

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)
ISSN 0391-1896

Giugno 2019
Anno LXXIII - N. 2

RIVISTA TRIMESTRALE
DI
DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

FONDATA DA ANTONIO CICU - ENRICO REDENTI
GIÀ DIRETTA DA TITO CARNACINI

COMITATO DI DIREZIONE

GUIDO ALPA - LUIGI BALESTRA - MARINO BIN
REMO CAPONI - SERGIO CHIARLONI - CLAUDIO CONSOLO - RENZO COSTI
GIORGIO DE NOVA - NATALINO IRTI - NICOLÒ LIPARI - FRANCESCO PAOLO LUISO
UMBERTO ROMAGNOLI - MICHELE TARUFFO - ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA

DIRETTORI

FEDERICO CARPI - PAOLO BIAVATI

 **GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE**

Comitato di redazione:

prof. Chiara Besso Marcheis - dott. Roberto Bonatti - dott. Brunella Brunelli - dott. Maria Giulia Canella - prof. Angela Carpi - prof. Daniela Cavallini - prof. Edoardo Ferrante - prof. Cinzia Gamba - prof. Andrea Giussani - prof. Claudia Golino - prof. Andrea Graziosi - prof. Michele Angelo Lupoi - prof. Luca Passanante - dott. Giovanni Porcelli - prof. Lea Querzola - prof. Carlo Rasia - dott. Ilaria Riva - prof. Marina Timoteo - prof. Carlo Vellani

Segreteria di redazione

dott. Caterina Arrigoni

Corrispondenti stranieri

prof. Loïc Cadet - prof. Jordi Nieva-Fenoll - prof. Eduardo Oteiza - prof. Rolf Stürner
prof. Adrian Zuckerman

La rubrica *Dalla Gazzetta ufficiale: il processo civile* è curata dal prof. Carlo Vellani

La DIREZIONE della Rivista ha sede in via Guido Reni, 7 - 40125 Bologna

L'AMMINISTRAZIONE è presso Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A.,
via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.200 - fax 02/38089432
Internet: <http://www.giuffre.it> - e-mail: vendite@giuffre.it

PUBBLICITÀ

Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Servizio Pubblicità
via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.335 - fax 02/38089426
e-mail: periodici@giuffre.it

INDICE DEL FASCICOLO SECONDO
(anno 2019)

I SEMINARI DELLA RIVISTA

MICHELE TARUFFO, <i>Ricordando Vittorio Denti</i>	p.	407
GIORGIO DE NOVA, <i>Denti professore a Pavia</i>	»	415
AURELIO GENTILI, <i>Le prove civili nel pensiero di Vittorio Denti</i>	»	417
VINCENZO VARANO, <i>Denti e il diritto comparato</i>	»	429
REMO CAPONI, <i>Il formalismo giuridico e il suo rovescio nel pensiero di Vittorio Denti</i>	»	447
VITTORIO DENTI, <i>Posizione dei giovani</i>	»	485

DOTTRINA

NICOLÒ LIPARI, <i>Ragionare di diritto, oggi</i>	»	489
MARCO MARTINO, <i>Vincolo e astrazione nella teoria del negozio di accertamento....</i>	»	523

NECROLOGI

ANTONIO CARRATTA, <i>Crisanto Mandrioli</i>	»	555
---	---	-----

STORIA DI IDEE ED ISTITUTI

<i>Giustizia e processo. Una conversazione con Andrés De La Oliva Santos a cura di Vincenzo Varano</i>	»	561
--	---	-----

SAGGI DI DIRITTO STRANIERO E COMPARATO

SERGIO CHIARLONI, <i>Note comparative sull'esecuzione indiretta in Italia e in Brasile.</i>	»	585
---	---	-----

DISCUSSIONI E APPROFONDIMENTI

ROBERTO SICLARI, <i>Spigolature in tema di trascrizione illegittima di domande giudiziali, divisione e collazione</i>	»	599
VALENTINA CAPASSO, <i>Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis « all'italiana »</i>	»	627

BIBLIOGRAFIA

Articoli

PAOLO GROSSI, *Il ruolo del notaio nel tempo giuridico pos-moderno* p. 653

Recensioni

AUGUSTO CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti* [Paolo Biavati]; MANUEL CACHÓN CADENAS e JUAN FRANCO ARIAS, *Derecho y Proceso. Liber amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez* [Federico Carpi]; LUCA PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi; I, Natura e legge regolatrice; II, Profili soggettivi* [Elena D'Alessandro]; JORDI NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial* [Angelo Dondi]; PAOLO COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze* [Jordi Nieva Fenoll] » 661

IL PUNTO SU

LEA QUERZOLA, *L'attuazione dei provvedimenti nella crisi familiare* » 671

GIURISPRUDENZA

Casi

MARIO GOLIA, *La responsabilità del management delle fondazioni partecipate nelle maglie incerte del riparto tra giudice ordinario e contabile* » 703

ALESSANDRA MINISSALE, *La tutela del credito professionale dell'avvocato: la decisione delle sezioni unite* » 723

DORELISA LOLLI, *Il controllo del lodo estero in una recente pronuncia francese* » 743

OSSERVATORIO SULLA GIUSTIZIA

ANGELO DONDI - VINCENZO ANSANELLI, *Istruzione stragiudiziale e discovery nei recenti «Interventi per l'efficienza del processo civile». Qualche rapida impressione* » 757

Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno *stare decisis* « all'italiana »

SOMMARIO: 1. Introduzione: due oneri in più. — 2. Filtro scaccia filtro (forse), ma non nel richiamo. — 3. I limiti costituzionali. — 4. Uno *stare decisis* senza « precedente »? — 5. Le implicazioni del nuovo « principio di diritto ». — 6. Una ricostruzione alternativa. — 7. *Segue*: l'art. 360-*bis*, n. 1 come consacrazione del *mos iudiciorum*. — 8. Ricadute pratiche.

1. — Una volta, nel percorso ad ostacoli che conduce alla stesura di un ricorso per cassazione, tra autosufficienza, specificità e quesito di diritto ⁽¹⁾ — e, da ultimo, sinteticità —, c'era (almeno) una certezza: ad essere impugnata era *una* pronuncia.

Oggi, invece, l'avvocato cassazionista sembrerebbe avvertito: se il giudice di merito ha deciso conformemente alla giurisprudenza della Corte, il ricorso non va diretto solo contro la sentenza, ma (anche) avverso l'intero indirizzo di legittimità cui essa ha aderito. È quanto si desume da una recente ordinanza della sesta sezione, che, quale ultimo (per ora) *exploit* di una giurisprudenza sempre più incline ad autoinvestirsi del rango di fonte del diritto, offre lo spunto per una più ampia rimediazione di tale tendenza.

Secondo la sezione filtro, infatti, quando il ricorso sia proposto ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 3, « il ricorrente, nel formulare il motivo, ha l'onere, a pena di inammissibilità dello stesso, non solo di esaminare il dettato delle norme di diritto di cui assume la violazione o falsa applicazione (lette secondo l'interpretazione giurisprudenziale di legittimità), ma anche di operare un raffronto tra la regola giuridica applicata dai giudici di merito e la giurisprudenza della Corte suprema, sì da dimostrare come la prima si ponga in contrasto con la seconda; e — nel caso in cui la pronuncia impugnata risulti conforme alla giurisprudenza di legittimità — ha l'ulteriore onere di addurre argomenti per contrastare l'indirizzo giurisprudenziale adottato dai giudici di merito » ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Su tutti questi temi, si rinvia a S. RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Torino, 2012, p. 121 ss., anche per gli ampi riferimenti bibliografici.

⁽²⁾ Cass., sez. VI, (ord.) 2 marzo 2018, n. 5001. Enfasi aggiunta.

È da notare che la soluzione era già stata ventilata dall'ordinanza di rimessione che ha indotto il *revirement* delle sezioni unite nel 2017 (su cui v. *infra* n. 2); ma queste ultime, pur mutuando dalla sesta sezione la categoria dell'inammissibilità di merito, non si sono

Ne deriverebbe un duplice (inedito) onere:

i) in primo luogo, quello di indicare le pronunce di legittimità espressive dell'orientamento seguito dalla sentenza impugnata; laddove, stando alla stessa giurisprudenza (che sembra potersi definire) consolidata della Corte, una simile individuazione puntuale non è — strettamente — necessaria neppure per le norme di legge, posto che « l'indicazione delle norme che si assumono violate non si pone come requisito autonomo ed imprescindibile ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione, [...] sicché la mancata o erronea indicazione delle disposizioni di legge non comporta l'inammissibilità del gravame, ove gli argomenti addotti dal ricorrente, valutati nel loro complesso, consentano di individuare le norme ed i principi di diritto che si assumono violati e rendano possibile la delimitazione del *quid disputandum* » (3). Anzi, se è vero che il ricorso va giudicato « ammissibile anche se non indica gli articoli di legge che si assumono violati, purché, nel chiedere la cassazione per il motivo di violazione di norma di diritto, il ricorrente indichi per quale aspetto la decisione è in contrasto con una norma di legge ed avrebbe perciò potuto essere diversa, spettando poi alla Corte di verificare la conformità della decisione della questione alla norma che avrebbe dovuto esservi applicata » (4), discende pianamente dal principio *iura novit curia* (5) che l'indicazione, ove presente, possa anche essere erronea (6).

esprese sul punto, limitandosi ad un laconico: « è sufficiente che [la Corte] rilevi che la pronuncia impugnata si è adeguata alla giurisprudenza di legittimità e che il ricorrente non la critica adeguatamente »; dove la particella evidenziata potrebbe ben essere riferita tanto alla « pronuncia impugnata », quanto alla « giurisprudenza di legittimità ».

(3) Cass., sez. III, 17 luglio 2005, n. 11202, in *Rep. Foro it.*, 2005, « voce Cassazione civile », n. 200; né si tratta di una decisione isolata: nello stesso senso, sin da Cass., sez. lav., 28 settembre 1994, n. 7886, ivi, 1994, « voce Cassazione civile », n. 100, vanno, *ex multis*, Cass., sez. III, 30 novembre 2005, n. 26091, ivi, 2005, « voce Cassazione civile », n. 213; Cass., sez. III, 04 giugno 2007, n. 12929, ivi, 2007, « voce Cassazione civile », n. 248; Cass., sez. III, 16 marzo 2012, n. 4233, ivi, 2012, « voce Cassazione civile », n. 128; Cass., sez. III, 7 novembre 2013, n. 25044, ivi, 2013, « voce Cassazione civile », n. 119; Cass., sez. lav., 16 dicembre 2014, n. 26401, ivi, 2015, « voce Lavoro (rapporto) », n. 1051.

(4) Cass., sez. V, 28 ottobre 2015, n. 22002, in *Dejure*.

