# Diritto giurisprudenziale e prevedibilità delle decisioni: ossimoro o binomio?

## I caratteri generali di un progressivo riconoscimento del ruolo del precedente nella creazione di un diritto giurisprudenziale

I principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza sono esterni alle fonti del diritto e non sono quindi vincolanti. Il precetto costituzionale di cui all’art. 101, c. 2, Cost per il quale “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” crea una preclusione al principio dello *stare decisis* o del *binding precedent* tipico degli ordinamenti di *common law*. Sulla base della richiamata norma costituzionale il principio di diritto nel nostro ordinamento ha solo una valenza persuasiva e non vincolante.

Tuttavia, mentre all’origine vi era un’unica fattispecie di vero e proprio vincolo interpretativo a un principio di diritto regolato dal codice di rito, consistente nel vincolo del giudice di rinvio alla pronuncia della cassazione *ex* art. 384, c. 2, cod. proc. civ., negli ultimi anni a questa norma codificata si sono andate affiancando altre regole, che hanno trovato espressione in specifiche norme di legge, dando vita anche nel nostro ordinamento a una vera e propria forma “debole” dello *stare decisis*[[1]](#footnote-1). In particolare, successive riforme contenute nel d. lgs n. 40/2006 e nella l. 69/2009, cui si è aggiunto l’intervento di cui al d.l. 83/2012, convertito in l. 134/2012, hanno finito col delineare un nuovo ruolo nomofilattico della Cassazione, introducendo norme specificamente dirette all’obiettivo della tendenziale uniformità della giurisprudenza.

Questa evoluzione è stata favorita ed è stata anzi necessitata, dall’esigenza, anch’essa di rango costituzionale, di garantire la certezza del diritto quale proiezione del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 , c. 1, Cost. In tal modo, la “legge” davanti alla quale i cittadini sono uguali è divenuta l’insieme di un plesso di norme e di principi di diritto che vanno a costituire il c.d. “diritto vivente”[[2]](#footnote-2), sempre più rilevante nel fornire al giudice la regola di giudizio per il caso concreto[[3]](#footnote-3). L’attività interpretativa della giurisprudenza contribuisce quindi al fine di realizzare quella “uniforme interpretazione della legge” e “unità del diritto oggettivo nazionale” di cui parla l’art. 65 ord. giud.

Il legislatore processuale dell’ultimo decennio, anche al fine di favorire la “ragionevole durata” del processo, ha messo in campo misure processuali che hanno introdotto nel nostro ordinamento una forma pur debole di *stare decisis,* al fine di garantire l’uniforme interpretazione della legge. Queste riforme processuali, che hanno attribuito maggior peso al “diritto giurisprudenziale”, nascono dal bilanciamento tra il principio che il giudice è soggetto soltanto alla legge e quello di uguaglianza, coniugato con il principio della “unità del diritto oggettivo nazionale” (art. 65 ord. giud.) e hanno finito col fare in modo che il parametro di valutazione della legittimità di una sentenza sia divenuto non la legge, ma la giurisprudenza della Corte[[4]](#footnote-4).

Un primo vincolo al principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, ulteriore rispetto a quello già esistente per il giudice di rinvio, è stato creato nel 2006 con la riforma dell’art. 374, c. 3, cod. proc. civ. Questa norma prevede oggi che se una sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite deve rimettere a queste ultime la decisione del ricorso, con ordinanza motivata che contiene una sorta di *dissenting opinion* rispetto al principio enunciato dalle Sezioni Unite. Si tratta di una forma di vincolo negativo e quindi di una forma debole di *stare decisis* che non obbliga la sezione semplice a conformarsi al precedente, ma solo a non adottare un’interpretazione contrastante con quella predicata dalle Sezioni Unite. La sezione semplice non è quindi più libera di discostarsi dal principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, ma non è neanche tenuta a uniformarvisi; la sezione semplice può solo invocare, con ordinanza motivata, un *revirement* delle Sezioni Unite. In questo modo si è creato un vincolo molto diverso da quello tipico degli ordinamenti di common law, che si sostanzia nel divieto di adottare da parte della sezione semplice una pronuncia contrastante con quella delle Sezioni Unite e un obbligo per la stessa sezione semplice di investire nuovamente queste ultime della questione al fine di provocare un *overruling* del precedente. L’*overruling* è in questo modo affidato solo alle Sezioni Unite.

