cassazione, oggi*, in *Foro italiano*, 1987, V, c. 215.
- VELLUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002.
- VERDE G., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.
- VERDE G., *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 6 ss.
- VERSTRAELEN S.-POPELIER P.-VAN DROOGHENBROECK S., *The Ability to Deviate from the Principle of Retroactivity: A Well-Established Practice Before the Constitutional Court and the Council of State in Belgium*, in Steiner E. (ed.), *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, 2015, pp. 81-113.
- VIGLIONE F., *L'overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 669 ss.
- VIGORITI V., *Ancora a proposito della resistibile crisi del processo civile*, in *Contr. e impr.*, 2012, pp. 641-646.
- VILLA V., *Le tre concezioni dell'interpretazione giuridica*, in PINO G. – SCHIAVELLO A. – VILLA V., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 300 ss.
- VINCIGUERRA M., *Questioni sul procedimento di nomofilachia accelerata ex art. 420-bis c.p.c.*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, p. 96.
- VIOLA F., *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in Jori M. (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto confronto*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 102.
- VIOLA F., *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Diritto privato 2001-2002*, Cedam, Padova, 2003, pp. 49-64.
- VISINTINI G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988.
- VON SAVIGNY F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Veit und Comp., Berlin, 1840 (trad. it. di V. Scialoja), *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Unione Tipografica Torinese, Torino, 1886.
- WALKER J.-CHASE O. G., *Common Law Civil Law and the Future of Categories*, Lexis-Nexis Canada, 2010.

- WASSERSTROM R.A., *The Judicial Decisions. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford, 1961.
- WEICHBRODT J., *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- WELLS J.C., *The Doctrines of Res Adjudicata and Stare Decisis*, Mills & Co., Des Moines, Iowa, 1878.
- WRÓBLEWSKI J., *Facts in Law*, in WRÓBLEWSKI J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Juridica, Helsinki, 1979, p. 108 ss.
- WRÓBLEWSKI J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Juridica, Helsinki, 1979.
- WRÓBLEWSKI J., *Problems Related to the One Right Answer Thesis*, in 2 *Ratio Juris*, 1989, pp. 240-253.
- WRÓBLEWSKI J., *The Judicial Application of Law*, in BANKOWSKI Z.-MACCORMICK N. (eds.), *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, p. 91 ss.
- WRÓBLEWSKI J., *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992.
- ZACCARIA G., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990.
- ZACCARIA G., *L'ermeneutica e la teoria del diritto*, in ZACCARIA G., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, p. 79 ss.
- ZACCARIA G., *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.
- ZACCARIA G., *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir. Annali*, vol. V, 2012, pp. 694-695.
- ZACCARIA G., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- ZAGREBELSKY G., *Caso, regola di diritto, massima*, in Visintini G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, p. 95 ss.
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- ZICCARDI F., *Concetto e funzione del precedente nell'ordinamento inglese*, in AA.VV., *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 291 ss.
- ZITELMANN E., *Lücken im Recht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1903.
- ZUCCALÀ M., *La struttura giuridica delle Comunità europee. Di una forma di interpretazione autentica delle leggi*, in *Giur. it.*, 1959, IV, c. 140 ss.