(5) Infatti, anche chi ritiene che, in fase d'impugnazione, tale principio abbia « portata più ristretta rispetto al primo grado di giudizio », precisa che, comunque, « una volta indicato chiaramente l'*error* che si assume viziare la sentenza impugnata, spetta al giudice dell'impugnazione [...] interpretare e qualificare il motivo proposto »: cfr. POLI, *Le Sezioni Unite sul regime dei motivi specifici del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, p. 184 (nota a Cass., sez. un., 24 luglio 2013, n. 17931).

Lo stesso CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, in *Opere Giuridiche*, Napoli, 1979, VII, p. 158 nota 47, del resto, richiamandosi alla terminologia francese, ricordava che il principio in discorso, se non è applicabile innanzi alla Corte suprema per i *moyens nouveau*, lo è per gli *arguments nouveau*.

(6) R. POLI, *op. ult. cit.*, p. 185.

L'onere, poi, non sarebbe imposto in virtù di un dovere di cooperazione tra parti e giudice ⁽⁷⁾ (neppure richiamato nella pronuncia), posto che la Corte stessa fa presente come la propria giurisprudenza le sia « ben nota », ma sull'implicito (ma neanche troppo) presupposto che la giurisprudenza rientri ormai tra le « norme di diritto » di cui discorre l'art. 366, comma 1°, n. 4, c.p.c.;

ii) in secondo luogo, quello di criticare non solo la sentenza impugnata, ma di « faire le “procès de la jurisprudence existante” » ⁽⁸⁾; col che parrebbe concretizzarsi il dubbio, evocato all'indomani della riforma del 2009, che « a dispetto della lettera della disposizione, [solo] circostanze difensive ulteriori rispetto al ricorso possano farlo ammettere » ⁽⁹⁾.

Di più: se il passo da ultimo citato è riferito all'esegesi dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c. ⁽¹⁰⁾, l'ordinanza della sesta sezione sposta il così ricostruito motivo di inammissibilità sul piano dell'art. 366, comma 1°, n. 4, c.p.c.; ed anche tale esito era stato profeticamente annunciato da chi, « [t]enuto conto degli atteggiamenti già assunti rispetto ai requisiti di ammissibilità del ricorso », prevedeva che « la giurisprudenza di legittimità arricchirà l'art. 366 c.p.c., dichiarando inammissibile quel motivo di impugnazione carente perché il ricorrente ha mancato di specificare ed individuare le questioni di diritto decise in modo conforme rispetto a precedenti decisioni della Cassazione, la questione nuova o le ragioni per le quali è opportun[a] una rimeditazione della Corte » ⁽¹¹⁾.

⁽⁷⁾ Tale principio, espressamente previsto nel Regno Unito dalle *CPR Rules* 1.3 e 1.4(2)(a), è anche in Francia ricavato dalla dottrina dalle *dispositions liminaires* al codice di procedura: cfr. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, pp. 95 e 64; FERRAND, *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, in TROCKER-VARANO (a cura di), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, p. 9 s. Quanto alla Germania, un dovere di collaborazione è stato desunto — da App. Salerno, 1 febbraio 2013, n. 139, in *Nuova proc. civ.*, 2013, p. 153 ss., non a caso in materia di filtro (ma ex art. 348-bis) — dall'art. 520 ZPO.

In Italia, possono essere letti in questo senso il divieto di sentenze della terza via e il principio di non contestazione, assurti a principi generale a séguito della novella, rispettivamente, degli artt. 102, comma 2°, e 115, comma 1°, c.p.c., avvenuta nel 2009: cfr. FICCARELLI, *op. ult. cit.*, p. 182 ss.

⁽⁸⁾ COUTRON, *Revirement et normativité de la jurisprudence*, in CARPANO (a cura di), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, 2012, p. 72.

⁽⁹⁾ RAITI, *Brevi note sul « filtro » in cassazione secondo la legge di riforma al codice di rito civile 18 giugno 2009*, n. 69, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1607, enfasi aggiunta. In questo senso anche POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, ivi, 2010, p. 368 s., e RORDORF, *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione*, ivi, 2010, p. 140.

⁽¹⁰⁾ Introdotto dall'art. 47, l. 19 giugno 2009, n. 69 e rubricato *Inammissibilità del ricorso*.

⁽¹¹⁾ S. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 192. L'a. immaginava, invero, il ricorso al principio di autosufficienza, piuttosto che a quello di specificità, ma, al di là del diverso espediente, la previsione pare aver colto nel segno.

Il collegio, infatti, sul rilievo che l'art. 366, comma 1°, n. 4 « prevede tuttora che i motivi debbono essere formulati “secondo quanto previsto dall'art. 366-bis” », afferma che, a séguito dell'abrogazione di quest'ultimo, il requisito dell'indicazione dei motivi « de[bb]a essere ora reinterpretato in funzione del contenuto precettivo della disposizione che ha preso il posto del detto art. 366-bis, ossia dell'art. 360-bis ».

Invero, se si pone mente (se non alla differente funzione concretamente assunta) al diverso piano di operatività delle due disposizioni, non sembra così agevole ritenerne l'interscambiabilità sulla base di un richiamo la cui persistenza va chiaramente ascritta a mera dimenticanza del legislatore.

2. — L'art. 360-bis, n. 1, c.p.c. prevede che il ricorso sia dichiarato inammissibile « quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa ».

Come noto, la precoce — e, deve ritenersi, corretta, nonostante il tenore letterale — interpretazione fornita dalla suprema Corte nella propria composizione più autorevole, quale norma introduttiva di un'ipotesi di manifesta infondatezza ⁽¹²⁾, non ha impedito il sorgere di un diverso indirizzo nell'ambito della giurisprudenza di legittimità ⁽¹³⁾; così, la que-

⁽¹²⁾ Così Cass., sez. un., (ord.) 6 settembre 2010, n. 19051, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 403 ss., con nota di TERRUSI, *Il filtro di accesso al giudizio di cassazione: la non soddisfacente risposta delle sezioni unite*; in *Giur. it.*, 2011, p. 885 ss., con commento di CARRATTA, *L'art. 360-bis c.p.c. e la nomofilachia « creativa » dei giudici di cassazione*; in *Nuova giur. civ.*, 2011, p. 172 ss., con nota di CARNEVALE., *La Corte di cassazione ridimensiona il filtro dell'art. 360-bis cod. proc. civ.*; in *Il giusto proc. civ.*, 2010, p. 1131 ss., con nota di LUISSO, *La prima pronuncia della Cassazione sul c.d. filtro*; in *Foro it.*, 2010, I, c. 3333 ss., con osservazione di COSTANTINO e nota di SCARSELLI, *Circa il (supposto) potere della Cassazione di enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge*; in *Giur. it.*, 2010, p. 1991 ss.; l'ordinanza, in quanto resa nell'esercizio del potere semi-ufficioso di pronunciare il principio di diritto ai sensi dell'art. 365, comma 4°, c.p.c., testimonia della volontà della Corte di apportare chiarezza al dibattito da subito suscitato dalla norma.

Per ulteriori riferimenti bibliografici sul filtro, si rinvia a S. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 166 ss. note 158 e 159, cui *adde* FERRARIS, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul c.d. « filtro » in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 2, p. 491 ss. (nota a Cass., sez. VI, (ord.) 8 febbraio 2011, n. 3142 e Cass., sez. un., 19 aprile 2011, n. 8923); NELA, *Per una interpretazione dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c.*, *ivi*, 2012, 1, p. 140 ss.

⁽¹³⁾ Il riferimento è a Cass., sez. VI, (ord.) 27 gennaio 2011, n. 2018, in *Giust. civ.*, 2011, p. 885 ss., con nota di DIDONE, *Il « rasoio di Guglielmo da Ockham » e l'inammissibilità del ricorso per Cassazione ex art. 360 bis, n. 1, c.p.c.*: frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora; Cass., sez. V, 18 novembre 2015, n. 23586, in *Dejure*; Cass., sez. I, 4 maggio 2016, n. 8804, in *Guida dir.*, 2016, 38, p. 69.

stione è stata rimessa ⁽¹⁴⁾ alle sezioni unite, che, mutando il precedente avviso, hanno ritenuto di uniformarsi alla lettera della legge, qualificando quelle introdotte dall'art. 360-*bis* come ipotesi di inammissibilità ⁽¹⁵⁾.

Al di là dei persistenti dubbi circa la correttezza del nuovo inquadramento, tanto sul piano dogmatico ⁽¹⁶⁾ che su quello della legittimità costituzionale ⁽¹⁷⁾, la distinzione concettuale tra il « filtro » e il « quesito di diritto » di cui all'(ormai abrogato) art. 366-*bis* sembrerebbe netta: quest'ultimo, infatti, allo scopo di « offrire alla Corte, nonché alla stessa parte resistente, un quadro che sia il più possibile immediato, completo ed autosufficiente delle censure sulle quali dovrà pronunziarsi e di agevolarne il lavoro di reperimento degli atti e documenti sui quali esse si fondano » ⁽¹⁸⁾, si traduceva certamente in un requisito di contenuto-forma del ricorso, laddove l'art. 360-*bis*, n. 1 non richiede formalmente che il ricorrente « chiaris[ca] con il motivo le ragioni di ammissibilità della censura » ⁽¹⁹⁾.

Vero è che la contestualità dell'abrogazione della prima e dell'introduzione della seconda disposizione paiono sintomatici di un'idea di « avvicendamento » di un filtro ad un altro; e, del resto, che il « giudizio

⁽¹⁴⁾ Da Cass., sez. VI, 25 luglio 2016, n. 15513, in *Corr. giur.*, 2017, 1, p. 85 ss., con nota di BERTOLLINI, *Il « filtro » con funzione nomofilattica ex art. 360 bis, n. 1, c.p.c. - tra « inammissibilità » e « manifesta infondatezza » del ricorso*; in *Foro it.*, 2016, I, c. 3091 ss., con nota di COSTANTINO, *Note sulla « antipaticità » del ricorso per cassazione tra inammissibilità e manifesta infondatezza*.

⁽¹⁵⁾ Cass., sez. un., 21 marzo 2017, n. 7155, in *Giur. it.*, 2017, p. 1583 ss., con nota di CASTAGNO, *Le Sezioni unite (re)interpretano l'art. 360 bis, n. 1, c.p.c.*; in *Foro it.*, 2017, I, c. 1181 ss., con nota di COSTANTINO, *Note sulla « inammissibilità sopravvenuta di merito »: dal ricorso « antipatico » al ricorso « sarchiapone »*.

⁽¹⁶⁾ Del resto, al di là delle difficoltà ad accettare una inammissibilità « di merito », « la questione [...] non appare meramente terminologica », stanti i diversi riflessi in punto di esame dell'eventuale impugnazione incidentale tardiva ex art. 334 c.p.c.: cfr. Cass., sez. VI, 25 luglio 2016, n. 15513, cit.

⁽¹⁷⁾ Sul punto, v. *infra* n. 3.

⁽¹⁸⁾ Così la relazione di accompagnamento al d.lgs. 2 febbraio 2006, n.40, il cui art. 6 ha introdotto l'art. 366-*bis*.