La norma di cui all’art. 374, c. 3, cod. proc. civ. è sprovvista di sanzione e la sua violazione non è rimediabile in sede di impugnazione, tuttavia si tratta di un primo passo verso la creazione di un vincolo al precedente che ha sicuramente efficacia persuasiva..

Rafforzamento della nomofilachia viene poi, sempre nel 2006, dalla riforma dell’art. 384, c. 1, cod. proc. civ. Prima il principio di diritto andava enunciato solo per il caso di accoglimento del ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto; oggi deve essere affermato in ogni caso di decisione del ricorso proposto a norma dell’art. 360, c. 1, n. 3 e quindi anche per il caso di rigetto del ricorso e di cassazione senza rinvio o con decisione del merito e inoltre per il caso di ricorso proposto per altri motivi quando la Corte risolva una questione di diritto di particolare importanza.

Massima espressione del rafforzamento del precedente e dell’introduzione di una forma di sua vincolatività è poi l’art. 360 *bis* cod. proc. civ. nella sua formulazione introdotta dalla l. 69/2009. E’ noto che questa disposizione ha disciplinato il c.d. filtro in cassazione, prevedendo che il ricorso sia 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”. Alla base della disposizione vi è dunque l’idea che il giudizio di legittimità può essere superato solo dai provvedimenti che si sono uniformati alla giurisprudenza della Corte e che non vi è quindi violazione o falsa applicazione delle norme di diritto nelle sentenze che hanno fatto puntuale applicazione della giurisprudenza di legittimità. E’ vero che il ricorso può offrire elementi per confermare o mutare l’orientamento di cui è stata fatta applicazione, ma se non li offre è la giurisprudenza della Corte il metro su cui si misura la legittimità di un provvedimento. Il filtro in Cassazione è quindi l’ultimo tassello di un fenomeno in atto che tende a valorizzare sempre più anche nel nostro ordinamento l’importanza del precedente. In questo modo la Cassazione è divenuta organo che non si limita a dichiarare qual è l’esatta interpretazione della legge, ma contribuisce a crearla partecipando al processo formativo del diritto[[5]](#footnote-5) e questo ruolo le è stato riconosciuto da una specifica norma di diritto.

## In particolare la stabilità del precedente giurisprudenziale in materia processuale

Come ricordato, una delle idee portanti della riforma del 2006 è stata quella di creare un vincolo almeno debole al precedente che, senza sovvertire il principio di divisione dei poteri e nel rispetto dell’art. 101 Cost., vincolasse le sezioni semplici a non discostarsi dai precedenti delle Sezioni Unite, lasciando a queste ultime la signoria dell’*overruling*, pur sollecitato dall’opinione dissenziente delle sezioni semplici.

Di fatto le Sezioni Unite hanno fatto però un uso peculiare del potere di rivisitazione del precedente loro conferito, inaugurando una giurisprudenza conformativa a “salvaguardia dell’unità e della stabilità dell’interpretazione giurisprudenziale” soprattutto del giudice di legittimità e in particolare delle Sezioni Unite. E’ accaduto così che, proprio richiamando la modifica degli artt. 374 e 360 *bis* cod. proc. civ., il principio di stabilità della decisione sia divenuto criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche, da cui la Cassazione si discosta solo in casi marginali.

In particolare, con riferimento all’interpretazione delle norme processuali, la Cassazione ritiene che la modifica di un proprio precedente, soprattutto se reso a Sezioni Unite, richieda che vi siano alla sua base “ottime ragioni, come insegna il travaglio che ha caratterizzato negli ultimi anni l'evoluzione giurisprudenziale di queste sezioni unite civili con riguardo all'*overruling* in materia di interpretazione di norme processuali, posto che, soprattutto in tale ambito, la ‘conoscenza’ delle regole (quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di ‘giustizia’ del processo medesimo”. Pur riconoscendo il ruolo di aggiornamento e innovazione della giurisprudenza, la Cassazione ritiene che l’*overruling* in materia processuale debba “interpellare il senso di misura e soprattutto il senso di responsabilità dell'interprete, dovendo, al di là delle convinzioni tecnico-giuridiche soggettive dei singoli giudici o dei singoli collegi, essere sempre considerati i parametri della ‘giustizia’ del processo - prima ancora che delle singole regole che lo informano - intesa come valore tendenzialmente condiviso”. Il problema della nomofilachia viene quindi individuato nel “garantire al sistema giuridico-normativo la possibilità di evolversi, adattarsi, correggersi e al tempo stesso conservare, entro ragionevoli limiti, l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione, soprattutto con riguardo a quella avente ad oggetto norme strumentali (come quelle processuali o comunque procedimentali). Ciò non impone automaticamente e necessariamente di ritenere che gli *overruling* in materia processuale debbano sempre essere evitati o sempre operare per il futuro, ma impone certamente al giudice innanzitutto di valutare con estrema attenzione la sussistenza o meno di buone ragioni per il mutamento di un indirizzo giurisprudenziale e, prima ancora, di individuare quali siano le condizioni legittimanti l'evoluzione interpretativa. In proposito non esistono formule matematiche. E', come detto, un problema di equilibrio e misura: di responsabilità. Ed è proprio su questo piano che la intrinseca "creatività" dell'interpretazione giurisprudenziale, il principio del giusto processo e la funzione nomofilattica del giudice di legittimità si incrociano: il nodo che essi formano tra loro è già il tessuto possibile di un processo che sia, sotto vari profili, innanzitutto ragionevole … Perché si possa procedere ad un *revirement* giurisprudenziale in materia processuale non è dunque sufficiente che l'interpretazione precedente sia, in ipotesi, ritenuta meno plausibile o meno condivisibile della precedente sul piano letterale, logico e/o sistematico dal collegio chiamato a decidere successivamente su analoga questione, posto che, giova ripetere, l'*overruling*, soprattutto in materia processuale, non solo incide sull'affidamento dei cittadini in ordine alla portata delle "regole del gioco", ma, imponendo (in mancanza di valide ragioni) un ulteriore sforzo ermeneutico alla Corte, incide sulla ragionevole durata dei processi e, soprattutto, inflaziona l'intervento nomofilattico depotenziando la relativa funzione, con ulteriore (indiretta) incidenza anche sulla durata dei processi oltre che sulla ‘affidabilità del sistema. Un *overruling* delle sezioni unite in materia processuale può pertanto 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”[[6]](#footnote-6).

In questo contesto, l’interpretazione “esatta” di cui all’art. 65 ord. giud. diviene dunque quella espressa dall’organo cui è attribuito il controllo di legittimità sulle sentenze di altri giudici e l’interpretazione della Cassazione, nell’ambito del diritto vivente, viene tendenzialmente intesa come una sorta di ‘oggettivazione convenzionale di significato’, che non può essere rimessa in discussione in virtù semplicemente di una diversa ricostruzione, pur se plausibile e/o della ritenuta opinabilità di quella precedente. Il precedente processuale della Cassazione a Sezioni Unite, in un contesto normativo e culturale immutato, finisce quindi con il vincolare tendenzialmente le stesse Sezioni Unite a non mutare la propria giurisprudenza, in nome di principi ritenuti superiori quali sono quello di uguaglianza e di prevedibilità della decisione, che incidono anche sulla durata ragionevole del processo.

In materia processuale si assiste a un vero e proprio passaggio da un sistema in cui il principio costituzionale di cui è espressione l’art. 101 Cost. imponeva la non vincolatività del precedente a un sistema che, sulla base e nel bilanciamento con altri principi costituzionali quali sono quelli dettati dall’art. 3 e dall’art. 111 Cost., il precedente diventa tendenzialmente immutabile qualora non sia manifestamente arbitrario e crea un principio .che le Sezioni Unite ritengono vincolante anche per sé.

Di questa modificazione che è prima di tutto culturale, è particolare espressione, anche se non del tutto condivisibile, Cass., Sez. Un. 31 luglio 2012, n. 13620. La vicenda ruota intorno all’interpretazione dell’art. 814 cod. proc. civ. già rivisitata da Cass, Sez. Un. 3 luglio 2009, n. 15586 e in precedenza ricondotta a due possibili ricostruzioni: la prima, a carattere contrattualistico, avente alla sua base la convinzione che il provvedimento determinativo degli onorari degli arbitri ad opera del presidente del Tribunale debba essere qualificato quale manifestazione integrativa della volontà negoziale delle parti *ex* art. 1349 cod. civ.; l’altra, a carattere processualistico, che ravvisava invece nella manifestazione stessa l’accertamento del diritto di credito degli arbitri in una situazione di conflitto di interessi. Diverse nei presupposti, le due tesi avevano generato anche conseguenze divergenti, escludendo la prima la ricorribilità per cassazione, ai sensi dell’art. 111 Cost., dell’ordinanza di liquidazione; ammettendola invece la seconda.