⁽¹⁹⁾ S. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 109 nota 15, la quale già qui avverte, tuttavia, che « non può escludersi che la lettura della norma ad opera della Corte possa indurre a ritenere — seppure implicitamente — che sia proprio colui che propone l'impugnazione il soggetto che, con il primo atto del giudizio, debba individuare [...] gli elementi per indurre la Cassazione a confermare o mutare orientamento, giacché essi devono desumersi dall'«esame dei motivi» ».

Diversamente, POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, p. 329, riconduce anche le previsioni di cui all'art. 360-*bis* ai requisiti di contenuto-forma del ricorso. Peraltro, se la ricostruzione dell'a. è, di certo, coerente con l'impostazione — dichiaratamente seguita (ivi, *passim*) — che parte dal dato testuale, la conclusione diviene meno sicura nel momento in cui si sostenga l'uso improprio, da parte del legislatore, del termine « inammissibilità ».

preliminare di ammissibilità » introdotto con l'art. 360-*bis* c.p.c. sia stato « avvalorato addirittura quale sostitutivo dell'esperienza solo triennale del quesito di diritto » è apparso la (più o meno) diretta conseguenza delle « applicazioni troppo rigoristiche e talora francamente cervelotiche [di quest'ultimo] da parte della Cassazione »⁽²⁰⁾.

Insomma, deve prendersi atto che il requisito di cui all'art. 366-*bis* c.p.c. sia stato *concretamente* utilizzato al fine di scremare i ricorsi, a mo' di « tagliol[a] per il legale sprovveduto »⁽²¹⁾. Ciononostante, appare più aderente alle « “buone” intenzioni del legislatore » la definizione del quesito di diritto come « tappa verso la costruzione di filtri di accesso in Cassazione »⁽²²⁾, piuttosto che come filtro *tout court*, in quanto mirante ad agevolare l'emersione di ricorsi *naturalmente* votati all'insuccesso (perché veicoli di « impugnazioni che dietro apparenti censure di diritto nascond[evano], in realtà, l'intento di sottoporre alla cognizione del giudice di legittimità questioni di fatto, spesso già oggetto del giudizio di appello »⁽²³⁾), e non a *creare* nuove ipotesi di reiezione degli stessi.

La pratica, certo, è andata oltre l'intenzione. Eppure, resta che il richiamo ad una norma espressamente rivolta alla « *formulazione* dei motivi » (con una prescrizione che, attinendo al modo di essere, e non al *contenuto* di questi ultimi, non attenda alla « sempre » necessaria ammissibilità ai sensi dell'art. 111, comma 7°, cost.) non pare potersi surrogare con quello ad una che, invece, parla di « elementi » desumibili « [dal-]l'esame » degli stessi; con la conseguenza che, salvo a voler intenzionalmente ricercare una lettura formalistica della formula, dovrebbe potersi ritenere sufficiente — a sfuggire al filtro — che dalla lettura complessiva del motivo si tragga « una » argomentazione (non necessariamente in frontale e puntuale contrasto con la giurisprudenza di legittimità, ma anche, ad esempio, semplicemente basata su altro precedente della Corte, se non addirittura inedita, perché mai considerata dalla stessa) che induca il collegio a « confermare o mutare [il proprio] orientamento ».

Il ragionamento da ultimo sposato dalla sesta sezione, in realtà, risulta doppiamente viziato: non solo — a valle — in questa surrettizia opera di sostituzione di una disposizione con un'altra⁽²⁴⁾, ma già — a monte — nel rilievo conferito all'art. 360-*bis* c.p.c., letto quale « rafforza[tivo] » di un

⁽²⁰⁾ 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. 739.

⁽²¹⁾ PROTO PISANI, *Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 254.

⁽²²⁾ S. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 152.

⁽²³⁾ *Ivi*, p. 153 s.

⁽²⁴⁾ D'altro canto, la stessa « illuminata » pronuncia delle sezioni unite del 2010 cade nell'equivoco quando parla di « filtro » con riferimento al quesito di diritto e di sua sostituzione con quello di cui all'art. 360-*bis*; il che conferma il rilievo che « talvolta la Corte Suprema legg[e] le condizioni di ammissibilità del ricorso quali filtri all'accesso in Cassazione, con la conseguenza che la funzione nomofilattica viene subordinata alla

fantomatico « principio dello *stare decisis*, che si fa[rebbe] strada nel nostro ordinamento in funzione del potenziamento della funzione nomofilattica della Corte suprema e di uniformazione delle decisioni giurisdizionali »⁽²⁵⁾.

L'affermazione non è nuova⁽²⁶⁾; ma, « [p]er quanto si segnali da più parti che è in atto un processo di osmosi tra i [...] sistemi » di *civil law* e *common law*, « con una inevitabile omologazione tra l'uno e l'altro, [...] prima di darlo come del tutto realizzato è opportuno usare qualche prudenza. Le differenze ancora sussistono e non sono di poco conto »⁽²⁷⁾.

3. — Poiché, peraltro, il richiamo allo *stare decisis* è utilizzato solo in via strumentale al rafforzamento del ruolo nomofilattico della Cassazione⁽²⁸⁾, la confutazione dell'esistenza del primo non può che partire dall'analisi dei limiti costituzionali che — di fatto — ostano al perseguimento del secondo.

Il plurale non è casuale: vero è che, in questa prospettiva, il pensiero corre naturalmente all'art. 111, comma 7°, cost., che — nell'imporre al legislatore di rendere « sempre ammissibile il ricorso per cassazione per violazione di legge » contro « le sentenze »⁽²⁹⁾ — impedisce di porre un serio argine alla valanga di fascicoli puntata contro il Palazzaccio⁽³⁰⁾; tant'è che, a fronte del testo costituzionale, neppure la lettura dell'art. 360-*bis* come sanzionatorio della manifesta infondatezza (piuttosto che individuatore di cause di inammissibilità) riesce a dissipare i dubbi di illegittimità che aleggiano intorno alla disposizione, stante l'elevato grado di discrezionalità che essa riconosce alla Corte nell'apprezzarne i presupposti applicativi⁽³¹⁾.

Ma, anche ad immaginare (in prospettiva) l'abrogazione o la riscrittura in senso restrittivo dell'art. 111, comma 7°, cost. o (già allo stato) a ritenere

abilità di chi redige l'atto introduttivo del giudizio di legittimità »: cfr. S. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 165.

⁽²⁵⁾ Cass., sez. VI, (ord.) 2 marzo 2018, n. 5001, cit.

⁽²⁶⁾ V., ad esempio, Cass., sez. VI, 25 luglio 2016, n. 15513, cit., che parla di una « versione debole » del principio. Ma se *stare decisis* significa « valore vincolante del precedente », il principio non è suscettibile di graduazione: c'è o non c'è.

⁽²⁷⁾ Come avverte VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 7.

⁽²⁸⁾ Ad essa attribuito, come noto, dall'art. 65 ord. giud. Sul significato, storico ed attuale, della nomofilachia, si rinvia a S. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 47 ss.

⁽²⁹⁾ Dove il termine, come noto, è interpretato nel senso sostanziale di provvedimento decisivo, definitivo e non altrimenti impugnabile, a partire da Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1248.

⁽³⁰⁾ V., in proposito, i rilievi di VERDE, *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 6.

⁽³¹⁾ R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, cit., p. 366.

possibile una lettura correttiva dello stesso (alla luce del principio di uguaglianza)⁽³²⁾, resterebbero comunque la soggezione dei giudici solo alla legge (art. 101, comma 2°, cost. (33)) e il loro distinguersi unicamente « per diversità di funzioni » (art. 107, comma 3°, cost. (34)) a non consentire altro che un « “precedente” [...] meramente [...] persuasivo » (35).

E se da ciò deriva la generale impossibilità di conformare, preventivamente e « d'autorità », il *dictum* finanche del giudice inferiore⁽³⁶⁾, *a fortiori* suscita dubbi il c.d. vincolo delle sezioni semplici alle sezioni unite, previsto dall'art. 374, comma 3°, c.p.c., che sembrerebbe configurare « un vincolo per così dire in senso verticale e un vincolo assoluto in senso orizzontale, col paradosso, cioè, che il vincolo più intenso astringerebbe il giudice superiore e non (anche) quello inferiore » (37), tanto più laddove si rifletta sui caratteri della Corte, (per Costituzione) organo « unico », « collegiale » e « supremo » (38). Di conseguenza, e con specifico riferimento al supremo Organo della nomofilachia, la vera ragione che induce ad esclu-

(32) Come quella proposta da PROTO PISANI, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 382; v. pure ID., *Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 124.

(33) Che, come ricorda AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il « vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite »)*, in AA.VV., *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 3 s., non è violato dall'obbligo, per il giudice di rinvio, di uniformarsi al principio di diritto enunciato dalla Corte ex art. 384 c.p.c., in quanto vincolo con « *effetto limitato alla causa* »; dubbi sorgono, di conseguenza, qualora l'effetto vincolante esorbits dal « *giudizio sul caso* » (ivi, p. 4, corsivi originari).

(34) Mentre, come rileva MATTEI, *Stare decisis*, Milano, 1988, p. 10, una delle « condizioni “minime” per l'esistenza di un sistema a precedente vincolante » è l'organizzazione gerarchica delle Corti statali.

(35) COMOGLIO-CARNEVALE, *Il ruolo della giurisprudenza e i metodi di uniformazione del diritto in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1039.

(36) Un discorso forse parzialmente diverso può farsi per quegli organi tenuti a decidere « secondo diritto », come l'Arbitro Bancario Finanziario: per una recente pronuncia nel senso della necessità, per quest'ultimo, di allinearsi alle pronunce della Corte, v. Collegio di coordinamento ABF, 5 aprile 2018, n. 7283, in corso di pubblicazione in *Banca, borsa e tit. cred.*, con nota di AULETTA, ... *il sole e l'altre stelle: è la giurisdizione quella del « sistema » dell'ABF?*. Nel caso di specie, peraltro, l'invocato *dictum* della Cassazione appare inerire maggiormente alla funzione di quest'ultima di garantire « l'esatta osservanza [...] della legge », piuttosto che la sua « uniforme interpretazione ».

(37) AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto*, cit., p. 771.

(38) Ivi, p. 772. Così, « all'ipotesi della decisione della Corte che consapevolmente crei il contrasto con il precedente, anziché evitarlo tramite la rimessione alle sezioni unite, dev'essere oggettivamente non rimediabile siccome la sezione è capace di decidere la causa senza *stare decisis* ». Infatti, « per la logica di un'entità deputata [...] all'«uniforme interpretazione» e all'«unità del diritto», ciascun collegio chiamato a pronunciarsi quale Corte suprema deve essere potenzialmente il solo. È dunque neces-

dere la possibilità di qualsivoglia vincolo al precedente non sta nella « soggezione esclusiva alla legge [...] quanto (e piuttosto) [nel]l'alterità che si verrebbe a creare tra unità parimenti identitarie della Corte di cassazione, l'una delle quali — altrimenti — non più riproduttiva dell'algoritmo dell'altra ». Ciò che va escluso, una volta che si condivide l'opinione che assimila la struttura della Corte a quella di un frattale ⁽³⁹⁾.