Muovendosi consapevolmente su questo sfondo, la Cassazione nel 2009 ha scelto la prima delle due letture richiamate, ritenendo che il giudizio in questione non abbia ad oggetto il diritto soggettivo degli arbitri alla percezione degli onorari e al rimborso delle spese, ma la sola determinazione quantitativa dell’entità economica delle pretese degli arbitri, rimanendo estranee alla determinazione tutte le questioni attinenti ai fatti costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi del diritto al compenso, la cui sussistenza resterebbe impregiudicata. In questa impostazione privatistica il provvedimento finale, non avendo natura decisoria, non sarebbe soggetto pertanto a ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 111 Cost.

La seconda sezione, con ordinanza 11 agosto 2011, ha poi formulato *dissenting opinion* rispetto all’interpretazione data dalle Sezioni Unite, formulando rilievi critici del tutto apprezzabili. Ed in effetti la scelta delle Sezioni Unite si presta a una facile critica. E’ infatti pacifico e stigmatizzato dalla chiara lettera della legge che il procedimento regolato dal 2° comma dell’art. 814 cod. proc. civ. può essere attivato solo dagli arbitri e non dalle parti contendenti in arbitrato. Non è quindi pensabile che l’ordinamento proponga un meccanismo di integrazione del prezzo di un contratto che consente la sua attivazione a una sola parte ad esclusione dell’altra.

Rimessa nuovamente la questione alle Sezioni Unite, queste ultime tuttavia, pur apprezzando le argomentazioni critiche sviluppate dalla sezione semplice, al punto da ritenere la pronuncia di rimessione “sostenuta da una pluralità di meditati rilievi che ripercorrono in maniera critica tutti i principali passaggi della pronuncia menzionata [la n. 15586/2009] e che sono certamente degni di attenta disamina”, ha ritenuto di non poter operare tale disamina in omaggio al principio di stabilità delle decisioni e della regola dello *stare decisis* introdotta dall’art. 360 bis cod. proc. civ. Ciò perché il meccanismo di dialogo tra sezione semplice e Sezioni Unite incontrerebbe il limite dell’ipotesi in cui siano prospettate due interpretazioni alternative della medesima norma entrambe compatibili con il dettato della norma stessa e la Corte abbia già aderito a una di esse, nonché quello che il principio di diritto messo in discussione dalla sezione semplice sia stato enunciato in tempi recenti.

Tutto ciò significa che, almeno in materia processuale, le esigenze che sono sottese alla conformità al precedente vengono fatte prevale su ogni altro principio, anche e addirittura in un’ipotesi in cui il richiamo all’esistenza di due interpretazioni entrambe compatibili con la norma di legge è forzato, perché l’art. 814 cod. proc. civ., nell’affidare ai soli arbitri l’esercizio dell’azione, è abbastanza chiara nel delineare un procedimento contenzioso che ruota intorno a un conflitto di interessi. Tuttavia, la tutela della conformità al prcedente appena reso prevale su ogni altro principio.

Non per nulla, la successiva Cass. 22 novembre 2013, n. 26251, preso atto della “nuova valenza e tendenziale vincolatività che alle pronunce delle Sezioni Unite assegna il nuovo art. 374, c. 3, cod. proc. civ.”, ritiene “non opportuno” e “inconferente” investire nuovamente le sezioni Unite di una questione processuale da poco decisa[[7]](#footnote-7) per sollevare invece incidente di costituzionalità della disposizione su cui si vorrebbe veder modifica l’orientamento affermato.

Nonostante la forzatura dell’art. 374 cod. proc. civ., la tendenza della giurisprudenza appare chiara. Il sistema delineato nel 2006, forse anche grazie alla introduzione successiva dell’art. 360 *bis* cod. proc. civ., non è più quello del vincolo negativo capace di rimettere in discussione il precedente attraverso il dialogo tra le sezioni, ma si è formato un diritto vivente in base al quale le Sezioni Unite sono, in materia processuale e in linea di massima, vincolate al loro stesso precedente. In questo modo si è inaugurata una stagione di pieno ossequio al principio dello *stare decisis* in cui la prevedibilità della decisione delle Sezioni Unite si avvicina a quella tipica che crea il vincolo al precedente.