Allargando il discorso all'intero ordine giudiziario, poi, all'idea che la « giurisprudenza » possa assurgere a fonte del diritto (requisito necessario affinché gli stessi giudici vi siano vincolati) osta, ben prima del dato formale dell'assenza di una espressa previsione nell'art. 12 disp. prel., la stessa Carta costituzionale, che « non tollera la postulata sovrapposizione tra funzione legislativa e funzione giudiziale; e ciò ancorché qualsiasi decisione giudiziale sia ascrizione del senso ad un progetto normativo, e quindi nella sostanza abbia un certo grado di innovatività » ⁽⁴⁰⁾. Una indiretta conferma deriva, del resto, dall'intera vicenda che ha interessato il giudizio di equità (del conciliatore, prima, e) del giudice di pace (poi): in effetti, « [p]osto che il giudizio d'equità non è quello di diritto, [...] è evidente che un giudizio di questa specie si scontra con [...] gli artt. 3, 24, 101, comma 2°, 111, comma 7°, cost. È questa la ragione per la quale da sempre ci indistriamo per proporre un'interpretazione dell'art. 113 compatibile con la Costituzione » ⁽⁴¹⁾.

Appare, pertanto, da rigettare l'idea che « i giudici, [...] tramite il novellato art. 374 c.p.c. [abbiano] ricevuto una delega formale, o quasi, per creare il diritto mediante l'interpretazione » ⁽⁴²⁾.

La giurisprudenza, certo, « potrà e dovrà [...] estrarre dal testo formale

sario conservare anche alla sezione semplice, in ogni caso, il potere di decidere validamente, a costo di un contrasto reale [...] col principio di diritto enunciato dalle sezioni unite » (ivi, p. 773).

⁽³⁹⁾ AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto*, cit., p. 15 s.

⁽⁴⁰⁾ COSÌ CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato « internet-addicted » e pure « veggente »*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3170, che richiama Bulow; nello stesso senso, TURATTO, *Overruling in materia processuale e principio del giusto processo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 1149 ss.

⁽⁴¹⁾ VERDE, *Contro l'equità necessaria del giudice di pace*, in questa rivista, 2006, p. 746.

È ciò che ha spinto il legislatore (con l. 30 luglio 1984, n. 399) ad inserire il limite del rispetto dei principi regolatori della materia e la Corte costituzionale a ribadirlo (cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1365 ss., con nota di RUGGIERI, *Il giudizio di equità necessario, i principi informativi della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace a norma dell'art. 115, 2° comma, c.p.c.*; in *Giust. civ.*, 2004, p. 2537 ss., con nota di GIORDANO, *Giudice di pace e giudizio di equità necessario: un effettivo ritorno al passato?*), nonostante l'intervenuta eliminazione dell'inciso (con l. 21 novembre 1991, n. 374). Di qui, la riforma dell'art. 339, comma 3°, c.p.c. ad opera del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

⁽⁴²⁾ MISCIONE-FILÌ, *La giurisprudenza quale fonte formale e non solo sostanziale del diritto del lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2018, p. 114.

della legge la norma regolatrice in un inevitabile processo di inveroamento del diritto », ma essa « mai potrà scalfire il testo formale della legge, che è impermeabile rispetto all'opera della giurisprudenza. Che poi quest'ultima [...] concorra a formare il "diritto vivente", non muta la prospettiva. Il "diritto vivente" è un fatto storico, di cui [...] si deve prendere atto, ma ciò non vale a posizionarlo tra le fonti formali del diritto e, quindi [...] non è un "significante", ma un "significato" e, come tale, non può essere assunto a criterio di giudizio vincolante; è una "realtà" di cui si deve tenere conto, ma dalla quale è lecito discostarsi » (43).

Ed infatti, come precisato — sebbene in materia penale, ma con ragionamento che pare suscettibile di essere esteso a quella civile — dalla Consulta (44), « [l']orientamento espresso dalla decisione delle sezioni unite "aspira" indubbiamente ad acquisire stabilità e generale séguito: ma [...] si tratta di connotati solo "tendenziali", in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo". Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice [...], sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto ».

D'altro canto, se, già dinanzi all'art. 374 c.p.c. ante riforma del 2006, era lecito chiedersi « che senso avrebbe la previsione » di cui all'immutato comma 1°, « in base alla quale le sezioni unite intervengono quando una questione di diritto è stata decisa in modo difforme dalle sezioni semplici [...] se poi — dopo l'intervento delle sezioni unite — le sezioni semplici potessero discostarsi dal precedente? » (45), nella prassi, la risposta non è stata così scontata come potrebbe apparire (46). Anzi, la scarsa tenuta del

(43) VERDE, *Mutamento di giurisprudenza*, cit., p. 8.

(44) Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3440 ss.

(45) LUISO, *Diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione*⁹, Milano, 2017, p. 464. Anche qui, peraltro, valgono le considerazioni già svolte quanto al vero significato da attribuire al termine « precedente »

(46) Forse la situazione è, oggi, migliore di quanto attestato dal titolo dell'opera di MONETA, *I mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile: ottocentesessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*, Padova, 1993 (anche, verosimilmente, a séguito delle direttive più recentemente seguite dall'Ufficio del Massimario, su cui v. MORCAVALLO, *Nomofilachia e massimazione*, in IANNIRUBERTO-MORCAVALLO, *Il nuovo giudizio di cassazione*, Milano, 2007, p. 106 ss.); ma appare evidente che il ruolo nomofilattico della Corte — che pur, nell'ottica di CALAMANDREI, *op. cit.*, *passim*, avrebbe dovuto essere garantito dalla (all'epoca solo invocata) unicità sul territorio — non riesce neppure oggi a determinare concretamente che il giudice di merito, sulla base di un « calcolo di probabilità » di veder riformata la propria sentenza, si conformi all'indirizzo di legittimità (ivi, 104), posta la difficoltà (se non impossibilità) di identificare la stessa « opinione della Corte ».

sistema è dimostrata proprio dalla vicenda dell'interpretazione dell'art. 360-bis c.p.c., se è vero che, dopo la pronuncia a sezioni unite del 2010, è stata la ribellione delle sezioni semplici a indurre una nuova rimessione e il riportato *revirement* del 2017.

4. — Quand'anche non si concordi con quanto sopra affermato circa l'impossibilità sistematica, per il nostro ordinamento, di accogliere il principio del precedente vincolante, va rilevato che dello *stare decisis* manca, in Italia, la stessa materia prima.

Le espressioni « precedente », « *stare decisis* » e « giurisprudenza », infatti, appaiono troppo spesso oggetto di un indebito uso sinonimico, che denuncia l'assenza di una reale cognizione della loro portata ⁽⁴⁷⁾. D'altro canto, il fraintendimento è comune: lo stesso Llewellyn, l'« autore dello studio sul precedente forse più fortunato di tutta la letteratura statunitense » ⁽⁴⁸⁾, affermava di non conoscere una « phase of our Law so misunderstood as our system of precedent » ⁽⁴⁹⁾.

Appare, pertanto, opportuno definirne i contorni ⁽⁵⁰⁾, cominciando dalla distinzione tra la *doctrine of precedent* e quella — richiamata dall'ordinanza che ha dato origine alle presenti riflessioni — dello *stare decisis* (o *doctrine of binding precedent*): la prima, rinviando all'uso delle corti di rinvenire una guida per la risoluzione delle controversie in decisioni già rese sulla stessa materia, fa riferimento ad un fenomeno storicamente comune a tutti i sistemi giuridici europei ⁽⁵¹⁾; la seconda, invece, caratterizza i paesi anglo-sassoni (seppur ivi diversamente declinata ⁽⁵²⁾), che

⁽⁴⁷⁾ Già evidenziato da TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, p. 12.

⁽⁴⁸⁾ Come lo definisce MATTEI, *Stare decisis*, cit., p. 4 testo e nota 14.

⁽⁴⁹⁾ LLEWELLYN, *The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, Boston, 1960, p. 63.

⁽⁵⁰⁾ Tenendo a mente gli avvertimenti di TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, p. 386 s., circa l'intrasportabilità *de plano* dei concetti nati e sviluppatisi nei sistemi di *common law*.

⁽⁵¹⁾ CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese: Le fonti*, Milano, 1994, p. 326. Ma, come nota, CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 622, « l'autentica efficacia del precedente negli ordinamenti ove essi sono privi di efficacia "vincolante" [...] non ha nulla a che fare con la capacità di persuasione ascrivibile agli argomenti addotti a supporto della decisione. Ha soltanto a che fare con il nudo fatto che essa è venuta prima ».

⁽⁵²⁾ È infatti comune notazione che « lo *stare decisis* nordamericano non è in realtà vincolante »: cfr. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 392; ma, come evidenzia GORLA, *Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense*, in *Quaderni de « Il Foro it. »*, 1969, c. 725 — posto che il vincolo verticale opera come nel Regno Unito —, con riferimento alle

rinvengono nell'*authority* costituita da una pregressa decisione sul punto non solo « diritto per il caso singolo da esso risolto (*res judicata*), ma [...] anche diritto obiettivo (*stare decisis*) »⁽⁵³⁾.

E, in entrambi i casi, la nozione di « precedente » non va confusa con quella di « giurisprudenza », distinguendosi, quest'ultima, dal primo, sia dal punto di vista « quantitativo » che « qualitativ[o] ».

Quanto al primo profilo, risulta *common ground* che, mentre « nei sistemi che si fondano tradizionalmente e tipicamente sul precedente, di solito la decisione che si assume come precedente è una sola » o « al più, poche decisioni », « nei sistemi — come il nostro — in cui si richiama la giurisprudenza, si fa riferimento solitamente a molte decisioni: talvolta sono dozzine o addirittura centinaia »⁽⁵⁴⁾. Di qui, una duplice conseguenza negativa: la prima, ovvia ed immediata, del « frequente verificarsi di incoerenze, e spesso di evidenti contraddizioni, e di repentini mutamenti di indirizzo »⁽⁵⁵⁾, quale effetto dell'eccessivo numero di ricorsi; la seconda, derivata, che agisce causalmente sul numero degli stessi. Così, se « [i]n Inghilterra l'avvocato che perda in un medesimo anno due ricorsi in appello è censurato per temerarietà e sottoposto a sanzioni disciplinari », « [d]a noi, la volubilità della giurisprudenza agisce come incentivo alla temerarietà: qualsiasi tesi, per quanto ardita, per quanto in contrasto con gli orientamenti prevalenti, può trovare un giudice disposto ad accoglierla »⁽⁵⁶⁾.

Quanto all'aspetto qualitativo, è parimenti noto che « la struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedente al caso successivo è fondata sull'analisi dei fatti. Se questa analisi giuridica giustifica l'applicazione nel secondo caso della *ratio decidendi* applicata nel primo, il precedente » — anche « un solo precedente » — « è efficace e può

Corti superiori la libertà risulta essere più « di principio », che reale: anche negli Stati Uniti, « pur non essendo assoggettata ad una norma che imponga alle Corti di ultima istanza dei vari Stati di seguire i propri precedenti, la giurisprudenza di tali Corti ricorre molto raramente all'*overruling* ».

Il vincolo, se non è giuridico (ma, a stretto rigore, non lo è neppure per i giudici britannici), né deriva dalla persuasività intrinseca del precedente — come si evince proprio dal saggio dell'a., in cui è riportata la (più volte) espressa perplessità dei giudici rispetto ad una *authority* ormai sentita come « ingiusta » —, deriva da un « grande senso equitativo », che impone quale considerazione preminente « [...] l'affidamento dei consociati ».

⁽⁵³⁾ CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 327. Sulla storia e l'evoluzione del principio, nel Regno Unito e negli USA, v. pure ALPA, *La regola del precedente e i suoi « falsi amici »*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 1073 ss.

⁽⁵⁴⁾ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 12 s.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 18.

⁽⁵⁶⁾ GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. e impr.*, 2004, 1, p. 9; ed è qui automatico pensare al « repertorio *bon à tout faire* » di cui discorre TARUFFO, *La Corte di Cassazione tra legittimità e merito*, in *Id.*, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, p. 103.

determinare la decisione del secondo caso »⁽⁵⁷⁾. Laddove appare, invece, palese che una simile funzione non sia neppure immaginabile rispetto al « precedente *all'italiana* »⁽⁵⁸⁾, tutto fondato sull'utilizzo di massime (o, oggi, del principio di diritto) — che « hanno ad oggetto regole giuridiche »⁽⁵⁹⁾ riassuntivamente esplicitate, e non fatti —, si da atteggiarsi alla stregua di leggi generali ed astratte⁽⁶⁰⁾.

Del resto, alla pur prospettabile obiezione che non necessariamente il precedente così inteso debba essere riferito al solo principio di diritto, ben potendo ammettersi che il giudice *a quo* possa ricorrere alla lettura del testo integrale della sentenza (peraltro, se disponibile) per comprendere la *ratio decidendi* che vorrebbe trarne, può opporsi il rilievo che, stante il tipico stile redazionale delle decisioni nostrane⁽⁶¹⁾ — soprattutto di legittimità —, i riferimenti alla vicenda fattuale sono estremamente scarni⁽⁶²⁾; senza contare che dalla tendenza a « coprire [la rappresentazione dei fatti di causa, dello svolgimento del processo, delle questioni da decidere e della loro soluzione] [...] di concettualismo, di digressioni o divagazioni teoriche o *in obiter dictum* », discende la conseguenza che « la nostra sentenza riesce spesso difficile da interpretare, come precedente giudiziale, perfino a chi sia munito di tutto il fascicolo della causa »⁽⁶³⁾.

Quanto precede rende già evidente come l'idea di rinvenire nell'art. 360-bis le basi per affermare la costruzione di un sistema del precedente vincolante, in Italia, manchi di ogni fondamento.

⁽⁵⁷⁾ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 12.

⁽⁵⁸⁾ L'espressione è di TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, in TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, p. 386.

⁽⁵⁹⁾ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 13; sul punto anche BIN, *Il precedente giudiziario*, Padova, 1995, p. 20 ss.

⁽⁶⁰⁾ Così VISINTINI, *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza*, in *Scintillae Iuris*, cit., p. 409, richiamando Gorla. E di quest'ultimo tornano alla mente pure i rilievi sul « precedente oscuro », perché « redatto *per relationem* » o con « stile oscuro » (cfr. GORLA, *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*, in *Quaderni de « Il Foro it. »*, 1967, c. 291 ss.), la cui attualità sembra inalterata: del resto, se il progresso tecnologico ha reso più agevole la fase di « reperimento » della giurisprudenza, quella di « interpretazione » continua a scontrarsi con uno stile redazionale delle pronunce che rende arduo escerpirla i passi rilevanti (motivo di più per diffidare del « valore delle massime, o degli spezzatini di sentenza operati con gli *omissis* »: cfr. Id., « *Brevi temporis praescriptio* » e « *neglectio* » della giurisprudenza in Italia. *Comparazione con la Francia*, ivi, p. 284). V. anche, in proposito, i rilievi di BIN, *op. cit.*, p. 4 s.

⁽⁶¹⁾ Su cui v. GORLA, *Lo stile delle sentenze — Ricerca storico-comparativa*, in *Quaderni de « Il Foro it. »*, 1967, c. 313 ss.

⁽⁶²⁾ Insomma, manca *strutturalmente* quella « connessione della *regula iuris* con i c.d. *material facts* » che segna il distinguo tra « astratto principio di diritto » e « concreta *ratio decidendi* »: cfr. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in questa rivista, 1989, p. 140.

⁽⁶³⁾ GORLA, *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e messi di informazione*, in *Quaderni de « Il Foro it. »*, 1967, c. 293.

A tali argomenti potrebbe, poi, aggiungersi il dato letterale, posto che il riferimento contenuto nella norma in commento non è al « precedente », ma alla « giurisprudenza »; ma, se già con riguardo all'art. 118, disp. att., c.p.c., il legislatore ha dimostrato scarsa chiarezza di idee circa la summenzionata distinzione⁽⁶⁴⁾, l'impressione di confusione concettuale appare confermata dal testo del già richiamato art. 374, comma 3°, c.p.c.

Infatti, la legge delega⁽⁶⁵⁾ che ha portato alla modifica della disposizione richiedeva al Governo di prevedere che « ove la sezione semplice non intenda aderire al *precedente*, debba reinvestire le sezioni unite con ordinanza motivata ». Invece, e al di là delle dichiarazioni ufficiali, « una enunciazione in tale ultimo senso non è mai testualmente finita nel codice »⁽⁶⁶⁾, disponendosi, invece, che « [s]e 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 »⁽⁶⁷⁾.

Così, può comprendersi — ma non condividersi — come la Corte abbia potuto travisare il significato dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c.; ciò che, invece, non appare giustificabile è l'averne inferito un nuovo onere formale per il ricorrente: del resto, se è vero che « i privati nella redazione degli atti introduttivi del giudizio sono chiamati anche alla realizzazione dello *ius constitutionis* »⁽⁶⁸⁾, lo *ius litigatoris* non può essere totalmente obliterato. E ciò non solo per la già richiamata garanzia costituzionale: in effetti, anche in una Costituzione senza art. 111, comma 7°, il ricorso a quello stesso interesse individuale dei ricorrenti che sin dall'origine « ha assicurato la vitalità all'istituto della Cassazione »⁽⁶⁹⁾ resterebbe condizione necessaria (sebbene, per quel che si è detto in ordine alla perdurante libertà dei giudici — tutti — di decidere solo secondo legge, non sufficiente) per il concreto svolgimento della più « alta » funzione nomofilattica della Corte. Il noto insuccesso del ricorso nell'interesse della legge *ante* riforma del 2006 ne pare sufficiente dimostrazione⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁴⁾ Come evidenziato da TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 384.

⁽⁶⁵⁾ L'art. 3, lett. a), l. 14 maggio 2005, n. 80.

⁽⁶⁶⁾ Lo rileva AULETTA, *Note intorno alla prima applicazione del c.d. « vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite »*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 770. V. anche, più ampiamente, ID., *Profili nuovi del principio di diritto*, cit., p. 1 ss.

⁽⁶⁷⁾ Entrambi i corsivi sono aggiunti.

⁽⁶⁸⁾ S. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 82.

⁽⁶⁹⁾ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 137.

⁽⁷⁰⁾ Il (rinominato e novellato) « principio di diritto nell'interesse della legge », già rivitalizzato dal potere di pronuncia in via semi-ufficiosa riconosciuto alla Corte dalla novella, è stato recentemente oggetto di particolare attenzione, anche in virtù del ruolo maggiormente propositivo che la procura generale presso la Corte di cassazione si propone di assumere: sul punto, v. CICCOLO, *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 365 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 483 ss.; ID., *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto (art. 365 c.p.c.)*, in *Giur. it.*, 2018, p. 809 ss.; ID., *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto (art. 365 c.p.c.) (con la Procura generale presso la S.C.)*, in *Corr.*

Certo, quell'« astuzia » si è, poi, ritorta contro l'istituto, essendo « inevitabile che i privati, per i quali l'impugnativa degli errori di interpretazione è mezzo ma non scopo, si industriassero, per raggiungere il loro scopo di allontanare gli effetti di un giudicato sfavorevole »; di qui, il risalente e « continuo conflitto fra la tendenza che vuol limitare l'esperimento del ricorso a quei soli casi in cui esso può giovare alla soddisfazione dell'interesse pubblico e la tendenza che, superando la ragione politica ond'esso ha avuto origine, vuole ammettere i privati a giovarsene anche quando la sentenza sia viziata da errori di fatto che non minacciano in alcun modo l'uniformità della giurisprudenza »⁽⁷¹⁾.

Tuttavia, pur dovendosi prendere atto della dichiarata tendenza dell'attuale legislatore a favorire il primo indirizzo, v'è da chiedersi come possa il recupero della funzione nomofilattica passare per l'introduzione (non di una regola dello *stare decisis*, ma) di un inedito « precedent[e] preclusiv[o] », che, se da un lato « dispens[a] [la Corte] dalla decisione »⁽⁷²⁾, dall'altra — secondo quella che è l'interpretazione corrente — scarica integralmente sui singoli le conseguenze della concreta impossibilità di imporre il rispetto di un « precedente » che non si sa neppure con precisione cosa sia.

5. — E il paventato sacrificio dello *ius litigatoris* assume concreta consistenza quando la Corte fornisce una « interpretazione [...] in tema di requisiti concernenti la formulazione dei motivi di impugnazione non [...] ispirata alla qualificazione di questi elementi come “intrinseci” alla funzione della Corte, in quanto trattasi di condizioni non attinenti alla particolare importanza della questione, bensì all'illustrazione della censura e, in quanto tali, affidati unicamente alla tecnica di redazione del ricorso del procuratore cassazionista », così sollevando seri dubbi di compatibilità non solo con la nostra Carta costituzionale, ma anche con la cedu⁽⁷³⁾.

Si potrà obiettare che, una volta riconosciuta, quantomeno dalle « ultime » sezioni unite⁽⁷⁴⁾, la natura di requisito di (in)ammissibilità all'art. 360-bis, poco (anzi, nulla) cambia se il ricorso viene dichiarato inammissibile in virtù del filtro o del principio di specificità. Non è così.