1. Cfr. G. Amoroso, *La Cassazione e il precedente*, in *La Cassazione civile*, Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana, 2015, pag. 47 e seg. [↑](#footnote-ref-1)
2. Al diritto vivente inteso come insieme di principi costanti elaborati dalla giurisprudenza cui in particolare il ricorrente in cassazione è tenuto a uniformarsi fa particolare applicazione di recente Cass. 22 febbraio 2016, n. 3376 per la quale “proporre ricorsi per cassazione dai contenuti così distanti per un verso dal diritto vivente, per altro verso dai precetti del codice di rito come costantemente e pacificamente interpretati dalle Sezioni Unite, costituisca di per sé un indice della colpa grave del ricorrente”, sanzionabile ai sensi dell’art. 96, c. 4, cod. proc. civ., ove il principio consolidato era quello “secondo cui non è consentita in sede di legittimità una valutazione delle prove ulteriore e diversa rispetto a quella compiuta dal giudice del merito, a nulla rilevando che quelle prove potessero essere valutate anche in modo differente rispetto a quanto ritenuto dal giudice di merito”. Ed è il giudice della nomofilachia che costituisce “il principale formante del diritto vivente”, in questo senso Corte Cost. 11 febbraio 2015, n. 11 [↑](#footnote-ref-2)
3. Per altro solo “in assenza di un diritto vivente” il giudice è tenuto a verificare la possibilità di effettuare una interpretazione costituzionalizzante di una norma di legge prima di sollevare incidente di costituzionalità. Al contrario “in presenza di una interpretazione del dato normativo consolidatasi … in termini di diritto vivente, quel giudice ha facoltà di uniformarvisi o meno, restando quindi libero nel secondo caso, di assumere proprio quel diritto vivente ad oggetto delle proprie censure”. Ancora Cosrte Cost. n. 11/2015 con altri riferimenti della giurisprudenza costituzionale in motivazione e con riferimento all’interpretazione dell’art. 5, c. 6, l. 898/1970 nella interpretazione del diritto vivente come ritenuta dal giudice remittente e negata dalla Corte cost. “per cui l’assegno divorzile deve necessariamente garantire al coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio”. Per un’altra recente ipotesi di censura del “diritto vivente” da parte del giudice di cassazione cfr. Cass. 22 novembre 2013, n. 26251 con riferimento agli art. 133 e 327 cod. proc. civ. e all’eventualità che sulla sentenza oggetto di impugnazione siano state apposte due date, una precedente di deposito e l’altra successiva di pubblicazione e all’interpretazione per cui tutti gli effetti derivanti dalla pubblicazione della sentenza si produrrebbero già dalla prima data. [↑](#footnote-ref-3)
4. A Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in Cassazione*, *Riv. trim. dir e proc. civ.* 2010, pag. 37 e seg. [↑](#footnote-ref-4)
5. S. Chiarloni, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir e proc civ*. 2002, pag. 1 e seg. [↑](#footnote-ref-5)
6. I passi sono tratti da Cass. Sez. Un. 6 novembre 2014, n. 23675 per la quale “L'overruling delle Sezioni Unite in materia processuale è giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti", atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia" del processo. (Nella specie, applicando l'enunciato principio, le Sezioni Unite hanno confermato l'indirizzo di cui alla propria sentenza n. 9535 del 2013, circa l'individuazione del momento di litispendenza nei procedimenti introdotti con citazione, malgrado la richiesta di chiarimenti avanzata da una Sezione semplice pochi mesi dopo quella pronuncia)”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Si trattava del principio affermato da Cass., Sez. Un. 1 agosto 2012, n. 13794, con la quale è stato affermato il seguente principio di diritto: "a norma dell'[art. 133 c.p.c.](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948143&IdUnitaDoc=20113796&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), la consegna dell'originale completo del documento-sentenza al cancelliere, nella cancelleria del giudice che l'ha pronunciata, avvia il procedimento di pubblicazione, il quale si compie, senza soluzione di continuità, con la certificazione del deposito mediante l'apposizione, in calce al documento, della firma e della data del cancelliere, che devono essere contemporanee alla data della consegna ufficiale della sentenza, in tal modo resa pubblica per effetto di legge. E' pertanto da escludere che il cancelliere, preposto, nell'espletamento di tale attività, alla tutela della fede pubblica ([art. 2699 c.c.](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=166331&IdUnitaDoc=830807&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0)), possa attestare che la sentenza, già pubblicata, ai sensi dell'[art. 133 c.p.c.](https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=3948143&IdUnitaDoc=20113796&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=10&Pagina=0), alla data del suo deposito, viene pubblicata in data successiva, con la conseguenza che, ove sulla sentenza siano state apposte due date, una di deposito, senza espressa specificazione che il documento contiene soltanto la minuta del provvedimento, e l'altra di pubblicazione, tutti gli effetti giuridici derivanti dalla pubblicazione della sentenza decorrono già dalla data del suo deposito. [↑](#footnote-ref-7)