Le sezioni unite, con l'interpretazione da ultimo sposata, hanno lasciato sopravvivere lo spiraglio di un'ammissibilità sopravvenuta, essendo ben possibile che la sentenza impugnata, per quanto conforme alla « giurisprudenza » di legittimità invalsa al momento della proposizione del ricorso, non lo sia più al momento della decisione sullo stesso. In tale

giur., 2017, p. 597 ss.; COSTANTINO, *Note sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 712 ss.

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 137.

⁽⁷²⁾ IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 13.

⁽⁷³⁾ Ivi, p. 199.

⁽⁷⁴⁾ Cass., sez. un., 21 marzo 2017, n. 7155, cit.

ipotesi, allora, a superare il filtro basterebbe, *sic et simpliciter*, la circostanza che la pronuncia impugnata risulti attualmente contraria all'indirizzo della Corte.

Il principio di diritto di nuovo conio ⁽⁷⁵⁾, invece, delinea una inammissibilità di « carattere strettamente processuale », in quanto « atti[nente] alla forma-contenuto dell'atto [...] e dipende[n]te dalla carenza degli elementi costitutivi necessari del motivo » ed impone, di conseguenza, di « valuta[re] con riferimento al momento della proposizione del ricorso, non potendo l'inammissibilità iniziale essere sanata successivamente »; con la conseguenza di potersi ritenere inammissibile un ricorso che, magari, si limita a denunciare (a ragione, secondo la giurisprudenza del tempo della decisione) la violazione di legge, solo perché non sufficientemente critico di una giurisprudenza neppure più attuale. Il tutto, non ai sensi dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c. — posto che « una volta riscontrata l'esistenza dell'*error iuris* denunciato, conformemente alla giurisprudenza attuale, [...] la Corte non potrebbe fare altro che accogliere le censure, prescindendo da qualsiasi valutazione in merito allo sforzo argomentativo profuso dal ricorrente nel contrastare il precedente indirizzo » ⁽⁷⁶⁾ —, ma di una lettura dell'art. 366, comma 1°, n. 4, che, dietro la maschera di una presunta inidoneità al raggiungimento dello scopo per inintelligibilità, nasconde una (ennesima) espressione di formalismo.

Ora, posti i persistenti dubbi circa l'applicabilità del principio di strumentalità delle forme anche alla categoria dell'inammissibilità ⁽⁷⁷⁾, che non pare potersi ritenere affermata neppure a séguito del richiamo (stavolta operato in materia di improcedibilità) di recente operato dalle sezioni unite ⁽⁷⁸⁾, e benché — al solito — dal testo della pronuncia non sia dato apprezzare esattamente la latitudine delle mancanze di cui era afflitto il ricorso, ci si può ben fidare del giudizio della Corte ed essere persuasi che esso, nel caso di specie, fosse inintelligibile. Ma — ed ecco tornare quella distinzione tanto grave tra precedente e principio di diritto — non è dato ritenere che ogniquale volta il ricorso manchi di passare in rassegna, tentando di smontare pezzo per pezzo (le indefinite decisioni che costitui-

⁽⁷⁵⁾ Che per un *common lawyer*, probabilmente, sarebbe un *obiter*.

⁽⁷⁶⁾ BERTOLLINI, *Il « filtro » con funzione nomofilattica ex art. 360 bis, n. 1, c.p.c. tra « inammissibilità » e « manifesta infondatezza » del ricorso*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 91.

⁽⁷⁷⁾ Pur autorevolmente (e da tempo) sostenuta da POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., pp. 82 ss. e 333 ss.

⁽⁷⁸⁾ Cass., sez. un., 2 maggio 2017, n. 10648, in *Dir. e giust.*, 2017, 76, p. 8, con nota di VALERIO, *Revirement delle Sezioni Unite: l'omesso deposito della relata di notifica della sentenza impugnata non determina l'improcedibilità del ricorso*. Infatti, come si è già avuto modo di notare in CAPASSO, *Le sezioni unite e l'« insignificanza dei termini »: (forse) l'ultima parola sul deposito della sentenza munita di relata*, in questa rivista, 2018, p. 865 ss., non pare che il principio (con il corollario della sanatoria per raggiungimento dello scopo) abbia costituito la reale *ratio decidendi* della pronuncia.

scono) la giurisprudenza, il motivo sia per ciò solo inidoneo al raggiungimento del suo scopo.

E invece il messaggio che passa, il principio che potrebbe essere applicato nei futuri giudizi, è esattamente questo.

6. — Le conseguenze tratte dall'ordinanza da cui si son prese le mosse, peraltro, potrebbero giustificarsi solo ammettendo che la « giurisprudenza » sia fonte del diritto. Del resto, se è vero che « la parte che può, se vuole, ottenere dal giudice l'annullamento della sentenza viziata, ha un vero e proprio diritto (potestativo) di impugnativa, il quale in tanto esiste in quanto esiste nella sentenza quel tale vizio che la legge considera come motivo di annullabilità »⁽⁷⁹⁾, e tale vizio si identifica con l'*error iuris in iudicando*, un filtro può giustificarsi solo ritenendo che il parametro in base al quale esso opera consente di escludere la sussistenza dell'errore.

Tuttavia, posto che, allo stato, la « giurisprudenza » fonte del diritto non è (né può diventarla per propria volontà⁽⁸⁰⁾), è l'esistenza stessa dell'art. 360-bis c.p.c. che impone di interrogarsi sull'eventualità che, dal 2009, il ruolo delle pronunce della Corte sia cambiato.

Della disposizione — complice l'infelice scelta di non corredare di alcun aggettivo il termine « giurisprudenza », a differenza di quanto fa, ad esempio, l'art. 28, comma 1°, lett. b), cedu⁽⁸¹⁾ — sono state fornite, come noto, molteplici interpretazioni. Peraltro, quelle che, comprensibilmente, cercano di operare una lettura rispettosa dei parametri costituzionali, non possono che risolversi nell'annullare il filtro: e, posto che il dettato codicistico deve necessariamente cedere alle prescrizioni della Carta, potrebbe ben condividersi l'idea che (quantomeno nei « casi nei quali non è oggettivamente lecito identificare un orientamento allo stato dominante, rispetto al quale porsi per ottenerne il mutamento ») « la conformità (o non conformità) alla giurisprudenza della Corte è assicurata anche quando si abbracci un orientamento minore o precedenti isolati e risalenti, purché in qualche modo accreditati dalla Corte stessa »⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁹⁾ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 148 s.; enfasi originale.

⁽⁸⁰⁾ A prescindere dal fatto che « la Corte fa quello che vuole » in quanto, quale « organo di vertice, non c'è evidentemente nessuno che ne controlla l'operato »: cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 432.

⁽⁸¹⁾ Il confronto con il quale appare doppiamente indicativo. Esso dispone infatti che « [u]n comitato investito di un ricorso individuale presentato ai sensi dell'art. 34 può, con voto unanime [...] dichiararlo *ricevibile* e pronunciare congiuntamente sentenza sul merito quando la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli all'origine della causa è oggetto di una giurisprudenza *consolidata* della Corte » (enfasi aggiunta). Qui l'orientamento della Corte, effettivamente, assurge a criterio di selezione dei ricorsi; questi, tuttavia, (non solo) sono *valutati nel merito* (ma anche) alla stregua di un canone — la conformità alla « giurisprudenza *consolidata* » — che ben si sposa con la tesi che si intende qui sostenere.

⁽⁸²⁾ NELA, *op. cit.*, p. 144.

Tuttavia, se è vero che « non sono accettabili, se non in ipotesi rarissime e deprecabili che vanno attentamente verificate, interpretazioni che svuotino di ogni significato una norma positiva »⁽⁸⁵⁾, appare opportuno indagare se non vi sia un'altra strada per fornire dell'articolo una interpretazione capace di coniugare il rispetto dei limiti costituzionali con un certo margine di operatività del filtro.

Una possibilità in tal senso è prospettabile quando il riferimento contenuto nell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. si intenda rivolto non alla « giurisprudenza » in sé, ma alla consuetudine di matrice giudiziaria⁽⁸⁴⁾.

Il punto di partenza per un'indagine in tal senso non può che essere costituito dal lavoro di Walter Bigiavi che, a propria volta ispirandosi a Zitelmann, cominciava il suo studio sul diritto giudiziario dall'analisi di un caso pratico — una sentenza della Cassazione⁽⁸⁵⁾ che risolveva (in maniera corretta, ma in contrasto con la giurisprudenza consolidata, anzi, cristallizzata, in senso contrario) una « marginale questione di diritto transitorio »⁽⁸⁶⁾ — onde rispondere, all'esito della ricostruzione, alla « grave questione [...] se l'uso giudiziario vero e proprio, la giurisprudenza in sé e per sé considerata, indipendentemente dalle ripercussioni da lei prodotte, possa considerarsi come una valida fonte di diritto, e, più precisamente, di diritto consuetudinario »⁽⁸⁷⁾; e concludeva, infine, affermativamente.

L'autore, infatti, partendo dal presupposto che « la ripetizione del fatto ingenera di per sé diritto » — indipendentemente sia dall'insorgere o meno, « nei consociati, [del]la “coscienza collettiva” »⁽⁸⁸⁾, sia dall'esattezza della soluzione giuridica approntata⁽⁸⁹⁾ — giungeva ad affermare che « l'*usus fori* costituisce diritto consuetudinario », e che, di conseguenza, « male fece la Rota romana [...] a trascurare del tutto l'errata interpretazione usuale per ristabilire l'esatto significato delle fonti romane »⁽⁹⁰⁾.

In effetti, pur nel mutare delle condizioni al contorno, un diritto consuetudinario giurisprudenziale sembra ancora possibile; anzi, pare che sia questo il significato da attribuire all'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c.

⁽⁸³⁾ MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, vol. XIV, tomo IV, Torino, 1985, p. 101.

⁽⁸⁴⁾ Un parallelo tra norma giurisprudenziale e consuetudinaria (e sul comune impatto sulla certezza del diritto) è compiuto anche da LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 572; e, seppur cautamente, in questo senso si esprime anche PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziario*, in questa rivista, 1985, p. 206 s.

⁽⁸⁵⁾ Cass., sez. II, 30 novembre 1931, in *Foro it.*, 1932, 1, c. 87.

⁽⁸⁶⁾ Così BIN, *Prefazione*, in BIGIAVI, *Appunti sul Diritto giudiziario*, Padova, 1989, p. 5.

⁽⁸⁷⁾ BIGIAVI, *op. cit.*, p. 59 s.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 65.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, p. 79.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 95.

7. — Del resto, se l'idea di un *mos judiciorum* è già presente nella scuola storica ⁽⁹¹⁾ e sviluppata dal Lambert, per il quale « la coutume a ses racines dans la pratique judiciaire » ⁽⁹²⁾, anche nella Germania degli anni '60 è diffusa l'idea che « alla giurisdizione è affidato un processo istituzionalizzatore delle novità giuridiche [...] che si realizza attraverso le due vie dell'uso giudiziale e del diritto consuetudinario giudiziale »: di talché « nel c.d. caso di *usus fori*, quando cioè la giurisprudenza giunge a possedere requisiti di durata e di stabilità tali da condurre ad un uso generalizzato, costante ed uniforme di una determinata opinione, essa si tramuta in diritto consuetudinario giudiziale, ed in quanto tale è da applicarsi come soluzione vincolante, a partire dal presupposto della sua giuridicità e della sua obbligatorietà » ⁽⁹³⁾.

Certo, avverso tale costruzione si è schierato chi l'ha ritenuta « un mascheramento ideologico [...] con la funzione di occultare [...] la natura di fonte di diritto *tout court* del *Richterrecht* », evidenziando, inoltre, gli inconvenienti derivanti da tale « finzione » (oltre al rischio di cristallizzazione del diritto, l'inadeguatezza — dovuta ai lunghi tempi di formazione della consuetudine — rispetto alla realtà sociale e giuridica, che richiede risposte rapide) ⁽⁹⁴⁾.

La critica, peraltro, non pare cogliere nel segno, a cominciare dal richiamo alle idee di Martin Kriele ⁽⁹⁵⁾: questi, nel discorrere di « vincolatività presuntiva » del precedente, si riferisce più semplicemente ad un'attenuazione dell'onere motivazionale del giudice successivo, che può — riferendosi, appunto, a decisioni giurisprudenziali precedenti — evitare di ripercorrere l'iter logico giustificativo ⁽⁹⁶⁾, intatta restando la sua libertà di

⁽⁹¹⁾ FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano, 1950, p. 24.

⁽⁹²⁾ LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, I, Paris, 1903, p. 210. La questione è accennata anche da P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 68 testo e nota 24.

⁽⁹³⁾ ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Napoli, 2007, p. 10 s.

Nello stesso senso, in Francia, LEBRUN, *La coutume: ses sources; son autorité en droit privé*, Paris, 1932, p. 203 s., considera, la « jurisprudence constante » come uno dei « faits générateurs de la coutume »; per MAURY, *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*, in AA.VV., *Études offertes à G. Ripert*, I, Paris 1950, p. 43, « deux éléments donnent, par leur réunion, à la règle jurisprudentielle, le caractère de norme juridique établie: la décision du pouvoir que sont les tribunaux » e « l'assentiment », per quest'ultimo intendendosi la « croyance au caractère obligatoire de la règle, d'une reconnaissance de validité se traduisant par l'acceptation ou la résignation, par l'absence en tout cas, d'opposition » (e qui, il parallelo con l'elemento psicologico della consuetudine appare scontato).

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 11 s., che si allinea, sul punto, al pensiero di ESSER, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, in ESSER-THIEME, *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1967, p. 95 ss.

⁽⁹⁵⁾ KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlino, 1967.

⁽⁹⁶⁾ Come riconosce lo stesso ZACCARIA, *op. cit.*, p. 16 s.

discostarsene (ma allora motivando, come di norma, la propria soluzione): in questo senso, il parallelo va compiuto con l'art. 118, disp. att., c.p.c. ⁽⁹⁷⁾ (che, se consente al giudice di « fare del precedente la motivazione » ⁽⁹⁸⁾, evidentemente non implica che egli sia a ciò vincolato ⁽⁹⁹⁾), piuttosto che con l'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., ed il riferimento può essere esteso alle pronunce di qualunque giudice. Anzi, da questo angolo visuale, il richiamo ad altre decisioni, nella parte motiva della sentenza, può essere letto quale espressione del « potere giurisdizionale [...] sganciato dallo Stato, diffuso e di natura professionale » di cui discorreva Nicola Picardi, per il quale ogni sentenza, anche quella « emanata dall'ultimo giudice di pace [...] trae la propria forza dall'investitura ufficiale che il giudice ha ricevuto dalla Comunità » ⁽¹⁰⁰⁾. Una concezione, questa, che, da un lato, rafforza l'idea del « precedente orizzontale » ⁽¹⁰¹⁾; dall'altro, nell'ottica di organi giurisdizionali che, nel ricollegarsi alle decisioni rese da altri giudici, si legittimano a vicenda, spiega anche il fenomeno della *cross-fertilization* tra Corti (non solo costituzionali) ⁽¹⁰²⁾.

Ancora in senso critico, si è sostenuto che, « anche là dove non sia attribuita una rilevanza formale ai precedenti, agli indirizzi giurisprudenziali consolidati, questi ultimi esercitano di fatto una considerevole in-

⁽⁹⁷⁾ O, talora, con l'art. 2697 c.c.: cfr. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.*, 1971, V, c. 177 s., che illustra i possibili effetti di un'interpretazione giurisprudenziale (consolidata) in punto di riparto degli oneri probatori.

⁽⁹⁸⁾ CAPASSO, *La « motivation enrichie »: controtendenze dalla Francia*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 542 s. e note 46-48.

⁽⁹⁹⁾ Viceversa, GORLA, *Valore dichiarativo della sentenza*, cit., p. 738, pone in luce come il « momento autoritativo » del precedente statunitense sia ancora più spiccato quando la singola Corte, vincolata al precedente, non lo condivide: qui « [l']assenza di motivazione [...] testimonia l'assenza di motivi della decisione al di fuori dell'obbedienza del precedente ».

⁽¹⁰⁰⁾ PICARDI, *La giurisdizione tra Stato e Comunità*, in ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 195.

⁽¹⁰¹⁾ Di cui discorre CAVALLONE, *Sulla citazione dei « precedenti » negli scritti forensi*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 150 s.

⁽¹⁰²⁾ Dall'altro, basti pensare al caso Englaro (Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, c. 2610 ss., con nota di CACACE *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario « life-sustaining »*, e ivi, c. 125 ss., con nota di D. MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*). In argomento v., tra gli altri, G. ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. La giurisprudenza civile*, in ID. (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. Atti del Seminario del 21 ottobre 2005 organizzato per la celebrazione del Cinquantenario dell'insediamento della Corte Costituzionale*, Milano, 2006, p. 33 ss., e, più in generale, i saggi raccolti in AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Milano, 2004.

fluenza sulle decisioni giudiziali » ⁽¹⁰⁵⁾; ma cos'è un « indirizz[o] giurisprudenzial[e] consolidat[o] », se non una consuetudine? ⁽¹⁰⁴⁾.

Infine, l'obiezione relativa all'inidoneità del *mos judiciorum* a rispondere al bisogno di un rapido adattamento del diritto risulta agevolmente superabile laddove si consideri che, ai fini della genesi della consuetudine, « la ripetizione uniforme della data condotta non è necessario che si diluisca nel tempo, quando sia estesa nello spazio, cioè nella società, sia essa professionale o territoriale » ⁽¹⁰⁵⁾; di conseguenza, l'elemento temporale, benché sempre presente, assume ruolo cadetto rispetto a quello spaziale. Il che ben si coniuga con il significato attuale della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, posto che l'« uniforme interpretazione della legge » implica una uniformità sincronica » ⁽¹⁰⁶⁾.

Svalutando (sebbene non eliminando) l'elemento temporale, poi, trova giustificazione anche l'*overruling*.

In effetti, si è giustamente considerato che « se è vero che anche la consuetudine è diritto, essa resta tale anche se sia radicalmente mutato l'ambiente in cui deve venir applicata, fino a tanto che non sia sorta una consuetudine a lei contraria. Ma i primi atti creativi di questa nuova consuetudine saranno necessariamente illegittimi e nulla vieta che questi primi atti illegittimi siano proprio sentenze di giudici, i quali si rifiutino di applicare consuetudini ormai antiquate per adeguarsi, invece, ai tempi. Da un punto di vista giuridico essi commettono un illecito; da un punto di vista politico, invece, il loro comportamento è più che giustificabile, ché, altrimenti, continuerebbero ad avere valore regole ormai morte e sepolte » ⁽¹⁰⁷⁾.

Così, la sentenza difforme alla consuetudine giudiziaria (e, quindi, contraria al diritto) dovrà essere scrutinata dalla Corte della nomofilachia; la quale ultima, tuttavia, potrà trovare che la decisione impugnata sia maggiormente rispondente allo spirito del tempo, ed aderirvi. Tale *revirement* — di per sé solo non idoneo a cancellare quel che è e resta diritto

⁽¹⁰⁵⁾ ZACCARIA, *op. cit.*, p. 16.

⁽¹⁰⁴⁾ In questo senso, la lettura proposta non sembra porsi in contrasto, bensì sviluppare il parere già espresso da buona parte della dottrina: CONSOLO, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato* « stare decisis »: la prima ordinanza sull'art. 360-bis, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1407, ad esempio, parla di « giurisprudenza consolidata o comunque, cronologicamente e qualitativamente, palesatasi e sviluppatasi in guisa non episodica ». Ancora, CARPI, *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1446, ai primi dubbi interpretativi intorno al concreto significato della norma, risponde con una certezza: « [s]ia come sia il messaggio è evidente: se l'orientamento è chiaro e consolidato non è neppure il caso di discutere la questione ».

⁽¹⁰⁵⁾ FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano, 1950, p. 67.

⁽¹⁰⁶⁾ S. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 56. Del resto, già CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 74, parlava della necessità di una « uniformità contemporanea [...] che non esclude una disformità successiva » (enfasi originale).

⁽¹⁰⁷⁾ BIGIAMI, *op. cit.*, p. 90 s.

(consuetudinario) — ove diffusamente seguito nel territorio (per un periodo di tempo più o meno lungo, ma sicuramente non « immemorabile »), dunque, darà origine alla nuova consuetudine; così conseguendosi, allo stesso tempo, quella « uniformità della giurisprudenza » che « dovrebbe intendersi perfettamente raggiunta ogniqualvolta, nello stesso momento storico, tutti quanti i tribunali dello Stato interpretassero in un solo modo le norme del diritto positivo, e dovrebbe altresì ritenersi perfettamente mantenuta anche quando, in un momento successivo, gli stessi tribunali concordemente variassero, tutti insieme, la giurisprudenza seguita nel momento precedente »⁽¹⁰⁸⁾.

Se con ciò il problema della consuetudine *contra legem* (che, in sostanza, non potrà configurarsi, poiché « una volta constatata la decadenza delle vecchie norme, non si può non riconoscere il carattere di giuridicità di quelle nuove », « le uniche in vigore, perché esse sole osservate »⁽¹⁰⁹⁾) appare risolto, le stesse affermazioni valgono, *a fortiori*, per le consuetudini *praeter legem*, il cui valore costitutivo e la cui natura di unica fonte regolatrice del fenomeno non pare potersi mettere in discussione. Invece, in relazione alle consuetudini *secundum legem* o interpretative, anche ad ammettere che esse si tradurrebbero in una mera « sovrapposizione, tra due fonti di pari efficacia », la conclusione non pare dover essere nel senso dell'inutilità della regola replicata di rango inferiore⁽¹¹⁰⁾, quanto piuttosto della sua illegittimità, stante la riserva di legge statale⁽¹¹¹⁾ in materia processuale.

Del resto, è lo stesso ricorso alla categoria della consuetudine che, implicando un ruolo costitutivo della « giurisprudenza consolidata », risolve anche il problema della retroattività delle pronunce che mutino l'indirizzo precedente, derivante dalla « finzione »⁽¹¹²⁾ del ruolo meramente interpretativo delle Corti.

8. — Se quanto sin qui esposto appare convincente, sembra da rivedere l'indirizzo delineato dalle linee guida per il funzionamento della sesta

⁽¹⁰⁸⁾ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 73 s.

⁽¹⁰⁹⁾ FERRARI, *op. cit.*, p. 11.

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, p. 127.

⁽¹¹¹⁾ Sicché è esclusa qualunque ingerenza — anche indiretta — ad opera di leggi regionali, come costantemente ricordato dalla Consulta sin da Corte cost., 15 giugno 1956, n. 4, in *Dejure*.

⁽¹¹²⁾ ROSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Scintillae Iuris*, cit., p. 337. In questo senso, MERRYMAN, *La tradizione di Civil law nell'analisi di un giurista di Common law*, Milano, 1973 (traduzione italiana di A. De Vita), p. 64 s., e CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano 1984, pp. 10 e 45.

Contra, GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in questa rivista, pp. 839 e 843, per il quale, nonostante il processo di « de-tipicizzazione » delle fonti del diritto cui stiamo assistendo, « l'operazione intellettuale tipicamente giudiziale » non è creativa, bensì inventiva » (nel senso di « reperimento »).

sezione civile, diffuse con circolare del 22 aprile 2016 del primo Presidente ⁽¹¹³⁾, in punto di interpretazione dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c.

Le linee guida, proprio appuntandosi sull'assenza di aggettivi a corredo del termine « giurisprudenza », dispongono debba ritenersi tale « una decisione a sezioni unite », o « un orientamento consolidato delle sezioni semplici » o « poche sentenze di una o più sezioni semplici, se convergenti » o « una sola sentenza, se ritenuta convincente ».

Alla luce di quanto sostenuto, invece, « una decisione a sezioni unite » o « una sola sentenza, se ritenuta convincente » non potranno, di per sé, costituire una « giurisprudenza » ai fini della norma in commento ⁽¹¹⁴⁾; tuttavia, quando effettivamente e spontaneamente seguite — in ragione della forza persuasiva, rispettivamente derivante, in ipotesi, dall'autorevolezza del Collegio o dalla particolare forza argomentativa — possono originarla. Del resto, già in tempi non sospetti si è notato che « [p]er precedente consolidato dovrà [...] intendersi quello costituito da una pronuncia delle sezioni unite (resa in sede di risoluzione di un contrasto di giurisprudenza o su una questione di particolare importanza e sempre che non sia seguita da più decisioni difformi delle sezioni semplici) o da più pronunce delle sezioni semplici succedutesi in un arco rilevante di tempo o di contenuto costante in riferimento a fattispecie simili » ⁽¹¹⁵⁾. In altre parole, la singola pronuncia non rappresenterà un « precedente » cui le sentenze successive dovranno conformarsi, ma sarà la circostanza che, di fatto, più decisioni si siano espresse nello stesso senso della prima a renderla « precedente » ⁽¹¹⁶⁾.

Al contrario, « un orientamento consolidato delle sezioni semplici » potrà già dirsi consuetudine, e lo stesso varrà per « poche sentenze di una o più sezioni semplici, se convergenti », qualora — nel caso specifico — esse possano dirsi aver originato un diritto giurisprudenziale consuetudinario. Una indiretta conferma si ritrova, del resto, proprio nella soluzione del caso affrontato dall'ultima pronuncia della sesta sezione. Il quarto motivo di ricorso, che ha originato l'ampia digressione della Corte, infatti, ineriva « la violazione degli artt. 871, 872, 2697, 2043, 1226 cod. civ., per avere la Corte di appello liquidato equitativamente il danno in modo arbitrario »; e il collegio, nel dichiararlo inammissibile per i motivi già visti,

⁽¹¹³⁾ Pubblicate sul sito del Consiglio Superiore della Magistratura.

⁽¹¹⁴⁾ Ma neppure in generale: se è vero che « la teoria senza contatto con la realtà è vuota » (così TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., p. 100), la constatazione dell'esistente non può che condurre a confermare che « [la] singola decisione [...] non conta di per sé, ma solo in quanto si inserisce in una sequenza ripetitiva »: cfr. TARUFFO, *La Corte di Cassazione tra legittimità e merito*, ivi, p. 103. Nello stesso senso, già VELA, *La Corte Suprema di Cassazione, oggi*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 221.

⁽¹¹⁵⁾ CIVININI, *Il nuovo art. 375 cod. proc. civ.: il diritto a un processo in tempi ragionevoli in cassazione*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 155 (enfasi aggiunta).

⁽¹¹⁶⁾ In senso sostanzialmente analogo, GABOARDI, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 438.

fa riferimento alla « consolidata giurisprudenza della Corte sul punto [...] della insindacabilità dell'esercizio del potere discrezionale conferito al giudice di liquidare il danno in via equitativa allorquando — come nella specie [...] — la decisione impugnata abbia dato adeguatamente conto dell'uso di tale facoltà ed abbia indicato il processo logico e valutativo seguito ». E, pur mancando, nel testo disponibile, ogni riferimento al tempo dei fatti di causa, può verosimilmente ritenersi che, nel caso di specie, la censura sarebbe stata in ogni caso « inammissibile », avendo la sentenza del giudice *a quo* deciso in conformità ad una giurisprudenza ormai... consuetudinaria ⁽¹¹⁷⁾.

Discende da quanto sopra che i ricorsi avverso sentenze che abbiano deciso in maniera difforme rispetto alle decisioni di questo secondo gruppo — in quanto contrarie alla consuetudine e, quindi, al diritto — passeranno automaticamente il filtro; viceversa, l'« ammissibilità » di quelli proposti avverso pronunce conformi al diritto consuetudinario giurisprudenziale sarà subordinata alla valutazione, da parte della Corte, dell'opportunità di adeguare il diritto all'eventualmente mutata realtà. Potrà, dunque, discenderne un *overruling* — che, una volta abbandonata la « finzione » della sentenza come meramente dichiarativa del diritto, non potrà che essere *perspective* —, il quale, ponendosi inizialmente *contra ius*, a sua volta non costituirà « precedente vincolante », né « preclusivo »; ma, quando (ancora una volta, *spontaneamente*) seguito, determinerà il sorgere di una nuova consuetudine, che prenderà il posto della precedente.

Dal riconoscimento di un vero e proprio diritto giurisprudenziale consuetudinario, quale parametro di applicabilità dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., discenderebbe, poi, la necessità di valutare la conformità o difformità della pronuncia impugnata — tanto che nella norma si voglia leggere un parametro di ammissibilità, che di fondatezza — rispetto alla « giurisprudenza » (se esistente) del tempo in cui il ricorso è proposto, per evidenti esigenze di tutela del legittimo affidamento (a seconda dei casi, del ricorrente o della sua controparte) sul diritto vigente ⁽¹¹⁸⁾; con la conse-

⁽¹¹⁷⁾ La stessa pronuncia richiama Cass., sez. III, 13 ottobre 2017, n. 24070, in *Rep. Foro it.*, 2017, « voce Danni civili », n. 63; Cass., sez. I, 15 marzo 2016, n. 5090, *ivi*, 2016, « voce Danni civili », n. 205; Cass., sez. III, 4 aprile 2013, n. 8213, *ivi*, 2013, « voce Danni civili », n. 207; ma nello stesso senso la Corte si esprime almeno dalla seconda metà degli anni '80. V., ad esempio, Cass., sez. IV, 10 marzo 1987, n. 2491, *ivi*, 1987, « voce Lavoro e previdenza (controversie) », n. 205; Cass., sez. IV, 1 marzo 1990, n. 1605, *ivi*, 1990, « voce Lavoro e previdenza (controversie) », n. 228; Cass., sez. IV, 16 dicembre 1999, n. 14166, *ivi*, 1999, « voce Danni civili », n. 268.

⁽¹¹⁸⁾ Del resto, sebbene con riferimento ad altre fattispecie e sulla base di diversi argomenti, è già stato sostenuto che « il mutamento di giurisprudenza, [...] — laddove concerne norme processuali — assume i tratti di uno *ius superveniens* irretroattivo »: cfr. 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. In questo senso DALFINO-PROTO PISANI-SCARSELLI, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto*

guenza che, in caso di mutamento sopravvenuto, il ricorso dovrebbe sempre essere considerato ammissibile — salvo, poi, venire eventualmente rigettato nel merito —, l'applicazione della « vecchia » consuetudine nel caso di specie costituendo in ogni caso una occasione per « confermare » quella nuova.

Certo, la ricostruzione proposta non pare utile a ridurre il carico di lavoro della Corte. Ma, del resto, qualunque sia l'interpretazione dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., cui si ritenga di aderire, (allo stato) nulla ostacola la proposizione del ricorso, quand'anche destinato a cadere sotto il filtro, né consente alla Corte di dichiararlo « inammissibile » senza prima scrutinarlo nel merito⁽¹¹⁹⁾: « il “filtro” dei ricorsi è, appunto, un “filtro” e non va confuso con un meccanismo di selezione dei casi »: esso « potrà forse incidere sul numero globale dei ricorsi da decidere con tutti i crismi [...] ma da ciò non discenderà magicamente una rinnovata capacità della Corte di operare “in funzione nomofilattica” »⁽¹²⁰⁾.

Per questo non basta un articolo.

VALENTINA CAPASSO
Dottoranda dell'Università di Napoli Federico II
e dell'Université Jean Moulin Lyon 3

ingiuntivo, ivi, 2010, I, p. 3031 ss.; CAPONI-DALFINO-PROTO PISANI-SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, ivi, 2010, I, p. 1794 ss.; PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, ivi, 2011, I, p. 117 ss., che ricorda l'insegnamento di Andrioli, secondo cui « in materia processuale la certezza è un valore superiore rispetto alla esattezza o no della soluzione ».

Contra, CONSOLO, *Le Sezione Unite tornano sull'overruling*, cit., p. 3166 ss., che, invece, ritiene rimedio adeguato la rimessione in termini; VERDE, *Mutamento di giurisprudenza*, cit., p. 10, che distingue a seconda che il mutamento riguardi il « testo formale » della legge o « la norma che, nel caso concreto, è stata estratta dalla giurisprudenza », ritenendo solo il primo caso governato dal principio *tempus regit actum*.

Cfr., da ultimo, la recente ordinanza di rimessione Cass., sez. I, (ord.) 2 agosto 2018, n. 20472.

⁽¹¹⁹⁾ Sul punto v. i rilievi di G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, p. 238.

⁽¹²⁰⁾ SILVESTRI, *Le novità in tema di giudizio di cassazione*, in TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, cit., p. 440 s.